

CRC

Comisión de Regulación
de Comunicaciones
República de Colombia

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **2494** DE 2010

*"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL S.A.** contra la Resolución CRC 2238 de 2009"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 1341 de 2009, y según lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la expedición de la Resolución CRC 2238 de 2009, la Comisión de Regulación de Comunicaciones resolvió el conflicto surgido entre **AVANTEL S.A.**, en adelante **AVANTEL**, y **COMCEL S.A.**, en adelante, **COMCEL**, con ocasión de la remuneración de la interconexión por el intercambio de mensajes cortos de texto (SMS).

Por medio de comunicación radicada el 24 de diciembre de 2009¹, **COMCEL** a través de su apoderada, interpuso recurso de reposición contra la Resolución anteriormente mencionada y solicitó la revocatoria de la Resolución CRC 2238 de 2009. Así mismo, de manera subsidiaria, solicitó que la CRC incremente el valor promedio para el intercambio de los mensajes cortos de texto (SMS) en mención.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo, el recurso presentado por **COMCEL** cumple con los requisitos de Ley, el mismo deberá admitirse y se procederá a su estudio siguiendo el mismo orden propuesto por la recurrente:

¹ Comunicación de radicación interna número 200934468.

CLO. 2
16

M.A. 7

2. SOBRE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR COMCEL

2.1 "La Comisión de Regulación de Comunicaciones se extralimita en sus facultades legales"

La recurrente indica que la CRC se extralimitó en sus facultades legales, dado que el conflicto que se analiza es de naturaleza contractual y no de interconexión, como se afirmó en la resolución recurrida.

Señala igualmente, que la modalidad de contratación es una decisión que corresponde de manera exclusiva a las partes interesadas, en el caso particular, **COMCEL** y **AVANTEL** definieron que el acuerdo contractual relacionado a la retribución por mensajes cortos de texto (SMS) fuera un contrato privado que obedece a la autonomía de las partes, y no a un contrato de interconexión.

COMCEL refuerza su afirmación en que las partes dentro de las condiciones establecidas en el contrato, nunca acordaron la intervención de la CRC como facilitador en la solución de conflictos, ni contemplaron como valor del intercambio de mensajes cortos de texto (SMS), un cargo de acceso.

Argumenta que es inconcebible que el regulador a través de su facultad de fijar las tarifas respecto del envío de mensajes, también intervenga respecto de las formas de contratación contempladas en el ordenamiento jurídico colombiano y que, por lo tanto, pretenda modificar la naturaleza del contrato privado.

Por otra parte, **COMCEL** señala que la Resolución 2238 de 2009 vulnera de forma flagrante el ordenamiento jurídico. Para sustentar lo anterior hace referencia al artículo 58 de la Carta Política, según la cual *"el estado (sic) garantizará la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por las leyes posteriores"*. Bajo este entendido, la recurrente advierte que si la *"Constitución Política no le permite al legislador afectar los derechos contractuales adquiridos, mucho menos podría entenderse que la CRC pudiera hacerlo mediante un acto administrativo como lo es la Resolución 2238 del 24 de noviembre de 2009"*.

COMCEL considera que si bien el artículo 58 de la Constitución Política dispone una excepción a la regla general, donde el interés privado debe ceder ante el interés general por motivos de aplicación de una ley de utilidad pública, tal situación no se puede predicar en este caso, por lo que la Resolución recurrida carece de fuerza para hacer ceder la voluntad privada.

Adicionalmente, la recurrente indica que la resolución recurrida quebranta el artículo 1602 del Código Civil, toda vez que modificando lo pactado en el contrato desconoce abiertamente los compromisos contractuales adquiridos por **AVANTEL**, la legalidad de los derechos adquiridos en una relación contractual, la fuerza vinculante de las obligaciones contractuales y la ley aplicable a los contratos de derecho privado.

Finalmente, **COMCEL** concluye que al pretender desconocer la validez de los derechos adquiridos en el contrato de derecho privado celebrado entre las partes de la presente actuación administrativa, y al otorgar derechos contractuales a una de las partes sin el consentimiento de la otra por virtud de la decisión de la CRC, pugna con los más elementales principios y garantías del Estado Social de Derecho y, por lo tanto, vulnera de manera flagrante y manifiesta todo el ordenamiento jurídico.

Consideraciones CRC

En relación con este cargo, debe en primer lugar mencionarse que como se indicó en la resolución recurrida, la interconexión de redes comporta una realidad física y lógica, que tiene como propósito el efectivo interfuncionamiento de las redes y los servicios. En este sentido, el hecho que las partes le otorguen un nombre diferente a una relación contractual, no puede desconocer la realidad que regula y define.

Así, si bien como menciona **COMCEL** en su recurso, las partes no denominaron el acuerdo suscrito para el intercambio de mensajes cortos de texto (SMS), como un acuerdo de acceso, uso e interconexión, es innegable que las reglas allí previstas no comportan un simple contrato de derecho privado, sino que involucran derechos de los usuarios que el Estado debe garantizar.

Igualmente, dicho contrato establece las obligaciones asociadas al uso de las redes para la efectiva comunicación entre los usuarios a través de mensajes cortos de texto (SMS) atendidos tanto por **COMCEL** como por **AVANTEL**. De esta forma, es más que evidente que de por medio hay una relación de interconexión entre la red Trunking de **AVANTEL** y la red de valor agregado de **COMCEL**, sin la cual sería imposible que los usuarios de tales operadores se comunicaran de manera efectiva y, por ende, se cursaran mensajes cortos de texto (SMS) entre una y otra red.

Sobre este particular, resulta oportuno recordar que los contratos de interconexión presentan varias particularidades que hacen que las partes dispongan de algunos elementos de los mismos dentro del marco de la regulación y la Ley, razón por la cual, aún cuando en su formación concurren los elementos comunes a cualquier contrato de derecho privado, la Ley ordena regular algunos de los elementos de esos contratos, como son, entre otros, la voluntariedad, el precio y la calidad del servicio prestado.

Al respecto, resulta oportuno mencionar que el hecho que las partes le otorguen un nombre diferente a un contrato, por sí mismo, no desdibuja ni desconoce la realidad jurídica, técnica y económica sobre la que el mismo versa. En efecto, en el contrato celebrado por las partes, titulado como "*Contrato para el intercambio de mensajes cortos de datos (SMS) entre COMCEL S.A. y AVANTEL S.A.*"², las partes establecieron sus derechos y obligaciones, de carácter jurídico y financiero, que rigen el intercambio de mensajes cortos de texto (SMS), así como también los parámetros de funcionalidad, dimensionamiento, compatibilidad, integración y nivel de servicio que garantice la interoperabilidad entre los operadores partes del contrato, lo cual demuestra claramente que el propósito del contrato fue definir las condiciones necesarias para que los usuarios de ambas redes pudieran cursar de manera efectiva y óptima mensajes cortos de texto (SMS), es decir, que pudieran comunicarse entre sí, situación que, independientemente de su denominación, no deja de ser una relación de interconexión entre redes de operadores de telecomunicaciones.

Lo anterior demuestra claramente que el propósito del contrato fue definir las condiciones necesarias para que los usuarios de ambas redes pudieran cursar de manera efectiva y óptima mensajes cortos de texto (SMS), es decir, que pudieran comunicarse entre sí, situación que, independientemente de su denominación, no deja de ser una relación de interconexión entre redes de proveedores de telecomunicaciones.

En este orden de ideas, es claro que la CRC, a través de la decisión que está siendo recurrida, no ha modificado el modo de contratación dispuesto por las partes como menciona la recurrente, simplemente identificó que el conflicto surgido entre los operadores era un conflicto de interconexión, toda vez que el mismo se generó como consecuencia de la falta de acuerdo en la definición de la remuneración de las redes por el intercambio de mensajes cortos de texto (SMS). Al respecto, vale la pena recordar que la definición de las reglas de remuneración por el uso de las redes de telecomunicaciones, es un asunto inherente a la interconexión y, por lo tanto, los conflictos que se presenten en torno a dicho tema, son de competencia de la CRC, toda vez que la misma es la autoridad competente para dirimir este tipo de conflictos en la vía administrativa.

De otro lado, es importante también mencionar que si bien las partes se encuentran en libertad de disponer reglas de solución de controversias, dichas disposiciones contractuales no tienen la virtud de condicionar, restringir o derogar el ejercicio de funciones administrativas de fuente legal, como es el caso de la solución de controversias de interconexión entre operadores de TMC, asunto al que hace referencia el Título V de la Ley 1341 de 2009 que actualmente determina las reglas de solución de controversias en materia de interconexión.

En ese contexto, se hace necesario hacer referencia a las facultades de la CRC, las cuales fueron determinadas en el artículo 22 de la referida Ley 1341 de 2009, el cual indica que es facultad de la Comisión resolver las controversias que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, en el marco de sus competencias, señalando expresamente que ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión, así como el principio de la libre competencia³. Adicionalmente, la misma disposición consagra que es competencia de la CRC

² Folios 14 a 42 del Expediente 3000-4-2-322

³ Numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009.

CLC. 6

11

imponer – entre otras cosas - las condiciones de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión⁴.

Así mismo, debe ponerse de presente que la Ley 1341 de 2009, dentro de los principios que la rigen, establece el del uso eficiente de la infraestructura, señalando que "[e]l Estado fomentará el (...) uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar (...)"⁵. Igualmente otorga la potestad de intervención del Estado de "[g]arantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones (...)"⁶.

Por otra parte, la misma Ley 1341 de 2009, en el artículo 50, recoge los principios que regulan el acceso, uso e interconexión en los siguientes términos:

Artículo 50. Principios del acceso, uso e interconexión. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:

- 1. Trato no discriminatorio; con cargo igual acceso igual.*
- 2. Transparencia.*
- 3. Precios basados en costos más una utilidad razonable.*
- 4. Promoción de la libre y leal competencia.*
- 5. Evitar el abuso de la posición dominante.*
- 6. Garantizar que en el lugar y tiempo de la interconexión no se aplicarán prácticas que generen impactos negativos en las redes."*

De acuerdo con lo expuesto, la CRC cuenta con facultades suficientes para conocer de los conflictos de interconexión, en este caso del que surge entre **AVANTEL**, y **COMCEL**, con ocasión de la remuneración de la interconexión por el intercambio de mensajes cortos de texto (SMS), aplicando para ello los principios que rigen el acceso, uso e interconexión.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la aludida vulneración del derecho de propiedad consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política, es preciso tener en cuenta que en materia de servicios públicos de telecomunicaciones, las redes que soportan la prestación de los mismos, sean de agentes públicos o privados, se encuentran afectas al mismo, en los términos de la Ley 1341 de 2009, que señala expresamente que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, es un servicio público bajo la titularidad del Estado⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, y ante la necesidad de garantizar tanto la competencia como la efectiva prestación de los servicios de telecomunicaciones, así como los derechos de los usuarios, el régimen jurídico de telecomunicaciones se ocupa de garantizar el acceso, uso e interconexión entre las redes de telecomunicaciones, lo cual implica a la vez unos derechos y deberes en cabeza de todos los operadores de servicios de telecomunicaciones.

En este sentido, si bien el Estado reconoce el derecho a la propiedad privada, en el caso de las redes de telecomunicaciones por estar afectas a la prestación de un servicio público y como manifestación del principio constitucional de intervención del Estado en la economía, ésta se sujeta a las limitaciones, restricciones y gravámenes a los que hace referencia el propio artículo 58 de la Constitución Política, mencionado por **COMCEL** en su recurso. Una de las legítimas limitaciones que la Ley ha establecido en materia de telecomunicaciones, la constituye precisamente la obligación de los operadores de telecomunicaciones de permitir el acceso, uso e interconexión a sus redes por parte de otros operadores para garantizar la posibilidad de comunicación entre los usuarios de un operador con los usuarios de otro, obligación prevista expresamente en el artículo 4.2.1.2 de la Resolución 087 de 1997. Al respecto, vale la pena señalar que la Ley y la regulación no circunscribe el papel del regulador a verificar únicamente la interconexión de las redes a nivel físico y lógico, sino también a que algunas de las condiciones en que esta se pacta, tal como la

⁴ Numeral 10 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009.

⁵ Numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009

⁶ Numeral 9 del artículo 9 de la Ley 1341 de 2009.

⁷ Artículo 10 de la Ley 1341 de 2009

remuneración que se reconocen las partes por el uso de sus redes, responda al principio de que dicho valor reconozca el costo de servir, más una utilidad razonable, permitiendo que el derecho de los usuarios a acceder de manera efectiva al servicio se cumpla.

De esta forma, no resulta cierto que la CRC se encuentra extralimitando sus funciones al dirimir el conflicto surgido entre **AVANTEL** y **COMCEL**, toda vez que la decisión regulatoria se sustenta en los lineamientos y delimitaciones establecidas expresamente en la regulación y la Ley.

Aclarado lo anterior, es pertinente recordar que la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-150 de 2003, al explicar las características definitorias de la función de regulación que la distinguen de las demás formas de intervención estatal en la economía, indicó expresamente que la función de regulación se encamina a la definición de las condiciones del funcionamiento del derecho de propiedad privada, en los siguientes términos:

"4.1.1.1. En un Estado social de derecho la intervención estatal en el ámbito socio-económico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y de la propiedad⁸ expresamente consagrada en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un "orden político, económico y social justo" (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (artículos 334 inc, 1º, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.); una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, numeral 19, por ejemplo); y, todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como "función social" (artículo 58 C.P.) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la "función social" de la empresa (artículo 333 C.P.) en aras de la "distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo" (artículo 334 C.P.)⁹."(NFT)

Bajo este entendido, la decisión adoptada por la CRC objeto de recurso, no contraviene los postulados que protegen la propiedad privada, todo lo contrario, es consecuente con el grado de protección que a tal bien jurídico le otorga el ordenamiento, dentro del contexto de la prestación de los servicios de telecomunicaciones y de los derechos de los usuarios a acceder a los mismos en términos justos de oportunidad, costo y calidad.

Ahora bien, en cuanto al argumento de **COMCEL**, relativo a la vulneración de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, debe insistirse en que independientemente del nombre que las partes le hayan dado al contrato suscrito, el mismo regula la interconexión entre las redes de valor agregado de **AVANTEL** y de **COMCEL**, lo cual implica que el contrato suscrito no sea de naturaleza estrictamente privada, como aduce la recurrente. En efecto, los contratos que regulan las relaciones de interconexión entre operadores de telecomunicaciones, si bien involucran elementos propios de los contratos privados, presentan varias particularidades que hacen que las partes, deban seguir los lineamientos y reglas establecidas por la regulación y la Ley, como es precisamente el tema relativo a la remuneración de las redes, el cual siempre debe reflejar criterios de costo más utilidad razonable.

En este orden de ideas, si bien las partes manifestaron su acuerdo al suscribir el contrato para el intercambio de mensajes cortos de texto (SMS), ante la presencia de un conflicto entre los operadores y de la respectiva solicitud ante la Comisión, corresponde a la misma dirimirlo siguiendo los lineamientos previstos en la regulación y en la Ley, reconocidas como ajustados a la Constitución, por la jurisprudencia, tal y como lo hizo en la resolución recurrida en la cual se estableció desde una perspectiva técnica que el valor acordado por las partes, no reflejaba criterios de costos más utilidad razonable; lo anterior, en desarrollo de la función de intervención del Estado

⁸ A diferencia de lo que establece nuestra Constitución, en otros países los defensores de un estado mínimo rechazan que el Estado pueda legítimamente intervenir para redistribuir la propiedad o el ingreso porque estiman que ello es contrario a la libertad, crea sobre costos y trabas a la iniciativa privada y es fuente de privilegios. Ver, por ejemplo, Nozick, Robert. Anarchy, State and Utopia. Blackwell. Oxford, 1974; Hayeck, Frederick. Law, legislation and liberty. Volumen 3. Routledge, Londres, 1979. Ello coincide con los intentos de desregular algunas industrias y sectores así como de reducir la autonomía de los órganos de regulación en Estados Unidos y en Gran Bretaña durante la década de los ochenta.

⁹ La Corte agrega que, además de las funciones citadas, se encuentra la de asignación, es decir, la de distribución de recursos entre los diferentes órganos del Estado. Esta función se puede concretar al desarrollarse cualquiera de las cuatro básicas mencionadas.

en la economía, la cual se plasma en la actividad regulatoria de la Comisión tanto en actos administrativos de carácter general y abstracto, como en actos administrativos de carácter particular y concreto.

Por las razones precedentes, no procede el cargo propuesto.

2.2 Sobre "la tarifa fijada por la CRC en la Resolución 2238 de 2009 desconoce el comportamiento del mercado en general"

En relación con este argumento, **COMCEL** señala que la CRC estableció una tarifa de carácter particular sin antes haber definido un valor de manera general, obviando la identificación de un mercado relevante, de una falla en dicho mercado y, por ende, la justificación para regularlo, sin haber establecido si existía posición dominante en el mercado y las medidas regulatorias con las cuales pretende corregir la falla de mercado.

En este sentido, **COMCEL** asegura que al basar la decisión únicamente en la relación particular entre **AVANTEL** y **COMCEL**, se afecta el comportamiento general del mercado de terminación de mensajes cortos de texto (SMS) en redes móviles, sin haberlo tenido en cuenta en la resolución recurrida.

Por todo lo anterior, la recurrente considera que se debe revisar el comportamiento del mercado en general en primer lugar, y en segundo lugar el caso particular.

Consideraciones CRC

Para dar respuesta a este argumento esgrimido por **COMCEL**, debe aclararse que la CRC en la resolución impugnada no estableció una tarifa, entendida ésta como el valor que se cobra al usuario final por el servicio prestado. El valor al que hace referencia la resolución recurrida, corresponde al cargo de acceso que remunera una relación de interconexión específica, según las pruebas aportadas a la actuación administrativa particular.

Aclarado lo anterior, debe mencionarse que contrario a lo expuesto por la recurrente, para que la CRC proceda a la solución de un conflicto en particular, tal y como sucede en el caso en cuestión, no es necesario que previamente se haya adoptado una decisión de carácter general sobre el asunto en cuestión aplicable a todos los operadores de telecomunicaciones. Tal afirmación, desconoce el hecho ampliamente explicado y avalado por la jurisprudencia constitucional¹⁰, según el cual, la regulación económica de un mercado, bien puede manifestarse mediante actos administrativos de carácter general, o bien mediante actos administrativos de carácter particular, como es el caso de las decisiones de solución de conflictos de interconexión entre operadores de telecomunicaciones.

En este sentido, es importante recordar que ya en otros pronunciamientos previos, la CRC estableció reglas de cargos de acceso entre operadores, sin que al momento de la adopción de la decisión de carácter particular y concreto, existiera un valor regulatorio definido para la remuneración de la relación de interconexión analizada. Tal es el caso de las Resoluciones CRT 916 de 2003 y 957 de 2004, en las cuales la Comisión dirimió por solicitud precisamente de **COMCEL** el conflicto surgido con BELLSOUTH (hoy TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.) en relación con el valor de cargos de acceso que remuneraba el uso de las redes de dichos operadores vía solución de un conflicto en particular, valor que a la fecha de la decisión en comento no estaba regulado de manera general, y de las Resoluciones CRT 1894 y 1990 de 2008, por medio de las cuales esta Comisión resolvió el conflicto por cargos de acceso para el envío de mensajes cortos de texto (SMS) surgido entre COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y **COMCEL** y las Resoluciones CRT 2117 y 2166 de 2009 por medio de las cuales la Comisión resolvió el conflicto por cargos de acceso para el envío de mensajes cortos de texto (SMS) surgido entre TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y **COMCEL**.

Teniendo claro lo anterior, debe además mencionarse que la decisión adoptada por la CRC verificó el comportamiento específico de la relación de interconexión existente entre **COMCEL** y **AVANTEL** y no el estudio del comportamiento de un mercado en general, lo cual implicaría el análisis de la definición del producto y de la dimensión geográfica del mismo, para determinar su relevancia,

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-150 de 2003 y Sentencia C-1120 de 2005.

constatar sus fallas y detectar posiciones de dominio, asuntos a los que hace referencia la recurrente en el recurso de reposición. En efecto, el objeto de análisis en el presente caso se circunscribe a la solución de un conflicto particular respecto de la remuneración de una interconexión específica para el intercambio de mensajes cortos de texto (SMS) entre las redes de los operadores involucrados, de tal suerte que la misma no tenía como propósito revisar el comportamiento de un mercado en general, o una porción del mismo, para con posterioridad a dicha revisión, mediante la expedición de un acto administrativo general, crear derechos u obligaciones para sujetos indeterminados asociados al mercado analizado.

Por las razones anteriormente expuestas, no procede el cargo.

2.3 Sobre "el valor fijado por la CRC en la Resolución recurrida, genera un desequilibrio competitivo en el mercado"

Argumenta el operador que el valor fijado por la CRC esta generando un desequilibrio competitivo respecto a los demás operadores que prestan servicio de envío de mensajes cortos de texto (SMS), los cuales también tienen acuerdos contractuales con **COMCEL** y **AVANTEL**.

Explica **COMCEL** que dicha fijación de la tarifa para el envío de mensajes de texto entre **AVANTEL** y **COMCEL** no sólo tendrá efectos particulares tal y como lo afirma la CRC, sino que generará una distorsión en el mercado, toda vez que se presentará una discriminación en el valor fijado con los demás operadores e incluso con los valores fijados por la propia CRC mediante la Resolución 1894 de 2008, por la cual se resolvió la solicitud de conflicto presentada por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., y la Resolución CRT 2117 de 2009, por la cual se resolvió la solicitud de conflicto presentada por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.

Consideraciones CRC

Con relación a este punto, la CRC considera pertinente recordar que la metodología aplicada para calcular el valor de cargo de acceso para el intercambio de mensajes cortos de texto (SMS) se refirió única y exclusivamente a la interconexión particular existente entre los dos operadores interconectados, de tal suerte que el análisis versa solamente sobre dichas redes. Para tales efectos, se solicitó información tanto a **AVANTEL** como a **COMCEL** relacionada con información histórica del tráfico de mensajes cortos de texto (SMS), el valor de equipos dedicados de manera exclusiva al servicio de mensajes cortos de texto (SMS), vida útil de los mismos e información adicional particular y confidencial a cada uno de los operadores involucrados.

Una vez se contó con la información solicitada y que refleja las particularidades de la interconexión bajo análisis, se estimaron los costos en los que incurren **AVANTEL** y **COMCEL** para la prestación del servicio. De esta manera, el análisis mal podría predicarse del mercado en general, toda vez que el mismo no tuvo en consideración información de los mensajes cursados con los otros operadores del servicio, lo cual permitió calcular exclusivamente y de manera particular el valor de cargo de acceso correspondiente para la interconexión entre la red Trunking de **AVANTEL** y la red de valor agregado de **COMCEL**, identificando los costos asociados al servicio de mensajes cortos de texto (SMS), tanto directos como comunes, y calculando la utilidad razonable correspondiente para estimar en forma definitiva el cargo de acceso de una relación de interconexión específica que no tiene la virtud de reflejar la realidad de un mercado completo del sector de telecomunicaciones. En este orden de ideas, resulta claro que la ausencia de incidencia en el mercado en general corrobora la ausencia de una distorsión en el mismo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que aun cuando la infraestructura pueda ser la misma a la empleada por el operador en otras interconexiones, si la cantidad de mensajes cortos de texto (SMS) cursados en ambos sentidos es diferente en cada una de las interconexiones, necesariamente el valor unitario de dichos mensajes será diferente. Llo anterior en la medida en que en la fórmula utilizada para efectos del cálculo de los cargos de acceso para SMS en este caso concreto la cantidad de mensajes cortos de texto (SMS) es un elemento fundamental para tales efectos:

$$CA = \frac{VP_C}{\sum_{t=1}^5 \frac{SMS_t}{(1+WACC)^t}}$$

Así las cosas, de la aplicación de la fórmula anterior se pueden presentar variaciones en caso que la cantidad de mensajes cortos de texto (SMS) sea mayor o menor en las diferentes interconexiones, razón por la cual el valor de cargo de acceso podría variar.

De esta forma, si bien la CRC utilizó la misma metodología tanto en la Resoluciones CRT 1894 de 2008 y 2117 de 2009, citadas por la recurrente, como en la resolución recurrida, las diferencias conaturales a cada relación de interconexión implican que la información utilizada y asociada exclusivamente a una relación de interconexión específica, sea distinta y, por lo tanto, se generen diferencias en dichos resultados.

Por las razones precedentes, no procede el cargo.

2.4 Sobre "el factor de utilización de la red por parte de los mensajes cortos SMS, tal y como se muestra en la metodología de la CRT [sic], no es constante sino que aumenta en el tiempo."

Respecto de este argumento, **COMCEL** señala que la relación entre la cantidad de minutos cursados en la red y la cantidad de mensajes cortos de texto (SMS) no es constante en el tiempo, por lo que esta relación debe verse reflejada en el valor para el envío de mensajes entre **AVANTEL** y **COMCEL**.

En este sentido, **COMCEL** hace referencia a un estudio realizado por Yankee Group en junio de 2008, "Colombia Wireless/Mobile Forecast", en donde señala que el crecimiento del tráfico de voz proyectado para los años 2008-2012 se está desacelerando hasta prácticamente estancarse en el último año, en contraposición con el crecimiento del tráfico de mensajes cortos de texto (SMS), que si bien disminuye en el periodo de tiempo mencionado en todos los casos es superior al crecimiento del tráfico de voz.

A partir de los datos de tráfico proyectado, tanto de voz como de mensajes cortos de texto (SMS), **COMCEL** calcula una relación entre mega bytes de mensajes por cada millón de minutos de voz, encontrando que esta relación crece considerablemente entre los años 2007 y 2012.

Como consecuencia de la relación creciente que existe entre los mensajes cortos de texto (SMS) y los minutos de voz, **COMCEL** solicita de manera subsidiaria que el valor promedio para el envío de tales mensajes entre **AVANTEL** y **COMCEL** se incremente en la misma proporción.

Adicionalmente, **COMCEL** solicita se tenga en cuenta la mayor inversión necesaria con el fin de soportar el aumento del factor de utilización de red debido a los mensajes cortos de texto (SMS).

Consideraciones CRC

En relación con este cargo, la CRC considera pertinente señalar que en el análisis elaborado en la resolución recurrida, se tuvo en consideración el comportamiento del tráfico al que hace referencia **COMCEL** en el recurso de reposición. En efecto, del estudio de la información aportada por las partes, se pudo evidenciar un aumento en el tráfico de mensajes cortos de texto (SMS) cursados en la red, tanto *on-net* como *off-net*, que permitió identificar que en los próximos años se espera que el tráfico de mensajes crezca a una mayor tasa que el tráfico de minutos de voz.

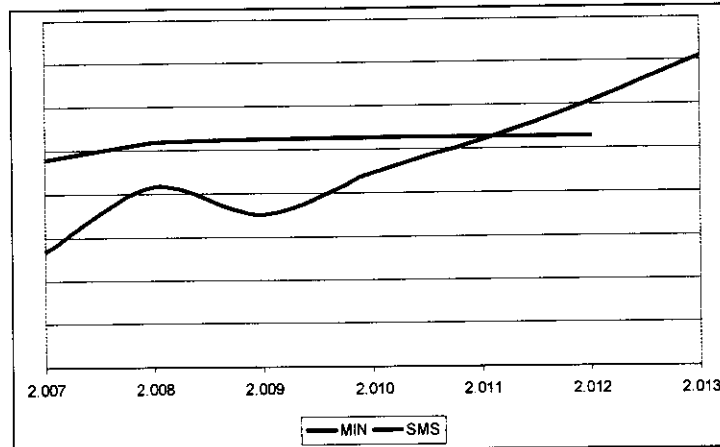
Precisamente, teniendo en cuenta la relevancia de dicha información para efectos de realizar el análisis expuesto en la resolución recurrida, la CRC solicitó tanto a **AVANTEL** como a **COMCEL** las proyecciones de demanda de los mensajes cortos de texto (SMS) para un periodo de cinco (5) años.

La información anteriormente mencionada, también se revisó frente a la cantidad de minutos cursados en la red, tanto por parte de **AVANTEL** como por parte de **COMCEL**¹¹. De dicho análisis se pudo observar que el tráfico de minutos totales que cursaron **AVANTEL** y **COMCEL** fue marginalmente creciente entre los años 2005 y 2008, tendencia que, según la misma información aportada por los operadores en relación con el crecimiento de la activación de nuevas líneas, permite concluir que, como bien lo dice **COMCEL** en el recurso de reposición, el porcentaje de

¹¹ Información reportada por los operadores móviles directamente a la Ministerio de Comunicaciones y que se encuentra disponible en su página web, y proyecciones realizadas por la CRC en desarrollo del proyecto de Revisión de Cargos de Acceso.

crecimiento de los mensajes cortos de texto (SMS), podrá ser mayor que el de los minutos de voz, tal y como se evidencia de la siguiente gráfica:

Gráfica 1. Relación mensajes por minutos cursados y proyectados por COMCEL y AVANTEL



Fuente: Información entregada por los operadores, información reportada al Ministerio de Comunicaciones y proyecciones realizadas por esta Comisión en desarrollo del proyecto de Revisión de Cargos de Acceso
Nota: Se plasman órdenes de magnitud, dado que la información fue catalogada por las partes como confidencial.

Teniendo claro lo anterior, debe mencionarse que, contrario a lo expuesto por **COMCEL** en el recurso de reposición, el hecho de que el comportamiento del tráfico tenga la tendencia descrita en el gráfico 1, no tiene como consecuencia que el factor de utilización de la red por parte de los mensajes cortos de texto (SMS), deba tener ese mismo comportamiento.

Al respecto, debe en primer lugar recordarse que la metodología empleada por la CRC para estimar el valor de cargo de acceso para el envío de mensajes cortos de texto (SMS) entre **COMCEL** y **AVANTEL**, calculó la relación entre minutos de voz y tales mensajes, asignando recursos para el soporte de los servicios de voz y de mensajes cortos de texto (SMS), según las características técnicas de la operación de la tecnología GSM, la cual toma como base la relación entre la cantidad de canales existentes para tráfico de voz y de señalización de abonado en la red de acceso. Lo anterior, dado que los mensajes cortos de texto (SMS) son intercambiados entre la red y los abonados a través de las capacidades de transporte disponibles del canal de señalización de abonado en el acceso.

Efectivamente, en la tecnología GSM, la relación estándar entre el número de canales de voz y de señalización de abonado es de 80 a 1, sin considerar la inclusión de ningún tipo de tecnología de optimización en la transmisión (caso en el cual esta relación podría incluso llegar a alcanzar valores de 160 a 1, lo cual equivale al 0.63% de factor de utilización), de tal suerte que la revisión técnica realizada por la CRC, aplicó el criterio más ortodoxo, definiendo como factor de ocupación de la red total debida al tráfico de mensajes cortos de texto (SMS) el 1.25% y no el 0.63%.

Al respecto, debe mencionarse que tal y como se indicó en la resolución recurrida, para efectos del cálculo del factor de utilización se aplicó el supuesto de utilización máxima del canal de señalización por parte de la transmisión de los mensajes cortos de texto (SMS), sin incluir los criterios de optimización que pueden variar en diferentes puntos de la red, de tal suerte que el criterio aplicado permite cobijar ampliamente el crecimiento estimado a partir de las proyecciones de demanda remitidas por los operadores, de esta forma, es claro que la CRC no desconoció el comportamiento proyectado de carácter creciente del tráfico de mensajes cortos de texto (SMS).

Ahora bien, en lo que respecta a las proyecciones de crecimiento a las que hace referencia **COMCEL** en el recurso de reposición, debe en primer lugar aclararse que las mismas se refieren al comportamiento estimado del sector en general, realizado por un determinado consultor y no reflejan las particularidades propias de la relación de interconexión analizada en la presente actuación administrativa, las cuales fueron aportadas por las partes a través de las pruebas remitidas a lo largo del trámite. En este sentido, debe recordarse que la decisión que se recurre tiene como propósito dirimir el conflicto surgido entre dos operadores en particular y no establecer condiciones generales aplicables al mercado transversalmente, razón por la cual la tendencia de crecimiento de los mensajes cortos de texto (SMS) a utilizar en este caso en particular, es la reportada por los operadores y no la proyectada por el consultor citado por **COMCEL**.

Así mismo, resulta claro que para efectos de la definición del valor de cargos de acceso no deben ser incluidas nuevas inversiones, como lo indica **COMCEL**, toda vez que la metodología aplicada por la CRC ya contempla inversiones a lo largo de los cinco (5) años, que incluso prevén la necesidad de aumentar considerablemente la capacidad de transmisión de mensajes cortos de texto (SMS) a la mitad del periodo, con el fin de soportar el crecimiento proyectado de estos mensajes.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, la solicitud subsidiaria presentada por **COMCEL** en el recurso, relativa al incremento del valor promedio para el intercambio de mensajes cortos de texto (SMS) contenido en la resolución recurrida para su relación de interconexión con **AVANTEL**, no resulta procedente.

Por lo antes expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL S.A.** contra la Resolución CRC 2238 de 2009.

ARTÍCULO SEGUNDO. Negar las pretensiones de **COMCEL S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes la resolución recurrida.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente la presente Resolución a los representantes legales de **COMCEL S.A.** y de **AVANTEL S.A.**, o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

Dada en Bogotá D.C. a los

01 MAR 2010

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DANIEL MEDINA VELANDIA
Presidente


CRISTHIAN LIZCANO ORTÍZ
Director Ejecutivo

Expediente: 3000-4-2-322

C.E. 12/02/10. Acta No. 702

S.C. 22/02/10. Acta No. 225

EMDV/JPV/MPT


28
1