



SUMARIO

Secretaría General de la Comunidad Andina

Pág.

Dictamen 03-2008.-	Reclamo de la empresa E.P.M. TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. contra la República de Colombia por el presunto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; los artículos 8, numeral 4, 13 literales a) y e); 18, 28, 29 y 38 de la Decisión 462 Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina; y 17 de la Decisión 439 (Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina)	1
Resolución 1191.-	Rectificación de los Precios de Referencia del Trigo y del Maíz Blanco del Sistema Andino de Franjas de Precios para la primera quincena de noviembre de 2008, de la Resolución 1189, correspondientes a la Circular N° 327-A del 7 de noviembre de 2008	24
Resolución 1192.-	Precios de Referencia del Sistema Andino de Franjas de Precios para la segunda quincena de noviembre de 2008, correspondientes a la Circular N° 328 del 7 de noviembre de 2008	25

DICTAMEN N° 03- 2008

Reclamo de la empresa E.P.M. TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. contra la República de Colombia por el presunto incumplimiento del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; los artículos 8, numeral 4, 13 literales a) y e); 18, 28, 29 y 38 de la Decisión 462 Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina; y 17 de la Decisión 439 (Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina)

Lima, 7 de noviembre de 2008.

I. ACTUACIONES PROCESALES

- i. Mediante comunicación de fecha 26 de octubre de 2007, la E.P.M. TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (en adelante **EPM**), representada por su apoderado, y amparada en lo dispuesto por el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, presentó un reclamo por posible incumplimiento de la República de Colombia del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia

de la Comunidad Andina, y de la Decisión 462 (Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina, "*por el incumplimiento de sus obligaciones comunitarias en materia de servicios de telecomunicaciones, por discriminar a E.P.M. frente a ciertas obligaciones y no controlar las prácticas de TELECOM y COLTEL que violan normas andinas.*")

- ii. El 20 de noviembre de 2007, la Secretaría General, luego de haber verificado el cum-



plimiento de los requisitos procesales correspondientes previstos en el artículo 21 de la Decisión 623, admitió a trámite el reclamo presentado por **EPM** y corrió traslado del mismo a la República de Colombia y a los demás Países Miembros, mediante comunicaciones SG-F/5.11/1003/2007 y SG-X/5.11/1078/2007, a fin de que presentaran la contestación e información que consideraran pertinente, dentro de los cuarenta y cinco (45) días calendario siguientes.

- iii. Mediante facsímil de fecha 11 de febrero de 2008, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia presentó sus descargos manifestando *“su convicción de estar cumpliendo a cabalidad con sus compromisos adquiridos como País Miembro de la Comunidad Andina, en especial de las obligaciones establecidas en el marco de la Decisión 462, y por tanto encuentra que todas sus actuaciones relacionadas con el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la CAN han sido totalmente ajustadas a lo dispuesto en las normas comunitarias y no encuentra que haya incurrido en actuación contraria al ordenamiento andino.”*

II. IDENTIFICACION Y DESCRIPCION DE LAS MEDIDAS MATERIA DEL RECLAMO

El asunto sometido a consideración de este órgano comunitario tiene por objeto determinar el estado de cumplimiento de las obligaciones que el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; los artículos 8 numeral 4, 13 literales a) y e), 18, 28, 29 y 38 de la Decisión 462 y 17 de la Decisión 439, imponen a la República de Colombia como País Miembro de la Comunidad Andina.

Dichas normas comunitarias, en opinión de EPM, habrían sido contravenidas por la omisión en el cumplimiento de las obligaciones comunitarias de Colombia de no hacer y de hacer, en especial las obligaciones de hacer respetar el ordenamiento andino, de garantizar el cumplimiento del mismo, de prevenir su vulneración, de investigar y de sancionar a los particulares que lo incumplan.

La mencionada contravención a las obligaciones de hacer y no hacer, de acuerdo a lo señalado en el reclamo, se materializarían a través de las siguientes conductas:

- Discriminar en las condiciones de entrada y acceso al mercado de Telefonía Pública Conmutada de Larga Distancia Nacional e Internacional (TPBCLDN y TPBCLNI) a favor de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones E.S.P. (TELECOM), y la Empresa Colombiana de Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (COLTEL), en perjuicio de las empresas competidoras EPM y ETB.
- Discriminar en el valor de las tasas que deben pagar las nuevas empresas prestadoras del servicio de larga distancia, sobre los requisitos legales y el valor del título habilitante para la entrada al mercado y prestación del servicio de larga distancia nacional e internacional favoreciendo a COLTEL.
- La República de Colombia al constituir y privatizar la empresa COLTEL no habría cumplido con la obligación de obtener título habilitante para operar en el mercado de larga distancia nacional e internacional, de manera contraria a lo establecido en el artículo 13 literal a) de la Decisión 462.
- Incumplir la obligación de hacer, de propender por la armonización sobre bases transparentes y no discriminatorias de los requisitos para la concesión de títulos habilitantes contenida en el artículo 18 de la Decisión 462, dado que las tasas que Colombia cobra para la telefonía social serían discriminatorias y constituirían un subsidio cruzado prohibido por las normas andinas.
- Incumplir el compromiso andino de garantizar la obligación de acceso eficaz y eficiente de los operadores E.P.M. y E.T.B. a las cabeceras de cable submarino propiedad de TELECOM-COLTEL, en condiciones no discriminatorias y transparentes frente a la concesión o prestación de los servicios similares de interconexión, ya que Colombia no habría expedido las medidas regulatorias (reglamentos) para asegurar la efectividad del acceso a dichas cabeceras de cable, de acuerdo a lo previsto en el artículo 8, numeral 4 de la Decisión 462.



- Omitir la obligación de tomar medidas que garanticen y prevengan que no se presenten situaciones de posición de dominio con la integración de los servicios de voz TPBCLE, TPBCLDI y TMC de la sociedad Telefónica-Colombia Telecomunicaciones, de acuerdo a lo establecido en los artículos 28 y 29 de la Decisión 462.

III. ARGUMENTOS DEL RECLAMO Y DE LA CONTESTACION

A) Argumentos del reclamo

La EPM fundamenta su reclamo en los siguientes argumentos:

1. Discriminación de Colombia en los requisitos que exige para la prestación del servicio de larga distancia

De acuerdo a lo expresado en el escrito de reclamo, la República de Colombia se encontraría tomando medidas y concediendo ventajas regulatorias a favor del operador COLTEL, con lo cual le estaría otorgando una ventaja competitiva sobre los demás operadores.

Señala EPM que desde 1997 hasta el 2003 los únicos operadores habilitados para operar en el mercado de larga distancia de Colombia eran la empresa estatal TELECOM, ETB y ORBITEL. Desde la liquidación de TELECOM dada su inviabilidad financiera, y el consiguiente fenecimiento de su título habilitante, en el 2003 los únicos operadores que habían cumplido con todos los requisitos para obtener la habilitación eran ETB y ORBITEL ahora EPM.

A partir del 2003 entró al mercado de las telecomunicaciones la empresa Colombia Telecomunicaciones -COLTEL-, que a pesar de ser una empresa nueva, creada mediante Decreto 1616 de 2003 y con aporte económico del Gobierno colombiano, no realizó los trámites necesarios, no pagó la contraprestación de 150 millones de dólares por concepto de la concesión para servicios de larga distancia, ni cumplió con todos los requisitos para obtener la habilitación legal, de acuerdo a lo establecido en los Decretos 2318 de 1991 y 2542 de 1997, como sí le tocó hacer a ETB, ORBITEL y EPM.

El régimen de habilitación legal que TELECOM habría delegado a COLTEL con el propósito de asegurar la continuidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones, no desapareció luego de la venta del 51% de las acciones de dicha empresa a capitales privados. Es así que, de acuerdo a lo señalado por el reclamante, Colombia pretende mantener los privilegios con que contaba TELECOM como empresa estatal que tenía el monopolio de las telecomunicaciones, y hacerlos efectivos a un particular, generando un desequilibrio frente a los demás operadores que no prestan el servicio en ejercicio de una función estatal.

2. Cobro de tasas para subsidiar a TELECOM y COLTEL indirectamente

El reclamante señala que el Estado colombiano impone a los operadores de larga distancia el pago de tasas sobre el total de sus utilidades para financiar la telefonía social. Las sumas recaudadas por el referido concepto se depositan en el Fondo de Comunicaciones y un porcentaje de las mismas es asignado directamente a TELECOM para sus planes de expansión, *“es decir, se destina para la financiación de la operación de esta compañía y su sucesora ahora privatizada”*.

Al ser TELECOM una empresa dueña de las redes, que arrendó a COLTEL, quien compite directamente por el mercado de larga distancia con las empresas ORBITEL-EPM y ETB, los aportes que estas dos últimas empresas hacen al Fondo estarían subsidiando la operación de COLTEL, siendo esto entonces una práctica anticompetitiva que alienta el Estado colombiano.

Si TELECOM en liquidación es el dueño de las redes y las ha arrendado para que las opere y administre un solo operador, COLTEL, este último de forma indirecta recibe los beneficios de los aportes que hacen los competidores de larga distancia, con lo cual se está otorgando una ventaja competitiva a COLTEL, a quien se le estaría entregando de forma indirecta las utilidades de sus competidores, lo cual es una política anticompetitiva y discriminatoria.



3. Control de cabezas de cable submarino

De acuerdo a lo expresado en el reclamo, TELECOM habría *“ostentado el control y acceso total a las cabezas de cable submarino Maya y Panamericano, lo que le da un monopolio (poder de mercado), sobre los mismos que no ha sido ejercido adecuadamente, pues ha abusado de este poder para crear barreras de acceso a los demás operadores de larga distancia vía precio, o imponiendo trabas de acceso a los mismos sin que el Estado colombiano haya controlado dicha situación, mediante regulaciones o mediante la imposición de multas u órdenes administrativas derivadas de acciones procompetitivas.”*

Otra forma de limitar el acceso a las cabeceras de cable expuesta por el reclamante consiste en la dilación en la negociación del acceso a los mismos, las exigencias sobre límites de capacidad y el bloqueo del tráfico entre estas cabeceras y el resto del país. En ese contexto, y a pesar de conocer la posición monopólica de TELECOM y ahora COLTEL, el Estado colombiano no habría tomado las medidas adecuadas sobre el procedimiento y forma de contratación para la asignación, no discriminatoria, de recursos de capacidad en las cabeceras de cable.

4. Falta de control en la integración COLTEL-TELEFONICA

Según se señala en el reclamo, la empresa estatal TELECOM está en proceso de liquidación, por lo que se creó la empresa Colombia Telecomunicaciones COLTEL, para seguir operando los servicios de larga distancia. COLTEL a su vez vendió la participación mayoritaria de su accionariado a TELEFONICA, pasando a asumir el control de la empresa, y recibiendo *“los beneficios de adquirir una empresa que abusa de su posición de dominio en el mercado de TPBCLE”*.

Asimismo, agrega EPM que *“[c]on la compra de la participación mayoritaria por parte de TELEFONICA ocurrió una integración horizontal de hecho entre Telefónica móviles y COLTEL, es decir entre dos servicios y redes similares por lo menos, sin que el Estado colombiano haya ajustado*

tal integración a las normas que sobre competencia en telecomunicaciones existen, exigiendo a las integradas COLTEL y TELEFONICA, el cumplimiento de las normas y condicionando la integración a las mismas a abrir el mercado.”

La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia no se habría expresado en ningún sentido para imponer obligaciones de mayor información al público, a los usuarios y demás operadores competidores sobre las tarifas y los costos relacionados para fijarlas, ni realizó estudios sobre las tarifas que se aplican por acceso a redes y transporte en la integración. Tampoco impuso obligaciones de separación contable y orientación a costos en el mercado mayorista de acceso para redes fijas móviles, debido al poder de mercado que tendría la integración COLTEL-TELEFONICA.

El deber de la Comisión de Regulación de Telecomunicación - CRT es el de tomar medidas regulatorias necesarias para controlar los efectos negativos en el mercado de una integración como la que se veía venir entre COLTEL y TELEFONICA; sin embargo, lo que hizo fue derogar el artículo 3.3.8 de la Resolución 87 que contenía la obligación de controlar las fusiones e integraciones mediante Resolución 1445 de 2006, justo en el momento de integración y compra de COLTEL por parte de TELEFONICA.

Tampoco hubo pronunciamiento, según señala la EPM, de la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC-, sobre las tarifas que se aplican por acceso a redes y transporte en la integración, en especial, respecto al cobro por la terminación de llamadas en redes de local extendida donde COLTEL-TELEFONICA tendría posición de dominio, ni los efectos de la misma en las dificultades de entrada que sufren los competidores para prestar el servicio de terminación de llamadas en las redes de local extendida.

En virtud de lo anterior, el reclamante considera que al no actuar efectivamente contra las acciones de TELECOM y la integración con TELEFONICA, Colombia habría incumplido su deber general de tomar las medidas necesarias para prevenir, evitar y



sancionar el abuso de posición de dominio de TELECOM y TELEFONICA, contenido en el artículo 17 de la Decisión 439:

“Hasta tanto se aprueben normas comunitarias en la materia, cada País Miembro deberá adoptar las medidas que sean necesarias para prevenir, evitar y sancionar las prácticas que distorsionen la competencia en el comercio de servicios en su propio mercado, incluyendo aquellas que sean necesarias para asegurar que los prestadores de servicios establecidos en sus territorios, que ostenten posición de dominio en el mercado, no abusen de ésta.”

5. De la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones andinas en materia de telecomunicaciones. Incumplimiento de la obligación de hacer, en particular: de las obligaciones de respetar, garantizar y prevenir el cumplimiento del artículo 13 y 18 de la Decisión 462

El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, según señala el reclamante, *“establece la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, sin importar a quien estén dirigidas (países miembros o particulares) (...)”*.

Sobre este punto añade igualmente que *“el contenido de las obligaciones de hacer del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, implica para los Países Miembros, cumplir y hacer cumplir las obligaciones de garantizar, la obligación de prevenir, la obligación de investigar, la obligación de sancionar y hasta la obligación de reparar cuando se ha determinado el incumplimiento de un País Miembro. Las obligaciones derivadas de la obligación de hacer, respetar, garantizar y prevenir han sido incumplidas por la República de Colombia respecto del incumplimiento de exigir título habilitante a COLTEL.”*

La obligación de respetar: esta obligación, menciona el reclamante, exige a los Países Miembros que actúen de forma tal que con sus conductas no violen las nor-

mas andinas directamente, ni permitan que los particulares las vulneren.

En el caso del artículo 13 literales a) y e) de la Decisión 462 se establece que *“Dentro de los Países Miembros los proveedores de servicios de telecomunicaciones se obligan a: (...) a) Obtener el título habilitante o su homologación para la prestación de los servicios de telecomunicaciones; (...) y e) En general, cumplir con la normativa nacional del País Miembro donde desee prestar dichos servicios.”*

En ese marco, la omisión de la República de Colombia se manifiesta en el hecho de no haber garantizado el cumplimiento de la citada obligación, al expedir un Decreto de creación de la empresa COLTEL, y al no exigir título habilitante una vez privatizada la empresa.

La obligación de garantizar: señala el reclamante que se trata de una obligación positiva consistente en el deber de los Países Miembros de adoptar todas las medidas necesarias, tal como lo estipula el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, y a su vez, genera responsabilidad objetiva para los Países Miembros, pues si se comprueba una vulneración por parte de un particular, como en este caso no contar con título habilitante, y el país no lo soluciona inmediatamente o en un término prudencial, será responsable por el incumplimiento de la norma.

La obligación de prevenir: esta obligación, menciona EPM, se refiere a la adopción de las medidas legales, regulatorias, administrativas o de otra índole, que aseguren el respeto de los derechos reconocidos a las personas en la normativa andina, y que éstos no sean menoscabados por particulares. Asimismo, señala que *“[e]sta obligación comprende un grado especial de diligencia, por lo que si el país ha fallado en esta debida diligencia para prevenir la conducta del particular, se dice entonces que habrá incumplido con la obligación, por lo tanto el Estado es responsable por las omisiones en el deber de prevenir”*.

En ese orden de ideas, queda claro, según el reclamante, que la conducta de los operadores privados de telecomunicaciones



cuando violan normas andinas, genera responsabilidad respecto del cumplimiento de los Países Miembros de la Comunidad Andina, aunque dicha vulneración no sea atribuible directamente al Estado.

B) Argumentos de la contestación

1. Señala la República de Colombia en su escrito de contestación que *“el principio de no discriminación en el que se sustenta el reclamo de EPM, supone, de suyo, la existencia de situaciones fácticas iguales a las que debe aplicarse una misma disposición normativa, so pena de su vulneración (...) desconoce el denunciante que las circunstancias del otorgamiento de la habilitación a TELECOM, con posterioridad atribuida a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES difieren por razones legales, que han sido reconocidas por la jurisprudencia, de las que corresponden a otros operadores de telefonía de larga distancia en el mercado colombiano (EPM y ETB)”*.

Asimismo, señala Colombia que la habilitación de TELECOM surgió de la ley en el marco de un régimen de prestación monopolístico y no, *“como consecuencia de decisiones discriminatorias del Estado Colombiano en un ámbito de apertura en desarrollo de la normativa andina”*. Es así que, el Decreto 2542 del 16 de octubre de 1997, que reglamenta las condiciones para la prestación en competencia de los servicios de TPBCLD, en su artículo 2, legitima la preservación de la habilitación legal preexistente a favor de TELECOM, por lo que no podía considerársele un nuevo operador, ni *“considerarse discriminatoria en perjuicio de la competencia de los operadores que iban a concurrir en dicho mercado”*.

Al respecto, señala la parte reclamada que en sentencia del Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, expediente 2000-N11856, se ha pronunciado en ese sentido, señalando que:

“Por consiguiente no se da violación ni a la libre competencia ni a la igualdad. Los nuevos concesionarios y TELECOM compiten libremente y en igualdad de condiciones en los supuestos iguales, del servicio telefonía de larga distancia mencionada. Y

no puede haber desigualdad en cuanto a otros servicios que presta TELECOM porque los nuevos concesionarios no están en la misma condición de igualdad que aquel; la condición especial de TELECOM deriva de la ley.

Tampoco encuentra la Sala que el párrafo del artículo 5 acusado, quebrante el ordenamiento superior citado como infringido. La resolución no eximió a TELECOM del pago del canon inicial de concesión que exigió para “los nuevos concesionarios”, porque TELECOM no es nuevo concesionario. La situación especial de TELECOM tiene su causa en la norma de su creación, con fuerza de ley, que lo privilegió como prestador del servicio. Por tanto, una norma de menor rango, como es una resolución administrativa de la C.R.T., no podía variar una situación jurídica de origen legal.”

El Decreto 1615 de 2003 estableció la liquidación de TELECOM y a la vez previó un esquema para garantizar la continuidad en los servicios de telecomunicaciones. Es así que ordenó lo siguiente:

- Que todos los bienes y activos se mantengan afectos a la prestación del servicio.
- Garantizar la continuidad en la prestación del servicio mediante la celebración de los contratos que se requieran.
- Denominar por Gestor del Servicio la empresa que se cree con el fin de asegurar la prestación del servicio de telecomunicaciones. Sobre este punto se previó la figura de la subrogación en el gestor que se crearía, en cuanto a los contratos de interconexión y de prestación de servicios públicos, así como, la celebración de un contrato de explotación para el uso y goce de los bienes y activos y derechos adquiridos para la prestación del servicio de telecomunicaciones.

2. En relación a la figura de la subrogación se señala en el escrito de contestación que: *“implica de suyo, la existencia de un negocio jurídico mediante el cual una persona sustituye a otra en una obligación o en un derecho, de manera tal que el tenedor de la habilitación legal, en este caso la EM-*



PRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (TELECOM), fue sustituido por el nuevo gestor creado, esto es COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.”

Por otro lado, señala Colombia que en el Decreto 1616 de 2003 por medio del cual se crea COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, se dispuso que el aporte de la Nación a dicha empresa se encontraba representado en la habilitación que le confiere a participar en el mercado de telecomunicaciones incluido el aporte de licencias, permisos y concesiones y cualquier otro título habilitante para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que tenía TELECOM.

Asimismo, dispuso el mencionado Decreto que, con el fin de garantizar la prestación del servicio de telecomunicaciones, COLTEL tendría la función que tenía TELECOM de prestar en gestión directa el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia nacional e internacional y los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional.

3. En cuanto al supuesto incumplimiento de la obligación de exigir la obtención de un título habilitante para la prestación del servicio de telecomunicaciones y de cumplir la normativa nacional del País Miembro, la parte reclamada señala que *“según el alcance de los derechos conferidos a los países miembros y a los proveedores de servicios en la Decisión 462, el acceso a los diferentes mercados se hará conforme a las reglas y condiciones previstas para la prestación del servicio en cada país. (...) Por esta razón, se entiende que cada país es libre de determinar cómo se efectúan las habilitaciones para prestar los servicios y cuáles las condiciones de prestación.”*

En el caso concreto de la habilitación de COLTEL, señalan asimismo que no se trató de una nueva habilitación sino la entrega de la que ya tenía TELECOM, la cual fue ordenada a través de un decreto con fuerza de ley, en desarrollo de las facultades que le confiere el Congreso de la República de Colombia al Gobierno, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 365 de la Constitución Política Colombiana.

4. En cuanto al supuesto incumplimiento por no exigir el título habilitante una vez privatizada COLTEL, manifiesta Colombia que el conferido a través del decreto ley de creación de COLTEL es suficiente, en la medida que existe una interpretación errada sobre la obligación del operador de obtener título habilitante, por parte del reclamante. La habilitación otorgada a COLTEL se ajusta a la normativa andina y nacional puesto que proviene de la Autoridad Nacional Competente y no está generando nuevos derechos y obligaciones a los que tenía TELECOM ya liquidada.

5. En relación al cargo relativo al supuesto cobro de tasas para subsidiar a TELECOM y COLTEL indirectamente, la República de Colombia señala lo siguiente:

- *“Los recursos que deben entregar los operadores EPM y ETB, integran la carga social que les corresponde por haber obtenido la habilitación para la explotación del servicio público de telefonía de larga distancia en Colombia.*
- *Su destinación se orienta a la ejecución de la política de Servicio Universal del Estado colombiano y, en consecuencia, se encuentra excluida del ámbito de las normas de integración comercial.*
- *La ejecución de la política social del Estado a través del operador establecido al momento de la apertura del servicio a la competencia, es un modelo legítimo de Servicio Universal, debidamente adoptado en Colombia por las autoridades a las que les corresponde tales facultades.*
- *El servicio social de telecomunicaciones no integra el mercado en el que concurren los operadores EPM, ETB y COLTEL en competencia.*
- *La asignación de recursos que aportan los operadores está exclusivamente relacionada al servicio social y no soporta la operación del servicio que explota comercialmente y en competencia COLTEL.*
- *Lo que justifica mantener hasta el onceavo año, esto es, hasta el 2008, que tres de los 5 puntos porcentuales que aportan los demás operadores de larga distancia los reciba COLTEL, es la política social de Servicio Universal adoptada legítimamente por la República de Co-*



lombia, a través del Plan Nacional de Servicio Universal (1999 - 2009) que de ninguna manera contraría las normas andinas; todo lo contrario, lo único que se busca con tal política es hacer posible que todos los colombianos puedan tener acceso a los servicios de telecomunicaciones y, por lo tanto, sean parte de la sociedad de la información.”

6. Respecto al cargo vinculado al control que tendría TELECOM y ahora COLTEL sobre las cabezas de cable submarino, se señala en el escrito de contestación que es falso que el Estado colombiano no haya regulado el acceso a las cabeceras de cable submarino.

Asimismo señala que, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, la regulación puede materializarse ya sea mediante actos administrativos de carácter general y abstracto, como a través de actos administrativos de carácter particular y concreto. Es así que la CRT como órgano regulador del mercado de las telecomunicaciones, mediante regulación de carácter general (Resolución 087, artículo 4.2.2.8) ha establecido que las cabeceras de los cables submarinos son instalaciones esenciales, de modo tal que los operadores que cuentan con dicha infraestructura se encuentran obligados a proveerlas en condiciones no discriminatorias y estableciendo el valor de la remuneración por su uso con base en los criterios de costos más utilidad razonable.

Adicionalmente, la CRT ya se ha pronunciado respecto de la obligatoriedad de los operadores de dueños de cabeceras de cable submarino, de ofrecerla a otros operadores; en casos como la actuación administrativa adelantada por la referida entidad en el año 1999 y culminada en el año 2000 con la expedición de la Resolución CRT 208 del 2 de febrero de 2000, mediante la cual se fijó el valor que ETB como operador de Larga Distancia debía pagar a TELECOM por el acceso y uso de la cabeza del Cable Panamericano.

7. En cuanto a la supuesta falta de control a la integración COLTEL-TELEFONICA, Colombia señala que *“el Decreto 2153 de 1992 como la Ley 155 de 1959 y su Decre-*

to Reglamentario (Decreto 1302 de 1964), así como la reglamentación que por intermedio de la circular única ha emitido la Superintendencia de Industria y Comercio constituyen el régimen general del control previo a las concentraciones empresariales. Este control tiene como función prevenir los posibles efectos anticompetitivos que pueden llegar a tener las concentraciones empresariales que se lleven a cabo o que tengan efectos en los mercados de la nación (...).”

El mencionado régimen, añade Colombia, establece que las operaciones de integración empresarial no pueden objetarse con el único argumento de que a través de las mismas se adquiere posición de dominio en el mercado, dado que el artículo 333 de la Constitución colombiana en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 no prohíben la posición de dominio, sino el abuso de la misma.

En el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio al conocer de la inminente integración entre COLTEL y TELEFONICA realizó un estudio económico para evaluar los efectos de la misma en materia de competencia. Como conclusión de dicho estudio, el Superintendente de Industria y Comercio concluyó que la operación no ameritaba ninguna objeción.

8. Respecto a la necesidad de imponer obligaciones de mayor información a los usuarios y demás operadores y competidores sobre las tarifas así como las obligaciones de separación contable y orientación a costos en el mercado mayorista de acceso a redes fijas y móviles, aclara la parte reclamada que dichas obligaciones han sido impuestas a los operadores de telecomunicaciones por parte de las autoridades competentes.

En lo relacionado a la separación contable añadió que de acuerdo a lo establecido en la ley de servicios públicos, como en el régimen de competencia, los operadores que prestan servicios públicos están en la obligación de llevar las contabilidad separada, a efectos de que sea transparente para los órganos de vigilancia y control los costos y condiciones en que se presta cada uno de los servicios vigilados.



Asimismo se señala en el escrito de contestación al reclamo que Colombia *“en ejercicio de su función de regulación, ha establecido condiciones en el mercado mayorista de acceso a redes fijas y móviles, fijando cargos de interconexión basados en criterios de costos más utilidad razonable, propendiendo con ello que los beneficios obtenidos de la disminución en los cargos de acceso, se trasladen a los usuarios, vía mejores tarifas.”*

9. En cuanto a la información que hace el denunciante en el sentido que el Estado colombiano no ha realizado un control efectivo de precios sobre las tarifas que ofrece COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en la terminación del tráfico hacia redes de local extendida y menos hacia la red integrada de TELEFONICA MOVILES para evitar que con los planes que ofrezca se incurra en prácticas anticompetitivas, indica la parte reclamada que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejercicio de su función de inspección y vigilancia, y en virtud de una queja presentada por ETB, formuló pliego de cargos contra COLTEL, para que ésta presente sus descargos.

Señala a su vez que los controles ejercidos por los organismos encargados de ello, así como las funciones regulatorias adelantadas por la CRT, de ninguna manera han sido cándidas, cosa distinta es que dichas actividades sean desconocidas y pasadas por alto por el denunciante para llegar a las conclusiones que más convienen a sus intereses.

Es así como a través de la reciente Resolución 1763 de 2007, la CRT ha revisado nuevamente los cargos de acceso. Luego de la reforma adelantada a través de la Resolución 463 de 2001, estableciendo nuevos valores objetivos de interconexión.

Igualmente señaló que si bien en algunos segmentos del mercado de larga distancia han ganado participación los agentes del mismo, en otros se ha perdido participación, lo cual puede atribuirse a las condiciones de competencia en que se desarrolla el mercado y que, lo único que evidencia, contrario a lo afirmado por el denun-

ciante, es que el servicio de Larga Distancia en Colombia, se presta bajo tales condiciones.

Menciona el reclamado, que el Estado colombiano se ha comprometido con la generación de un ambiente de competencia, aún antes de que la normativa andina se ocupara de la liberalización del mercado de telecomunicaciones dentro de los Países Miembros. En efecto, en 1994 con la expedición de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994), dentro de los cuales se encuentra el servicio de Larga Distancia al que hace referencia el denunciante, se sentaron las bases que hicieron posible la liberalización del mercado de Larga Distancia, al consolidarse las reglas que permitieron el acceso de otros operadores, como es el caso de EPM.

El Gobierno de Colombia expidió la reglamentación necesaria para la apertura del mercado al que se ha hecho referencia, a través de la expedición del Decreto 2542 de 1997, por medio del cual se reglamentó el proceso de concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD) y se establecieron las reglas para los operadores interesados en ingresar en dicho mercado.

Por otra parte, en lo que a la regulación del mercado mismo hace referencia, y teniendo en cuenta como objetivo la promoción de la competencia, la Ley 142 en comento, fortaleció a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, como un órgano técnico, quien en ejercicio de sus funciones de inspección, control y vigilancia ha estado atento al comportamiento del mercado de larga distancia e incluso, como ya se mencionó, ha adelantado las investigaciones administrativas del caso.

10. Finalmente, en lo que al organismo de competencia hace referencia, esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, la República de Colombia aclaró que en ejercicio de las facultades asignadas por la Ley, para el caso de la integración empresarial presentada entre TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, di-



cha entidad analizó y revisó que dicha integración no afectaba las normas de competencia, las cuales valga la pena precisar, son concordantes con la normativa andina, sin que pueda afirmarse como lo hace el denunciante sin sustento alguno, que el análisis realizado fue "lánguido", tal y como quedó demostrado anteriormente.

En ese orden de ideas, el Estado colombiano, a través de sus distintas instituciones, no sólo habría cumplido con la obligación de hacer, sino que se ha ocupado de que la normativa andina sea respetada y cumplida por los operadores de telecomunicaciones, tal como se evidenció con la expedición de las Resoluciones CRT 1516 de 2006 y 1517 del mismo año, confirmadas en todas sus partes por las Resoluciones CRT 1636 y 1637 de 2007, mediante las cuales y en aplicación directa de la normativa andina se fijaron condiciones de acceso, uso e interconexión entre dos operadores de telecomunicaciones.

IV. EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA SECRETARIA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS

A) Respecto a la presunta violación del artículo 13 literales a) y e) de la Decisión 462, por el incumplimiento de la obligación de exigir título habilitante para la prestación del servicio a COLTEL-TELEFONICA.

Conforme se desprende de su texto, el artículo 13 literales a) y e) de la Decisión 462 contiene obligaciones cuyo cumplimiento se encuentra directamente en cabeza de los operadores de redes públicas de telecomunicaciones:

Decisión 462

Artículo 13.- Obligaciones de los proveedores de Servicios de Telecomunicaciones

Dentro de los Países Miembros los proveedores de servicios de telecomunicaciones se obligan a: (...)

a) Obtener el título habilitante o su homologación para la prestación de los servicios de telecomunicaciones;

*e) En general, cumplir con la normativa nacional del País Miembro donde desee prestar dichos servicios., (...)*¹

Ni la citada disposición ni, en general, la Decisión 462 regulan bajo qué procedimiento se debe otorgar el mencionado título, o qué formalidad jurídica debe revestir el mismo.

La mencionada Decisión se limita a definir como **Título Habilitante** el "Acto administrativo por medio del cual la Autoridad Nacional Competente de un País Miembro faculta a un proveedor para el suministro de servicios de telecomunicaciones o para la instalación y operación de redes."

En ese sentido, la norma andina sólo exige que dicho título esté previsto en un acto administrativo, el cual queda sometido a lo contemplado en la legislación nacional del País Miembro, en tanto no se alcance a la "adecuación y consiguiente armonización de los requisitos y procedimientos exigidos para el otorgamiento de títulos habilitantes", conforme está previsto en el artículo 18 de la Decisión 462.

Consecuentemente, si bien la Decisión 462 establece ciertas obligaciones mínimas que deberán ser exigidas a los operadores de servicios de telecomunicaciones, se deja en libertad a los Países Miembros para legislar en todos los aspectos no previstos en la norma.

En el reclamo materia del presente Dictamen, **EPM** alega el incumplimiento de la República de Colombia frente a sus obligaciones comunitarias en materia de servicios de telecomunicaciones, por no controlar las prácticas de las empresas TELECOM y COLTEL que violarían la precitada norma andina, sustentando su reclamación en la omisión del cumplimiento de la obligación comunitaria de hacer, contenida en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en particular, la obligación de hacer respetar, la obligación de garantizar, la obligación de prevenir, la obligación de investigar y la obligación de sancionar.

¹ Resultado fuera de texto.



En ese sentido, dado que la norma comunitaria citada no impone, de manera directa, obligaciones que puedan dar lugar a un incumplimiento por parte de un País Miembro, ya que las mismas están dirigidas directamente a los proveedores de servicio de telecomunicaciones, sólo corresponde analizar si la República de Colombia adoptó las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la norma que señala el reclamante como objeto del presente procedimiento en la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, de acuerdo a lo previsto por el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia.

Por tal razón, esta Secretaría considera necesario analizar algunos aspectos puntuales relacionados con la obligación arriba mencionada.

- **Respecto a la naturaleza de las obligaciones contenidas en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.**

El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que:

*“Los Países Miembros están obligados a **adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.***

*Se comprometen, asimismo, a **no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.***”

Respecto al alcance de las obligaciones contenidas en el precitado artículo, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en la sentencia proferida en el Proceso 6-IP-1993, señalando que:

“(…) el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario contenido en el artículo 1; y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contra-

ria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

*Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de **adoptar toda clase de medidas -sean legislativas, judiciales, ejecutivas, administrativas o de cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario.** Por la segunda obligación, de no hacer, **las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.***

Las obligaciones previstas en el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátase de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo.”

Asimismo, en complemento al citado criterio el honorable Tribunal precisó sobre el alcance del incumplimiento del artículo 4, al indicar que:

*“... el incumplimiento comprende la conducta del Estado Miembro que sea contraria al ordenamiento jurídico comunitario, por faltar a la ejecución de las obligaciones y compromisos emanados de dicho ordenamiento y contraídos en su condición de miembro del Acuerdo, bien a través de la sanción de normas internas contrarias al orden, **bien por virtud de la falta de sanción de normas internas destinadas a la observancia del orden, bien a causa de cualquier acción u omisión, deliberada o no, que se oponga al orden o que***



dificulte u obstaculice su aplicación. También cabe considerar omisión la tolerancia de una norma interna incompatible con las obligaciones y compromisos comunitarios.”²

Igualmente, consideró que:

“El incumplimiento de cualquier norma jurídica, originaria o derivada, por parte de un País Miembro, comporta inevitablemente la infracción del referido artículo 4º, por lo que se hace necesario analizar la medida adoptada por la República de Venezuela y confrontarla con las disposiciones comunitarias invocadas por la Secretaría General, a fin de decidir si el incumplimiento que se le endilga a dicho País Miembro aparece demostrado.”³

Por lo tanto, de la jurisprudencia citada se desprende, en cuanto a la obligación de hacer que recaen en los Países Miembros prevista en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la existencia de un deber genérico de garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario por parte de los órganos que ejercen poder público, pero también, bajo ciertas condiciones, por parte los particulares.

No obstante, el deber genérico de garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, no puede significar que el País Miembro asuma las responsabilidades y deba cumplir con las obligaciones impuestas a los particulares. En ese sentido, el deber de garantizar atribuible a un País Miembro, resulta ser una obligación de medio y no de resultado.

En esta línea, la postura mayoritaria de la doctrina en materia de responsabilidad internacional de los Estados considera que un Estado es responsable por el daño causado por particulares *si no ha adoptado las medidas de prevención y represión que, atendidas las circunstancias, cabría razonablemente esperar de él.*⁴

² Proceso 165-IP-2004.

³ Proceso 17-AI-2000.

⁴ Trabajos Preparatorios de la Conferencia de Codificación de la Haya en 1930. En NOVAK, Fabián y GARCIA-CORROCHANO, Luis. Derecho Internacional Público. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001. pág. 422.

Respecto al deber de prevención se debe entender que el Derecho Internacional no obliga a los Estados a impedir todo daño, sino tan sólo a dedicar sus mayores esfuerzos para prevenir dicho perjuicio. Mientras que, en cuanto al deber de represión, éste consiste en llevar adelante todas las acciones e investigaciones que fueren pertinentes para detener el hecho ilícito y castigarlo debidamente.⁵

De esta manera, y en el caso que nos ocupa, cuando la obligación recae en el particular, la responsabilidad del Estado consiste en contar con reglas claras, mecanismos de defensa, procedimientos, instancias judiciales y sanciones que propicien un ámbito adecuado para el desarrollo de las actividades de los particulares y el cumplimiento de sus obligaciones.

Es claro, en este contexto, que el Estado no puede subrogarse en las obligaciones que recaen sobre operadores para dar cumplimiento de manera directa a las mismas, dado que las empresas que brindan servicios de telecomunicaciones son entidades con personalidad jurídica propia y titulares de derechos, obligaciones y responsabilidades de naturaleza diferente a los Estados.

En esa línea, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado, en su sentencia del 9 de diciembre de 1997 (C-265 Comisión contra Francia), que dos son las condiciones que deben cumplirse para que la actuación de un particular pueda acarrear el incumplimiento de un País Miembro; estas son:

- o Las actuaciones frecuentes y graves de los particulares
- o La comprobada insuficiencia de las medidas preventivas y represivas adoptadas por el Estado, traducida tanto en la reiterada abstención y pasividad de sus autoridades frente a esas actuaciones como en la falta de persecución penal de los presuntos culpables.⁶

⁵ NOVAK, Fabián y GARCIA-CORROCHANO, Luis. Ob. Cit. pág. 422 y 423.

⁶ BLAZQUEZ PEINADO, María Dolores. El Procedimiento contra los Estados Miembros por el Incumplimiento del Derecho Comunitario. Univeritat Jaume I, 2001. Pág. 64.



En ese sentido, toda vez que, salvo que se cumplan las condiciones antes mencionadas, no es posible atribuir a un País Miembro las obligaciones de un particular, y a efectos de analizar el cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, corresponde verificar si la República de Colombia ha incurrido en la omisión de sus deberes contenidos en el mencionado artículo, y a su vez si no ha tomado las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la normativa andina de telecomunicaciones cuyo incumplimiento se alega, de manera reiterada y sistemática. Esto es si cuenta o no con los instrumentos y mecanismos (normativa, autoridades competentes, procedimientos, etc.) adecuados para vigilar y controlar el cumplimiento de dicha normativa.

- **Respecto de la normativa que asegure el cumplimiento de lo previsto en el artículo 13 literales a) y e) de la Decisión 462.**

La República de Colombia cuenta entre su normativa con el Decreto 2542 del 16 de octubre de 1997, por medio del cual, luego de la liberalización del servicio de telecomunicaciones en dicho país, se reglamentó el proceso de concesión de licencias para establecimiento de operadores del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD). La referida norma establece que los operadores del mencionado servicio deberán gestionar una licencia para establecerse en el mercado:

*“ARTICULO 1o. OBJETO DE LA CONCESION DE LICENCIAS. El Ministerio de Comunicaciones **concederá licencias para el establecimiento de operadores de servicios de TPBCLD, y el uso y explotación del espectro electromagnético que sea requerido para la prestación del servicio**, a aquellos solicitantes que, según el dictamen del Ministerio de Comunicaciones, hayan cumplido con todos los requisitos establecidos en este decreto para la concesión de licencia. Además del establecimiento como operador y del permiso para el uso del espectro electromagnético, la licencia tiene por objeto otorgar a su beneficiario el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado*

para prestar los servicios de TPBCLD, en las condiciones previstas en la ley y en la reglamentación. (...)”

Seguidamente en su artículo 2, incorpora un régimen especial aplicable a la TELECOM en su calidad de operador preexistente en el mercado:

*“ARTICULO 2o. REGIMEN DE LA EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, TELECOM. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, como operador establecido y legalmente autorizado para prestar el servicio de TPBCLD **podrá continuar prestando dicho servicio en las mismas condiciones regulatorias de los nuevos operadores, con excepción del pago de la tarifa inicial, duración de la licencia y las demás que establezca el presente decreto.**”*

Con la posterior liquidación de TELECOM mediante el Decreto 1615 de 2003, se determinó que la citada empresa tendría que devolver a la Nación su título habilitante:

*“ARTÍCULO 5.- TÍTULOS HABILITANTES. Como consecuencia de la liquidación y **con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones**, en relación con los siguientes bienes y títulos de la Nación, se deberá:*

*5.1 **Devolver a la Nación, Ministerio de Comunicaciones, las licencias, permisos y concesiones, al igual que cualquier título habilitante que tenga la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom, en la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto**, para la prestación de los diferentes servicios de telecomunicaciones;*

(...)”

Asimismo se prevé en dicha norma que, con el fin de asegurar la prestación del servicio de telecomunicaciones, se creará una empresa Gestora del Servicio, y que la misma se subrogará en los contratos y demás condiciones uniformes que se encontraban en cabeza de TELECOM.

“ARTÍCULO 6.- SUBROGACIÓN DE LOS CONTRATOS DE INTERCONEXIÓN Y DE



CONDICIONES UNIFORMES. En desarrollo del ARTÍCULO 8.3 de la Ley 142 de 1994 y con el fin de garantizar la continuidad de los servicios de telecomunicaciones y permitir la generación del flujo de ingresos para pagar la contraprestación por el Contrato de Explotación, los contratos de interconexión celebrados por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom con operadores de telecomunicaciones se subrogan por mandato de este Decreto al Gestor del Servicio, en las mismas condiciones que estuvieren actualmente pactados. Igualmente se subrogan por mandato de este Decreto al Gestor del Servicio los contratos de condiciones uniformes y demás contratos para la prestación de Servicios de Telecomunicaciones vigentes entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom y los usuarios de dichos servicios.”

Es así que mediante Decreto 1616 de 2003 la República de Colombia crea la empresa Colombia Telecomunicaciones COLTEL, la cual recibe como aporte del Estado, entre otros patrimonios, la habilitación que le confiere para participar en los negocios de telecomunicaciones, y que conforme al Decreto 1615 fue devuelta al Estado colombiano.

“ARTÍCULO 13. APORTES DE LA NACIÓN. El aporte de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., al que se refiere el artículo **anterior se encuentra representado en la habilitación que le confiere para participar en los negocios de telecomunicaciones conforme al presente decreto, incluido el aporte de licencias, permisos, y concesiones y cualquier otro título habilitante para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que tenía la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom** en el momento de la entrada en vigencia del decreto mediante el cual el Gobierno Nacional ordenó su supresión y liquidación. El valor del aporte de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público es equivalente al monto de las acciones que se le asignen en el acto de protocolización de la constitución.”

Asimismo, en el artículo 16 del referido Decreto se reafirma que COLTEL asume la fun-

ción de TELECOM, en cuanto a la titularidad de la habilitación legal para prestar el servicio de telecomunicaciones.

“ARTÍCULO 16. HABILITACIÓN LEGAL PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE LARGA DISTANCIA NACIONAL E INTERNACIONAL. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., con el propósito de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones **tendrá la función que tenía la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom de prestar en gestión directa el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia nacional e internacional** y los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional.”

En ese contexto, esta Secretaría General constata que la República de Colombia sí cuenta con una normativa que, en consonancia con lo establecido en la Decisión 462, exige a los proveedores de servicios de telecomunicaciones la obtención de un título habilitante para la prestación del servicio.

Como se observa, los títulos habilitantes otorgados por el Gobierno colombiano, son actos administrativos que facultan a los operadores a prestar servicios de telecomunicaciones en el territorio colombiano de conformidad con lo previsto en la normativa andina sobre la materia.

- **Respecto a las autoridades competentes para realizar las labores de control y vigilancia de la prestación del servicio de telecomunicaciones.**

De acuerdo con lo que se desprende del escrito de contestación, así como de la verificación de la legislación colombiana, en Colombia, el sector de telecomunicaciones está regulado y controlado por el Ministerio de Comunicaciones, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Cada uno de estos órganos cumplen funciones expresamente previstas en la legislación colombiana. Por su parte, al Ministerio de Comunicaciones al ser el órgano rector principal, le corresponde formular y adoptar la política general de telecomunica-



ciones, que es de obligatorio cumplimiento para todas las entidades públicas del sector. Asimismo, tiene entre sus funciones la planeación, regulación y control de los servicios del sector de las telecomunicaciones, de acuerdo al artículo 1 de la Ley 72 de 1989⁷.

Por otro lado, la *Comisión de Regulación en Telecomunicaciones -CRT-*, es el organismo regulador del mercado de las telecomunicaciones en Colombia y cumple la misión de promover la competencia y la inversión, así como proteger los derechos de los usuarios y acorde con los lineamientos del Estado, garantizar la prestación efectiva de los servicios de telecomunicaciones y el desarrollo del sector en el marco de la convergencia y la sociedad de la información.

Por su parte, la *Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios* es un organismo técnico cuyas funciones están reguladas en la Ley 142 de 1994. Entre sus principales funciones se encuentra vigilar: i) el cumplimiento de los contratos celebrados entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, ii) que las Empresas de Servicios Públicos cumplan con los indicadores de gestión señalados por las Comisiones de Regulación, iii) que las obras, equipos y procedimientos cumplan con los requisitos técnicos señalados por los Ministerios. Asimismo, investiga las irregularidades que se presenten en las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y sanciona cuando éstas no cumplan las normas a que están obligadas.

Adicionalmente, la estructura se complementa con la participación de la *Superintendencia de Industria y Comercio* como la autoridad de control y vigilancia de los regímenes de libre y leal competencia en servicios de telecomunicaciones no domiciliarios, de acuer-

do a lo establecido en el Decreto 2153 de 1992.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, este órgano comunitario concluye que la República de Colombia cuenta con una estructura institucional compuesta por cuatro órganos a los cuales se les ha conferido competencias para ejercer acciones de control y vigilancia de la prestación del servicio de telecomunicaciones en condiciones de libre y leal competencia.

En ese entendido, no ha quedado demostrado por parte del reclamante que la República de Colombia haya incumplido con la obligación de hacer prevista en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, en cuanto al establecimiento de un marco institucional conformado por entidades gubernamentales encargadas de controlar y verificar el correcto funcionamiento del sector de las telecomunicaciones.

• ***Respecto a procedimientos para garantizar el cumplimiento de la normativa andina.***

Sobre este punto, es preciso señalar que el artículo 32 de la Decisión 462 establece que *[s]i un proveedor que solicita una interconexión considera que es objeto de actuaciones que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia, recurrirá ante las Autoridades Nacionales respectivas de la materia que se trate, las cuales resolverán de acuerdo con su normativa nacional.*

Es así que, es deber de los Países Miembros establecer procedimientos internos que los operadores de servicios de telecomunicaciones puedan invocar cuando se encuentren frente a acciones o medidas que violan las normas o los principios de interconexión o de la libre competencia.

Esta Secretaría General observó que, cuando se trata de conocer las condiciones de competencia entre operadores de servicios de telefonía pública, la República de Colombia aplica los procedimientos previstos en la Ley 142 de 1994, en su Título VII, Capítulo II, relativos a los servicios públicos domiciliarios, y en el Código Contencioso Administrativo.

⁷ Artículo 1. El Gobierno Nacional, por medio del Ministerio de Comunicaciones, adoptará la política general del sector de comunicaciones y ejercerá las funciones de planeación, regulación y control de todos los servicios de dicho sector, que comprende, entre otros:

- Los servicios de telecomunicaciones.
- Los servicios informáticos y telemática.
- Los servicios especializados de telecomunicaciones o servicios de valor agregado.
- Los servicios postales.



De otro lado, en lo que respecta a los demás servicios de telecomunicaciones, la República de Colombia aplica, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, el procedimiento previsto en el Decreto 2153 de 1992 y por disposición de la Ley 962 de 2005, el proceso abreviado previsto en el Código de Procedimiento Civil.

En virtud de lo anterior, no ha quedado demostrado por parte del reclamante que la República de Colombia haya incumplido con la obligación de hacer, prevista en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, toda vez que dicho País Miembro cuenta con procedimientos administrativos y judiciales que facultan a las autoridades competentes adelantar investigaciones y garantizar la libre competencia entre los operadores de los servicios de telecomunicaciones.

Por lo expuesto y de la revisión de la legislación colombiana en materia de telecomunicaciones, así como de la valoración de las pruebas presentadas por las Partes, en especial, la reclamada, al ilustrar mediante los Decretos 2542 del 16 de octubre de 1997, 1615 y 1616 de 2003 que la República de Colombia ha adoptado medidas tendientes a regular el mercado de telecomunicaciones y asegurar el cumplimiento de las condiciones previstas en la normativa andina, razón por la cual considera infundado el cargo expuesto por la parte reclamante.

B) Sobre presunta omisión de tomar medidas para controlar medidas anticompetitivas en el mercado de telecomunicaciones (artículos 17 de la Decisión 439, 28 y 29 de la Decisión 462) materia lizada en la falta de control en la integración COLTEL-TELEFONICA y el cobro de tasas para subsidiar a TELECOM y COLTEL indirectamente.

• Sobre el alegado incumplimiento del artículo 17 de la Decisión 439.

El artículo 17 de la Decisión 439, Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina, contiene una disposición en materia de competencia, cuya aplicación se encuentra condicionada a la aprobación de normativa especial sobre la materia.

“Hasta tanto se aprueben normas comunitarias en la materia, cada País Miembro deberá adoptar las medidas que sean necesarias para prevenir, evitar y sancionar las prácticas que distorsionen la competencia en el comercio de servicios en su propio mercado, incluyendo aquellas que sean necesarias para asegurar que los prestadores de servicios establecidos en sus territorios, que ostenten posición de dominio en el mercado, no abusen de ésta.”
(Resaltado añadido)

Al respecto, la Secretaría General considera que el citado artículo no es aplicable en el presente caso, ya que al ser materia de telecomunicaciones, tiene como normativa sectorial aplicable, la Decisión 462 “Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina” y sin perjuicio de la vigencia de la Decisión 608 que contiene las “normas para la protección y promoción de la competencia en la Comunidad Andina”.

Es así que, las Decisiones sectoriales en materia de servicios, como la de telecomunicaciones, salen del ámbito del marco general de la Decisión 439, teniendo de ese modo una regulación especial adecuada a las características particulares del sector, pero basada en los principios y compromisos asumidos en la Decisión 439, que como señala su artículo 5⁸, pasa a aplicarse únicamente de manera supletoria.

Consecuentemente, los cargos formulados por el reclamante en relación con una supuesta infracción al artículo 17 de la Decisión 439 son improcedentes.

La precitada Decisión 462, también contiene una previsión en materia de competencia específicamente dirigida al sector de las telecomunicaciones, la cual establece la obligación de los Países Miembros de adoptar medidas para garantizar adecuadas condiciones de

⁸ Decisión 439, Artículo 5.- Los sectores o subsectores de servicios sometidos a Decisiones sectoriales existentes a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión o sus modificatorias, se regulan por las normas contenidas en tales Decisiones. Respecto de dichos sectores y subsectores, las normas previstas en el presente Marco General se aplicarán supletoriamente.



competencia en el mercado de telecomunicaciones. Al respecto, el artículo 28 de la Decisión 462, también alegado por el reclamante como una norma comunitaria incumplida por el Estado colombiano, establece que:

“Sin perjuicio de la aplicación de oficio o a petición de parte, de lo dispuesto en la Decisión 285: que contiene las ‘Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia’, cada País Miembro adoptará o mantendrá medidas adecuadas con el fin de impedir prácticas anticompetitivas por parte de los proveedores que presten servicios de telecomunicaciones.” (Resaltado añadido)

Sobre la obligación contenida en el precitado artículo 28, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el alcance preciso de la misma:

*“SÉPTIMO: Las empresas operadoras de los servicios de telecomunicaciones no son las destinatarias de lo dispuesto en el artículo 28 de la Decisión 462 puesto que los sujetos de la misma son los Países Miembros a quienes corresponde legislar, con normas de derecho interno del nivel que se determine en su estructura jurídica nacional, para proscribir del ámbito comercial las prácticas anticompetitivas que realicen los operadores de este tipo de servicios.”*⁹ (Resaltado añadido)

Por su parte el artículo 29 de la Decisión 462 establece qué debe entenderse por prácticas anticompetitivas:

“Prácticas anticompetitivas

Las prácticas a las que se hace referencia en el artículo anterior incluirán, en particular, las siguientes:

- a) *Realizar actividades anticompetitivas de subvención cruzada;*
- b) *Utilizar información obtenida de competidores con fines anticompetitivos; y,*

c) *No poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios.”*

Con base en lo expuesto, pasa la Secretaría General a analizar los cargos de incumplimiento alegados por el reclamante respecto de los artículos 28 y 29 de la Decisión 462, al presuntamente no haber adoptado, el Estado colombiano, medidas adecuadas con el fin de impedir prácticas anticompetitivas que realicen los operadores de servicios de telefonía.

• **Sobre la presunta falta de control en la integración COLTEL-TELEFONICA.**

En relación a la supuesta falta de control en la integración COLTEL-TELEFONICA, se ha constatado, de acuerdo con la información suministrada por la parte reclamada, que el marco regulatorio colombiano cuenta con normativa destinada a regular la integración de empresas cuando ésta afecte las condiciones de competencia en el mercado.

Es así que el Decreto 2153 de 1992 establece que:

ARTICULO 51. INTEGRACION DE EMPRESAS. El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sea informado, en los términos del artículo 4o de la Ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que pueden hacer mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado.

De otro lado, la Ley 155 de 1959 agrega que la integración de empresas sólo debe ser proscriba cuando produce una indebida restricción a la libre competencia:

ARTÍCULO 4. Modificado Decreto 1122 de 1999, Art. 239. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas que

⁹ Proceso 87-IP-2002.



conjuntamente atiendan el 20% o más del mercado respectivo o cuyos activos superen una suma equivalente a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en los casos exigidos por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas. Además de las causales previstas en las normas vigentes, las operaciones deberán objetarse cuando sean el medio para obtener posición de dominio en el mercado.

(...)

PARÁGRAFO 1. El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

Finalmente, el Decreto 1302 de 1994 determina qué supuestos son considerados una indebida restricción a la libre competencia:

Artículo 5º. Para los efectos del parágrafo 1º. del artículo 4º. de la ley 155 de 1959, se presume que una concentración jurídico-económica tiende a producir indebida restricción de la libre competencia:

- a. Cuando ha sido precedida de convenios ligados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre sí los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;*
- b. Cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores.*

Asimismo, ambas partes reconocen que la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- realizó un estudio para evaluar los efectos en materia de competencia de la citada integración. La solicitud del referido estudio, señala Colombia, fue radicada por los apoderados de TELEFONICA MOVILES y COLTEL bajo número 06025829 del 14 de marzo de 2006. Igualmente reconocen ambas partes

en sus respectivos escritos, que el resultado del estudio fue que la integración entre ambas empresas no ameritó ninguna objeción por parte de la autoridad.

Prueba de ello son las comunicaciones de la SIC aportadas como pruebas 15 y 16 por la EPM, en las que se confirma que mediante comunicación radicada bajo número 06025829-0017 la mencionada Superintendencia aprobó la integración de COLTEL y TELEFONICA MOVILES.

No es competencia de este órgano comunitario determinar si el estudio económico previo a la autorización de la integración fue lo suficientemente riguroso, dado que como se señaló líneas arriba, la obligación de los Países Miembros en materia de competencia se limita a contar con normativa interna que prohíba las prácticas anticompetitivas y contar con los mecanismos administrativos y/o judiciales necesarios para hacerla respetar.

Igualmente, considera esta Secretaría General que no se puede sustentar el incumplimiento de un País Miembro de su obligación de adoptar o mantener medidas adecuadas con el fin de impedir prácticas anticompetitivas por parte de los proveedores que presten servicios de telecomunicaciones establecida en el artículo 28 de la Decisión 462, en un hecho aislado, ya que el mismo debe ser conocido y resuelto por las autoridades competentes del País Miembro. Para que la obligación contenida en el artículo 28 sea justificable a través del sistema de solución de controversias de la Comunidad Andina, debe probarse la existencia de una conducta que ponga en evidencia la ineficacia de los mecanismos previstos en la normativa interna para garantizar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

- ***Respecto a la supuesta falta de pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-, sobre las tarifas que se aplican por acceso a redes y transporte en la integración, en especial, respecto al cobro por la terminación de llamadas en redes de local extendida donde COLTEL-TELEFONICA tendría posición de dominio, ni los efectos de la misma en las dificultades de***



entrada que sufren los competidores para prestar el servicio de terminación de llamadas en las redes de local extendida.

Del expediente se observa que la República de Colombia aportó como prueba el pliego de cargos 2006340350600028E de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios SSPD.

En dicho documento se aprecia que los cargos Cuarto y Quinto formulados a COLTEL hacen referencia a presuntos actos discriminatorios en cuanto a la remuneración de la red y de los cargos de acceso y uso de las redes locales extendidas, y en general a la violación del principio de no discriminación y neutralidad consagrado en la Resolución de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones 087.

El citado pliego de cargos, de acuerdo a la legislación colombiana, debe surtir el procedimiento previsto en la Ley 142 de 1994 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", existiendo la posibilidad de que los afectados acudan luego de ello ante la instancia judicial competente.

Es así que, con la prueba antes mencionada, y teniendo en cuenta que en Colombia existe un marco jurídico, procedimientos y mecanismos para hacer valer los derechos de los operadores de telecomunicaciones, así como un sistema de sanciones y vías de recurso, en caso la autoridad competente, ya sea administrativa o judicial, no se pronuncie, esta Secretaría General considera infundado el cargo planteado por la EPM.

- ***Sobre el presunto incumplimiento del artículo 29 literal a) por el cobro de tasas para subsidiar a TELECOM y COLTEL indirectamente.***

En relación a este cargo, la EPM señala que el Estado colombiano impone a los operadores de larga distancia el pago de tasas sobre el total de sus utilidades para financiar la telefonía social, y que un porcentaje de la suma recaudada es asignado directamente a TELECOM-COLTEL para sus planes de expansión.

Sobre el mencionado cargo, de acuerdo con la información suministrada por Colombia, cabe precisar que el Fondo de Comunicaciones es una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Comunicaciones, que tiene las siguientes funciones, establecidas en el Decreto 2324 de 2000, modificatorio del Decreto 1130 de 1999:¹⁰

1. Financiar planes y programas de inversión destinados a la instalación, la operación o el mantenimiento de proyectos de telecomunicaciones sociales, en especial el desarrollo de programas de telefonía social y financiar o ejecutar los destinados a la expansión de las Tecnologías de la Información.
2. Financiar planes y programas de inversión destinados a la instalación, la operación o el mantenimiento de servicios de correo social.
3. Distribuir los subsidios y aportes que reciba de la Nación y de las entidades territoriales y descentralizadas, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 368 de la Constitución Política, así como para el desarrollo de otros programas de telecomunicación social, cuando éstas se lo soliciten.
4. Redistribuir los excedentes de las contribuciones en los términos y condiciones de la ley y de los reglamentos que expida el Gobierno Nacional.
5. Proveer el apoyo económico, financiero y logístico requerido por el Ministerio de Comunicaciones para el ejercicio de sus funciones.
6. Proveer el apoyo económico financiero y logístico requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio para ejercer las funciones de protección al usuario de servicios no domiciliarios de comunicaciones, que se le asignan por el presente decreto.

¹⁰ Página Web del Ministerio de Comunicaciones de Colombia. http://www.mincomunicaciones.gov.co/mincom/src/index.jsp?page=../mods/contenido/view_page&id_contents=179&l=1



7. Liquidar los derechos, cánones, tasas, tarifas, compensaciones o participaciones que una persona natural o jurídica, pública o privada, debe pagar por concepto de las concesiones, autorizaciones, permisos y registros autorizados por el Ministerio y mantener al día el estado de cuenta de cada uno de ellos.

En ese marco, el Decreto 2542 de 1997 estableció la obligación de todos los operadores de TPBCLD de aportar al mencionado Fondo el 5% de sus ingresos brutos.

*“ARTICULO 14. PAGO AL FONDO DE COMUNICACIONES. Adicionalmente **todos los operadores de TPBCLD deberán pagar al Fondo de Comunicaciones, el cinco por ciento (5%) de sus ingresos brutos, entendidos como tales los ingresos brutos totales menos los cargos pagados por acceso y uso de las redes de TPBCL y TPBCLC y los pagos a los conectantes internacionales por terminación de las llamadas.***

Este pago se hará trimestralmente en la cuenta o cuentas que para tal efecto señale el Fondo de Comunicaciones.”

Como se observa, dicha obligación es de carácter absoluto para todos los operadores de concurren en el mercado de TPBCLD, incluyendo a COLTEL, dado que dicha empresa se subrogó en todos los derechos y obligaciones de TELECOM, la cual según señala el artículo 2 del mismo Decreto 2542, debía prestar el servicio en las mismas condiciones que los nuevos operadores, salvo en lo relacionado al pago de la tarifa inicial y duración de la licencia.

*“ARTICULO 2o. REGIMEN DE LA EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, TELECOM. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, como operador establecido y legalmente autorizado para prestar el servicio de TPBCLD **podrá continuar prestando dicho servicio en las mismas condiciones regulatorias de los nuevos operadores, con excepción del pago de la tarifa inicial, duración de la licencia y las demás que establezca el presente decreto.***”

Es así que, la República de Colombia en la página 24 de su escrito de contestación se-

ñala que “*COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, paga al Fondo de Comunicaciones el 5% de los ingresos netos como contraprestaciones periódicas (...)*”, dato que no ha sido puesto en cuestión en el reclamo de la EPM.

Sin embargo, el cuestionamiento del reclamante se centra en que parte del aporte al precitado Fondo es destinado a TELECOM y posteriormente a COLTEL-TELEFONICA, ello en virtud a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 2542, que establece la distribución del Fondo de Comunicaciones:

“ARTICULO 15. DISTRIBUCION DE LOS INGRESOS. Se propone al Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES- distribuir los ingresos recaudados de que trata el artículo anterior de la siguiente manera:

15.1 Durante los tres primeros años a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, para que realice el mantenimiento y reposición de las líneas de telefonía social.

15.2 A partir del cuarto año el 3% se destinará a Telecom y el 2% al Fondo de Comunicaciones.

15.3 A partir del décimo primer año el total de los ingresos al Fondo de Comunicaciones para el desarrollo de programas de telefonía social.”

El porcentaje del 3% destinado a TELECOM, luego de su liquidación y posterior creación del COLTEL pasó a ser destinado a esta última, según se estableció en el Decreto 1616:

*ARTÍCULO 22. PLAN BIANUAL. Colombiana de Telecomunicaciones S.A. E.S.P. continuará ejecutando el Plan Bianual que, en desarrollo del artículo 15 del Decreto 2542 de 1997, está ejecutando la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom, en la fecha de expedición del presente Decreto. **Los recursos que el numeral 2 del mismo artículo 15 del Decreto 2542 de 1997 destina a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom, serán destinados a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.***



Sin embargo, los recursos asignados a TELECOM y posteriormente a COLTEL-TELEFONICA, no pueden ser utilizados a discreción, sino que deben ser destinados a acciones específicas relacionadas a la telefonía social¹¹, en el marco de los objetivos del Fondo de Comunicaciones, según señala el documento COMPES 3032 de 1999, aportado como prueba por Colombia:

*“La totalidad de los recursos mencionados asignados a Telecom y distribuidos por el CONPES se deben destinar a este Plan de Ampliación, Reposición y Mantenimiento de Redes de Telefonía Social. **En ningún caso estos recursos podrán ser utilizados por Telecom para cofinanciar la instalación y operación de puntos Compartel.** Este Plan se presentará a consideración del Departamento Nacional de Planeación para su aprobación, como condición indispensable para la incorporación de los recursos al presupuesto de Telecom.*

Adicionalmente, la Empresa presentará informes semestrales al Fondo de Comunicaciones y al Departamento Nacional de Planeación sobre la ejecución de este Plan de Ampliación, Reposición y Mantenimiento de Redes de Telefonía Social.”

De lo anterior se observa que el porcentaje del Fondo de Comunicaciones destinado a TELECOM y posteriormente al COLTEL-TELEFONICA se encuentra destinado a programas de telefonía social, con el fin de asegurar el servicio universal en telecomunicaciones, y no en financiar operaciones de las mencionadas empresas en el mercado de telefonía básica local, local extendida y de larga distancia, en el que concurre EPM como operador.

Sobre el Servicio Universal, la Decisión 462 establece en el artículo 35 que *“Todos los Países Miembros tienen derecho a definir el tipo de obligación de Servicio Universal que*

deseen mantener. No se considerará que las obligaciones de esa naturaleza son anticompetitivas en sí mismas, a condición que sean establecidas de manera transparente y no discriminatoria.”

De lo anterior se desprende que la República de Colombia no estaría dando condiciones de mayor ventaja a COLTEL-TELEFONICA dado que la contribución que se le destina del Fondo está dirigida a la prestación de un servicio distinto (telefonía social) al que presta la EPM, y adicionalmente, el título habilitante de COLTEL (Decreto 1616 de 2003) tenía prevista esta carga social, adquirida en virtud de la subrogación de obligaciones de TELECOM, que no tienen los demás operadores.

En ese orden de ideas, este órgano comunitario considera que no ha quedado demostrado por parte del reclamante que la República de Colombia no cuente con un marco normativo que proscriba las prácticas anticompetitivas que realicen los operadores de servicios de telecomunicaciones, en supuesta infracción a la obligación prevista en los artículos 28 y 29 de la Decisión 462.

C) Respeto de la presunta violación del artículo 18 de la Decisión 462.

En relación al cargo relativo a que la República de Colombia habría incumplido su obligación de propender a la armonización *“sobre bases transparentes y no discriminatorias”* de los requisitos para la concesión de títulos habilitantes contenida en el artículo 18 de la Decisión 462, dado que al operador COLTEL se le estarían aplicando disposiciones diferentes a las aplicadas a los demás operadores de telefonía.

Sobre el particular, el artículo 18 de la Decisión 462 establece la obligación de los Países Miembros de procurar la adecuación de los procedimientos y requisitos para el otorgamiento de títulos habilitantes, con miras a la armonización de los mismos:

“Artículo 18.- Armonización de los requisitos y procedimientos para el otorgamiento de Títulos Habilitantes

Los Países Miembros propenderán por la adecuación y consiguiente armonización

¹¹ Señala el Decreto 899 de 1999 en su artículo 1 define qué se entiende por Programas de Telefonía Social: *“son aquellos que tienen por objeto promover y financiar proyectos para la prestación de servicios de telecomunicaciones en zonas rurales y urbanas del territorio nacional, caracterizadas por la existencia de usuarios con altos índices de necesidades básicas insatisfechas.”*



de los requisitos y procedimientos exigidos para el otorgamiento de títulos habilitantes.”

Haciendo una interpretación sistemática de la norma, esta Secretaría General concluye que la obligación contenida en el artículo 18 de la Decisión 462 se refiere a la armonización de la normativa de los Países Miembros en materia de requisitos y procedimientos para el otorgamiento de títulos habilitantes a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de modo que se lleguen a aproximar lo más posible y que un operador no se vea enfrentado a distintas exigencias en cada País Miembro en el que decida prestar servicios de telecomunicaciones.

Es decir, se trata de una norma programática que busca propender a un proceso de acercamiento de las normativas de los Países Miembros en materia de requisitos para el otorgamiento de títulos habilitantes, el cual podría culminar en la adopción de una norma comunitaria por parte de la Comisión de la Comunidad Andina, o en el acercamiento normativo por iniciativa propia de los Países Miembros.

Asimismo, es importante señalar que la precitada norma por su carácter programático no tiene efecto directo, lo cual implica que no puede ser invocada por los particulares, ya que regula el relacionamiento entre los Países Miembros. Sólo entre los Países Miembros es exigible el compromiso de adecuación normativa en esta materia.

Considerando que la obligación de los Países Miembros en materia de armonización, procedimientos y requisitos para el otorgamiento de títulos habilitantes es propender al acercamiento de sus legislaciones en esta materia, facilitando así la prestación del servicio de telecomunicaciones a los operadores que desean establecerse en un País Miembro distinto al de origen, y que, como se ha mencionado, se trata de una norma programática que carece de efecto directo, esta Secretaría General encuentra que un prestador de servicios nacional, como es el caso de la **EPM**, no puede invocar el citado artículo alegando la falta de armonización normativa al interior de Colombia, ya que esa no es la naturaleza de la obligación consagrada en la Decisión 462, cuyo alcance es comunitario y no nacional.

A la luz de lo antes mencionado, este órgano comunitario considera infundado el argumento de la parte reclamante referido a la violación del artículo 18 de la Decisión 462.

D) Incumplimiento de la obligación de garantizar acceso eficaz y eficiente a las cabeceras de cable submarino.

En relación al presente cargo, cabe precisar que el reclamante hace alusión en su escrito de reclamo, acápite de Constataciones, que al no expedir reglamentos para que los propietarios de las cabeceras de cable submarino permitan a los demás operadores conectarse a las mismas, Colombia estaría incurriendo en el incumplimiento del numeral 4 del artículo 8 de la Decisión 462, el cual señala lo siguiente:

“4. Cada País Miembro se asegurará que no se impongan al acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y a la utilización de los mismos más condiciones que las necesarias para:

- a) Salvaguardar las responsabilidades de los proveedores de las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones en cuanto a servicios públicos, en particular su capacidad para poner sus redes o servicios a disposición del público en general;*
- b) Proteger la integridad técnica de las redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones;*
- c) Que los proveedores de servicios de otros Países Miembros suministren solamente los servicios autorizados con arreglo a lo dispuesto en la presente Decisión.”*

Sin embargo, cuando desarrolla la argumentación en torno a este cargo, el reclamante se refiere más bien a hechos relacionados a una supuesta restricción al acceso y utilización por parte de EPM de este medio de transporte de telecomunicaciones. En ese sentido, vincula el incumplimiento ya no al numeral 4 del artículo 8, sino a los numerales 1 y 2 del mismo artículo.

En efecto, el artículo 8 en sus numerales 1 y 2 incorpora el principio de no discriminación y acceso a las redes y servicios públicos de



transporte de telecomunicaciones señalando lo siguiente:

“Acceso y utilización de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones

1. Cada País Miembro se asegurará que se conceda a todo proveedor **de otro País Miembro** trato nacional en el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones ofrecidos en su territorio y la utilización de éstos, para el suministro de cualquier servicio señalado en el artículo 3 de esta Decisión.
2. Cada País Miembro se asegurará que los proveedores de servicios **de otros Países Miembros** tengan acceso a cualquier red o servicio público de transporte de telecomunicaciones ofrecido dentro de sus fronteras, incluidos los circuitos arrendados, y puedan utilizar tal red o servicio, y, a esos efectos, se asegurará, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 5 de este artículo, que se permita a los proveedores:
 - a) Comprar o arrendar y conectar equipos que hagan interfaz con la red pública de transporte de telecomunicaciones y sea necesario para suministrar los servicios del proveedor;
 - b) Utilizar los protocolos de operación que elija el proveedor de servicios para el suministro de cualquier servicio, salvo en lo necesario para asegurar la disponibilidad de las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones para el público en general. (...)

Considerando que la obligación de los Países Miembros en materia de acceso y utilización de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones es conceder a los prestadores de servicios **de otro País Miembro** la posibilidad de acceder y utilizar en condiciones no discriminatorias dicha infraestructura, y sus servicios de transporte conexos, esta Secretaría General encuentra que a un prestador de servicios nacional, como es el caso de la EPM, no le son aplicables las citadas normas, ya que las mismas sólo

aplican en situaciones en las que se prestan servicios en un País Miembro distinto al de origen.

No obstante, para los efectos alegados por el reclamante, corresponde acudir directamente a las vías, mecanismos y regulaciones que defiendan los derechos de los operadores nacionales reconocidos y previstos en el ordenamiento interno del País Miembro correspondiente.

En ese orden de ideas, esta Secretaría General considera que el argumento planteado por el reclamante respecto al presunto incumplimiento de la obligación de garantizar acceso eficaz y eficiente a las cabeceras de cable submarino es infundado.

E) Respecto a la presunta violación del artículo 38 de la Decisión 462.

El artículo 38 de la Decisión 462 únicamente establece la entrada en vigencia de la Decisión. Es decir, es una norma declarativa que no contienen generador normativo, esto es, no establece obligaciones directamente aplicables, dirigidas ya sea, a los Países Miembros o a los operadores de telecomunicaciones.

En ese orden, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establecida en la sentencia del Proceso 117-AI-2004¹², tales disposiciones son imposibles de incumplir en sí mismas.

Por lo tanto, esta Secretaría General encuentra improcedente el alegato presentado por el reclamante.

V. CONCLUSIONES DE LA SECRETARÍA GENERAL

La Secretaría General, con base en las consideraciones que se anteponen, la información suministrada por las Partes y los argumentos ex-

¹² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 117-AI-2004. *“La República de Colombia, tiene la razón al señalar que es imposible incumplir los artículos 72 y 73 del Acuerdo de Cartagena, por ser normas meramente declarativas, conceptuales y contentivas de definiciones, sin embargo, son disposiciones que deben ser tomadas en consideración para dar cumplimiento a los artículos 77 y 97 del Acuerdo.”*



puestos en el presente dictamen, considera que el reclamante no ha demostrado que la República de Colombia haya incurrido en incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los artículos 8, numeral 4, 13 literales a) y e), 18, 28, 29 y 38 de la Decisión 462 Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberaliza-

ción del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina; y 17 de la Decisión 439 (Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina).

Freddy Ehlers
Secretario General

RESOLUCION 1191

Rectificación de los Precios de Referencia del Trigo y del Maíz Blanco del Sistema Andino de Franjas de Precios para la primera quincena de noviembre de 2008, de la Resolución 1189, correspondientes a la Circular N° 327-A del 7 de noviembre de 2008

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: La Resolución 1189 y el artículo 35 de la Decisión 425 que aprueba el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, y

CONSIDERANDO: Que en el artículo 1 de la Resolución 1189 se fijaron los precios de referencia de los productos marcadores de la Franja del Trigo y de la Franja del Maíz Blanco para la primera quincena de noviembre de 2008;

Que, conforme a lo previsto en el Anexo 1 de la Decisión 371 (Sistema Andino de Franjas de Precios), los precios de referencia para los precitados productos se fijan conforme a la información recibida por parte de Reuters;

Que, con fecha 6 de noviembre de 2008, la Secretaría General recibió un correo electrónico de Reuters, en el cual indican que han realizado un cambio del campo que registra la información referida al valor *Basis* del Trigo, información

que se utiliza en el cálculo del precio de referencia de las Franjas del Trigo y del Maíz Blanco;

Que, en ese sentido, en la elaboración de los precios de referencia de los productos marcadores de la Franja del Trigo y de la Franja del Maíz Blanco para la primera quincena de noviembre de 2008, la Secretaría General no contó con la información adecuada, por lo cual es necesario recalcular los precios de referencia quincenal en dichos productos incorporando esta información;

Que, el artículo 35 de la Decisión 425 permite a la Secretaría General corregir de oficio los errores materiales o de cálculo de sus propios actos en cualquier momento;

RESUELVE:

Artículo 1.- Sustituir en el artículo 1 de la Resolución 1189, los precios de referencia de la subpartida Nandina 1001.10.90, Producto Marcador: Trigo y subpartida Nandina 1005.90.12, Producto Marcador: Maíz Blanco, los cuales quedan de la siguiente manera:

NANDINA	PRODUCTO MARCADOR	PRECIO DE REFERENCIA (USD/t)
1001.10.90	Trigo	289 (Doscientos ochenta y nueve)
1005.90.12	Maíz blanco	241 (Doscientos cuarenta y uno)



Artículo 2.- Comuníquese a los Países Miembros la presente Resolución, la cual entrará en vigencia a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los siete días del mes de noviembre del año dos mil ocho.

FREDDY EHLERS
Secretario General

RESOLUCION 1192

Precios de Referencia del Sistema Andino de Franjas de Precios para la segunda quincena de noviembre de 2008, correspondientes a la Circular N° 328 del 7 de noviembre de 2008

LA SECRETARIA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: El artículo 29 del Acuerdo de Cartagena, el artículo 1° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Decisión 371 de la Comisión sobre el Sistema Andino de Franjas de Precios, la Resolución 1143 de la Secretaría General y el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, contenido en la Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y,

CONSIDERANDO: Que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 22 de la Decisión

371, y para efectos de la aplicación de las Tablas Aduaneras publicadas en la Resolución 1143, o de efectuar los cálculos establecidos en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Decisión 371, la Secretaría General debe comunicar quincenalmente a los Países Miembros los Precios de Referencia del Sistema Andino de Franjas de Precios;

RESUELVE:

Artículo 1.- Se fijan los siguientes Precios de Referencia del Sistema Andino de Franjas de Precios correspondientes a la segunda quincena de noviembre de 2008:

NANDINA	PRODUCTO MARCADOR	PRECIO DE REFERENCIA (USD/t)	
0203.29.00	Carne de cerdo	1 546	(Un mil quinientos cuarenta y seis)
0207.14.00	Trozos de pollo	1 438	(Un mil cuatrocientos treinta y ocho)
0402.21.19	Leche entera	4 642	(Cuatro mil seiscientos cuarenta y dos)
1001.10.90	Trigo	267	(Doscientos sesenta y siete)
1003.00.90	Cebada	226	(Doscientos veintiséis)
1005.90.11	Maíz amarillo	202	(Doscientos dos)
1005.90.12	Maíz blanco	222	(Doscientos veintidós)
1006.30.00	Arroz blanco	633	(Seiscientos treinta y tres)
1201.00.90	Soya en grano	379	(Trecientos setenta y nueve)
1507.10.00	Aceite crudo de soya	753	(Setecientos cincuenta y tres)
1511.10.00	Aceite crudo de palma	533	(Quinientos treinta y tres)
1701.11.90	Azúcar crudo	276	(Doscientos setenta y seis)
1701.99.00	Azúcar blanco	345	(Trecientos cuarenta y cinco)



Artículo 2.- Los Precios de Referencia indicados en el artículo anterior, se aplicarán a las importaciones que arriben a puertos de la Comunidad Andina entre el dieciséis y el treinta de noviembre del año dos mil ocho.

Artículo 3.- Para la determinación de los derechos variables adicionales o las rebajas arancelarias que correspondan a los Precios de Referencia indicados en el artículo 1, se podrán utilizar las Tablas Aduaneras publicadas en la Resolución 1143 de la Secretaría General, o se efectuarán los cálculos que se esta-

blecen en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Decisión 371.

Artículo 4.- Comuníquese a los Países Miembros la presente Resolución, la cual entrará en vigencia a partir de su fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los siete días del mes de noviembre del año dos mil ocho.

FREDDY EHLERS
Secretario General



