

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 4571 DE 2014

*"Por la cual se resuelve un conflicto entre **AVANTEL S.A.S.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, y especialmente las que le confieren los numerales 3, 9 y 10 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, y

CONSIDERANDO

1. Antecedentes

Mediante escrito radicado ante esta Entidad el 13 de mayo de 2014 bajo el No. 201432133, **AVANTEL S.A.S.**, en adelante **AVANTEL**, solicitó a esta Comisión el inicio y trámite de la actuación administrativa de solución de controversias en atención a las divergencias surgidas por la aludida terminación unilateral por parte de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, en adelante **COLOMBIA MÓVIL**, del Contrato denominado "Contrato de Prestación de Servicios de Datos para Integrador", en adelante el Contrato, el cual fue suscrito entre las partes el día 25 de enero de 2012 y por la desconexión del servicio por parte de **COLOMBIA MÓVIL**.

A través de comunicación de fecha 16 de mayo de 2014 con radicado No. 201453795 y de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, en adelante CPACA), el Director Ejecutivo de la Comisión informó a **COLOMBIA MÓVIL** acerca de la solicitud de solución de controversias presentada por **AVANTEL**, adjuntando copia de la misma para que dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de dicha comunicación, presentara sus argumentos de hecho y de derecho, allegara o solicitara pruebas, formulara sus observaciones y comentarios y manifestara sus condiciones para resolver el conflicto.

En respuesta a lo anterior, por medio de comunicación con radicado número 201432277 del 23 de mayo de 2014, **COLOMBIA MÓVIL** presentó sus consideraciones y observaciones a la solicitud en comento, así como sus condiciones para resolver el conflicto.

En este estado de la actuación administrativa, con el ánimo de asegurar el derecho de contradicción de las partes y el de contribuir a la pronta decisión de los asuntos aquí sometidos a controversia, esta Comisión invitó¹ a las partes a una audiencia, la cual se llevó a cabo el 4 de junio de 2014, con el fin de generar un espacio de diálogo que les permitiera lograr un acuerdo directo. En la mencionada audiencia las partes expusieron sus puntos de vista sin que fuera posible llegar a un acuerdo directo, por lo que ante ausencia del mismo se dio por terminada la diligencia.

Finalmente en memoriales de alcance con radicado número 201432397 y 201432534 del 3 y del 11 de junio de 2014, respectivamente, **AVANTEL** extendió sus argumentos respecto del punto de acuerdo, los puntos de divergencias, la naturaleza jurídica del Contrato suscrito con **COLOMBIA**

¹ Mediante oficio No. 201432277 del 30 de mayo de 2014 el Director Ejecutivo de la CRC, de conformidad con lo previsto en el artículo 35 del CPACA, citó para el día 4 de junio de 2014 a audiencia entre las partes.

CCR

24

MÓVIL, así como respecto de la solicitud de reconexión y la relación de acceso existente entre las partes. Específicamente respecto del memorial radicado el 11 de junio de 2014, cabe recordar que **AVANTEL** solicitó a esta Comisión que, como medida provisional, ordenara a **COLOMBIA MÓVIL** la inmediata reconexión del acceso a la red móvil de éste último, mientras que se decidía la actuación administrativa que aquí nos convoca, en atención del numeral 10 del artículo 22 y del artículo 49 de la Ley 1341 de 2009.

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010, debe mencionarse que el presente acto administrativo no requiere ser informado a la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de un acto de carácter particular y concreto al que hace referencia el numeral 3 del artículo antes citado.

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

2.1. Argumentos expuestos por AVANTEL

Los argumentos de **AVANTEL** hacen referencia a la terminación del Contrato y de los efectos de la posterior desconexión de servicio de tráfico de datos al por mayor por parte de **COLOMBIA MÓVIL**. Así, los argumentos presentados por **AVANTEL** a través de su solicitud de solución de controversias y sus memoriales de alcance de fechas del 3 y 11 de junio del 2014, se resumen de la siguiente manera:

En primer lugar aduce que el objeto del Contrato suscrito entre las partes del presente trámite administrativo versa respecto de una relación de acceso entre las mismas, que involucra el uso de plataformas tecnológicas de la red de **COLOMBIA MÓVIL** (en su calidad de PRST) por parte de **AVANTEL** (como Proveedor de Contenidos y Aplicaciones, PCA), para lo cual se utiliza una infraestructura de transporte que permite la conectividad entre las dos redes, que a su vez garantiza la interoperabilidad del acceso para la provisión de datos al por mayor por parte de **COLOMBIA MÓVIL** a **AVANTEL**. Así, afirma que la referida relación de acceso involucra el uso de plataformas tecnológicas de **COLOMBIA MÓVIL** y la interoperabilidad con la red de **AVANTEL**, haciendo referencia a lo expuesto en el Anexo 1 del Contrato, en los numerales 3.1. y 3.2. donde se ilustra el esquema de "Arquitectura del Servicio".

Adicionalmente, y en su memorial de fecha del 11 de junio de 2014, **AVANTEL** complementó su explicación citando algunos conceptos y referencias hechas por esta Comisión relativas al concepto de acceso incluidas en el Documento Soporte del proyecto regulatorio denominado "Régimen de redes en ambiente de convergencia". En tal sentido, **AVANTEL** concluyó que la relación perfeccionada con **COLOMBIA MÓVIL** mediante el Contrato constituye en una relación de acceso, toda vez que **AVANTEL** en el caso en concreto, y bajo su interpretación, tuvo acceso a elementos lógicos y físicos de la red de **COLOMBIA MÓVIL** para la provisión de tráfico de datos al por mayor, en el que se basa el funcionamiento de la aplicación "**AVANTRACK**", la cual soporta la prestación de servicios de ubicación y seguimiento en tiempo real a sus usuarios finales².

En este sentido, manifiesta que dado que entre las partes existe una relación material de acceso, y que en el marco del Contrato **COLOMBIA MÓVIL** puso a disposición de **AVANTEL** recursos físicos y lógicos de su red para la provisión de servicios, existiendo interoperabilidad entre ambas redes, la desconexión que **COLOMBIA MÓVIL** hizo unilateralmente de los elementos de red utilizados, debió haber sido previamente autorizada por la CRC.

Así, sostiene que la conducta de **COLOMBIA MÓVIL** no solo viola el artículo 41 de la Resolución CRC 3101 de 2011, sino también desconoce los principios de no restricción y no discriminación contenidos, respectivamente, en el numeral 4.9. y 4.2 de artículo 4 de la misma resolución.

Por otra parte, aduce que la estipulación contractual de la Cláusula Décima del Contrato, que dispone la terminación unilateral del mismo por parte de **COLOMBIA MÓVIL** (en su calidad de PRST), se tiene por no escrita a la luz del numeral 6.3. del artículo 6 de la Resolución CRC 3501 de 2011.

Argumenta que, aun cuando la regulación citada esté dirigida a las relaciones de acceso entre un PRST y PCA para la provisión de contenidos y aplicaciones a través de SMS, MMS y USSD, por disposición del artículo primero de la referida Resolución CRC 3501, la Comisión debe tener en

² "Avantrack es un sistema de ubicación y seguimiento en tiempo real. Permite controlar en línea el comportamiento de los activos móviles, tomar decisiones inmediatas para prevención, control logístico, hábitos de conducción, optimizar procesos, reducir costos y pérdida de activos". Información recuperada de la página Web de **AVANTEL** el 22 de julio de 2014. Ver en <http://www.avantel.co/aplicaciones-moviles-localizacion-vehicular/avantrack.html>

cuenta que los principios fundantes de las normas contenidas en dicha resolución, son comunes y aplicables para una relación de acceso entre un PRST y un Integrador que le permita a este último la provisión de servicios de aplicaciones sobre las redes del primero, pues de lo contrario, todas aquellas relaciones que supongan el acceso a redes para la prestación de servicios de contenidos y aplicaciones que no sea a través de SMS, MMS y USSD, se encontrarían desprovistas de la protección de la regulación.

Subraya también que la conducta de **COLOMBIA MÓVIL** genera una grave afectación para sus usuarios en atención a que las características del servicio de aplicación de rastreo y localización que **AVANTEL** presta a través del acceso a la red de **COLOMBIA MÓVIL**, cuyos usuarios son en su mayoría organismos de seguridad ciudadana, están siendo afectados por el proceder arbitrario e ilegal de **COLOMBIA MÓVIL**.

En tal orden de ideas, y dada la gravedad de la afectación de sus usuarios, **AVANTEL** propone continuar con la relación material de acceso perfeccionada entre las partes mediante el Contrato, hasta tanto se logre el proceso de migración de los usuarios finales de **AVANTEL**, proceso que demanda un término no inferior a ocho (8) meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución que finalice la actuación administrativa de solución de controversias aquí solicitada. Asimismo, agrega que la terminación de la relación de acceso entre las partes deberá ser de común acuerdo, siempre y cuando la CRC autorice la desconexión en los términos del artículo 41 de la Resolución CRC 3101 de 2011.

En consecuencia, **AVANTEL** sostiene que esta Comisión en atención del numeral 9 del artículo 4, los numerales 3, 9 y 10 del artículo 22 y el artículo 49 de la Ley 1341 de 2009, es la autoridad competente para resolver la presente controversia, y ordenarle a **COLOMBIA MÓVIL**: (a) la inmediata reconexión de los servicios de datos al por mayor a **AVANTEL** mientras se resuelve la presente actuación administrativa; y (b) abstenerse de limitar suspender o terminar las condiciones de la relación material de acceso con **AVANTEL**.

En tal sentido, solicita que en ejercicio del artículo 39 de la Resolución CRC 3101 de 2011, esta Comisión modifique las condiciones existentes de la relación material de acceso perfeccionadas en el Contrato, en los términos de la propuesta presentada por **AVANTEL**.

Finalmente, solicite el decreto y práctica del testimonio del ingeniero Silvestre Escandón Silva, Gerente de Aplicaciones de **AVANTEL**, para que deponga sobre el desarrollo de la etapa de negociación directa adelantada con los representantes de **COLOMBIA MÓVIL**, durante los meses comprendidos entre enero y mayo del 2014.

2.2. Argumentos expuestos por COLOMBIA MÓVIL

En su escrito de respuesta al traslado **COLOMBIA MÓVIL** comienza por responder los diferentes argumentos enunciados por **AVANTEL** en el documento de solicitud de solución de controversias, los cuales se resumen en su mismo orden a continuación:

En primer lugar, señala que la voluntad de las partes, desde las tratativas preliminares del Contrato, fue acordar un Contrato de prestación de servicios de datos y no un Contrato de acceso. Así, explica que no hubo error acerca de las prestaciones que se obligaron las partes a cumplir. Sostiene que, no siendo la intención celebrar un Contrato de acceso sino de prestación de servicios que autorizara a **AVANTEL** a su reventa, **COLOMBIA MÓVIL** prestaba servicios de datos sobre su red de PCS, a través de planes individuales y planes de bolsas o paquetes de datos a los usuarios que **AVANTEL** determinara.

Agrega que **AVANTEL**, en su correo electrónico del 26 de diciembre de 2011, reconoció que **COLOMBIA MÓVIL** debía reportar las líneas activadas en ejecución del Contrato ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para el cumplimiento del reporte de usuarios activos. Lo anterior corrobora que **AVANTEL** tenía la calidad de suscriptor de **COLOMBIA MÓVIL**, pero que de acuerdo con lo pactado se le facultaba a **AVANTEL** a revender el servicio y junto con su aplicación ofrecerlo a sus respectivos usuarios.

Así mismo, afirma que la Resolución CRC 3101 de 2011 resulta inaplicable en tanto el Contrato pretendido y celebrado no fue de acceso sino de prestación de servicios. En todo caso, y si se acepta que el Contrato era de acceso, sostiene que la autorización que debe emitir la CRC para la terminación del Contrato solamente se contempla dentro del Capítulo II en el artículo 14 para los

CCR

u

acuerdos de interconexión, supuesto que tampoco se adecua al presente caso porque en el presente caso no existe Contrato de interconexión entre las partes.

Al punto, sostiene que el artículo 41 de la citada Resolución CRC 3101 de 2011 solamente se aplica frente la existencia de controversia, conflicto o incumplimiento de los acuerdos de acceso, y en este caso la terminación no se dio por ninguno de los tres supuestos, ya que la misma se deriva de la operación de la expiración del plazo de duración pactada en la Cláusula Décima del Contrato.

Agrega que para el 23 de enero de 2014 fue claro que **AVANTEL** manifestó su aceptación para ejecutar los trámites internos que permitieran la terminación del Contrato³. Por lo que también es claro que no existía controversia, conflicto o incumplimiento alguno. Tan no había controversia, conflicto o incumplimiento que **COLOMBIA MÓVIL**, propuso a **AVANTEL** la suscripción de un nuevo Contrato por el término de 4 meses para que los usuarios de **AVANTEL** no se vieran afectados. Sin embargo, **AVANTEL** no aceptó tal propuesta.

Así mismo, señala que el integrador de que trata el Contrato de prestación de servicios celebrado con **AVANTEL** es diferente al que se refiere la Resolución CRC 3501, lo cual evidencia que no se trata de un integrador para códigos cortos, tema sobre el que versa dicha resolución.

También sostiene que la referida Resolución cubre únicamente a un PRST y a un PCA y no a integradores, puesto que estos sólo existen para los efectos del acceso a través de mensajes cortos de texto y/o MMS y/o USSD.

Subraya que, aunque **AVANTEL** se presenta dentro del Contrato de prestación de servicios en cuestión como un proveedor de contenidos y aplicaciones (PCA) en este caso como un integrador de los definidos en la Resolución CRC 3501, en esta relación **AVANTEL** no suscribió el referido Contrato bajo ninguna de las dos calidades anteriores (PCA e Integrador Tecnológico), por el contrario, lo suscribió bajo la definición de integrador contenida en el Contrato, entendida como aquel que establece un vínculo comercial con **COLOMBIA MÓVIL**, como cliente de este último o para mediante dicho vínculo complementar su oferta comercial agregando a la solución del cliente final los servicios PCS de **COLOMBIA MÓVIL**, pero nunca bajo la definición de integrador de que trata la Resolución CRC 3501.

Con base en lo anterior, niega que las cláusulas prohibidas del artículo 6.3. de la Resolución CRC 3501 puedan hacerse extensivas al Contrato en comento, en la medida que **AVANTEL** no actúa como PCA ni como integrador tecnológico en los términos de las resoluciones 3501 y 3101 y porque el servicio "**AVANTRACK**" no se presta a través de SMS o MMS.

De otro lado, sostiene que no dio por terminado unilateralmente el Contrato suscrito con **AVANTEL** sino que la terminación se dio por la expiración del término de duración pactado, el cual fue motivado por el preaviso que en debida forma a la Cláusula Décima del Contrato le hizo a **AVANTEL**.

Por lo anterior, **COLOMBIA MÓVIL** sostiene que no es viable la intervención de la CRC en el presente caso, en tanto no se trata de un Contrato de acceso ni de interconexión. Sin embargo, y en caso en que se considere que existe una relación de acceso, afirma que tampoco se cumplirían los supuestos fácticos previstos en el artículo 41 de la Resolución CRC 3101, dado que en el presente caso el Contrato de prestación de servicios de datos terminó conforme a lo pactado entre las partes, no existiendo controversia, conflicto o incumplimiento alguno que permitiera depender de la autorización de la CRC para dar por terminado el Contrato y/o la facultad de desconectar el servicio pactado en el marco de una relación de servicios y no de acceso con **AVANTEL**.

En tal sentido, entendiendo los trámites para migrar los usuarios, ofrece a **AVANTEL** la posibilidad de suscribir un nuevo Contrato enmarcado dentro de los elementos del Contrato de prestación de servicios de datos por el término de tres (3) meses contados a partir de la suscripción del mismo, teniendo en cuenta que **COLOMBIA MÓVIL** ya proveyó el servicio durante un término de cinco (5) meses, desde el momento en que se efectuó el preaviso de no prórroga del Contrato.

Finalmente, solicita el decreto y práctica del testimonio de la Dra. Helga Castillo, Directora de Asuntos Contenciosos y el Ejecutivo de Cuenta Osmar Téllez, con el fin de que ilustren con mayor

³ Obrante en folio 116. Expediente administrativo 3000-4-2-462.

CCR

W

profundidad sobre el proceso de negociación del Contrato y la intención de las partes respecto al tipo de Contrato celebrado.

3. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como se anotó en los antecedentes del presente Acto Administrativo, en primer lugar, tanto **AVANTEL** como **COLOMBIA MÓVIL** solicitaron el decreto y práctica de pruebas testimoniales. En segundo lugar, **AVANTEL** solicitó la reconexión provisional como medida provisional al trámite administrativo de solución de controversias que aquí nos convoca.

3.1. Respecto de las solicitudes de pruebas testimoniales presentadas por las partes

Como se anotó previamente, tanto **AVANTEL** como **COLOMBIA MÓVIL** solicitaron el decreto y práctica de pruebas testimoniales, las cuales deben ser revisadas a la luz de lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), a fin de determinar la pertinencia, conducencia, utilidad y necesidad de las mismas. Vale aclarar que respecto de este último punto, el artículo 178 del CPC dispone lo siguiente:

"Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas".

Así las cosas, se puede inferir que para determinar si procede el decreto de las pruebas propuestas por las partes, esta Comisión debe analizar si éstas cumplen con los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad⁴.

Para el efecto, debe recordarse que la conducencia hace referencia a que *"el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho"*⁵. La pertinencia, por su parte, *"consiste en que el hecho a demostrar tenga relación con los que configuran la controversia"*⁶, siendo impertinente por tanto aquella prueba que pretende demostrar un hecho ajeno a la disputa existente y actual entre las partes; y la utilidad hace referencia a que *"con la prueba se establezca un hecho materia de la controversia que aún no se encuentra demostrado con otra"*⁷, siendo inútil aquella prueba que resulte irrelevante, superflua o que pretenda corroborar hechos ya probados, lo que constituye a su vez, una clara violación al principio de economía procesal y, en esa medida, el fallador está facultado para rechazarla o abstenerse de practicarla.

Igualmente resulta relevante determinar la necesidad de la prueba, entendiéndose como tal *"lo que requiere de prueba en un proceso determinado, cualquiera que sea el campo al cual pertenezca, por constituir los presupuestos fácticos de las pretensiones o excepciones"*⁸.

En tal orden de ideas, en relación con el caso en particular y con la solicitud de decreto de prueba testimonial solicitada por **AVANTEL**, se advierte que la prueba testimonial solicitada pretende demostrar hechos que ya se encuentran demostrados en el expediente a través de pruebas documentales aportadas por las partes.

En ese sentido, se considera que el decreto y práctica de la prueba testimonial del ingeniero Silvestre Escandón Silva resulta inútil, pues el objeto del mismo busca simplemente corroborar hechos ya probados en la presente actuación administrativa, a saber: la etapa de negociación directa adelantada entre las partes durante los meses de enero y mayo del año 2014. En consecuencia, salvaguardando el principio de economía procesal que rige toda actuación administrativa⁹, se procederá a rechazar *in limine* su decreto y práctica conforme a lo dispuesto en el artículo 178 del CPC, en la medida en que la prueba testimonial solicitada resulta inútil y manifiestamente superflua.

⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sent. 19 de agosto de 2010. Radicación número 25001-23-27-000-2007-00105-02(18093), C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

⁵ Azula Camacho, Jaime, Manual de derecho procesal, Tomo IV, Pruebas Judiciales, Editorial Temis, Bogotá, 2003, página 63.

⁶Ibidem.

⁷Ibidem.

⁸ Azula Camacho, J. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI Pruebas Judiciales. 2ª edición Temis. (2003) Pág. 31

⁹Ver, numeral 12 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011: *"En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas"*.

Por otro lado, y en relación con la solicitud de decreto de la prueba testimonial solicitada por **COLOMBIA MÓVIL**, se advierte que el solicitante no acompañó dicha petición con la acreditación de lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de la prueba, en la medida en que según lo indica dicho estatuto, corresponde a las partes demostrar la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, en el entendido que guarden relación con la materia del proceso, y en ese caso, se extraña de la petición alguna manifestación que permita advertir cuál es la pertinencia de la prueba que solicita.

Adicionalmente, y atendiendo el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, se observa que la prueba testimonial solicitada no indica ni el domicilio y mucho menos la residencia de los testigos (Dra. Helga Castillo, Directora de Asuntos Contenciosos y del Señor Osmar Téllez, Ejecutivo de Cuenta), incumpliendo así con su carga involucrada al respecto por dicha disposición.

En ese sentido, se procederá a rechazar conforme a lo dispuesto en el artículo 178 del CPC, en la medida en que la petición ni siquiera ofrece un mínimo de información que permita establecer su admisibilidad por parte de esta Comisión.

3.2. Respetto de la solicitud de reconexión provisional como medida provisional al trámite administrativo de solución de controversias

Frente a este punto, como se anotó previamente en el escrito allegado el pasado 11 de junio, **AVANTEL** solicitó a esta Comisión ordenar a **COLOMBIA MÓVIL** la inmediata reconexión del acceso a la red móvil de este último, como una medida provisional a la resolución de la presente actuación administrativa, con el fin de aminorar la afectación del derecho de los usuarios y de la comunidad en general que hacen uso y/o se benefician de la aplicación que **AVANTEL** soporta en la red de **COLOMBIA MÓVIL** para la prestación de su servicios a sus usuarios finales.

Así, **AVANTEL** argumenta que la CRC, a la luz del numeral 10 del artículo 22 y del artículo 49 de la Ley 1341 de 2009, cuenta con la competencia para expedir actos administrativos de fijación de condiciones provisionales de acceso, de uso o de interconexión, en el marco de las actuaciones administrativas de solución de controversias, de fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión, y de imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión adelantados de oficio o a solicitud de parte. La activación de dicha competencia en el caso en concreto, según opinión de **AVANTEL**, se fundamenta en los siguientes tres argumentos:

*"a) la naturaleza del servicio público que la Ley le adscribe, en su artículo 10, a la provisión de redes de telecomunicaciones; b) la necesidad de evitar que los proveedores de redes de telecomunicaciones utilicen el poder sustancial de mercado que les otorga su calidad de monopolistas en el acceso a su respectiva red, para distorsionar o restringir la competencia en los mercados; y c) el imperioso y prevalente fin de proteger y a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, aplicaciones y contenidos provistos a través de dicha red, máxime si, como en este caso, se trata de la ciudadanía en general"*¹⁰. En tal orden de ideas, **AVANTEL** señala que resulta preocupante que *"a la fecha el regulador no haya impartido la orden de acceso provisional, cuando la situación es urgente, y ha sido este Gobierno el que, a través del programa Vive Digital, más énfasis ha puesto en la promoción, desarrollo y protección de las aplicaciones y contenidos sobre redes móviles"*¹¹.

Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por **AVANTEL** resulta preciso recordar, en primer lugar, el contenido y el alcance del artículo 49 de la Ley 1341 de 2009 y, posteriormente, aclarar cuál es la relación que dicha disposición guarda con el régimen de acceso, uso e interconexión de redes y telecomunicaciones contenido en la Resolución CRC 3101 de 2011.

El artículo 49 de la Ley 1341 de 2009 prevé la posibilidad de fijar, mediante actos administrativos, las condiciones provisionales de acceso, uso e interconexión, o de imponer servidumbres provisionales de acceso, uso e interconexión para efectos de generar de manera provisional una realidad material que antes no existía entre los operadores involucrados. Con tal propósito, el referido artículo dispone lo siguiente:

"Artículo 49. Actos de fijación de condiciones provisionales de acceso, uso e interconexión y/o imposición de servidumbre provisional de acceso, uso e

¹⁰ Obrante en folio 181. Expediente administrativo 3000-4-2-462.

¹¹ Obrante en folio 181. Expediente administrativo 3000-4-2-462.

CCR

CC

interconexión. Los actos administrativos de fijación de condiciones provisionales de acceso, uso e interconexión, así como aquellos de imposición de servidumbre provisional de acceso, uso e interconexión, **contendrán únicamente la verificación de los requisitos de forma y procedibilidad,** así como la orden perentoria de interconexión inmediata.

Las condiciones mínimas para que la interconexión provisional entre a operar serán las contenidas en la Oferta Básica de Interconexión, OBI, del proveedor que ofrece la interconexión registrada ante la CRC y aprobada por la misma en los términos de la regulación". (NFT)

En concordancia con lo anterior, debe tenerse presente que las solicitudes de imposición de servidumbre provisional o fijación de condiciones provisionales de acceso o interconexión, supedita su aplicación a lo dispuesto en la respectiva Oferta Básica de Interconexión, como una alternativa de acceso al mercado para los agentes entrantes al mismo, que encuentran en dicha OBI las condiciones mínimas necesarias para materializar su relación de acceso o de interconexión, conforme al artículo 36 de la Resolución CRC 3101 de 2011.

Así las cosas, no puede olvidarse que la solicitud de imposición de servidumbre provisional, o fijación de condiciones de acceso o interconexión provisionales dispuesta en el artículo 49 de la Ley 1341 de 2009, contempla como el único requisito para su aplicación el cumplimiento de los requisitos de forma y de procedibilidad cuya verificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la Resolución CRC 3101 de 2011, debe realizarse frente al cumplimiento de los siguientes tres requisitos: i) la inexistencia de una relación previa de acceso entre las partes, esto como precondition necesaria en la medida en que lo que pretende es la imposición de una relación de acceso, o interconexión, que no existía, ello en la medida en que en caso de que hubiera una relación de acceso o interconexión, la intervención de regulador estaría dirigida a dirimir las controversias generadas en desarrollo de dicha relación; ii) la manifestación de la voluntad de celebrar el acuerdo de acceso y; iii) el inicio de una etapa de negociación directa entre las partes para efectos de establecer un acuerdo de acceso.

Con el propósito de determinar la procedencia de aplicar el artículo 49 de la Ley 1341 de 2009 de manera provisional mientras se resuelve la presente actuación administrativa, y revisados todos los documentos y anexos remitidos por **AVANTEL** en el trámite de la presente solicitud de solución de controversias, se tiene que entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** no sólo ha existido una relación material de acceso, sino también que la manifestación e intención de las partes no es la de entablar una negociación directa para efectos de celebrar otro acuerdo de acceso futuro. Respecto a este último punto, resulta palpable que la intención de **AVANTEL** es la de solucionar la controversia surgida en atención no sólo a la naturaleza de la relación material previa que a través del Contrato perfeccionó con **COLOMBIA MÓVIL** sino que, una vez solucionada administrativamente tal controversia, **AVANTEL** pueda contar con "un periodo necesario para adoptar las medidas tendientes a garantizar la continuidad de la prestación del servicio de aplicación de rastreo y localización vehicular a sus usuarios"⁴². Así las cosas es claro que, respecto del primer requisito no se evidencia la inexistencia de una relación previa de acceso entre las partes y, respecto de los otros dos requisitos, no es voluntad de **AVANTEL** celebrar un acuerdo de acceso con **COLOMBIA MÓVIL** y pretender que mientras ello ocurre, de manera provisional esta Comisión fije o imponga una condición o servidumbre de acceso con el fin de crear una realidad material de acceso que antes no existía entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL**.

En tal orden de ideas, es evidente que la solicitud provisional de acceso presentada por **AVANTEL** debe ser denegada por improcedente, en atención a que la misma no cumple con los requisitos de forma y de procedibilidad cuya verificación se exige conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 1341 de 2009 y el artículo 36 de la Resolución CRC 3101 de 2011.

4. CONSIDERACIONES SOBRE LOS ASUNTOS EN CONTROVERSIDA

Una vez evacuadas las consideraciones previas, revisados los argumentos esgrimidos por las partes, a los que se hizo referencia en los numerales anteriores, y luego de llevar a cabo la audiencia en el marco del artículo 35 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, resulta evidente que la discusión en la presente actuación administrativa versa alrededor de los siguientes dos puntos: i) determinar la existencia o no de una

⁴² Obrante en folio 3. Expediente administrativo 3000-4-2-462.

CCR

u

relación material de acceso entre las partes y; ii) en caso de existir una relación material de acceso entre las partes, analizar el alcance en la aplicación de las Resoluciones CRC 3501 y 3101 de 2011 en el caso en concreto.

Vale aclarar que es intención de **AVANTEL** contar con un plazo razonable en el que se prolongue la relación material de acceso con **COLOMBIA MÓVIL**, únicamente para efectos de garantizar que el proceso de migración de sus usuarios se surta sin generar mayores traumatismos. En tal sentido, se reconoce que **AVANTEL** en ningún momento pretende continuar o prorrogar el Contrato por medio del cual se soporta la relación material de acceso con **COLOMBIA MÓVIL** una vez que el periodo de migración de sus usuarios hubiere culminado.

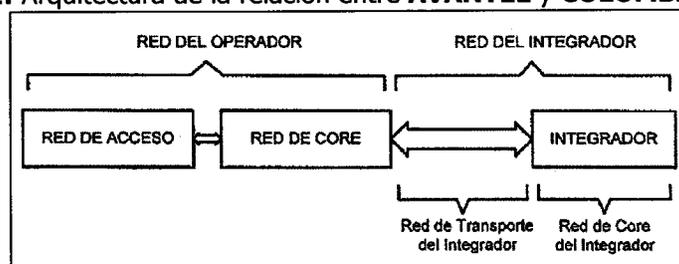
4.1. Respeto de la relación material existente entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL**

En primer lugar, la relación material existente entre las partes está regida por el denominado "Contrato de Prestación de Servicios de Datos para Integrador"¹³, el cual está conformado por una parte general, un anexo de condiciones técnicas y acuerdos de niveles de servicio, y un anexo de condiciones comerciales. **AVANTEL**, desde su comunicación dirigida a **COLOMBIA MÓVIL** del 6 de mayo del 2014¹⁴, arguye que dicho Contrato desarrolla una relación de acceso entre las partes, que involucra el uso de plataformas tecnológicas de la red de **COLOMBIA MÓVIL**, mientras que **COLOMBIA MÓVIL** afirma que el referido Contrato fue celebrado para la prestación de servicios que éste autorizara revender a **AVANTEL**.

El referido Contrato incluye en su numeral 1, una definición de "Integrador", como la persona natural o jurídica, que entre otras actividades se dedica a la comercialización de contenidos y aplicaciones, con la cual se celebra un Contrato de suministro de servicios de datos¹⁵. Asimismo, el numeral 3 del Contrato describe como objeto la prestación por parte de **COLOMBIA MÓVIL** de los servicios de datos sobre la red PCS, a través de planes individuales de datos y planes de bolsas o paquetes de datos que en adelante se denominarán los servicios de datos, a los usuarios que el Integrador determine; este numeral incluye un párrafo que señala que la prestación de los servicios de datos se realizará de acuerdo con el contenido del anexo técnico.

De manera particular, la denominada "Gráfica 1" del Anexo técnico, la cual se incluye en la presente resolución como "Figura 1", describe en términos generales la arquitectura involucrada en la prestación de los servicios de datos por parte de **COLOMBIA MÓVIL** a **AVANTEL**.

Figura 1: Arquitectura de la relación entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL**



Fuente: Contrato de Prestación de Servicios de Datos para Integrador

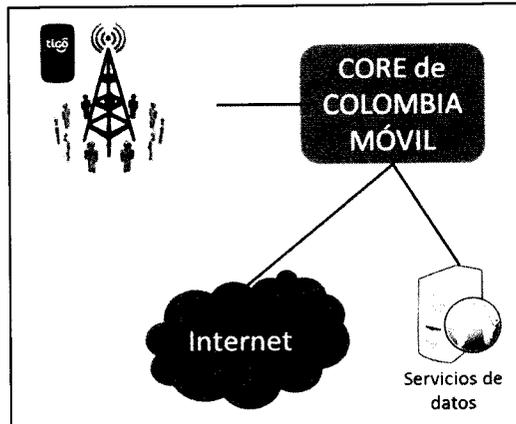
Previo a analizar con detalle las implicaciones de la figura anterior, se considera útil representar de manera general las condiciones bajo las cuales un usuario de **COLOMBIA MÓVIL** accede a los servicios de datos provistos por éste. Primero, el terminal del usuario –el cual soporta servicios de datos- interactúa con la red de acceso del proveedor, la cual a su vez se relaciona con su red Núcleo, en donde se gestiona la comunicación con los servidores que soportan la provisión de contenidos e incluso la salida a Internet, lo cual depende del portafolio de servicios contratado por el usuario. Esta descripción general se ilustra en la figura 2.

Figura 2: Representación general de prestación de servicios de datos de **COLOMBIA MÓVIL**

¹³ Obrante folios 23-38. Expediente administrativo 3000-4-2-462.

¹⁴ Obrante en folio 48. Expediente administrativo 3000-4-2-462.

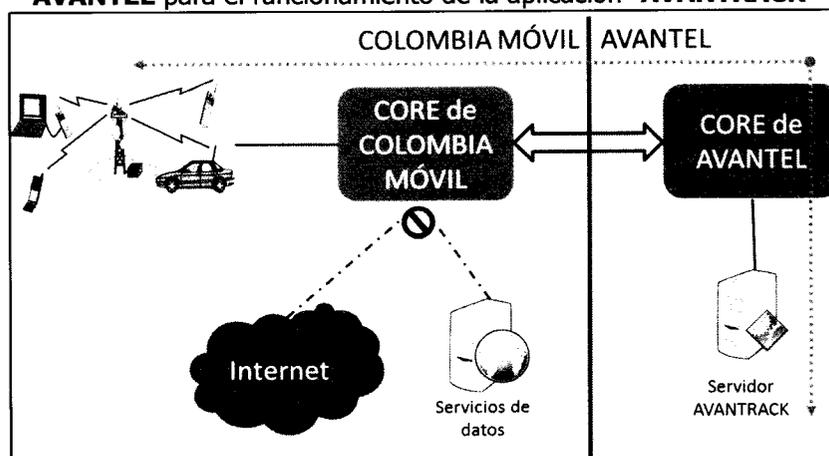
¹⁵ Valga la pena aclarar –en gracia de discusión- que la referencia a "Integrador" en el contrato se aparta de la definición incluida en la Resolución CRC 3501 de 2011 (Agente responsable de la provisión de infraestructura de conexión y de soporte entre los PRST y los PCA sin conexión directa con los PRST).



Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, un análisis de la representación de las figuras 1 y 2, arroja como resultado que la situación material que acá se analiza no se limita a una simple reventa o comercialización, como lo quiere hacer ver **COLOMBIA MÓVIL**, toda vez que **AVANTEL** hace uso de la infraestructura de acceso de **COLOMBIA MÓVIL**, así de los elementos de Core de la red de éste, que le permiten interactuar e interoperar con su propio Core, y específicamente con el servidor que alberga la aplicación "**AVANTRACK**", sin que los usuarios de **AVANTEL** que acceden al servidor de dicha aplicación puedan acceder a los servicios de datos e Internet que hacen parte del portafolio de servicios de **COLOMBIA MÓVIL**. Esto se representa gráficamente en la Figura 3.

Figura 3: Interacción entre la infraestructura de **COLOMBIA MÓVIL** y **AVANTEL** para el funcionamiento de la aplicación "**AVANTRACK**"



Fuente: Elaboración propia

De este modo, no le asiste la razón a **COLOMBIA MÓVIL** cuando señala que la relación entre las partes "no reviste características de acceso", habida cuenta que, en efecto, a pesar de la denominación errónea, se utiliza una infraestructura de transporte que permite la conectividad entre las dos redes, que a su vez garantiza el interfuncionamiento y la interoperabilidad de la aplicación puesta a disposición de los usuarios de **AVANTEL** a través de la infraestructura de **COLOMBIA MÓVIL**.

En este punto vale la pena citar la definición de "Acceso" que se encuentra contenida actualmente en el artículo 3 de la Resolución CRC 3101 de 2011:

"3.1 Acceso: *La puesta a disposición por parte de un proveedor a otro proveedor, de recursos físicos y/o lógicos de su red para la provisión de servicios. El acceso implica el uso de las redes.*" (SFT)

Así las cosas, encuentra esta Comisión que el Contrato entre las partes define las condiciones para que **AVANTEL** pueda contar con **acceso** a la infraestructura de **COLOMBIA MÓVIL** para soportar la prestación de servicios de ubicación y seguimiento en tiempo real a sus usuarios finales por medio de la aplicación "**AVANTRACK**", situación que no debe desconocerse por el simple hecho que el mismo se haya llamado "Contrato de Prestación de Servicios de Datos para Integrador".

CCR

CC

En este sentido, es indiscutible que a la mencionada relación le son aplicables las reglas establecidas por la ley y la regulación relacionadas al régimen de acceso, sobre lo cual debe decirse que, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones **tienen la obligación de permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales** a cualquier otro proveedor¹⁶ que lo solicite, siempre garantizando **condiciones de eficiencia, trato no discriminatorio, transparencia y libre y leal competencia**. En este caso, debe decirse que dicha obligación de los agentes del mercado se traduce en asegurar que los Contratos que suscriban o que se hayan suscrito, no impongan limitaciones a la consecución de los objetivos de la ley y la regulación.

En desarrollo de lo anterior, el numeral 4.9 del artículo 4 de la Resolución CRC 3101 de 2011 es enfático en establecer como principio y obligación del acceso que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones **deben abstenerse de imponer restricciones a cualquier servicio de telecomunicaciones, aplicación o contenido de otros proveedores, salvo en aquellos casos en que por disposición legal, reglamentaria, o regulatoria éstos estén prohibidos o restringidos**.

Al respecto, la única limitación contemplada por la regulación para restringir la obligación de acceso, es que dentro del trámite administrativo se alegue y se pruebe que existe un impedimento técnico, situación que no se presenta en este caso.

4.2. Respetto de la aplicación al caso en concreto de las Resoluciones CRC 3501 y 3101 del 2011

Teniendo en cuenta que entre las partes existía una relación material de acceso la cual fue estructurada a la luz del Contrato suscrito entre las mismas, y entendiendo que la nomenclatura o denominación que tanto **AVANTEL** como **COLOMBIA MÓVIL** atribuyeron a su relación contractual no tiene la virtud de desnaturalizar la situación material presente, esto es la relación de acceso existente entre las partes del presente trámite, corresponde a esta Comisión analizar el alcance de la aplicación que en el presente caso tienen las normas regulatorias contenidas en las Resoluciones CRC 3501 y 3101 de 2011.

En lo que tiene que ver con la aplicación de la Resolución CRC 3501 de 2011, es preciso recordar que la Resolución CRC 3501 de 2011, "*Por la cual se determinan las condiciones de acceso a las redes de telecomunicaciones por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones a través de mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) sobre redes de telecomunicaciones de servicios móviles, y se dictan otras disposiciones*", define que su objeto¹⁷ es establecer los principios, criterios, condiciones y procedimientos para la provisión de contenidos y aplicaciones a través de mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) sobre redes de telecomunicaciones de servicios móviles, y delimita su aplicación¹⁸ a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, proveedores de contenidos y aplicaciones e integradores tecnológicos, cada uno de los cuales puede tener al mismo tiempo una o más de tales calidades, sin perjuicio de las responsabilidades que les son propias a cada uno de ellos.

De lo anterior se colige que, si bien la condición de **AVANTEL** en este caso puede responder a los criterios definidos en el artículo 2 de la Resolución CRC 3501 de 2011, lo cierto es, como lo señala **COLOMBIA MÓVIL**, que la provisión de contenidos y aplicaciones que realiza **AVANTEL** –para lo cual emplea el acceso provisto por **COLOMBIA MÓVIL**- no incorpora el uso de mensajes de texto (SMS) y/o mensajes multimedia (MMS), por lo cual, las condiciones definidas en la citada resolución no resultan aplicables para la controversia que acá se analiza, de tal suerte que las reglas allí contenidas le son ajenas a la relación material de acceso bajo análisis.

No obstante lo anterior, en la medida en que como antes se acreditó entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** sí existe una relación material de acceso las reglas que sobre el particular contiene la Resolución CRC 3101 de 2011 sí le resultan aplicables, teniendo en cuenta que el objeto de la precitada resolución hace referencia a impedir que existan desconexiones de relaciones materiales de acceso y/o de interconexión, sin que medie previa autorización de la CRC. Así, los supuestos de aplicación del artículo 41 de la referida resolución, también le resultan aplicables.

¹⁶ De acuerdo con la Resolución CRC 3101 de 2011 por proveedor se entiende, Persona natural o jurídica que sirviéndose de redes de telecomunicaciones, presta a terceros servicios de telecomunicaciones, provee contenidos y/o aplicaciones, o comercializa redes o servicios de telecomunicaciones. Dicho proveedor puede o no operar una red.

¹⁷ Artículo 1.

¹⁸ Artículo 2.

CCR

7
de

Al respecto, vale la pena recordar que el artículo 41 de la Resolución CRC 3101 de 2011, hace expresa la prohibición de desconexión en los siguientes términos:

“Artículo 41. PROHIBICIÓN DE DESCONEXIÓN: Ninguna controversia, conflicto o incumplimiento de los acuerdos de acceso y/o de interconexión, podrá dar lugar a la desconexión de los proveedores, salvo que la CRC así lo autorice, en cuyo caso deberá dictar las medidas previas que se aplicarán con la finalidad de minimizar los efectos para los usuarios.

Mientras no se produzca esta autorización, las condiciones del acceso y/o la interconexión deben mantenerse y, por lo tanto, no puede limitarse, suspenderse o terminarse, so pena de que quién ejecutó, motivó o patrocinó la conducta, incurra en las sanciones previstas para el efecto en las normas correspondientes”.

De una interpretación literal del artículo transcrito se puede observar que el mismo define un objeto, promueve una finalidad, atribuye competencias, establece deberes y fija condiciones. Se observa que el objeto de la disposición en comento corresponde a impedir que existan desconexiones de relaciones materiales de acceso y/o de interconexión, sin que medie previa autorización de la CRC; y en caso de que no se obtenga la autorización previa de la CRC, la norma dispone la necesidad de que prevalezca la continuidad de las condiciones de acceso y/o interconexión existentes entre las partes sobre la misma conducta que ejecutó, motivó o patrocinó la desconexión.

Respecto a los deberes involucrados en la norma, tenemos que tanto uno como otro agente parte de la relación de acceso deberá contar con la previa autorización de la CRC en el evento en que cualquier controversia, conflicto o incumplimiento que se suscite en el marco de los acuerdos o relaciones materiales de acceso entre las mismas, pueda ocasionar una desconexión del acceso previamente establecido y acordado entre las partes.

En el caso en concreto, y en la medida en que como se explicó previamente, existe una relación material de acceso entre **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL**, la figura regulatoria contemplada en el artículo 41 de la Resolución CRC 3101 de 2011 tiene plena aplicación en el caso concreto, razón por la cual se considera procedente remitir copia de la presente actuación administrativa a la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para lo de su competencia.

En todo caso, teniendo en cuenta los supuestos de aplicación de la norma y los hechos del caso en concreto, y conforme al artículo 41 de la Resolución CRC 3101 de 2011, corresponde a esta Comisión determinar condiciones en que ha de restablecerse la relación de acceso, teniendo para el efecto en cuenta que las condiciones materiales de acceso inicialmente acordadas por las partes en el Contrato se mantendrán, con el fin de lograr que el periodo de migración de los usuarios de la aplicación “**AVANTRACK**” de **AVANTEL** se logre de manera tal que se minimicen los efectos que los mismos puedan llegar a tener en dicho proceso de migración.

Para tal propósito, si bien las ofertas presentadas por **AVANTEL** y **COLOMBIA MÓVIL** refieren plazos de 8 y 3 meses de duración respectivamente, y de igual modo **AVANTEL** señaló que cuenta con una base de más de seis mil (6.000) clientes que hacen uso de la aplicación “**AVANTRACK**”, tales condiciones pueden haber sufrido modificaciones desde el inicio del presente trámite administrativo, dadas las actividades de migración que se hayan adelantado. Así las cosas, una vez se encuentre ejecutoriada la presente resolución, **AVANTEL** deberá informar a esta Comisión dentro de los tres (3) días siguientes a dicha ejecutoria, el plazo máximo necesario de duración de la relación de acceso de cara al proceso de migración anunciado por dicho proveedor desde la solicitud misma de solución de la controversia aquí decidida, así como y la cantidad de usuarios que continuarán accediendo al servicio provisto por **AVANTEL** a través de la infraestructura de **COLOMBIA MÓVIL**.

Finalmente, se recuerda que las medidas dispuestas en la presente resolución se definen sin perjuicio de las medidas que puedan adoptar las de Inspección, Control y Vigilancia que adelante el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones u otras Entidades del Estado, en el marco de sus respectivas competencias. En el caso concreto, ante un presunto incumplimiento de lo establecido en el régimen de Acceso e Interconexión contenido en la Resolución CRC 3101, se remitirá la presente resolución, así como el expediente administrativo 3000-4-2-462 al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. Denegar el decreto y práctica de las pruebas testimoniales solicitadas por **AVANTEL S.A.S.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, conforme a las razones expuestas en el numeral 3.1. de la presente resolución.

ARTICULO SEGUNDO. Denegar, por improcedente, la solicitud de reconexión provisional como medida provisional al trámite administrativo de solución de controversias solicitada por **AVANTEL S.A.S.**, conforme a las razones expuestas en el numeral 3.2. de la presente resolución.

ARTICULO TERCERO. Ordenar a **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** mantener las condiciones establecidas en el "Contrato de Prestación de Servicios de Datos para Integrador" de modo que los usuarios de **AVANTEL S.A.S.** que acceden a la aplicación "**AVANTRACK**" no sufran afectación por la terminación de la relación entre las partes, mientras se surte el periodo de migración de los usuarios de la aplicación "**AVANTRACK**" de **AVANTEL S.A.S.**

Parágrafo. Una vez se encuentre ejecutoriada la presente resolución, **AVANTEL S.A.S.** deberá informar a esta Comisión dentro de los tres (3) días siguientes a su ejecutoria, respecto del plazo máximo acordado con **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** para la duración de la relación de acceso de cara al proceso de migración anunciado por **AVANTEL S.A.S.** desde la solicitud misma de solución de la controversia presentada, así como la cantidad de usuarios que continuarán accediendo al servicio provisto por **AVANTEL S.A.S.** a través de la infraestructura de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**

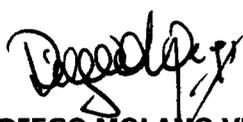
ARTÍCULO CUARTO.- Remitir copia de la presente resolución, así como del Expediente de la actuación administrativa a la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para lo de su competencia.

ARTÍCULO QUINTO.- Notificar personalmente la presente Resolución a los representantes legales de **AVANTEL S.A.S.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma procede el recurso de reposición, dentro de los (10) días siguientes a su notificación.

Dada en Bogotá D.C., a los

11 AGO 2014

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO MOLANO VEGA
Presidente


CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR
Director Ejecutivo

Expediente 3000-4-2-462

C.C. 21/07/14 Acta 934

S.C. 29/07/14 Acta 302

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

Proyectó: Carlos Andrés Castellanos - Líder, Carlos Humberto Ruiz

CCR