

172
JANNETH MOJICA CHACÓN
Abogada
Bogotá, D.C.
201301018 11

CONSEJO DE ESTADO
5. SECCIÓN PRIMERA
201301018 11

Bogotá, D.C., 17 de diciembre de 2013

Honorables Consejeros
CONSEJO DE ESTADO
SECCIÓN PRIMERA
(Reparto)

Asunto: Demanda de nulidad contra la Resolución No. 4296 de 2013, proferida por la CRC.
Demandante: Pedro Leonardo Pacheco Jiménez.
Demandado: Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).

Yo, **PEDRO LEONARDO PACHECO JIMÉNEZ**, mayor de edad, vecino de Bogotá, D.C., identificado como aparece al pie de mi firma, abogado, con todo respeto, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción que otorga el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante "CPACA"), presento demanda de nulidad contra la Resolución No. 4296 del 16 de agosto de 2013, proferida por la **NACIÓN – MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES** (en adelante "CRC").

I. PARTES

1. DEMANDANTE

PEDRO LEONARDO PACHECO JIMÉNEZ, ciudadano, vecino de Bogotá, D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 80'234.355 de Bogotá, abogado.

2. DEMANDADO

Es la **NACIÓN – MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**, (en adelante CRC), Unidad Administrativa Especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (artículo 19 de la Ley 1341 de 2009).

LA CRC tiene domicilio en Bogotá, y está representada por el Dr. Carlos Pablo Márquez Escobar, nombrado como Experto Comisionado de la CRC mediante Decreto 2175 del 22 de octubre de 2012. El Dr. Márquez, a la fecha de presentación de esta demanda, es el Director Ejecutivo de la CRC y, por tanto, Jefe de esa Unidad Administrativa Especial



133
JANNETH MOJICA CHACON
Notaria J. de Bogotá, D.C.
Encargada

para todos los efectos legales (artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, en concordancia con el numeral 3 del acápite "Independencia administrativa", del artículo 2 de la Resolución 2242 de 2009¹ de la CRC).

II. PRETENSIONES

Con todo respeto, pido al H. Consejo que **declare la nulidad** de la Resolución No. 4296 del 16 de agosto de 2013, proferida por la CRC, **en su integridad**.

En subsidio, para el evento de que el Honorable Consejo no acoja las razones con base en las cuales solicito la nulidad de toda la Resolución, solicito que se **declare la nulidad** de los artículos 1, 2, 3, 7, 8, 9 y 10, de la mencionada Resolución No. 4296 de 2013 de la CRC.

III. SÍNTESIS

Según explicaré en detalle, en los cargos de esta demanda, toda la Resolución 4296 de 2013 de la CRC o, en subsidio, varios de sus artículos, **deben ser anulados**, por: (i) violar el régimen constitucional de "reserva de ley" y competencia legal que debe existir en la definición de los derechos y deberes de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones; (ii) incurrir en "falsa motivación"; (iii) violar las normas constitucionales y legales sobre "calidad" de los bienes y servicios; (iv) violar el derecho al "debido proceso"; y (v) en cuanto las reglas que la Resolución contiene implican ejercicio de una facultad "discrecional", no ser adecuadas a los fines de la norma que según la CRC la autorizan, ni proporcionales a los hechos que la CRC afirma que le sirven de causa.

Toda la Resolución, en forma simplista, y sin sustento legal, dispone que, ante las fallas en el servicio de telecomunicaciones a las que ella se refiere, debe haber una compensación automática del prestador del servicio al usuario. La Resolución no permite atender a las razones por las cuales se hayan presentado eventualmente tales fallas. Y, además, ni siquiera tiene en cuenta que, en ocasiones, las fallas en la comunicación pueden ser inducidas por algunos usuarios como un método para obtener ventajas indebidas a cargo de las empresas amparándose en la Resolución, sin contar con los abusos y hechos fraudulentos que algunas personas pueden realizar para la obtención de una compensación por hechos ajenos a los operadores.

El "automatismo" de tal compensación se opone, *prima facie*, al artículo 2, numeral 9, de la Decisión 638 de la CAN.

La "compensación automática" por fallas del servicio es el propósito fundamental de la Resolución, hasta el punto de que sus diferentes artículos y el Anexo son solo instrumentos para alcanzarlo, y no tienen sentido ni aplicación sino a la luz de ese propósito. Por eso, en la medida en que tal "compensación automática" por "fallas del

¹ "Por la cual se dicta el reglamento interno de la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-".

MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS
SECRETARÍA DE ECONOMÍA
C.A.
Encargado

servicio" carece de base legal y, además, viola decisiones andinas y normas constitucionales y legales colombianas, toda la Resolución debe ser anulada.

IV. HECHOS

1.- La CRC expidió, el 16 de agosto de 2013, la Resolución No. 4296, "*Por la cual se establecen condiciones para la compensación automática a usuarios de servicios de comunicaciones y se dictan otras disposiciones*".

2.- La CRC, al expedir la Resolución 4296, invocó facultades de la Ley 1341 de 2009 y lo dispuesto en la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN).

3.- La Resolución 4296 definió las obligaciones que se aplicarán a los proveedores de redes de servicios de telecomunicaciones para la compensación automática a sus usuarios, por deficiencias en la prestación de los respectivos servicios².

4.- El artículo 2 de la Resolución consagró, **para los usuarios** de estos servicios, el **derecho a ser compensados de manera automática**: (i) por la "falta de disponibilidad de red", "y/o" (ii) por la "deficiente prestación de servicios de voz" a través de redes móviles. El usuario adquiere en forma automática el derecho a que el proveedor del servicio lo compense en tiempo; tiempo que, por supuesto, tiene un valor en dinero.

5.- Cuando la red "no está disponible", deja de haber servicio para un número plural de usuarios. En cambio, la "deficiente prestación" por "llamadas caídas" afecta sólo una llamada, esto es, por regla general, solo dos usuarios. La Resolución 4296, en el artículo 7, al adicionar a la Resolución 3066 de 2011 de la CRC el Anexo I, hizo que la "*deficiente prestación del servicio*" corresponda a los "*eventos de llamadas caídas*".

6.- Según los "considerandos" de la Resolución 4296, la denominada "deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles" corresponde a los eventos denominados "llamadas caídas", es decir, eventos en los que las llamadas a través de redes móviles finalizan sin que el usuario haya operado el equipo receptor en forma voluntaria para terminar la llamada.

7.- En la práctica, el servicio de telefonía móvil y la continuidad de las llamadas depende de múltiples factores, muchos de ellos ajenos por completo a la voluntad de los proveedores del servicio. Y así, por ejemplo, los atentados terroristas pueden destruir torres y equipos. Eventos de fuerza mayor (inundaciones, terremotos) pueden cortar súbitamente las llamadas; o bloqueos de la señal, por otros aparatos; o porque el teléfono agotó la batería. Además, por razones tecnológicas obvias, cuando un usuario se desplaza fuera de una ciudad, es probable que, en algún momento del viaje, quede fuera del alcance de las redes existentes. Ello ocurre, también, cuando el usuario ingresa a ciertos ascensores, o cuando ingresa a un estacionamiento subterráneo. Algunos eventos de interrupción de llamadas podrían ser ocasionados, en forma deliberada y fraudulenta, por los mismos usuarios.

² Artículo 1° de la Resolución 4296 de 2013 de la CRC.

JANINE DEMOJICA CHACON
175
Encargada

8.- El derecho de los usuarios a ser compensados por "falta de disponibilidad de red", ya se reconoce desde hace tiempo en Colombia, a partir de la Resolución 1732 de 2007 de la entonces CRT, y luego de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC. Lo que es nuevo en la Resolución 4296 es la creación de un motivo adicional para tal compensación ("deficiente prestación del servicio" por "llamadas caídas"), y el carácter automático de la compensación.

9.- En efecto, el artículo 3 de la Resolución 4296 impuso a **los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, la obligación de compensar a sus usuarios de servicios de voz, de manera automática** por "deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles": (i) con periodicidad mensual, y (ii) de acuerdo con la metodología y los procedimientos establecidos en la Resolución.

10.- El derecho a la compensación que crean los artículos 2 y 3 de la Resolución 4296 y el Anexo I al que se refiere el artículo 8 de la Resolución, es "automático" en cuanto nacería en forma independiente de la causa de la deficiente prestación del servicio, y sin analizar ni la imputabilidad de esa causa al prestador del servicio, ni la existencia de daño para el usuario. La "automaticidad" no es, pues, otra cosa que una responsabilidad objetiva.

11.- La Resolución y el Anexo I crean un régimen diferencial y más oneroso para el proveedor de los servicios, cuando la falla proviene de "deficiente prestación del servicio" (llamadas caídas), que cuando proviene de la "falta de disponibilidad de red".

12.- La nueva obligación de compensar, automática, que crea la Resolución 4296, ocurrirá, según la norma, inclusive en eventos en los que la llamada se interrumpa, aun estando la red disponible.

13.- Además, el artículo 3 de la Resolución 4296 determinó que sus normas se entenderán incorporadas en los contratos de prestación de servicios de telecomunicaciones, así:

Las disposiciones aquí contenidas se entenderán incorporadas en los contratos de prestación de los servicios de telecomunicaciones, los cuales deberán reflejar las condiciones regulatorias para la compensación en las comunicaciones de voz a través de redes móviles, en el marco del "Procedimiento de compensación por falta de disponibilidad del servicio" que debe contener el Contrato de Prestación de Servicios, en cumplimiento del literal r) del artículo 13 de la Resolución CRC 3066 de 2011, o aquella norma que modifique, sustituya o adicione dicho numeral.
(Las subrayas son mías).

14.- En cuanto a las modalidades de compensación automática a los usuarios **por la deficiente prestación de los servicios** de voz a través de redes móviles, principalmente por los eventos de "llamadas caídas", el artículo 4 de la resolución acusada contempló dos alternativas:

SECRETARÍA DE ECONOMÍA
ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO
19 de Agosto de 2014
Enebrab04

- **Compensación automática individual:** Cuando el proveedor de redes y servicios compensa de manera particular a aquellos usuarios que experimentan deficiencias en la prestación del servicio de voz a través de su red.
- **Compensación automática promedio:** Cuando el proveedor compensa en su conjunto a la totalidad de usuarios ante la deficiente prestación del servicio.

15.- La "compensación automática promedio", según el artículo 5³ de la Resolución 4296, podrá ser aplicada hasta el 31 de diciembre de 2014, ante la deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles.

16.- Pero, además, dice el artículo 5 de la Resolución 4296, a partir del 1 de enero de 2015, todos los proveedores de redes y servicios deberán aplicar la "compensación automática individual", conforme a la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, que se modifica en la Resolución 4296.

17.- En el artículo 6, la Resolución 4296 ordena a los proveedores que, a más tardar el 30 de septiembre de 2013, deben informar a la CRC el tipo de compensación que aplicarán a partir del 1 de enero de 2014, por la deficiente prestación de los servicios de voz a través de redes móviles⁴.

18.- Con el fin de precisar los eventos en los cuales se configura el derecho a recibir la compensación automática, así como los criterios para determinar el valor de la

³ En cuanto al plazo de implementación de la compensación automática, el artículo 11 de la Resolución 4296 fijó un plazo que difiere del establecido en el artículo 5, lo que podría obedecer a un error tipográfico. En efecto, dichas normas señalan:

PLAZO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA COMPENSACIÓN AUTOMÁTICA DEL ARTÍCULO 5 DE LA RES. 4296	PLAZO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA COMPENSACIÓN AUTOMÁTICA DEL ARTÍCULO 9 DE LA RES. 4296
<p>"Aplicación alternativa de la compensación automática"</p> <p>1. La compensación automática promedio podrá ser aplicada hasta el 31 de diciembre de 2014, para el caso de la deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles.</p> <p>2. En todo caso, <u>a partir del 1º de enero de 2015, todos los proveedores de redes y servicios aplicarán la compensación automática individual.</u></p>	<p>"Plazo de implementación de la compensación automática"</p> <p>1. <u>A partir del 1º de enero de 2014, los proveedores deberán compensar automáticamente a sus usuarios, individualmente,</u> por falta de disponibilidad de red "y/o" la deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles.</p> <p>2. Hasta el 1º de enero de 2014, los proveedores cumplirán las reglas de compensación que vienen aplicando bajo el art. 33 de la Res. No. 3066 de 2011, antes de la expedición de la Res. No. 4296 de 2013.</p>

⁴ Artículo 6º de la Resolución 4296 de 2013 de la CRC. El inciso segundo de este artículo obliga a los proveedores a reportar mensualmente, por el último trimestre de 2013, información sobre la implementación de la compensación elegida, a través del Formato 40 de la Resolución 3496 de 2011 de la CRC -para cada uno de dichos meses-, adicionado por el artículo 9 de la Resolución 4296.

SECRETARÍA DE ECONOMÍA
ESTADO DE TIPOGRAFÍA, D.E.
SECRETARÍA DE ECONOMÍA

compensación que debe pagarse, el artículo 7 de la Resolución 4296 modificó el artículo 33 de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC. En cuanto a los **criterios de compensación**, dicho artículo adoptó los siguientes lineamientos principales:

- **Incumplimiento de las condiciones de continuidad del servicio de comunicaciones:** da derecho al usuario a recibir una compensación automática por el tiempo en que el servicio no estuvo disponible, salvo que se trate de interrupciones programadas. Sin perjuicio de lo anterior, el usuario podrá terminar el contrato, sin lugar, en este último caso, al pago de sumas asociadas a la cláusula de permanencia mínima, según señala el numeral 1 del Anexo I de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC.
- **Llamadas caídas que se produzcan cada mes:** da lugar a compensación a los usuarios que accedan a los servicios bajo las modalidades de "prepago" y "pospago". Tales usuarios serán compensados cada mes con el total del tiempo al aire que resulte de aplicar la metodología⁵ respectiva en el mes correspondiente; y los proveedores deberán enviar, en el mes siguiente al período de observación, a cada uno de sus usuarios objeto de compensación, un mensaje corto de texto (SMS) indicando el total del tiempo al aire que fue entregado para cumplir con el deber de compensación.

19.- Según el artículo 7 de la Resolución 4296, Parágrafo del artículo 33 de la Resolución 3066 de 2011, el cumplimiento de las obligaciones definidas atrás, por parte de los proveedores, no podrá ir en detrimento de los derechos de los usuarios a presentar peticiones, quejas y reclamos, a través de los mecanismos previstos en la regulación, incluso sobre asuntos relativos a diferencias frente a la compensación recibida⁶.

20.- En cuanto a la **metodología** para determinar la compensación de los dos tipos de fallas mencionados en la Resolución, el artículo 8 de la Resolución 4296 modificó el Anexo I de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC. El nuevo Anexo I dispone:

- **Compensación automática por falta de disponibilidad de red:** en este caso se regulan, en primer lugar, las condiciones para determinar cuándo procede la compensación por causas imputables al proveedor, tanto en redes unidireccionales como bidireccionales, aplicando determinadas reglas por situaciones de desconexión del servicio, bloqueo, falta de disponibilidad del servicio, fallas en el equipo terminal, entre otras. En segundo lugar, se establecen las fórmulas para determinar el "valor" mensual que debe compensarse tanto en la modalidad pospago como prepago.
- **Compensación automática por deficiente prestación del servicio a través de redes móviles:** para este caso el Anexo I precisa, por un lado, las fórmulas para estimar la compensación automática individual y la

⁵ Definida en el numeral 2 del Anexo I de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC.
⁶ Parágrafo del artículo 33 de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, modificado por el artículo 7 de la Resolución 4296 de 2013 de la CRC.

78
FOLIO 105/13
14-03-2013
14-03-2013

compensación automática promedio, en términos de "tiempo al aire" por "eventos de llamadas caídas" (ELC). Por otro lado, determina las condiciones específicas bajo las cuales se realizará la compensación automática, a través de una "recarga del tiempo al aire", tanto para los usuarios en modalidad prepago como postpago.

21.- Para que los proveedores cumplan la obligación de reportar periódicamente informes sobre cómo aplican la compensación elegida, el artículo 9 de la Resolución 4296 adicionó el "Formato 40" a la Resolución 3496 de 2011⁷ de la CRC, y lo denominó "Información para monitoreo de compensación automática". En este "Formato 40" debe darse información cada mes, y en particular él debe incluir indicadores sobre tipo de compensación, tiempos de ocupación de canales de voz, cantidad de llamadas caídas, tiempos y usuarios compensados, modalidad de "prepago" o "postpago", entre otras.

22.- La CRC determinó, por último, en el artículo 10 de la Resolución 4296, que el incumplimiento de lo establecido en ella se consideraría violación al régimen de comunicaciones, y que cada incumplimiento, por usuario, acarrearía individualmente la posibilidad de imponer sanciones según el régimen de la Ley 1341 de 2009.

V. CARGOS

1. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

1.1. **Falta de competencia:** la Resolución acusada viola los artículos 150 (numeral 23); 334, 365 y 369 de la Constitución, y los artículos 53 de la Ley 1341 de 2009, 3 de la Ley 1480 de 2011, y 2 (numeral 9) de la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN.

(Artículo 137, inciso segundo, Ley 1437 de 2011).

Toda la Resolución 4296, en forma simplista, y sin sustento legal dispone que ante las fallas en el servicio de comunicaciones, debe haber una compensación automática del prestador del servicio al usuario. La Resolución, en particular en lo relativo a la **deficiente prestación del servicio a través de redes móviles**, es independiente de las razones por las cuales se haya presentado esta falla. Y, además, ni siquiera tiene en cuenta que, en ocasiones, las fallas en la comunicación pueden ser inducidas por algunos usuarios como un método para obtener ventajas indebidas a cargo de las empresas, amparándose en la Resolución; y sin contar con los abusos y hechos fraudulentos que pueden realizar algunas personas para obtener u ocasionar una compensación por hechos ajenos a los operadores.

La "compensación automática" por fallas del servicio es el propósito fundamental de la Resolución, hasta el punto de que sus diferentes artículos y Anexos son solo instrumentos para alcanzarlo y no tienen sentido ni aplicación sino a la luz de ese

⁷ "Por la cual se expide el Régimen de Reporte de Información Periódica de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones a la Comisión de Regulación de Comunicaciones".

179
Encargada

propósito. Por eso, para alcanzar ese propósito, en la medida en que tal "compensación automática" por fallas del servicio carece de base legal y, además, viola decisiones andinas y normas constitucionales y legales colombianas, toda la Resolución debe ser anulada.

La Resolución acusada afirma, en su encabezamiento, que ella se funda en la Ley 1341 de 2009 y en la Decisión 638 de la CAN. Por lo tanto, en la medida en que ni esa Ley ni la Decisión, ni el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor-, autorizan las reglas que contiene la Resolución, ambos estatutos resultan violados por ella. Además, al asumir competencias que no existen en esa Ley ni en la Decisión, la Resolución viola también el régimen de "reserva de ley" que, según la Constitución, existe para definir los deberes y derechos de los usuarios de los servicios públicos, y, entre ellos, el de telecomunicaciones.

Así, en primer término, si se revisan con cuidado el catálogo de derechos previsto en el artículo 53 de la Ley 1341 de 2009, o en el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor- (aunque no fue invocado como fuente de autorizaciones en el encabezamiento de la Resolución 4296), o en el artículo 2 de la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN, no se encuentra un derecho a una compensación automática por "la deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles", o por "eventos de llamadas caídas".

Es así como si se lee con atención el numeral 9 del artículo 2 de la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN, se observa que el derecho de los usuarios a obtener una "compensación" fue previsto únicamente para cuando "el servicio no haya estado disponible al usuario, por causas imputables a los operadores o proveedores, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento interno de los Países Miembros". Ese derecho a obtener "compensación" en esa forma específica –falta de disponibilidad-, que por estar consagrado en una norma comunitaria también hace parte del "catálogo legal" de derechos de ese tipo de usuarios, hace rato fue reconocido por nuestra regulación, en particular a partir de la Resolución 1732 de 2007 de la entonces CRT, y luego con la Resolución 3066 de 2011 de la CRC. Pero no hay en la Decisión 638 un derecho a una compensación automática por "la deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles", o por "eventos de llamadas caídas".

En particular, el "automatismo" de la compensación dispuesta en la Resolución 4296 se opone, *prima facie*, al artículo 2, numeral 9, de la Decisión 638 de la CAN.

Sin embargo, la CRC, dizque amparada en la Ley 1341 de 2009 y en la citada Decisión 638, crea con la resolución acusada un "nuevo" derecho de los usuarios a obtener compensación automática por "la deficiente prestación del servicio", **sin que exista un respaldo legal para ello**. Por lo tanto, la CRC carecía de competencia para crear, con la Resolución acusada, un derecho que no está previamente consagrado ni definido en la ley.

La jurisprudencia ha sido unánime en indicar que la "regulación" **no implica el ejercicio de funciones legislativas⁸ ni administrativas o reglamentarias**, de modo

⁸ La Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 25 de septiembre de 1997, expediente No. 11.857, con ponencia de Carlos Betancur Jaramillo, expresó que: "Para la

180
CHACCO
Encargada

que, en cuanto a su jerarquía normativa, la "regulación" **debe estar sujeta a la ley y al reglamento**. La Corte Constitucional, en Sentencia C-955 del 14 de noviembre de 2007, con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra, ha dicho que:

Ahora bien, en cuanto (sic) la naturaleza jurídica de las funciones de regulación adelantadas por este tipo de organismos de regulación socio económica, debe recordarse que la jurisprudencia ha explicado que no se trata de funciones legislativas ni simplemente administrativas o reglamentarias, como tampoco de la posibilidad de expedir reglamentos autónomos o constitucionales (es decir, de reglamentar la Constitución directamente por vía no legislativa), sino que las funciones de regulación son específicas de intervención socio económica, por lo cual se revisten de un carácter técnico, sectorial y permanente, y que están llamadas a ser ejercidas de conformidad tanto con la Constitución como con la ley y las disposiciones gubernamentales, y en todo caso sujetas a las formalidades previstas en el Código Contencioso Administrativo y a los controles pertinentes de carácter administrativo y judicial.⁹

(Las subrayas son mías).
(La nota al pie de página es del texto citado).

Sin duda, el inciso primero del artículo 53 de la Ley 1341 de 2009 dispone que el régimen jurídico de protección al usuario de los servicios de comunicaciones, "será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la CRC y en el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella.". Pero una lectura correcta de ese artículo 53, para que no se entienda contrario a los artículos 334, 365 y 369 de la Carta, no permite entender que él faculta a la CRC para crear obligaciones o derechos a los usuarios sin que exista una norma legal previa que, con suficiente especificidad, determine esos derechos y obligaciones.

Ante todo, la CRC debió tener en cuenta que el artículo 334 de la Constitución, faculta al Estado para intervenir en los servicios públicos y privados pero por mandato de la ley.

El inciso segundo del artículo 365 de la Constitución dispone que: "Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley,....". Y, en relación con ese "régimen jurídico", el mismo inciso segundo del artículo 365 de la Carta señala que el Estado mantendrá, entre otras funciones, la regulación de dichos servicios. La regulación de los servicios públicos debe hacerse, ante todo y en primer lugar, por la ley.

sala la creación de las Comisiones de Regulación, dotadas de poderes legislativos amplios, no fue más que otra desafortunada copia del sistema anglosajón, hecha sin beneficio de inventario, con olvido no sólo de que el régimen constitucional colombiano vigente desde 1991 es diferente al de los EEUU, como también lo es el principio de la separación de poderes que rige en uno y otro país. En el aludido sistema, con una Constitución diferente a la nuestra, la delegación de poderes legislativos encuentra su respaldo en múltiples precedentes... (...) Cabe hacer aquí la siguiente reflexión: si el legislador sólo por excepción puede delegar su poder en el Presidente (art. 150 n1 10), no tendría sentido que pudiera hacerlo sin límites en un organismo o agencia jerárquicamente inferior a éste y a sus ministros, salvo en lo que respecta con las asambleas departamentales, según el 5 de ese mismo art. 150". (La subraya es mía).

⁹ Véase *ibídem*.

101
LUCIA CHACÓN
de Bogotá, D.C.
Encargada

El artículo 369 de la Constitución señala que es la ley la que debe determinar, entre otros aspectos, los deberes y los derechos de los usuarios de los servicios públicos.

Y, en concordancia con lo anterior, el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución asigna al Congreso de la República la función de expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

En otras palabras, si el artículo 53 de la Ley 1341 se lee como una facultad de la CRC para crear derechos o deberes a los usuarios sin que exista una norma legal previa que los defina o precise con suficiente especificidad, tal artículo 53 sería inconstitucional en tanto implicaría una "delegación de funciones legislativas" en cabeza de una autoridad administrativa -CRC-, que está prohibida por la Constitución.

En ese sentido, el artículo 53 de la Ley 1341 de 2009 no autoriza ni puede autorizar a la CRC a crear un derecho a favor de los usuarios de servicios de comunicaciones, que no esté previsto ni en dicho artículo 53, ni en el régimen del consumidor, ni en la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN -que por su carácter supranacional hace parte de nuestro ordenamiento jurídico interno-.

En síntesis: no hay en los estatutos en los que dice apoyarse la Resolución 4296, ni en el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011, norma que contemple derecho alguno del usuario a ser compensado en forma automática por una situación particular de "*deficiente prestación del servicio*" o "*eventos de llamadas caídas*". Y, no existiendo norma legal para tal efecto, los artículos 150 (numeral 23); 334, 365 y 369 de la Constitución impedían a la CRC crear tal derecho. Por eso, cuando la CRC expidió la Resolución 4296, sin fundamento en ley alguna, obró sin competencia, pretermitiendo las normas constitucionales que disponen una "reserva de ley" en estas materias, y violando, por aplicación indebida, las normas legales en las que dijo fundarse.

1.2. Falsa motivación: la Resolución acusada motiva su obligación de compensar por "deficiente prestación del servicio", invocando "falsamente" la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN, y las Recomendaciones UIT-T E.800 y UIT-T G.1000 de la UIT.

(Artículo 137, inciso segundo, Ley 1437 de 2011).

La resolución acusada, págs. 1, 2 y 3, invoca como fundamentos la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN, y las Recomendaciones UIT-T E.800 y UIT-T G.1000 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT-.

Esa motivación es falsa, porque ni la Decisión 638, ni las Recomendaciones UIT-T E.800 y UIT-T G.1000 de la UIT, contemplan una compensación automática a los usuarios por "fallas en el servicio".

182
COMISIÓN TÉCNICA CHACÓN
Calle 31 de Bogotá, D.C.
Enseñada

Además, por el contrario, la Decisión 638 contiene en el artículo 2, numeral 9, reglas que se oponen, en forma directa y evidente, a la pretendida compensación automática, como explicaré adelante.

Antes de poner de relieve la falsedad, debe observarse que la CRC motiva la Resolución 4296 en los siguientes términos:

Que la Decisión 638 de la Comunidad Andina --CAN-, establece los lineamientos para la protección al usuario de telecomunicaciones de la Subregión con el fin de garantizar un tratamiento armónico en la misma, por lo que Colombia como País Miembro de la CAN debe tener en cuenta los mismos en la definición de su normativa interna en materia de telecomunicaciones. Igualmente, establece que, además del deber de los proveedores de cumplir con las condiciones de calidad mínimas en la prestación de sus servicios según las normas del país miembro, es obligación de los operadores, "la compensación o reintegro que corresponda por el tiempo que el servicio no haya estado disponible al usuario".

Que los artículos 2.2 y 2.9 de la mencionada Decisión, consagran respectivamente como derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones: i) el acceso y la prestación continua y eficiente de un conjunto mínimo de servicios de telecomunicaciones que incluya, al menos, un precio conforme con las normas de calidad establecidas por la Autoridad Nacional Competente, y ii) La compensación o reintegro que corresponda por tiempo que el servicio no haya estado disponible al usuario, por causas imputables a los operadores o proveedores, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento interno de los Países Miembros.

(...)
Que de acuerdo con la Recomendación E.800 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones --UIT-, la calidad de un servicio de telecomunicación se entiende como "El efecto global de las características de servicio que determinan el grado de satisfacción de un usuario de un servicio". Bajo este contexto, esta Comisión reconoce que en la prestación del servicio de involucran elementos técnicos y no técnicos. En el primer caso, los parámetros son objetivos y están relacionados con aspectos de rendimiento evaluables cuantitativamente, mientras que en el segundo, los parámetros son de carácter subjetivo y están ligados a las expectativas y percepciones de los usuarios, que pueden ser valoradas cualitativa o cuantitativamente.

Que en línea con lo anterior, y conforme a la Recomendación UIT-T G-1000, tanto desde la perspectiva de los clientes como la de los proveedores, la calidad del servicio involucra las necesidades del usuario, la oferta de los proveedores, la percepción de los usuarios y las condiciones realmente entregadas. Así, como producto de los análisis adelantados, y en aplicación del mandato legal contenido en el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, esta Comisión determinó que los mecanismos de compensación automáticas para las comunicaciones de voz a través de redes móviles no pueden ser exclusivos para aquellos eventos en los cuales se sobrepasen las metas de calidad definidas en la regulación y, por lo tanto, las reglas aplicables tomarán en consideración la totalidad de eventos de llamadas caídas.

(...)

183
 MOJICA CHACÓN
 Causa 21 de Bogotá, D.C.
 Ensayada

a.- La Decisión 638 de 2006 de la CAN es opuesta a la "compensación automática" de la Resolución 4296.

La Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN, en su artículo 2, consagra los siguientes derechos a favor de los usuarios de telecomunicaciones:

1. La privacidad e inviolabilidad de sus telecomunicaciones, así como al mantenimiento de la reserva de todos los datos personales vinculados al servicio adquirido y que han sido suministrados a terceros, salvo en los supuestos de excepción que prevea su normativa interna.
 2. El acceso y la prestación continua y eficiente de un conjunto mínimo de servicios de telecomunicaciones que incluya, al menos, un precio razonable y la medición de sus consumos mediante instrumentos tecnológicos apropiados, conforme con las normas de calidad establecidas por la Autoridad Nacional Competente.
 3. La elección libre del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su utilización.
 4. El acceso a información clara, precisa, cierta, completa, oportuna y gratuita acerca de las tarifas y planes tarifarios vigentes y la manera de utilizar con eficiencia y seguridad el servicio respectivo de acuerdo a la legislación interna de cada uno de los Países Miembros.
 5. La recepción y respuesta rápida y eficaz de todas sus solicitudes, quejas y/o reclamos derivados de la prestación de los servicios de telecomunicaciones.
 6. La posibilidad de presentar quejas, reclamos y denuncias ante la autoridad competente por violaciones a los derechos del usuario contemplados en la normativa de cada País Miembro.
 7. La facturación oportuna y clara de la totalidad de los cargos y servicios del cual es usuario.
 8. La información previa, oportuna y adecuada sobre la suspensión, restricción o eliminación de los servicios de telecomunicaciones que haya contratado.
 9. La compensación o reintegro que corresponda por tiempo que el servicio no haya estado disponible al usuario, por causas imputables a los operadores o proveedores, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento interno de los Países Miembros.
 10. La prestación del servicio sin ser obligado o condicionado a adquirir otro bien o servicio.
 11. El acceso de manera gratuita a los servicios de información y emergencia que determinen las autoridades nacionales competentes.
- (La subraya es mía).

La Decisión 638 ha sido invocada, falsamente, como fundamento de la Resolución 4296 acusada, porque tal Decisión no contiene una causa de compensación por "deficiente prestación de servicios a través de redes móviles"; y porque el numeral 9 de su artículo 2 se opone a cualquier compensación automática, puesto que exige (i) definición previa de imputabilidad de la "deficiente prestación", y (ii) norma sobre la materia prevista en el ordenamiento interno del país miembro, que, en Colombia, por expresos mandatos constitucionales, debe ser una norma con fuerza de ley.

Ante todo, es necesario tener en cuenta que la Resolución 4296 acusada, distingue, en el artículo 2, entre dos circunstancias que podrían dar lugar a compensación

184
 ENCARGADA
 ENCARGADA
 ENCARGADA

automática, a saber: "(i) falta de disponibilidad de red y/o; (ii) la deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles."

La "falta de disponibilidad del servicio" sí está prevista como fuente de una eventual compensación (no automática) en la Decisión 638. Y el derecho a ser compensado por "falta de disponibilidad de red" (sin automatismo), tal como dispone la Decisión 638, ha sido reconocido desde hace tiempo en nuestro ordenamiento interno por la regulación, en particular a partir de la Resolución 1732 de 2007 de la entonces CRT, y luego con la Resolución 3066 de 2011 de la CRC. De modo que la hipótesis de compensación por "falta de disponibilidad de red" prevista en el literal "(i)" del artículo 2 de la Resolución 4296, no es un asunto nuevo en nuestra legislación, y lo que sería nuevo sería la automaticidad de tal compensación.

Pero la Decisión 638 no previó un derecho de los usuarios a ser compensados, y mucho menos en forma automática, como establece la Resolución 4296 (arts. 2, 3 y 4), por la "deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles". Por eso, es falso que la Decisión 638 sirva de fundamento a la Resolución 4296. Esta falsedad debe conducir a la anulación de la Resolución 4296.

En efecto, la Resolución 4296, fundándose falsamente en la Decisión 638, modifica tanto las causales, como la forma de compensación, previstas en la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, para introducir una nueva causal de compensación: "deficiente prestación del servicio" o "eventos de llamadas caídas", que no existe en tal Decisión comunitaria. Y para introducir un "automatismo" opuesto *prima facie* al artículo 2, numeral 9, de la Decisión.

La Resolución 3066, siguiendo la Decisión 638 de la Comisión de la CAN, únicamente contemplaba la posibilidad de: "Ser compensado cuando se presente y verifique la falta de disponibilidad de los servicios contratados..."¹⁰. Por lo tanto, sin fundamento en una ley, e incurriendo en falsa motivación, la Resolución 4296 acusada añadió una causal de compensación que no existía en la Decisión 638 ni en la Resolución 3066.

Más aun: el numeral 9 del artículo 2 de la Decisión 638 exige que la compensación al usuario ocurra, como es lógico, cuando haya "causas imputables a los operadores o proveedores"; es decir, exige identificar la causa de la falta de disponibilidad del servicio y, además, la imputabilidad de esa causa al proveedor del servicio. Uno y otro requisito se oponen, *prima facie*, a la automaticidad que impone la Resolución 4296. Por eso, es falso que ésta pueda fundarse en la Decisión 638. Esa falsedad en la motivación es suficiente para anular la Resolución acusada.

En consecuencia, el derecho a ser compensado por una "deficiente prestación del servicio" o por "eventos de llamadas caídas", que se crea en el literal "(ii)" del artículo 2 de la resolución 4296, no solo no tiene respaldo en ley alguna sino que está falsamente motivado, pues, como ya se expuso, no hay en la Ley 1341 de 2009, ni en el Estatuto del Consumidor -Ley 1480 de 2011-, ni en la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN,

¹⁰ Ver literal "s" del artículo 10.1, en concordancia con el artículo 33, de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC.

VERONICA CHACÓN
Asesoría de Registra. D.A. CR
Encargada

norma que contemple derecho alguno a ser compensado por "deficiente prestación del servicio" o "eventos de llamadas caídas", ni, mucho menos, en forma automática.

b.- La Recomendación UIT-T E.800 de la UIT es opuesta a la "compensación automática" de la Resolución 4296.

La **Recomendación UIT-T E.800 de 2008 de la UIT** define lo que debe entenderse por "calidad del servicio". De acuerdo con dicha norma:

La QoS¹¹ comprende tanto la calidad de funcionamiento de la red como la calidad de funcionamiento independiente de la red. Dentro de la NP¹² se incluyen la tasa de errores en los bits, la latencia, etc., y en la calidad de funcionamiento independiente de la red se cuentan el tiempo de prestación, el tiempo de reparación, la gama tarifaria y el tiempo de resolución de quejas, etc. La lista de criterios de QoS para un servicio concreto dependerá del servicio y su importancia podrá variar de un segmento de la clientela a otro.

Además, según la **Recomendación UIT-T E.800 de 2008 de la UIT**, la calidad de un servicio de telecomunicaciones depende de la totalidad de características "que deben ser observables o mensurables", que establecen la capacidad de satisfacer las necesidades explícitas e implícitas del usuario¹³. Es decir, la calidad del servicio está caracterizada por varios parámetros y no sólo por los eventos de "llamadas caídas", como "falsamente" sustenta la Resolución 4296 de 2013 de la CRC, al proponer el modelo de compensación automática por "deficiente prestación del servicio".

Por otro lado, la citada Recomendación E.800 de la UIT, en el numeral 3.3.5, define los "planes de compensación" como:

Cartera de pagos que efectúa el proveedor de servicios al cliente en concepto de deficiencias del nivel de calidad proporcionado, por ejemplo, retardos en la prestación o reparaciones o por no alcanzar el nivel de calidad de servicio prometido, etc.

Según el texto transcrito, los "planes de compensación" deben estar dados en función de un "nivel de calidad del servicio", lo cual depende de la existencia de "indicadores de calidad" tales como los previstos en la regulación (Resolución CRC 3067 de 2011 y normas concordantes). Por lo tanto, en esta recomendación internacional, no se observa que las "compensaciones" sean consecuencia necesaria de un simple evento de "llamada caída", sino que se relacionan con todo un "nivel de calidad" del servicio.

Este análisis es consistente con el documento inicial de propuesta regulatoria que publicó la CRC de mayo de 2013, titulado "Condiciones de compensación automática en servicios de comunicaciones", en el cual se dijo:

En este sentido, durante el mes de noviembre del 2012 la Comisión publicó un documento de consulta orientado a generar espacios de discusión respecto de las

¹¹ "Quality of Service" (Calidad del servicio).
¹² "Network Performance" (Calidad de funcionamiento de la red).
¹³ Numerales 2.1 Y 2.2, Resolución UIT-T E.800.

ROSA CHACON
 Abogada
 D.E.

alternativas de compensación que se tendrían para el usuario que experimenta deficiencias en la calidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, de modo que se puedan incluir mecanismos para que las empresas de telefonía móvil compensen a los usuarios cuando las llamadas caídas¹⁴ sobrepasen los niveles de calidad exigidos en la regulación; lo cual se enmarcó en la necesidad de definir mecanismos eficientes que incentiven el cumplimiento de los estándares de calidad establecidos en la normatividad vigente, a través de la inversión necesaria para mejorar la calidad del servicio prestado a los usuarios.
(La subraya es nuestra).

El documento de la CRC reconocía que no es posible exigir un servicio sin alguna falla –llamadas caídas-, sino que es necesario medir tales fallas –llamadas caídas- en función de determinados “niveles de calidad”, de tal manera que las compensaciones no podrían ser automáticas, sino que deberían sobrepasar los niveles de calidad exigidos. Los “indicadores de calidad” existen precisamente porque, en la práctica, las condiciones técnicas y de infraestructura del país no permiten prestar un servicio 100% “infalible”.

Es falso, entonces, que la **Recomendación UIT-T E.800 de 2008 de la UIT** pueda servir de sustento a una Resolución 4296 que impone compensaciones automáticas por cualquier falla del servicio, sin referencia ni comparación necesaria con los niveles e indicadores de calidad exigidos. Por razón de la falsa referencia que se hace en la Resolución 4296 a la Recomendación de UI-T E.800 de 2008, esa Resolución debe ser anulada.

c.- La Recomendación UIT-T G.1000 de la UIT es opuesta a la “compensación automática” de la Resolución 4296.

Por último, la CRC también motiva la Resolución 4296 con base en la **Recomendación UIT-T G.1000 de la UIT, “Calidad del servicio en las comunicaciones: Marco y definiciones”**. La Resolución 4296 de la CRC contempla intereses de los clientes o usuarios, concebidos desde una perspectiva inmediatista y simplista, y no tiene en cuenta las circunstancias reales en las que los proveedores operan para hacer las inversiones necesarias para prestar en forma continua el servicio. Muy por el contrario, la Recomendación UIT-T G.1000 de la UIT involucra tanto las perspectivas del usuario como las del proveedor, pues establece una “matriz” para identificar los criterios básicos que deben tenerse en cuenta para determinar la “calidad del servicio”. Reconoce tal Recomendación de la UIT que era posible obtener hasta 43 criterios de calidad, de los cuales, por lo menos, 13 son importantes para el servicio de telefonía básica¹⁵.

La CRC manifiesta (pág. 4):

¹⁴ Cabe señalar que al momento de la expedición del documento en mención se abordó de manera específica el componente asociado a las llamadas caídas, indicando que si bien existe también un indicador de calidad para las comunicaciones de voz a través de redes móviles denominado “Porcentaje de intentos de llamada no exitosos en la red de radio”, los eventos asociados a dicho indicador no comprometerían recursos del usuario.

¹⁵ Numeral 5.3. Recomendación UIT-T G.1000.

COMISIÓN CHACÓN
21 de Bogotá, D.C.
Sindicado

Que en el desarrollo del presente proyecto regulatorio esta Comisión efectuó (sic) un análisis considerando parámetros objetivos y subjetivos¹⁶, en tanto son los criterios a los que debe someterse cualquier evaluación de las condiciones de prestación del servicio. Es así como se revisaron variables de carácter cuantitativo como los indicadores de calidad del servicio¹⁷, otras de carácter cualitativo como la percepción de los usuarios¹⁸ y el comportamiento de las peticiones, quejas y recursos (PQRs)¹⁹, entre otros²⁰.
(Las notas al pie de página son del texto citado).

Sin embargo, en la Resolución 4296 no aparecen los parámetros objetivos aludidos, ni se observa que se hayan tomado en cuenta los "indicadores de calidad" del servicio para determinar las compensaciones. La resolución se limita a establecer un nuevo modelo de compensación automática teniendo en cuenta básicamente un solo factor: el de "eventos de llamadas caídas".

Según lo expuesto, todo muestra cómo la CRC, en la Resolución 4296 de 2013, no tuvo en cuenta, como exige el artículo 6 de la Ley 1341 de 2009, para el régimen de "compensación" por "deficiente prestación del servicio" o "eventos de llamadas caídas", los criterios y recomendaciones de organismos internacionales, como la UIT y la CAN, con los cuales Colombia ha suscrito protocolos en materia de telecomunicaciones. Esos criterios y recomendaciones son incompatibles con un sistema de compensación "automática", en el cual el deber de compensación no surge al comparar la falla, sus causas, y la imputabilidad del proveedor con un nivel preestablecido de "calidad del servicio", integrado por factores múltiples, sino ante un evento aislado cualquiera.

Así las cosas, los instrumentos internacionales que ha citado la CRC en la parte motiva de la Resolución 4296 de 2013, en particular para la obligación de compensación por "deficiente prestación del servicio" o "eventos de llamadas caídas", resultan incompatibles con el régimen que crea la Resolución 4296; pretender lo contrario implica una falsa motivación, que debe conducir a anular la Resolución, en su integridad.

1.3. Violación de norma superior: la Resolución acusada viola los artículos 2 (numeral 4º), 4 (numeral 1º), y 53 (numerales 8 y 14) de la Ley 1341 de 2009.

La "calidad" es un concepto relativo, que se refiere a conjuntos de características de los bienes y servicios, y que admite grados. La Resolución 4296 invoca en sus "considerandos" (p. 2) el deber de las autoridades de intervenir para velar por la "calidad" de los servicios de comunicaciones (artículo 4 de la Ley 1341 de 2009); y cuando pretende que ese deber se cumple imponiendo en forma automática obligaciones a los

¹⁶ Recomendaciones UIT-T G-1000 y E-800
¹⁷ Resolución CRC 3067 de 2011, modificada mediante las Resoluciones CRC 3503 de 2011 y 4000 de 2012.
¹⁸ Encuesta realizada por la CRC, entre julio y agosto de 2013.
¹⁹ A partir de la información reportada por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles a la Superintendencia de Industria y Comercio.
²⁰ Adicionalmente, a través del monitoreo que realiza esta Comisión, se evaluó (sic) el seguimiento a medios de comunicación.

TORRES CHACÓN
 J. de Bogotá, D.C.
 Encargado

nos ocupa, por ejemplo, el sólo hecho de que el espectro sea un bien limitado, constituye un factor que, sin más, impide tener calidad perfecta en materia de comunicaciones.

De tiempo atrás, los proveedores de servicios de voz por redes móviles vienen cumpliendo unos "indicadores de calidad" en materia de "llamadas caídas", definidos en la Resolución 3067 de 2011 de la CRC y en normas concordantes, so pena de incurrir en sanciones administrativas por violaciones al "régimen de calidad". El artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, así como los numerales 8 y 14 del artículo 53 de esa ley, resultan violados cuando, dejando aparte las reglas que él establece, la Resolución 4296 confiere al usuario unos derechos que rebasan los "indicadores de calidad" ofrecidos por los proveedores.... La Resolución 4296 pretende crear, en contra de lo previsto en estas normas, un régimen de prestación de servicios de telecomunicaciones sin riesgo alguno para el usuario....

En efecto, ahora, por obra de la Resolución 4296, la CRC, aun existiendo un régimen de "indicadores de calidad" que ya toma en cuenta el problema de las "llamadas caídas", y que corresponde a los proveedores definir (numeral 8 del artículo 53 de la Ley 1341), la CRC da un giro ilegal a la intervención del Estado con el pretexto de procurar la "calidad" en las telecomunicaciones. Así, la compensación por "deficiente prestación del servicio" a la cual se refiere la Resolución 4296, y en particular el cambio que introdujo su artículo 7º al artículo 33 de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, debe cumplirse ante **simples** "eventos de llamadas caídas que se produzcan en cada mes, de acuerdo con la metodología definida en numeral 2 del Anexo I de la presente Resolución..." (He subrayado).

Pese a que el cumplimiento de los "indicadores de calidad" y la obligación de compensación por "deficiente prestación del servicio", apuntan a una misma situación de hecho –la calidad del servicio–, hay "falta de articulación" en el diseño de la Resolución 4296 de 2013 de la CRC, entre las exigencias de compensación allí previstas y el marco regulatorio sobre indicadores de calidad –que corresponde registrar al proveedor según el numeral 8 del artículo 53 de la Ley 1341– en materia de "llamadas caídas", y frente al cual, según el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1341, el usuario debe tomar decisiones que implican derechos, pero también riesgos.

En efecto, la Resolución acusada, por ignorar que, legalmente, la "calidad" es un concepto complejo, y no simple, permitiría que un operador de telefonía móvil pudiera verse abocado a compensar a un usuario por un evento simple, la "deficiente prestación del servicio" –llamada caída–, pese a estar cumpliendo los "indicadores de calidad" registrados por él para "llamadas caídas", previstos en el numeral 8 del artículo 53 de la Ley 1341, en los contratos y en la regulación.

A pesar de que las normas legales citadas reconocen que la exigencia de "calidad" en los servicios no puede ser "ilimitada", y que depende del tipo de bien o servicio que se preste, la Resolución 4296 impone una obligación automática de compensar al usuario, cada mes, por "todos los eventos de llamadas finalizadas sin intervención del usuario en el mes". La resolución acusada, en contra de la ley y del derecho del proveedor de fijar el "indicador de calidad" que ofrece a cambio del precio, al imponer la obligación de compensar por cualquier falla o error, ignora que las normas legales no exigen "calidad perfecta", sino "niveles de calidad" e "indicadores de calidad". Y que estos no pueden

90
CASA CHACES
Calle Bogotá, D.C.
Inteligente

reducirse, en forma automática, a eventos simples, y que pueden deberse a múltiples causas, o ser ocasionados intencionalmente, como la caída de una llamada.

Por tal motivo, la Resolución 4296 de 2013 desconoce todas aquellas normas legales, que limitan las obligaciones de los operadores en función de unos "niveles de calidad" en el servicio, tales como los artículos 2 (numeral 4º), 4 (numeral 1º), y 53 (numerales 8 y 14) de la Ley 1341 de 2009; y que les permiten registrar los "indicadores de calidad" que ofrecen, necesariamente complejos, y respecto de los cuales los usuarios deben tomar sus decisiones y sus riesgos.

Las normas legales citadas, cuando se refieren a "niveles de calidad", entienden que es natural, en la prestación de estos servicios, una probabilidad de fallas, derivada de multiplicidad de factores técnicos y económicos, y del comportamiento accidental o intencional de los usuarios. Por eso las normas legales no incluyen una exigencia absoluta de calidad en todos los momentos de prestación del servicio, sino que se refieren a niveles e indicadores de calidad, registrados estos últimos por los proveedores (numeral 8 del artículo 53 de la Ley 1341), a la luz del conocimiento que tienen de sus posibilidades técnicas y de las remuneraciones que esperan percibir de los usuarios, en un mercado de competencia. Y en la medida en que la Resolución 4296 incluye un deber de compensación automática por cualquier "evento de llamada caída", dejando sin aplicación ni efectos las reglas legales citadas, la Resolución 4296, es ilegal. En consecuencia, la resolución acusada debe ser anulada en su integridad.

1.4. Violación de norma superior: la Resolución acusada viola los artículos 29 de la Constitución Política; 3 (numeral 1) de la Ley 1437 de 2011; y 2 (numeral 9) de la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN.

La Resolución 4296 de 2013 de la CRC, con el nombre nada sutil de "compensaciones automáticas", en realidad impone unas "decisiones condenatorias tácitas", indemnizaciones, que las empresas de telefonía móvil deben entregar a sus usuarios, por los eventos que la Resolución denomina "deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles" (art. 2). Según el numeral 2 del Anexo I que el artículo 7 de la Resolución acusada adicionó a la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, la "deficiente prestación del servicio" corresponde a los denominados "eventos de llamadas caídas".

"Llamadas caídas" es una forma de describir los eventos en los cuales una llamada termina por razones distintas a la interrupción voluntaria de la comunicación. La Resolución las describe como llamadas que finalizan sin la intervención del usuario.

Los proveedores de servicios de comunicaciones, sin que haya una actuación administrativa especial, ni un proceso ante las autoridades judiciales, y sin que tengan posibilidad de ser oídos y de presentar y contradecir pruebas, resultan en la Resolución 4296 sujetos de una decisión condenatoria automática y tácita, por el simple hecho de que ocurra una deficiencia en la "prestación de servicios de voz" (artículo 2), que, según los "considerandos" y el numeral 2 del Anexo I de tal resolución, equivale a una "llamada caída".

91
 MARIA CHACON
 Bogota, D.C.
 Encargada

De modo que la CRC ha impuesto a los proveedores de servicios de telecomunicaciones una "decisión condenatoria tácita", bajo la forma de "compensación automática", por eventos que, en múltiples ocasiones, nada tienen que ver con la gestión -buena o mala- de las empresas. La indemnización la recibirán los usuarios cuando las llamadas finalicen por causa distinta a la voluntad del usuario, pero no necesariamente imputable al operador: se incluirán eventos de fuerza mayor; eventos en los que la llamada terminó porque los usuarios ingresaron a un sótano, a un ascensor, a un lugar apartado, a un lugar fuera de la red; o porque otros aparatos bloquearon la señal, o porque el teléfono se quedó sin batería, etc.

De modo que la "decisión condenatoria tácita" o "compensación automática" por "deficiente prestación del servicio", contemplada ahora en la Resolución 4296, se refiere, en forma indiscriminada, a eventos en los que, aun estando la red disponible, la llamada termina sin la intervención del usuario. Y la decisión de obligar a las empresas a indemnizar a los usuarios en todos esos eventos, sin distinción, implica imputarles una responsabilidad objetiva que, además, puede derivar de hechos voluntarios o dolosos de terceros. Por estas razones, la Resolución 4296 viola el derecho constitucional al debido proceso.

Según el artículo 29 de la Constitución, antes de que cualquier persona sea objeto de una "decisión condenatoria", tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se presenten en su contra. La obligación automática de compensar por llamadas caídas, sin conocer las pruebas que podrían presentar eventualmente los prestadores acerca del origen del fenómeno, es una violación flagrante de esa regla. Es contrario a la Constitución establecer a cargo de los operadores de telefonía móvil, como lo hace la resolución acusada, una responsabilidad objetiva, que hace innecesario acudir a las autoridades administrativas, o a los jueces, para que el proveedor de servicios sea obligado, contra su voluntad, a compensar un usuario por toda y cualquier llamada caída, sin que la autoridad, el usuario o el proveedor puedan participar en un debate probatorio acerca de la causa que originó tal caída y de la que se pretende deducir una obligación.

Para cumplir con el artículo 29 de la Constitución, imponer la "decisión condenatoria" y la obligación consecuencial de compensar por "llamadas caídas" a los proveedores, exigiría, además de norma legal, comprobar la existencia de: (i) la conducta de los operadores, (ii) el daño generado al usuario, y (iii) el nexo de causalidad que vincule la conducta del operador con el daño causado al usuario. La Resolución 4296 ignora que no es posible afirmar que, en cada caso particular, las "llamadas caídas" son siempre imputables al proveedor. En algunos eventos pueden deberse a fuerza mayor, a terrorismo, y tanto a conductas inocentes como a conductas dolosas de los usuarios. Además, como ya expliqué, cabe tener en cuenta que la naturaleza del servicio móvil no permite una operación "sin fallas", dadas sus complejidades técnicas y los diversos factores que intervienen en la provisión del servicio; y que es por eso que la ley permite al proveedor hacer un registro de los "indicadores de calidad" que ofrece. Aún con los últimos desarrollos tecnológicos no existe una red en Colombia o en el mundo cuyas características técnicas garanticen que todas las comunicaciones se establezcan sin riesgo de interrupción alguna.

192
POLICIA CHACOM
B.9.
Encargada

El artículo 29 de la Constitución ha sido desarrollado, entre otras normas, por el artículo 3, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo): allí el legislador repite que todas las actuaciones administrativas deben fundarse en reglas que faciliten el derecho de defensa y el de contradicción; y que todas esas actuaciones deben fundarse en el principio de la "legalidad de las faltas". En la medida en que la Resolución 4296 carece de sustento legal, y en la medida en que obliga a compensaciones "automáticas", sin dar oportunidad a los proveedores de los servicios de aportar pruebas respecto de las causas de las caídas en las llamadas, esa Resolución crea una sanción contra la que no existe derecho de defensa, y viola también estas normas de la Ley 1437.

La Resolución 4296 crea una responsabilidad objetiva, que se encuentra proscrita, por regla general, en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, con base en el artículo 29 de la Constitución, entre otras normas, nuestro ordenamiento jurídico impone a la autoridad el deber de permitir a las personas el ejercicio del derecho a ser oído y a controvertir las pruebas que obren en su contra.

Por lo demás, no debe olvidarse que la normativa andina, según consta en la mencionada Decisión 638 de 2006, en particular el numeral 9 del artículo 2, limita el deber de compensación cuando exige que las fallas compensables se deban a causas imputables al proveedor. Es decir, exige identificar, por medio de pruebas, la causa de la falta de disponibilidad del servicio y, además, la imputabilidad de esa causa al proveedor del servicio. Uno y otro requisito se oponen, *prima facie*, a la automaticidad y prescindencia de pruebas que impone la Resolución 4296. De ninguna manera la Decisión 638 autoriza modalidad alguna de responsabilidad objetiva. En ese aspecto, la Resolución acusada también viola el numeral 9 del artículo 2 de tal Decisión.

En consecuencia, la Resolución 4296 viola el artículo 29 de la Constitución, y el numeral 9 del artículo 2 de la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN. Por tal motivo, la resolución acusada debe ser anulada en su integridad.

1.5. Violación de norma superior: la Resolución acusada viola el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

La Resolución 4296, en la medida en que no existe una precisa y explícita norma legal que imponga a los prestadores de servicios de telecomunicaciones la obligación de compensar al usuario por cada llamada caída, contiene una decisión imputable exclusivamente a la CRC, esto es, una decisión que ejercita un alto grado de discrecionalidad. Como bien expresa la Resolución en la página 3, la CRC desarrolló...

... un proyecto regulatorio para la determinación de mecanismos que permitan al usuario recibir compensación por deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles, con el fin de analizar la pertinencia y viabilidad de incorporar en la regulación vigente, mecanismos de compensación diferentes a los ya establecidos en la legislación, que de manera automática permitan al usuario ejercer sus derechos, a efectos de que dichos servicios reflejen altos niveles de

193
CIVIL CHASEN
Doyola D.O.
Encargada

calidad, así como también definir las condiciones bajo las cuales el usuario debe recibir la compensación y las causales de exclusión del mismo.

En otras palabras, la CRC no estaba obligada a adoptar un determinado modelo de compensación por llamadas caídas; y, en ese sentido, la Resolución 4296 crea un modelo cuyas características son "discrecionales".

Sin embargo, como se sabe, aunque la Constitución y la ley colombiana reconocen que las autoridades pueden tomar medidas con diversos grados de "discrecionalidad", no autorizan el uso "irrazonable", "inadecuado" o "desproporcionado" de esa facultad. El artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 determina los requisitos que debe cumplir una decisión "discrecional", así:

ARTÍCULO 44. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.
(La subraya es mía).

La Resolución 4296 no es adecuada a los fines de la norma que la autoriza, ni proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En efecto, para empezar, como ya expliqué, no existe una norma legal que autorice a la CRC a expedir un régimen de compensaciones "automáticas" por "deficiencias en la prestación del servicio" –llamadas caídas-. Pero, si en gracia de discusión las normas invocadas por la CRC en la parte motiva autorizaran tal medida, cabe preguntarse: ¿cuáles son los fines de estas normas?, ¿hay proporcionalidad de la medida con los hechos invocados como causa?

En primer lugar, si se entendiera que los supuestos fines son la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, y de la calidad del servicio de telefonía móvil, la norma no es adecuada porque:

- Patrocina situaciones en los cuales no hay afectación a los usuarios por causas imputables al operador. La Resolución impone compensaciones incluso cuando la falla obedece a fuerza mayor (la CRC parece ignorar que en Colombia hay terrorismo y que se trata de un país con regiones sujetas a altos grados de sismicidad), o cuando los usuarios intentan realizar llamadas desde sitios fuera del alcance de la red, o con equipos en deficiente estado, o cuando ingresan a sitios en donde hay obstáculos para la continuidad de la comunicación (parqueaderos subterráneos), etc.
- No toma en cuenta los índices de cumplimiento de calidad del servicio, y el derecho de los proveedores a registrar "indicadores de calidad" que definen los derechos y riesgos de los usuarios. Desconoce que la exigencia legal de "niveles de calidad", no puede reducirse a calidad en todos los eventos y las situaciones.

194
 ENCARGADA
 DE LA
 FISCALIA D.S.

En segundo lugar, existe desproporción entre las reglas que impone la Resolución 4296, y los hechos que le sirven de causa. ¿Cuál es el hecho que sirve de causa a la Resolución 4296?

No debe olvidarse que antes de la Resolución 4296 de 2013 de la CRC, ya existían, por mandato legal, "indicadores" que miden la calidad de servicio, y que pueden incluir en particular eventos de "llamadas caídas". Sin embargo, no existe en la parte motiva o dispositiva de la Resolución acusada una sola regla que relacione deterioros en los "indicadores de calidad" con la existencia de eventos únicos de "llamadas caídas". El régimen regulatorio derivado de la Resolución 4296 permite, entonces, que un proveedor que esté cumpliendo con los "indicadores de calidad" registrados al amparo del numeral 8 del artículo 53 de la Ley 1341, adquiera una obligación de compensar cualquier "llamada caída". Esta obligación, entonces, resulta "desproporcionada" para quien esté cumpliendo con los "indicadores de calidad".

En otras palabras, la CRC acepta que, pese a la existencia de hipótesis de cumplimiento de los "indicadores de calidad", los operadores deban pagar compensaciones automáticas. La CRC puede adoptar medidas razonables y adecuadas para conseguir que los proveedores cumplan con el régimen de "indicadores de calidad"; pero, en cambio, optó por imponer una medida simplista, automática y desproporcionada, que no tiene en cuenta los hechos que ocasionan la medida y que, por eso, excede los límites que las autoridades tienen para usar facultades discrecionales.

En consecuencia, la Resolución acusada vulnera el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 y, por lo tanto, debe ser anulada en su integridad.

2. FUNDAMENTOS ADICIONALES DE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Sin perjuicio de las razones arriba expuestas para sustentar la petición de nulidad de toda la Resolución 4296 de 2013 de la CRC, y en el evento de que el Honorable Consejo no acoja las razones con base en las cuales solicito la nulidad de toda la Resolución, presento ahora razones adicionales de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra ciertos artículos de la Resolución 4296.

2.1. Violación de norma superior: los artículos 1, 2, 3, 7, 8 y 9 de la Resolución 4296 violan los artículos 1546 y 1602 del Código Civil, y 870 del Código de Comercio.

En las consideraciones de la Resolución 4296, pág. 3, se advierte:

Que las reglas que actualmente se encuentran vigentes en materia de compensación, contenidas en la Resolución CRC 3066 de 2011, condicionan la aplicación de ésta a la presentación de una reclamación por parte del usuario, lo cual se constituye en un desincentivo para su materialización.

(...)

195

ENCARGADO

Que la implementación de medidas de compensación automática en los servicios de comunicaciones permite el ejercicio de los derechos de los usuarios a recibir un servicio sin deficiencias en su prestación y su aplicación se basa en reconocer las pérdidas derivadas de la falta de disponibilidad de la red o por deficiente prestación del servicio. Dada la condición de ser automática, está (sic) medida genera mayores beneficios para los usuarios por cuanto su aplicación no depende de la solicitud que para el efecto presenten éstos. En tal sentido, se modificarán las reglas de compensación contenidas en la Resolución CRC 3066 de 2011, a través de la aplicación de las disposiciones contenidas en la presente resolución. (Las subrayas son mías).

Con estas consideraciones:

- El **artículo 1** de la Resolución define el objeto de la misma, orientado a que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones compensen automáticamente a sus usuarios por deficiencias en la prestación de los servicios de comunicaciones.
- El **artículo 2** crea el derecho de los usuarios a ser compensados de manera automática por "la deficiente prestación de servicios de voz a través de redes móviles".
- El **artículo 3** impone la obligación a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles de compensar a sus usuarios, de manera automática, según la metodología y procedimientos definidos en dicha resolución.
- El **artículo 7** modifica el artículo 33 de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, para adicionar la obligación de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles de compensar a sus usuarios, de manera automática, "ante los eventos de llamadas caídas que se produzcan cada mes, de acuerdo con la metodología definida en el numeral 2 del Anexo 1 de la presente Resolución".
- El **artículo 8** modifica el Anexo I de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, para adicionar las condiciones y metodología para determinar el valor de la compensación automática "por deficiente prestación del servicio de voz a través de redes móviles".
- El **artículo 9** adiciona el Formato 40 a la Resolución 3496 de 2011 de la CRC, para que la CRC pueda obtener información para el "monitoreo" de la compensación automática, y en particular información sobre la "cantidad de llamadas caídas".

Como puede verse, todas las normas arriba descritas crean y desarrollan la obligación de compensación automática por "deficiente prestación del servicio" o "eventos de llamadas caídas", la cual, según afirma la Resolución 4296, surge sin necesidad de que el usuario presente la respectiva reclamación.

Así las cosas, la CRC, al imponer una obligación de compensación automática por "deficiente prestación del servicio" o "eventos de llamadas caídas", vulnera aquellas normas legales que facultan al usuario contratante a abstenerse de actuar (si él mismo observa que el proveedor del servicio es ajeno a las fallas); o a pedir, a su arbitrio, o la resolución del contrato, o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

196
Encargada
C. LUIS BOGOLÁ, D.C.

Así las cosas, los artículos acusados vulneran los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, según los cuales:

ARTICULO 1546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.
(La subraya es mía).

ARTÍCULO 870. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.
(La subraya es mía).

Las normas legales, al usar la forma verbal "podrá", reconocen que el usuario contratante es el mejor guardián de su propio interés, y la persona mejor calificada para hacer, en principio, un análisis de la causa del problema y de la responsabilidad del proveedor del servicio. Por el contrario, la Resolución 4296 niega al usuario el derecho legal a calificar las razones y las consecuencias de la falla, y, sin más, lo pone ante una solución (¿?) única, impersonal, que consiste en recibir una compensación automática.

En este caso, los artículos acusados de la Resolución 4296, al obligar sin más –sin petición del usuario- a los operadores a "compensar automáticamente" por "deficiente prestación del servicio", reducen las opciones que los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio otorgan a las partes en los contratos, y por ese motivo deben ser anulados.

2.2. Violación de norma superior: los artículos 1, 2, 3, 7, 8 y 9 de la Resolución acusada violan el artículo 1494 del Código Civil.

El Código Civil, en su artículo 1494, prevé unas específicas fuentes de las obligaciones: el contrato, los "cuasicontratos", los delitos, y la ley.

Sin embargo, la Resolución 4296, y en particular sus artículos 1, 2, 3, 7, 8 y 9, sin fundamento legal que lo autorice, han creado una nueva obligación de "compensación automática" por "deficiente prestación del servicio". Con ello no solo afectan la libertad de las personas para contratar –como de manera explícita prevé la Resolución en el artículo 3-, sino que interfieren, sin competencia, en un asunto que es de "reserva de ley", tal como lo prevén los artículos 365 y 369 de la Constitución Política.

En efecto, mientras la Constitución ordena a la ley determinar los derechos y deberes de los usuarios, el Código Civil, a su turno, señala que las contraprestaciones de tales derechos, esto es, las obligaciones, también deben provenir de la ley, entre otras fuentes.

197
Encargada

La obligación de compensación automática por "llamadas caídas" sólo puede provenir de las "fuentes" que el legislador estableció en el Código Civil (art. 1494). Así las cosas, como el régimen de derechos de los usuarios es de "reserva de ley", la CRC, a través de la regulación, no puede convertirse en una "fuente" de la obligación de compensación automática; no hay ley alguna según la cual haya derechos a "compensaciones automáticas" por "deficiente prestación del servicio" o por "eventos de llamadas caídas". Y no hay ley alguna que otorgue a la CRC la facultad de crear "compensaciones" automáticas a favor de los usuarios por cualquier falla del servicio.

Por lo anterior, los artículos 1, 2, 3, 7, 8 y 9 de la Resolución 4296, deben ser anuados.

2.3. Violación de norma superior: el artículo 3 de la Resolución acusada viola los artículos 333 de la Constitución; 22 (numeral 17) de la Ley 1341 de 2009; 1602 del Código Civil; y 38 de la Ley 153 de 1887.

Los contratos, en Colombia, se forman por el libre concurso de voluntades entre las partes; y, cuando los contratantes son particulares, solo las partes, o los jueces, pueden modificarios. Las facultades de la CRC, en relación con los contratos existentes entre proveedores y usuarios del servicio de telecomunicaciones, se limitan a emitir conceptos sobre su legalidad. Por eso, la modificación unilateral, impuesta por la CRC en el artículo 3 de la Resolución 4296, no solo viola el artículo 333 de la Constitución en cuanto limita la libertad económica –que implica la libertad contractual- sin autorización expresa de la ley, sino varias normas legales citadas, como explicaré en seguida.

La Resolución 4296 de 2013 de la CRC prevé, en su artículo 3, inciso segundo, la modificación inmediata de los contratos de servicios de telecomunicaciones, así:

(...)
Las disposiciones aquí contenidas se entenderán incorporadas en los contratos de prestación de los servicios de telecomunicaciones, los cuales deberán reflejar las condiciones regulatorias para la compensación en las comunicaciones de voz a través de redes móviles, en el marco del "Procedimiento de compensación por falta de disponibilidad del servicio" que debe contener el Contrato de Prestación de Servicios, en cumplimiento del literal r) del artículo 13 de la Resolución CRC 3066 de 2011, o aquella norma que modifique, sustituya o adicione dicho numeral.
(La subraya es mía).

La norma citada es contraria al artículo 1602 del Código Civil, que establece:

ARTICULO 1602. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En este caso, en virtud de la Resolución 4296 de 2013, la CRC se ha conferido a sí misma, de manera ilegal, la potestad de modificar contratos válidamente celebrados, sin el consentimiento de las partes del contrato y sin intervención de los jueces. Lo anterior es

198
 JUDICA CHACON
 Abogado
 Encargada

más evidente cuando ni la Nación, ni el Ministerio, ni la CRC, son partes en los contratos de prestación de servicios celebrados entre los proveedores y los usuarios.

En materia de contratos ya celebrados entre los proveedores y los usuarios de servicios de telecomunicaciones, el numeral 17 del artículo 22 de la Ley 1341 de 1999 contiene una facultad muy limitada, que consiste en:

17. Emitir concepto sobre la legalidad de los contratos de los proveedores con los usuarios.

Parece obvio que si el legislador se sintió obligado a incorporar en una ley esta limitadísima facultad, es porque reconoció que, salvo esta norma, la CRC y las autoridades administrativas no podían imponer modificaciones a los contratos celebrados entre particulares. Si la ley hubiese querido facultar a la CRC o a cualquier otra autoridad no judicial para modificar los contratos celebrados entre los particulares, podría haberlo dicho, y no lo dijo.

Finalmente, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 dispone:

ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo á (sic) la ley bajo la cual se hubiere cometido.

Con el artículo acusado, la CRC ha creado una regla contraria a la norma legal citada, en el sentido de que los contratos en curso pueden ser modificados con nuevas reglas, contenidas en normas que son de inferior jerarquía a la ley y al reglamento, y expedidas además por una autoridad que ni siquiera es parte en el referido contrato.

Por todo lo anterior, el inciso segundo del artículo 3 es contrario a normas legales que he invocado, y debe ser declarado nulo.

2.4. Violación de norma superior: los artículos 1, 2, 3, 7, 8, 9 y 10 de la Resolución acusada violan el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009.

La Resolución 4296 de 2013 de la CRC no sólo prevé la ilegal modificación inmediata de los contratos en curso entre las empresas operadoras y sus usuarios, sino que, como se ha explicado en esta demanda, implica una importante modificación del régimen de prestación del servicio en contradicción con el régimen legal anterior a la Ley 1341 de 2009.

109
CARRERA CHACUN
Bogotá, D.C.
Encargada

En efecto, imponer tal modificación a operadores que tengan contratos de concesión anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 1341 -2009-, viola el artículo 68 de la Ley 1431, según el cual:

ARTÍCULO 68. DE LAS CONCESIONES, LICENCIAS, PERMISOS Y AUTORIZACIONES. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. De ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley.
(...)
(La subraya es mía).

En este caso, todas las modificaciones de la Resolución 4296 de 2013 de la CRC, y en particular la imposición de obligaciones de "compensaciones automáticas" para los "eventos de llamadas caídas", corresponden a normas sin fundamento legal que incluso no están previstas en la Ley 1341 de 2009, y que, por ende, con mayor razón, no pueden aplicarse retroactivamente a las empresas que, conforme al artículo 68 de dicha ley, deben regirse por las normas legales vigentes en el momento en que en sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones, fueron obtenidos o expedidos.

Por lo anterior, los artículos 1, 2, 3, 7, 8, 9 y 10 de la resolución acusada son contrarios al artículo 68 de la Ley 1341 de 2009; o sólo pueden entenderse legales en la medida en que resulten inaplicables a los operadores que, conforme al citado artículo 68, hayan optado por mantener sus concesiones, permisos, licencias y autorizaciones conforme a las normas legales vigentes al momento de su obtención o expedición.

2.5. Violación de norma superior: el artículo 8 de la Resolución acusada viola el artículo 831 del Código de Comercio.

La Resolución 4296 de 2013 de la CRC prevé una "compensación automática" cuando existan eventos de "llamadas caídas", que la resolución denomina "deficiente prestación del servicio".

Según el Anexo I de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, modificado por el artículo 8 de la resolución acusada, se utilizan dos fórmulas para determinar la compensación automática, ya sea individual o promedio. Tales fórmulas son:

- Para compensación automática individual:
Compensación individual _[Tiempo al aire] = [ELC * Fc]
- Para compensación automática promedio:
Compensación promedio _[Tiempo al aire] = [ELC/CU * Fc]

En donde:

- La "compensación individual" es el total de tiempo al aire, que se determina en minutos o segundos, según el caso, que debe ser entregado por el operador de servicios de voz a un usuario en particular.
- La "compensación promedio" es el total de tiempo al aire, que se determina en minutos o segundos, según el caso, que debe ser entregado por el operador a cada uno de sus usuarios de servicios de voz.
- ELC es la sumatoria de todos los eventos de "llamadas caídas" esto es, llamadas terminadas sin intervención del usuario en el mes, entendiendo "sin intervención del usuario" como aquellas llamadas que terminan "sin que el usuario realice la petición de colgar".
- FC es un "factor de compensación" que se calcula con base en la ocupación promedio de los canales de voz para cada operador en cada mes, que nunca será inferior a 1.
- CU es el total de usuarios que recibirán la compensación, debido a que registraron tráfico en la red durante el mes.

Como se observa, la "compensación automática" consistirá en que por cada llamada caída, el usuario recibirá al menos un minuto (si el FC fuese 1), o más de un minuto.

Como es obvio, cuando una llamada se cae, la duración de la llamada se interrumpe, y no hay cobro de más minutos. El artículo 8 de la resolución acusada introduce una compensación que no tiene un criterio razonable ni claro.

Pero, peor aún, tal artículo introduce una compensación que incluye eventos en los cuales las llamadas se caen sin causa imputable al operador.

En efecto, si un usuario realiza una llamada desde un sitio fuera del alcance de la red como un sótano o un ascensor, o si la realiza desde un aparato con problemas técnicos, y la llamada se cae, en todo caso la aplicación de las fórmulas introducidas por el artículo 8 de la resolución acusada terminarán indicando que ese usuario debe recibir la compensación automática.

Sin embargo, el artículo 831 del Código del Comercio prevé:

ARTÍCULO 831. Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

De modo que la Resolución 4296 de 2013 de la CRC, en contra de lo que dispone el artículo 831 citado, termina promoviendo unas "compensaciones automáticas" que permitirán a todos los usuarios recibir más minutos que el verdadero número de veces de llamadas caídas (por la sola aplicación del factor Fc); pero, además, patrocinará en múltiples casos que usuarios terminen recibiendo tiempo al aire a pesar de que la causa por la cual se haya caído una llamada no sea imputable al operador, esto es, en contra de lo que exige el numeral 9 del artículo 2 de la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN. Y lo peor, la resolución abre el espacio para que usuarios que por su conducta -consciente o inconsciente- origine llamadas caídas sean también "compensados".

En consecuencia, la metodología para el cálculo de la "compensación automática" por "eventos de llamadas caídas", prevista en la resolución acusada, constituye una fuente de enriquecimiento sin causa a favor de los usuarios y en contra de los operadores, que viola el artículo 831 del Código de Comercio. Por lo tanto, el artículo 8 de la resolución acusada debe ser anulado.

VI. PRUEBAS

1. DOCUMENTALES

De conformidad con el numeral 1° del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), adjunto a esta demanda un original del ejemplar del Diario Oficial No. 48.884 del 16 de agosto de 2013, en el cual se publicó la Resolución 4296 de 2013 de la CRC²¹. (Anexo 1).

2. OFICIO

De conformidad con el artículo 211 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en concordancia con el artículo 111 del Código de Procedimiento Civil, solicito que al decretarse las pruebas se oficie a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para que remita, con destino al expediente, copia de los antecedentes administrativos de la Resolución 4296 de 2013, si acaso dicha autoridad no lo hubiere hecho al contestar la demanda para cumplir el parágrafo 1° del artículo 175 de la citada Ley 1437, y en particular, pero sin limitarse a ello:

- (i) De los documentos relativos a la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN, y de las Recomendaciones UIT-T E.800 y UIT-T G.1000 de la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT-.
- (ii) De los estudios técnicos que haya tenido en cuenta para enumerar las causas eventuales de las "llamadas caídas" de los operadores móviles.
- (iii) De los estudios que haya elaborado acerca de la "proporcionalidad" y "adecuación" de las medidas que incluye la Resolución 4296.
- (iv) De los estudios económicos que haya efectuado acerca del impacto sobre los proveedores del servicio de telecomunicaciones de las medidas de la Resolución 4296.
- (v) De los análisis jurídicos que haya realizado sobre su competencia para expedir la Resolución 4296, en vista del principio constitucional de "reserva de ley".

²¹ Puede encontrarse en: <http://www.crc.com.gov.co/index.php?idcategoria=65469#>

202
 JUDEJICA CHACON
 Bogotá, D.C.
 Encargada

VII. COMPETENCIA

Es competente el H. Consejo para conocer de la presente demanda, según lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

VIII. ANEXOS

Acompaño el documento relacionado en el acápite de pruebas documentales, y los siguientes:

1. Copia simple de la Gaceta Oficial No. 1372 del 21 de julio de 2006, del Acuerdo de Cartagena, en la cual aparece publicada la Decisión 638 de 2006 de la Comisión de la CAN²². Como se sabe, las decisiones de la CAN, por su carácter supranacional, tienen aplicación directa e inmediata en los ordenamientos de los Países Miembros, de modo que tales normas comunitarias tienen la misma fuerza de una ley. (Anexo 2).
2. Copia simple de la Recomendación UIT-T E.800 de 2008 de la UIT²³. (Anexo 3).
3. Copia simple de la Recomendación UIT-T G.1000 de la UIT²⁴. (Anexo 4).
4. Copia simple de la Resolución 1732 de 2007 de la entonces CRT²⁵. (Anexo 5).
5. Copia simple de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC²⁶. (Anexo 6).

También acompaño con esta demanda tres copias completas, incluyendo anexos, con estos propósitos: una copia para el traslado a la CRC, otra para el traslado al Ministerio Público, y la última para el traslado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (inciso sexto del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso-).

También acompaño un CD que contiene una copia electrónica –en formato PDF- de la demanda, de sus anexos, y de la solicitud de suspensión provisional que he presentado en escrito separado (inciso tercero del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso).

Finalmente, acompaño una copia de la demanda, sin anexos, para el archivo del H. Consejo.

²² Puede encontrarse en:
<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1372.pdf>

²³ Puede encontrarse en: <http://www.itu.int/rec/T-REC-E.800-200809-I/es>

²⁴ Puede encontrarse en: <http://www.itu.int/rec/T-REC-G.1000-200111-I/es>

²⁵ Puede encontrarse en: <http://crcm.gov.co/?idcategoria=57060#>

²⁶ Puede encontrarse en: <http://www.crcm.gov.co/index.php?idcategoria=41981#>

203

MANUELA MOJICA CHACÓN
Hoy 21 de Bogotá, D.C.
Encargada

IX. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la secretaría del H. Consejo, o en mi residencia ubicada en la Calle 144 No. 18 A – 31, de Bogotá, D.C.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones las recibirá en la Calle 59 A bis No. 5 – 53, Edificio LINK Siete Sesenta, Piso 9, de Bogotá, D.C. Teléfono: 3198300. Según la información que aparece en la página Web de la CRC²⁷, esta entidad recibe "Notificaciones Judiciales" en el buzón de correo electrónico identificado con la siguiente dirección (art. 197 de la Ley 1437 de 2011): notificacionesjudiciales@crcom.gov.co

Del H. Consejo, y de los H. Consejeros, con el debido respeto,


PEDRO LEONARDO PACHECO JIMÉNEZ
C.C. No. 80'234.355 de Bogotá
T.P. No. 121.824 del C. S. de la J.

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE PRESENTADO
EN ESTA SECRETARIA HOY

18 DIC 2013

SECCION PRIMERA
EN 32 FOLIOS
Y 171 ANEXOS

Allega escrito original de la
demanda más 3 trasladadas
con anexos y 1 copia para
el archivo del O.E. sin
anexos. con medio
magnético.
con solicitud de suspensión
Provisional en 9F.
RODÍO

²⁷ Ver: <http://www.crcom.gov.co/?idcategoria=64408>

204



NOTARÍA 31

ALFONSO CLAVIJO GONZALEZ

NIT: 19.114.508-9

CALLE 117 No. 6 A-19 BOGOTA, D.C.

PBX 6121690 Correo Electronico: notaria31bogota@etb.net.co

JANNETH MOJICA CHACÓN
Notaria 31 de Bogotá, D.C.
Encargada

DILIGENCIA DE PRESENTACION PERSONAL



El anterior escrito dirigido a: CONSEJO DE ESTADO. Fué presentado personalmente por:

PACHECO JIMENEZ PEDRO LEONARDO
Identificado con: C.C. 80234355
y T.P. No. 121824 del C.S.J.
Bogota D.C. martes, 17 de diciembre de 2013



AG7TILL8L0WYNO40

Verifique los datos impresos en este documento ingresando a www.notariaenlinea.com

Alfonso Clavijo Gonzalez
FIRMA DECLARANTE



JANNETH MOJICA CHACÓN NOTARIA 31 ENCARGADA

z8k9o9llipikk8i9

Lore

ESPACIO EN BLANCO

NOTARÍA 31

