



Comisión de Regulación
de Comunicaciones

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **4689** DE 2015

*"Por la cual se resuelve un conflicto entre **COLOMBITRADE S.A.S** y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**"*

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 presentado el día 28 de noviembre de 2014¹, **COLOMBITRADE S.A.S**, en lo sucesivo **COLOMBITRADE**, solicitó ante esta Comisión la iniciación del trámite administrativo correspondiente con el fin de que se dirimiera la controversia surgida con **CLARO S.A.** [haciendo referencia a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**], en lo sucesivo **COMCEL**, según lo señalado en su escrito, "*originada en la negativa de esta última a dar cumplimiento a la Resolución No. 4458 de 2014 (...) en lo relacionado con la remuneración de las redes de los servicios móviles con ocasión de su utilización a través de mensajes cortos de texto (SMS).*"

El 3 de diciembre de 2014², en comunicación dirigida al representante legal de **COLOMBITRADE**, el Director Ejecutivo de esta Comisión informó a **COLOMBITRADE** sobre la iniciación de la actuación solicitada por esta empresa, así como sobre el traslado efectuado de dicha solicitud a **COMCEL**, proveedor a quien se le remitió copia de la solicitud mencionada para que dentro del término legal establecido, 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 atención a lo anterior, **COMCEL** por medio de comunicación del 11 de diciembre 2014³ presentó sus consideraciones y observaciones a la solicitud planteada por **COLOMBITRADE**.

Seguidamente, el Director Ejecutivo de la CRC, el 17 de diciembre de 2014 dio inicio a la etapa de mediación de que trata el Artículo 45 de la Ley 1341 de 2009, para lo cual mediante oficios⁴ de esa misma fecha convocó a los representantes legales de cada uno de los proveedores involucrados en el presente trámite administrativo para realizar la audiencia correspondiente, la cual tuvo lugar en

¹ Mediante radicado número 201434935.

² Mediante radicado número 201459989.

³ Mediante radicado número 201435131.

⁴ Mediante radicado número. 201460210.

2
CZ
WA

las instalaciones de esta Comisión el día lunes 22 de diciembre de 2014 a las 3:20 P.M., sin que las partes obtuvieran un acuerdo directo sobre los asuntos en divergencia.

Con posterioridad, **COLOMBITRADE** mediante comunicación⁵ del 21 de enero de 2015 solicitó el pronto pronunciamiento de esta Comisión en relación con la solicitud referida a la divergencia suscitada con **COMCEL**.

Finalmente, **COLOMBITRADE** mediante comunicación del 2 de febrero de 2015⁶ solicitó a esta Comisión que informara sobre el estado del trámite promovido por esta empresa, comunicación que fue contestada por el Director Ejecutivo el 5 de febrero de 2015⁷, haciendo un recuento de las etapas surtidas hasta la fecha, así como de los pasos a seguir de cara a la adopción de la decisión final referida a la solicitud de **COLOMBITRADE**.

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 PRESENTADOS POR COLOMBITRADE

Dentro del recuento de hechos presentado por **COLOMBITRADE**, indica que el 18 de marzo de 2013 entre esta empresa y **COMCEL** suscribieron un contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto SMS, con el siguiente objeto:

"El presente contrato tiene por objeto definir las condiciones técnicas, comerciales, operativas y jurídicas bajo las cuales EL OPERADOR prestará el servicio de transporte de SMS originados por EL CONTRATISTA para ser enviados únicamente a sus propios Clientes, así como los SMS enviados desde sus clientes hacia EL CONTRATISTA, haciendo uso de la red de valor agregado del operador"⁸. (El resaltado es del texto original)

Seguido a esto, alude al Artículo 3º, numeral 3.1, de la Resolución 3101 de 2011⁹ que define el concepto de *acceso*, en relación con lo cual señala que el acuerdo contractual suscrito entre **COLOMBITRADE** y **COMCEL** recae sobre el uso de las redes del operador al que se refiere esta norma *"toda vez que es técnicamente imposible usar la mensajería de texto si no se usa la red móvil del operador."*

A partir de lo anterior, expone que el 14 de abril de 2014 la CRC expidió la Resolución 4458 de 2014 en la que se definieron las condiciones de remuneración de las redes de servicios móviles asociadas a la provisión de contenidos y aplicaciones a través de SMS *"que deberán aplicar los operadores nacionales a los PCA"*, con fundamento en lo cual **COLOMBITRADE** señala que radicó el 25 de abril de 2014 una solicitud ante **COMCEL** con la finalidad de que aplicara al contrato de prestación de servicios vigente las tarifas a las que hace alusión la citada resolución, pues desde su perspectiva, *"era claro que ellas debían incorporarse de manera automática al mismo desde la expedición de la resolución 4458 de 2014"*. Al respecto, señala que el 19 de mayo de 2014, **COMCEL** dio respuesta a la anterior petición esgrimiendo que la relación vigente entre las partes se encontraba regulada mediante un contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto de SMS, y que el mismo respondía a una relación comercial diferente de la regulada por la CRC.

COLOMBITRADE indica que ante esta respuesta, el 3 de julio de 2014 insistió frente a **COMCEL** en su petición, siendo ésta denegada nuevamente por este último mediante comunicación del 24 de julio de 2014, bajo el argumento según el cual la relación contractual vigente era diferente de una relación de acceso definida en la Resolución CRC 3101 de 2011.

De otra parte, explica **COLOMBITRADE** que a través de esta misma respuesta **COMCEL**, propuso un modelo de contrato de acceso e informó que la tarifa a aplicar para ese contrato sería de \$24.32 pesos más IVA que incluye servicios adicionales a la remuneración por uso de la red móvil

⁵ Radicado 201530141.

⁶ Radicado número 201530289

⁷ Mediante radicado número 201550509

⁸ Cláusula segunda del contrato en mención.

⁹ **"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."

de **COMCEL** establecidos en la regulación y que en el evento en que el SMS use la red de otro operador móvil la tarifa sería de \$24.32 pesos más IVA, debía sumarse también el respectivo cargo de acceso por el uso de la red del otro operador.

COLOMBITRADE afirma que en su consideración, la respuesta de **COMCEL** infringe la Resolución CRC 4458, pues con ella **COMCEL**, no sólo se niega a dar aplicación a las tarifas allí contenidas, sino que también implica para **COLOMBITRADE** la suscripción de un nuevo contrato de acceso a la red, con unas tarifas que a su vez son superiores a las contenidas en la citada resolución.

COLOMBITRADE manifiesta en primer lugar que las razones de la negativa de **COMCEL** no se ajustan a derecho, según lo explica, toda vez que la naturaleza del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes supone la utilización de un servicio de acceso a la red entre **COLOMBITRADE** y **COMCEL**, y que por lo mismo, este último debe aplicar el ajuste de tarifas al que se refiere la Resolución CRC 4458 de 2014; en segundo lugar mencionó que **COLOMBITRADE** es proveedora de aplicaciones y contenidos inscrita en la CRC, y que a su turno, **COMCEL** es un proveedor de redes, señalando entonces *"que por lo tanto el contenido de la resolución nos es aplicable"*.

Finalmente, afirma que el tipo de mensajes que envía **COLOMBITRADE** *"no tienen procesamiento adicional por parte de Comcel, lo que obliga a CLARO [refiriéndose a COMCEL] a aplicar de manera inmediata la resolución"*.

Con base en estos argumentos, **COLOMBITRADE** presenta las siguientes peticiones:

"1. Ordenar a CLARO dar estricta aplicación al contenido del artículo 38 de la Resolución No. 4458 de 2014, debido a que el contrato suscrito entre COLOMBITRADE y CLARO se funda en el uso de la red móvil, con ocasión de la utilización a través de mensaje corto de texto.

2. Como consecuencia de la anterior petición, ordenar a CLARO el ajuste de las tarifas del servicio prestado, con retroactividad desde el 25 de abril del presente año, fecha en la cual se radicó en esa entidad la primera solicitud de aplicación del artículo 38 de la Resolución No. 4458 de 2014, tal como lo dispone la misma norma. (...)"

3. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR COMCEL

Frente a la solicitud de **COLOMBITRADE** objeto de traslado, **COMCEL** afirma que es cierto que dichas empresas suscribieron el *"Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de mensajes cortos de texto de SMS On Net No. 20340"*, con el objeto referenciado por el solicitante del trámite administrativo.

COMCEL explica que efectivamente el día 25 de abril de 2014 recibió una solicitud por parte de **COLOMBITRADE** en la que este último solicitaba realizar un ajuste de tarifas en los términos de la Resolución CRC No. 4458 de 2014 a partir del consumo del mes de abril de 2014, frente a lo cual señaló que *"[s]in embargo, no es cierto que fuese claro que las tarifas de la Resolución CRC No. 4458 de 2014 fueran de inmediata aplicación para COLOMBITRADE"*, pues como se indicó, **COMCEL** insiste en que las tarifas acordadas por las partes en el contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto de SMS incluyen otros elementos necesarios para el desarrollo de dicho contrato. Al hilo de lo anterior, **COMCEL** advierte que **COLOMBITRADE** no ha solicitado el acceso de acuerdo con los parámetros establecidos en el Resolución CRC 3101 de 2011.

Seguidamente, señala que frente a lo pedido por **COLOMBITRADE**, el día 19 de mayo de 2014 **COMCEL** respondió reiterando sus argumentos basados en la diferenciación entre la regulación de acuerdos de acceso prevista en la Resolución CRC No. 4458 de 2014 y el contrato de prestación de servicios que determina la relación vigente entre las partes, por lo que solicitó a **COLOMBITRADE** que precisara si solicitaría el acceso en los términos que establece la regulación dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 36 de la citada Resolución CRC 3101, y en caso afirmativo, que confirmara si daría por terminado el contrato comercial actual para iniciar la etapa de negociación directa para establecer un acuerdo de acceso pues *"tal situación requiere de un preaviso establecido en el referido contrato"*.

2
ca
ca

Por otra parte, **COMCEL** indica que adjuntó a su comunicación del 24 de julio 2014¹⁰, un modelo de contrato de acceso indicando una tarifa de \$24.32 más IVA que incluía servicios adicionales a la remuneración por el uso de la red móvil, y de \$24.32 más IVA más el respectivo cargo de acceso por el uso de la red del otro operador si el SMS usaba la red de otro operador móvil. Al respecto, puntualiza que los servicios a prestar a **COLOMBITRADE** por **COMCEL** en el aludido modelo de contrato comprende servicios "*necesarios y propios a su actividad*" que no están contemplados en el precio fijado por la regulación, según la tabla que se reproduce a continuación:

ITEMS
REMUNERACIÓN DE LA RED (CARGO DE ACCESO)
OPTIN Y RNE EXCLUIDO
GESTION OPERATIVA DE RECLAMOS (PQR)
GASTOS DE VENTAS PYG
GASTOS DE ADMINISTRACIÓN PYG

En lo referente a la presentación de la solicitud **COMCEL** afirma que ha recibido, tramitado y atendido las solicitudes de **COLOMBITRADE** y ha procurado dar claridad, explicando que "*la tarifa establecida por referencia a cargos de acceso abarcaría exclusivamente el servicio de mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) en el contexto de una relación de acceso a la red*"¹¹, frente a lo cual más adelante insiste en que a la fecha **COMCEL** no ha recibido una solicitud de acceso para la provisión de contenidos y aplicaciones conforme a los términos de la Resolución CRC 3501 de 2011¹². Por lo anterior, manifiesta que "[a] la fecha, **COLOMBITRADE** no ha cumplido con las obligaciones a su cargo, por lo tanto, **COMCEL** no ha entendido presentada tal solicitud. **COMCEL** reitera que a la fecha no se ha surtido presentación de una solicitud clara y expresa del servicio para el cual **COLOMBITRADE** solicita el acceso con la red de **COMCEL** y por ende la aplicación de las tarifas establecidas en la Resolución CRC No. 4458 de 2014."

De otra parte, señala que el servicio que **COMCEL** le presta a **COLOMBITRADE**, se presta bajo una licencia para servicios de valor agregado; licencia que está vigente y a la que se le aplican las disposiciones del Decreto Ley 1900 de 1990, y los Decretos 600 y 3055 de 2003, según lo argumenta. Dicho esto, **COMCEL** concluye que esta situación hace que se excluya la aplicación de lo establecido en la Ley 1341 de 2009, y que por esta razón la solicitud presentada por **COLOMBITRADE** debe rechazarse. Al respecto, explica que de conformidad con lo previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009¹³, relativo al régimen de transición de dicha ley, la misma no resulta aplicable en el caso en cuestión, y en consecuencia, lo ajustado a derecho es la aplicación de las normas que rigen la licencia de **COMCEL** como operador de valor agregado.

Seguido a esto, **COMCEL** indica que en el hipotético caso en el que la Comisión decida dar trámite a lo que califica como una *inadecuada actuación* de **COLOMBITRADE**, es necesario que se tenga en cuenta que a la fecha **COLOMBITRADE** no ha presentado ninguna solicitud de acceso que contemple los requisitos previstos en la Ley 1341 de 2009, y que por lo tanto llama la atención de **COMCEL** el traslado realizado por la CRC, por cuanto en su opinión no se ha cumplido la etapa y el plazo de negociación directa, por los siguientes motivos:

¹⁰ En respuesta a la comunicación del 3 de julio de 2014 de **COLOMBITRADE**.

¹¹ Las negrillas y el resaltado corresponden al documento original.

¹² En este punto **COMCEL** hace una cita parcial del contenido del artículo 5 de la citada Resolución 3501 de 2011:

- 1 *Sujetarse a las condiciones del acuerdo de acceso según lo previsto en la Resolución CRC 3101 de 2011, en las disposiciones de la presente resolución, o en las normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan.*
- 2 *Presentar al PRST las proyecciones de tráfico esperado del servicio que se pretender activar en concordancia con lo previsto en los numerales 4.2 y 4.10 del artículo 4 de la presente resolución.*
- 3 *Suministrar al PRST la información necesaria para el cumplimiento de las disposiciones previstas en el Capítulo IV del Título II de la Resolución CRC 3066 de 2011 y en especial de las reglas previstas en el artículo 103 de la misma resolución respecto del envío de mensajes cortos de texto (SMS), mensajes multimedia (MMS) y/o mensajes a través de USSD con fines comerciales y/o publicitarios, o en las normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan.*
- 4 *Establecer de mutuo acuerdo apremios conforme a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad.*
- 5 *Efectuar el Registro de Proveedores de Contenidos y Aplicaciones e Integradores Tecnológicos para solicitar la asignación de códigos cortos."*

¹³ Dicho artículo establece el régimen de transición de dicha ley en los siguiente términos "*Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. De ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley.*"

Primero, insiste en que a la situación de **COLOMBITRADE** relacionada con el contrato suscrito por las partes el 18 de marzo de 2013, no le es aplicable el trámite señalado en la Ley 1341 de 2009 por tratarse de un servicio de valor agregado. Pese a lo anterior, **COMCEL** expresa que la Ley 1341 de 2009 establece que los operadores contarán con un plazo de treinta (30) días calendario para lograr un acuerdo y que este término cuenta desde la fecha de la presentación de la solicitud con los requisitos exigidos en la regulación y que a la fecha, la solicitud presentada por **COLOMBITRADE**, como ya lo ha manifestado, carece de los requisitos establecidos por el regulador y por lo tanto, la misma no se puede entender como presentada, pues aun cuando **COMCEL** propuso realizar una reunión para iniciar el proceso de negociación desde el 19 de mayo de 2014, **COLOMBITRADE** "se limitó a solicitar la aplicación de una regulación general a un contrato particular que no corresponde a la situación regulada" según lo explica **COMCEL**.

En segundo lugar, argumenta que el artículo 43 de la Ley 1341 establece que es necesario haber presentado correctamente la solicitud y haber agotado el proceso de negociación, y que sin embargo a la fecha no se han surtido ninguno de estos dos prerequisites, por lo que considera que la CRC debe abstenerse de iniciar el trámite administrativo solicitado por **COLOMBITRADE** e "incentivar y preservar las buenas conductas contractuales en el sector de las telecomunicaciones a fin de motivar relaciones claras, perdurables y transparentes, entre los actores del sector".

Por lo anterior **COMCEL** solicita que la CRC proceda al rechazo de la solicitud de **COLOMBITRADE** y en consecuencia, reconozca la ineptitud de la solicitud con base en: (i) la inexistencia de conflicto derivado de la falta de requisitos formales por la inobservancia de la Ley 1341 de 2009 y las previsiones de la Resolución 3101 de 2011; (ii) el principio general de la autonomía de la voluntad, que tiene como una de sus principales utilidades explicar la obligatoriedad del contrato conforme a lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 1602, equiparando al contrato con la ley, y que por ende, las obligaciones contenidas dentro del contrato, que no son objeto de la regulación, no pueden ser incluidas dentro de los topes tarifarios, dado que estos se limitan al acceso de la red.

Seguido a esto indica que en cuanto a (iii) los efectos de la Resolución CRC 4458 de 2014, dicha resolución tiene un ámbito de aplicación restringido y sustentado en el documento denominado "Respuesta a Comentarios — Promoción de Servicios Financieros a través de Redes Móviles" del cual cita varios apartes, y frente a lo cual afirma que dicha remuneración se limita a los términos de acceso a la red, pero que existen otros rubros adicionales, soportados en servicios no contemplados como acceso a la red, que han sido derivados del acuerdo de voluntades de las partes y que no pueden ser objeto de validación en el presente conflicto.

También aduce (iv) falta de jurisdicción y competencia de la CRC pues señala que de acuerdo con las facultades atribuidas a la CRC en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 y teniendo en cuenta las solicitudes formuladas por **COLOMBITRADE**, se considera que las declaratorias solicitadas corresponden a aquellas propias de los jueces de la República de conformidad con lo establecido en el libro tercero, sección primera, procesos declarativos, artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por expresa referencia de lo previsto en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009.

Finalmente, **COMCEL** señala que si bien entiende que no se ha agotado la etapa de negociación directa y que por tanto no debe existir la presente actuación administrativa, propone que en caso de que la CRC considere que se debe surtir el presente trámite administrativo, tener como oferta final el *Contrato de Acceso para PCA envío de mensajes cortos de texto SMS por la red de TMC* de **COMCEL**—con todos sus anexos e incluyendo un otrosí-, adjunto a su respuesta al traslado.

4. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA PROCEDENCIA DEL TRÁMITE

4.1. Régimen aplicable

Como se anotó en los antecedentes del presente acto administrativo, **COMCEL** afirma, de una parte, que la solicitud que dio lugar al presente trámite debe rechazarse en tanto que el servicio que presta a **COLOMBITRADE** se presta bajo una licencia para servicios de valor agregado a la cual le son aplicables las disposiciones del Decreto Ley 1900 de 1990 y los Decretos 600 y 3055 de 2003, esto es, las normas que rigen la licencia de **COMCEL** como operador de valor agregado, y que por lo tanto, de conformidad con lo previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, la misma no resulta aplicable al caso concreto.

Tales afirmaciones son jurídicamente incorrectas, pues parte de premisas equivocadas que conducen a conclusiones igualmente erróneas. En relación con la aplicabilidad de la Ley 1341 de 2009 al caso concreto, corresponde tener presente el alcance del régimen de transición previsto en dicha Ley, a la luz de lo establecido en su artículo 68 que es del siguiente tenor:

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

Conforme a lo previsto en el aparte transcrito, se puede concluir que si bien la Ley 1341 de 2009, señala que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones podrán mantener sus concesiones y licencias bajo la normatividad vigente al momento de su expedición, dicha norma es clara en determinar que los efectos del régimen de transición aplican **solamente respecto de las habilitaciones**, sin que se pueda extender esta transitoriedad a la aplicación de la totalidad de las disposiciones de la Ley, como por ejemplo, respecto de las facultades regulatorias de la CRC frente al mercado de redes y servicios de comunicaciones.

A pesar de ser éste un debate ampliamente superado, vale la pena recordar que en virtud de lo dispuesto en el régimen establecido en la Ley 1341 de 2009, la CRC ostenta la competencia para regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones como un todo, conforme lo dispone claramente los artículos 20 y 22 de la Ley citada.

En efecto, el artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, establece que esta Comisión *"es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad"* señalando además que *"[p]ara estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley."*

Por su parte, el artículo 22 que desarrolla gran parte de las competencias otorgadas a esta entidad, identifica dentro de las funciones regulatorias referidas al mercado de redes y servicios de comunicaciones, entre otras, la de expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias asociadas al régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, precios mayoristas y en materia de solución de controversias, con arreglo a lo previsto en el numeral 3 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009. Así mismo conforme lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 22, esta Comisión es competente para imponer de oficio o a solicitud de parte las condiciones de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, así como determinar la interoperabilidad de plataformas y el interfuncionamiento de los servicios y/o aplicaciones.

En ese sentido, asumir de manera preliminar el conocimiento de una solicitud tendiente a la tramitación de una divergencia puesta a consideración de esta Comisión, responde al ejercicio de las claras y amplias competencias relativas a la expedición de regulación de carácter particular asociadas a la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, que son independientes del régimen de habilitación previsto en la Ley 1341 o en legislación precedente a su promulgación, y cuyo ejercicio por parte de esta entidad de ninguna manera quedó condicionado, sometido o afectado dentro del alcance del régimen de transición contemplado en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009.

Lo anterior se confirma con el artículo 73 de la ley citada, que sin perjuicio del régimen de transición, derogó, entre otras, la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990 -cuya aplicación reclama **COMCEL** en el caso concreto-, en cuanto hacen referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la Ley 1341 de 2009. Así, contrario a lo indicado por **COMCEL**, las actividades que este proveedor desarrolla al amparo de la licencia antes citada se encuentran sujetas en su desenvolvimiento al régimen dispuesto en la Ley 1341 de 2009 en todo su rigor, y en exclusión de aquellas normas al amparo de las cuales fue otorgada su licencia de valor agregado, cuya aplicación se encuentra reducida hoy al efecto ultractivo conferido precisamente por el régimen de

transición de la citada Ley para el mantenimiento y continuidad de las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de los proveedores establecidos al momento de su entrada en vigencia.

4.2. Falta de jurisdicción y competencia

De otra parte, buscando sustentar la improcedencia y rechazo de la solicitud que dio lugar a este trámite, **COMCEL** también señala por una parte, que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, el contrato es ley para las partes y que por ende las obligaciones contenidas dentro del contrato no son objeto de la regulación y por lo tanto las mismas no pueden ser incluidas dentro de topes tarifarios. Así mismo, señala que la CRC carece de jurisdicción y competencia según lo afirmado en tanto que la declaración solicitada por **COLOMBITRADE** corresponden únicamente a los jueces de la República, según lo señala, por expresa referencia de lo previsto en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 que determinó que el derecho privado será el régimen de los actos y contratos de *"los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones"*.

Al respecto, basta con indicar que el ejercicio de potestades regulatorias, como lo ha sostenido la CRC hace ya más de una década, y ha sido reiterado por la jurisprudencia¹⁴, constituye una modalidad de intervención del Estado en la economía, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 334 de la Constitución Política, razón por la cual representa un límite constitucionalmente legítimo a la autonomía de la voluntad de las partes al celebrar contratos, máxime cuando estos versen sobre aspectos relacionados con servicios públicos.

Así lo confirma el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, cuando dispone que ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, asunto sobre el cual fue clara también la H. Corte Constitucional cuando en la Sentencia C-186 de 2011, indicó que *"la intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley."*

En consecuencia, resulta improcedente la solicitud de **COMCEL** que persigue el rechazo de la petición presentada por **COLOMBITRADE** cuando de manera genérica afirma que las obligaciones contenidas dentro del contrato no son objeto de la regulación con base en el principio de la autonomía de la voluntad privada, pues es claro que en virtud de la prevalencia del principio de intervención del Estado en la economía sobre la autonomía de la voluntad de las partes, la facultad de intervención regulatoria no se encuentra al arbitrio de quienes quieran o no acogerse a ella.

Finalmente, frente a la solicitud de rechazo de la solicitud objeto del presente trámite por considerar que las declaratorias solicitadas por **COLOMBITRADE** corresponden a una atribución de los jueces de la República, debe decirse que confunde **COMCEL** el alcance de las competencias de esta Comisión de cara al derecho de petición inmerso en la solicitud presentada por **COLOMBITRADE**.

Al respecto, debe recordarse que las autoridades administrativas en atención al derecho de petición inmerso en todas las peticiones que se formulan a su consideración deben resolver de fondo el problema planteado en el mismo, desde el ámbito de la competencia de cada autoridad administrativa, siendo claro en este caso que la solicitud de solución de conflicto de **COLOMBITRADE** lejos de pretender el ejercicio de una función jurisdiccional, busca que la autoridad ante la cual presentó la solicitud, atienda su requerimiento, en ejercicio de sus funciones, que en el caso bajo análisis son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

De esta forma, la petición de **COLOMBITRADE** expuesta en el *petitum* transcrito en el apartado 2º de la presente resolución, no puede revisarse de manera descontextualizada para así concluir que la misma debe ser conocida por la jurisdicción. En efecto, **COLOMBITRADE** solicitó la iniciación *"del trámite administrativo de solución de controversias previsto en los artículos 22, numeral 9 y 43 a 47 de la Ley 1341 de 2009 con el fin de que se dirima la controversia surgida"*

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1162 de 2000; C-150 de 2003; C-1120 de 2005; C-; C-396 de 2006, C-955 de 2007; y C-186 de 2011, entre otras. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA C.P RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009) Núm. Rad.: 11001 032400020040012301; CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA C.P RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá, D. C, treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008) Radicación (26520)

entre (...) **COLOMBITRADE** y **CLARO S.A.**" según lo manifestado en esta solicitud, por la aludida negativa de **COMCEL** a dar cumplimiento a la Resolución CRC 4458 de 2014 en lo relacionado con la remuneración por el uso de la red móvil de **COMCEL** a través de mensajes cortos de texto (SMS). Así mismo, en un acápite posterior manifiesta que "de acuerdo con los artículos 4, numeral 9. 22 numerales 3, 9 y 10 la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (sic) es la autoridad competente para resolver el conflicto entre **COLOMBITRADE SAS** y **CLARO**."¹⁵

Teniendo claro lo anterior, el alcance y propósito de las competencias de la Comisión para afectar las actividades de los sometidos a su regulación a través de actos administrativos, se encuentran supeditadas a las reglas aplicables a esta clase de instrumentos y a la posibilidad que tiene la Administración de dirimir en la vía administrativa los conflictos surgidos entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y proveedores de contenidos y aplicaciones mediante actos administrativos en los que se analicen de manera integral las solicitudes formuladas bajo el contexto legal y regulatorio vigente.

4.3. En relación con el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad

En relación con este asunto, debe recordarse que según lo expuesto por **COMCEL** en la respuesta al traslado del presente trámite administrativo, **COLOMBITRADE** ha debido presentar una solicitud de acceso y no la aplicación de las reglas regulatorias vigentes a la relación que actualmente existe entre las empresas antes mencionadas.

En efecto, mientras **COLOMBITRADE** argumenta que la naturaleza del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes supone la utilización de un servicio de acceso a la red entre **COLOMBITRADE** y **COMCEL**, y que por lo mismo, este último debe aplicar el ajuste de tarifas a que se refiere la Resolución CRC 4458 de 2014; **COMCEL** ha mantenido la invariable posición según la cual la relación que sostiene con **COLOMBITRADE** responde a una relación comercial, que se concibe a partir del contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto suscrito entre las partes, al punto que frente a las solicitudes de **COLOMBITRADE** ha instado a esta empresa a que presente una solicitud de acceso de acuerdo con los parámetros establecidos en la Resolución CRC 3101 de 2011.

De esta forma, el análisis de los requisitos de procedibilidad no puede realizarse hasta tanto no se logre determinar si la relación que actualmente existe entre **COLOMBITRADE** y **COMCEL** corresponde o no a una de acceso, asunto al que se hará referencia en el siguiente numeral.

4.4. Respecto de la relación material existente entre **COLOMBITRADE** y **COMCEL**

En el caso bajo análisis la relación material existente entre las partes está regida por el denominado "Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de mensajes cortos de texto de SMS On Net No. 20340", el cual está conformado por una parte general, un anexo de condiciones técnicas¹⁶, y un anexo que recoge las condiciones financieras y comerciales del servicio. Así mismo, ambas partes a través de sus escritos, advirtieron la suscripción de dos otrosíes al contrato, uno en el que se modificaron las tarifas previstas en el mismo (suscrito el 24 de junio de 2013) y otro con el cual se renovó la vigencia del mismo hasta el 15 de marzo de 2015 (suscrito el 28 de enero de 2014).

Por su parte, el aludido contrato incluye en su cláusula primera, la definición del concepto de "La Información Transportada", identificándolo como los "datos proporcionados por EL CONTRATISTA, para ser comunicados por EL OPERADOR a los clientes, empleando su red de valor agregado desde y hacia los Equipos Terminales, directa o indirectamente"¹⁷. Así mismo, dentro del objeto del contrato previsto en la cláusula segunda se establece que "EL CONTRATISTA acepta cumplir la normatividad y disposiciones legales vigentes y futuras relacionadas con el envío de SMS"¹⁸.

De manera particular, en el anexo técnico antes referenciado, se presenta un diagrama que representa de manera gráfica "la forma de conexión requerida por la red del OPERADOR para la prestación del servicio de transporte de SMS" la cual se incluye en la presente resolución como

¹⁵ Apartado titulado "IV COMPETENCIA". Pág. 45.

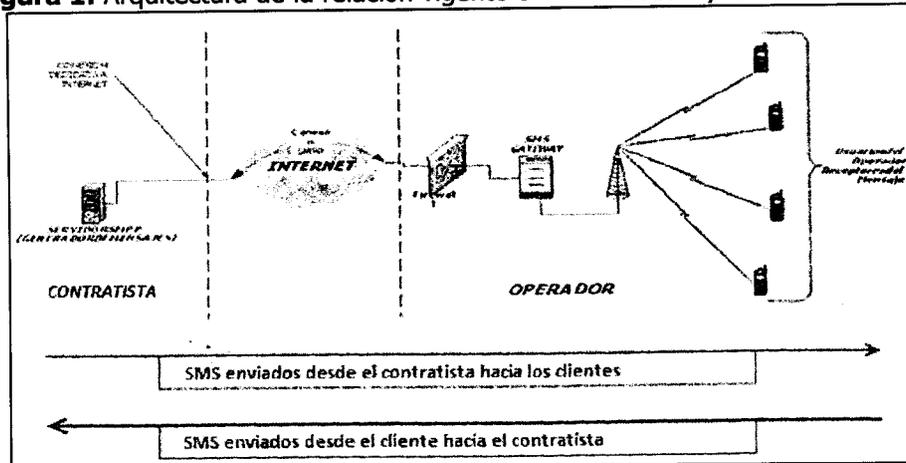
¹⁶ Denominado "ANEXO 1 INFRAESTRUCTURA Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS". Págs 71 a 73.

¹⁷ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-474, Pág 52.

¹⁸ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-474, Pág 53.

"Figura 1", y que describe en términos generales la arquitectura involucrada en la prestación de los servicios suministrados por **COMCEL** a **COLOMBITRADE**.

Figura 1: Arquitectura de la relación vigente entre **COMCEL** y **COLOMBITRADE**

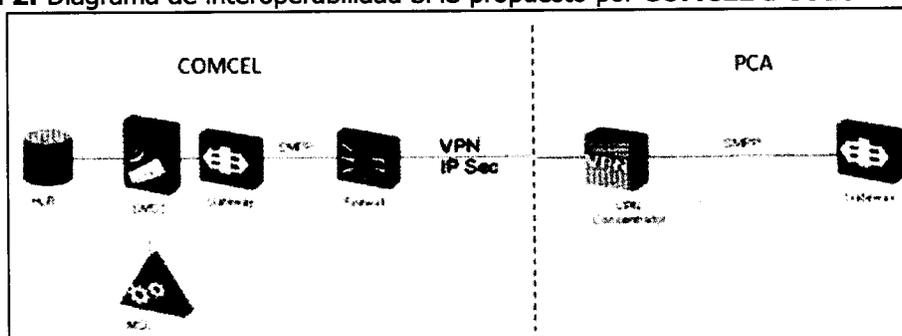


Fuente: Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de mensajes cortos de texto de SMS On Net No. 20340

Frente a la Figura 1, el referido anexo describe los requerimientos que **COLOMBITRADE** debe cumplir para hacer posible la conexión, señalando que debe: **i)** disponer de "(...) un servidor que comprenda el protocolo de comunicación SMPP versión 3.4, y que se comporte como un ESME, el cual (dependiendo del servicio que desee ofrecer EL CONTRATISTA) debe tener la funcionalidad de generar SMS. Adicionalmente este servidor debe tener la capacidad de soportar el consumo de Web Services proporcionados por EL OPERADOR"; así mismo debe **ii)** contar con "(...) comunicación directa o indirecta desde el servidor del CONTRATISTA hasta el SMS Gateway del OPERADOR. Esta conexión puede ser mediante canales dedicados o mediante Internet", y se describen las condiciones requeridas en caso que se haga uso de Internet para esta conexión, destacándose la necesidad de disponer de "un firewall y algún elemento de hardware y/o software que permita realizar una VPN en la conexión entre EL CONTRATISTA y el OPERADOR"; **iii)** finalmente se agrega que "si EL CONTRATISTA desea enviar SMS el Servidor ESME debe soportar conexión del protocolo SMPP de tal manera que una de las conexiones genere los SMS en el formato adecuado para que puedan ser recibidos por el SMS Gateway del OPERADOR y poder ser transportados a los Clientes seleccionados (...) EL CONTRATISTA debe configurar en su Servidor generador de SMS los parámetros especificados en el momento de la instalación del servicio por el OPERADOR para la correcta conexión SMPP."

Ahora bien, dado que **COMCEL** aduce que, en su entendimiento, es necesario suscribir un nuevo contrato con el fin de generar una relación de acceso entre las partes, resulta útil el ejercicio de revisar las condiciones técnicas planteadas en la propuesta que dicho proveedor realiza a **COLOMBITRADE** el pasado 24 de julio de 2014 para tal propósito:

Figura 2: Diagrama de interoperabilidad SMS propuesto por **COMCEL** a **COLOMBITRADE**



Fuente: Modelo de "CONTRATO DE ACCESO PARA PCA ENVIO DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO SMS POR LA RED DE TMC COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL" propuesto por COMCEL¹⁹

La Figura 2 permite apreciar fácilmente la similitud entre la arquitectura proyectada por **COMCEL** y la que actualmente se encuentra operativa. Nótese entonces para el segmento del Proveedor de

¹⁹ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-474. Radicado 201434935. Folios 114.

Contenidos y Aplicaciones o "Contratista", que el "gateway" al que se refiere la Figura 2, corresponde al Servidor SMS y que a su vez se refiere al ESME (*External Short Message Entity*). En cuanto a la necesidad de contar con una VPN (*Virtual Private Network*) de acuerdo con la Figura 2, la misma también es incluida en el contrato suscrito entre las partes, y que hoy en día se encuentra vigente. Así mismo, el segmento correspondiente a **COMCEL** en las figuras 1 y 2 refiere, en esencia, la interacción entre su *Gateway SMS* y el *Servidor SMS* de **COLOMBITRADE**.

De este modo se tiene que en efecto, a pesar de utilizar una denominación diversa a la regulatoria, se utiliza una infraestructura de transporte que permite la conectividad entre las dos redes, que a su vez garantiza el interfuncionamiento y la interoperabilidad para el intercambio de mensajes entre la plataforma de **COLOMBITRADE** y los usuarios de **COMCEL** a través de la infraestructura de este último, lo cual concuerda con la definición de "Acceso" que se encuentra contenida actualmente en el Artículo 3 de la Resolución CRC 3101 de 2011²⁰.

Así las cosas, no le asiste la razón a **COMCEL** cuando señala que la relación vigente entre las partes se encuentra regulada mediante un contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto de SMS, y que el mismo responde a una *relación comercial diferente de la regulada por la CRC*, siendo claro para esta Comisión que la relación actualmente existente entre las partes versa sobre el *acceso* por parte de **COLOMBITRADE** a la red de **COMCEL** para la interoperabilidad entre el *Servidor SMS* de **COLOMBITRADE** y el *Gateway SMS* de **COMCEL**, así como para soportar el intercambio de mensajes y el curso "de la información [que] va desde el servidor del CONTRATISTA hacia los Clientes y desde los Clientes hacia EL CONTRATISTA". Lo anterior, permite entender que dicha relación efectivamente se refiere a una relación de acceso, situación que no resulta alterada por el simple hecho que el instrumento contractual que vincula a las partes se haya denominado como "*Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de mensajes cortos de texto de SMS On Net*".

En este sentido, es indiscutible que a la mencionada relación le son aplicables las reglas establecidas en el régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones, por lo que debe asegurarse que los contratos que suscriban o que se hayan suscrito, más allá de la denominación que le hayan atribuido las partes, no impongan limitaciones a la consecución de los objetivos de la Ley y la regulación.

4.5. En relación con el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad

Teniendo claro lo anterior, el análisis de los requisitos de procedibilidad debe efectuarse teniendo en cuenta que entre las partes ya existe una relación de acceso, en cuya ejecución se presentó una divergencia sometida a consideración del regulador.

Al respecto, es necesario recordar que a la luz de lo previsto en el artículo 43 de la Ley 1341 de 2009, el inicio del trámite administrativo de solución de controversias debe estar precedido de la presentación de una solicitud con el lleno de los siguientes requisitos: (i) solicitud escrita, (ii) manifestación de la imposibilidad de llegar a un acuerdo, (iii) indicación expresa de los puntos de divergencia, así como de aquellos en los que haya acuerdo si los hubiere, (iv) presentación de la respectiva oferta final respecto de la materia en divergencia; y (v) acreditación del transcurso de treinta (30) días calendario desde el inicio de la etapa de negociación directa entre los operadores sin que se haya llegado a un acuerdo entre las partes.

Revisado el escrito de solicitud inicial allegado por **COLOMBITRADE**, así como el complemento requerido por esta Comisión, se constató que la misma se trata de una solicitud de solución de controversias presentada por dicho proveedor de contenidos y aplicaciones para dirimir en la vía administrativa la controversia surgida en el marco de la relación que actualmente sostiene con **COMCEL**, y a efectos de lo cual dio cumplimiento a los requisitos de forma y procedibilidad contenidos en el Título V de la Ley 1341 de 2009. En efecto, del estudio de los documentos que conforman la solicitud presentada a esta Comisión fue posible evidenciar el cumplimiento de los requisitos que la citada ley en lo que respecta al requisito asociado al previo agotamiento del plazo de negociación directa pues, se advierte el cumplimiento de este parámetro en la medida en que desde el 25 de abril de 2014 **COLOMBITRADE** radicó una solicitud ante **COMCEL** con la finalidad

²⁰ Resolución CRC 3101 de 2011, Artículo 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."

de que aplicara a la relación vigente, las tarifas a las que hace alusión la Resolución 4458 de 2014²¹.

Así mismo, frente a los requisitos de forma contenidos en la normatividad vigente se evidencia, en el caso particular de **COLOMBITRADE**, la manifestación expresa de la divergencia en relación con esta solicitud, la inexistencia de acuerdo alguno en relación con este último punto, y en línea con lo anterior, este proveedor presentó su propuesta u oferta para dirimir aquellos asuntos en controversia adjunta a su solicitud de trámite²².

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión considera que la solicitud de solución de conflicto presentada por **COLOMBITRADE** dio cumplimiento a los requisitos de forma y procedibilidad contenidos en el Título V de la Ley 1341 de 2009.

5. CONSIDERACIONES SOBRE EL ASUNTO EN CONTROVERSIA

Teniendo en cuenta que dentro del presente acto administrativo ya se revisó y probó la existencia de una relación de acceso entre **COLOMBITRADE** y **COMCEL**, corresponde a esta Comisión pronunciarse sobre los otros puntos de divergencia, los cuales, de la revisión de los argumentos esgrimidos por las partes, versan sobre la determinación del régimen de remuneración aplicable al tráfico de SMS cursado por **COLOMBITRADE** a través de la relación de acceso existente con **COMCEL**.

Para el efecto, debe recordarse 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", es aplicable en su integridad a la relación material de acceso bajo análisis, por lo que rigen, además de los aspectos remuneratorios de dicha relación, las demás dimensiones reguladas por las disposiciones contenidas en este régimen especial de acceso.

Teniendo claro lo anterior, resulta necesario analizar lo dispuesto en el Artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011²³, el cual textualmente contempla lo siguiente:

"ARTÍCULO 38. REMUNERACIÓN DE LAS REDES DE SERVICIOS MÓVILES CON OCASIÓN DE SU UTILIZACIÓN A TRAVÉS DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO (SMS). A partir de la entrada en vigencia del presente artículo, todos los proveedores de redes y servicios móviles deberán ofrecer a los integradores tecnológicos y proveedores de contenidos y aplicaciones, para efectos de remunerar la utilización de su red en relación con la provisión de mensajes cortos de texto (SMS), tanto en sentido entrante como saliente del tráfico los valores de cargos de acceso máximos vigentes a los que hace referencia el artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007 y aquellas normas que lo modifiquen o sustituyan.

PARÁGRAFO 1. La remuneración por la utilización de las redes bajo las condiciones a las que hace referencia el presente artículo deberá aplicarse desde la solicitud que en tal sentido realice el integrador tecnológico y/o proveedor de contenidos y aplicaciones solicitante de la interconexión y/o el acceso, al respectivo proveedor de redes y servicios móviles.

En todo caso, aquellos acuerdos que a la entrada en vigencia de la presente disposición contemplen condiciones de remuneración por el uso de las redes móviles con ocasión de su utilización a través de mensajes cortos de texto (SMS), que sean superiores a los topes regulatorios a los que hace referencia el presente artículo, deberán reducirse a dichos topes.

PARÁGRAFO 2. Los proveedores de redes y servicios móviles, integradores tecnológicos y proveedores de contenidos y aplicaciones, a los que hace referencia el presente artículo podrán establecer de mutuo acuerdo esquemas de remuneración distintos a los previstos en el presente artículo, siempre y cuando tales acuerdos se ajusten a las obligaciones y principios regulatorios y no superen los topes regulatorios establecidos para este tipo de remuneración.

PARÁGRAFO 3. El proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones no podrá generar cargos al usuario por uso de su propia red que ya se encuentren remunerados a través de los cargos de acceso a los que hace referencia la presente resolución."²⁴

²¹ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-474. Folio 92. Comunicación con el asunto "REF: Solicitud de ajuste de tarifas por servicios de SMS de acuerdo a la regulación 4458".

²² Expediente Administrativo No. 3000-4-2-474. Radicado 201434935.

²³ Este artículo fue adicionado inicialmente por el Artículo 21 de la Resolución CRC 4458 de 2014 y posteriormente, modificado por el Artículo 9 de la Resolución 4660 de 2014.

²⁴ En el documento "RESPUESTAS A LOS COMENTARIOS Y APORTES ALLEGADOS A LA PROPUESTA REGULATORIA "POR LA CUAL SE MODIFICAN LAS RESOLUCIONES 3066, 3496, 3500 Y 3501 DE 2011 Y SE DICTAN OTRAS

Al respecto, es de indicar que el alcance del artículo transcrito fue determinado por esta Comisión durante el proceso regulatorio que dio lugar a la expedición de la Resolución CRC 4458 de 2014, donde explicó que el mismo se enfocó en el establecimiento de un precio de terminación asociado al uso de las redes de proveedores de telecomunicaciones móviles basado en SMS, en relación con lo cual se señaló lo siguiente:

"[D]esde la publicación inicial del proyecto se indicó que el foco de atención del mismo se refería a las condiciones remuneratorias asociadas al uso de las redes de los PRST móviles en cuando a la terminación en las mismas. De este modo, la intervención tarifaria prevista en la resolución expedida se refiere únicamente a la remuneración por el tramo de uso de la red para la entrega de SMS al usuario final a través de la extensión de las tarifas que ya existen en la regulación como referente para esta clase de terminación, quedando los demás rubros sometidos a la definición de las partes vía negociación, quienes para tal efecto deberán aplicar el principio de orientación a costos respecto del suministro de instalaciones esenciales y no esenciales."

De este modo, es claro que la regulación de la remuneración en materia de acceso, cuando éste se sustente en mensajes cortos de texto, se refiere al costo a reconocer por la utilización del tramo de terminación²⁵ de la red para el envío y la entrega de un SMS al usuario final –y en sentido inverso de la comunicación- bajo los valores establecidos por referencia al artículo 8B de la Resolución CRC 1763 de 2007, en las Resoluciones CRC 4458 y 4660 de 2014, quedando la definición de los valores relativos a los servicios diferentes del de terminación, a lo que acuerden las partes bajo el principio de orientación a costos y de desagregación suficiente, de modo que el solicitante del acceso "no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio."²⁶

Así las cosas, en el caso concreto y dada la divergencia que sostienen **COLOMBITRADE** y **COMCEL** en cuanto al valor a ser remunerado por la utilización de la red de **COMCEL** con ocasión de la utilización de mensajes cortos de texto por parte de **COLOMBITRADE** y los servicios que están llamados a ser cubiertos por dicho valor, resulta pertinente analizar las prestaciones sobre las que versa el contrato vigente entre las partes. En efecto, dentro del "Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de mensajes cortos de texto de SMS On Net No. 20340" se encuentran determinadas a cargo de **COMCEL** las siguientes obligaciones y responsabilidades:

"QUINTA. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL OPERADOR

Sin perjuicio de otras obligaciones establecidas en el presente Contrato o sus Anexos, a su cargo, el OPERADOR se obliga a:

a) Prestar el servicio de transporte de SMS bajo los términos del presente Contrato y sus Anexos. La obligación de prestar el servicio de transporte de SMS originados por EL CONTRATISTÁ a sus Clientes y originado por los

DISPOSICIONES" la CRC explicó las consecuencias de las reglas establecidas en materia remuneratoria, en los siguientes términos:

- (i) El deber a cargo de los de todos los proveedores de redes y servicios móviles de ofrecer a los integradores tecnológicos y proveedores de contenidos y aplicaciones, para efectos de remunerar la utilización de su red en relación con la provisión de mensajes cortos de texto (SMS), los valores a los que hace referencia el artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007, es exigible desde la entrada en vigencia de la regulación a ser expedida.
- (ii) La remuneración por la utilización de las redes bajo las condiciones a las que hace referencia la citada disposición deberá aplicarse de manera inmediata desde el requerimiento que con tal propósito realice el integrador tecnológico y/o proveedor de contenidos y aplicaciones solicitante de la interconexión y/o el acceso al proveedor de redes y servicios móviles.
- (iii) Respecto de los acuerdos en ejecución, se reconoce que a partir de la expedición de la regulación general y como consecuencia de su entrada en vigencia, la remuneración de las redes de servicios móviles fijada por las partes en lo que respecta a su utilización a través de mensajes cortos de texto (SMS) conforme lo establecido en la Resolución CRT 1763 de 2007 modificada por la Resolución CRC 3500 de 2011, deberán ser reemplazada automáticamente por los valores a los que hace referencia la resolución que se expida.
- (iv) La tarifa mayorista de SMS a la que hace referencia la disposición transcrita resulta aplicable para remunerar la utilización de red móvil tanto en sentido entrante como saliente del tráfico.
- (v) Se deja a salvo la posibilidad de que los proveedores de infraestructura negocien precios menores a los fijados regulatoriamente.
- (vi) El proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones no podrá generar cargos al usuario por el uso de su propia red que estén llamados a ser remunerados a través de un precio mayorista.

²⁵ *"Frente a los comentarios de TELEFÓNICA MÓVILES, donde este proveedor manifiesta que esta Comisión omite una revisión técnica detallada de los componentes de la relación entre los PRSTM y PCA limitando su análisis al servicio de terminación, se reitera que, en efecto, el análisis desarrollado por esta Comisión, tal y como ha sido plasmado en las secciones 2.2 y 2.3, correspondió a un análisis del segmento mayorista de la cadena de valor, donde la falla de mercado identificada se predica de todos los PRSTM (monopolio teórico en la terminación), sobre el uso, por parte de los PCA, del insumo fundamental de la terminación y su correspondiente tarificación a costos eficientes. En este orden de ideas, se ratifica que el análisis desarrollado se circunscribe a la terminación de SMS, insumo fundamental para prestar los servicios soportados en dicha infraestructura."*

²⁶ Artículo 18 de la Resolución CAN 432 de 2000.

Clientes al CONTRATISTA, es de medio y no de resultado y no garantiza que el SMS llegará al Cliente o que la transmisión sea ininterrumpida o exenta de errores.

b) Facturar y cobrar al CONTRATISTA los importes que resulten de los SMS enviados y/o recibidos desde EL CONTRATISTA a los Clientes, y los demás conceptos como sanciones o multas que llegaren a generarse.

c) Presentar a EL CONTRATISTA, mensualmente el registro de tarificación de los SMS enviados por EL CONTRATISTA a los Clientes y los SMS enviados por los Clientes al CONTRATISTA.

d) EL OPERADOR se reservará el derecho de aprobar o no la Información Transportada que pueden llegar a afectar de alguna manera a sus Usuarios y/ o la seguridad de las redes del Operador o que se encuentre en contravía con los dispuesto en la normatividad vigente sobre la materia."

De lo transcrito, se evidencia que con excepción del literal d) de la cláusula Quinta del referido contrato que establece una prerrogativa de **COMCEL** para aprobar o improbar el transporte de ciertos contenidos – lo que por cierto, no es propiamente una obligación a su cargo-, el núcleo de las obligaciones del proveedor de servicios móviles en este caso se contrae: **(i)** a la prestación relacionada con el transporte de SMS originados por **COLOMBITRADE** con destino a sus clientes y viceversa *en los términos del contrato y sus anexos*, así como **(ii)** a labores que son connaturales a la primera prestación, relacionadas con el registro, conciliación, facturación y cobro por el servicio prestado por parte de **COMCEL**.

En efecto, una vez revisado el contenido desarrollado a partir de las 33 cláusulas que componen lo pactado entre las partes dentro del contrato vigente, se encuentra que del mismo no es posible extractar obligaciones adicionales a cargo de **COMCEL** que hagan alusión a la prestación de servicios distintos a los que conciernen a la transmisión de los mensajes cortos de texto, pues dicho clausulado se refiere a obligaciones de índole operativa cargo de quien ocupa la posición de denominada "**EL CONTRATISTA**", en este caso de **COLOMBITRADE**, y que en su mayoría comporta la atribución de responsabilidades para ese extremo del contrato.

Ahora bien, en lo relativo a los anexos del contrato y la prestación principal vinculada al objeto pactado dentro del mismo, lo cierto es que del anexo que hace referencia a la "**INFRAESTRUCTURA Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS**" involucradas en los servicios prestados por **COMCEL** que fue objeto de extenso análisis en el apartado 4.4 de la presente resolución, así como de los otrosíes al referido contrato que reposan en el expediente, no hay evidencia alguna que demuestre la prestación de elementos, funcionalidades o servicios sujetos a una remuneración diferente a la cubierta a través de los valores tope previstos en la regulación anteriormente especificada. Es más, dichos anexos se circunscriben a reflejar los reajustes tarifarios pactados directamente entre las partes el 24 de junio de 2013²⁷, valor que remunera la prestación de los servicios pactados por las partes descritos en el objeto del contrato y en las obligaciones contractuales antes transcritas, la modificación del plazo acordado entre las partes y las modificaciones de las condiciones comerciales de las marcaciones de los códigos cortos relacionadas por clientes²⁸.

Lo expuesto evidencia que el servicio prestado por **COMCEL** se reduce al procesamiento y transporte de mensajes cortos de textos que sirve de soporte para la provisión de los servicios de notificaciones, recordatorios y envío de campañas de mercadeo a través de códigos cortos²⁹, sin que pueda decirse que entre las partes existan servicios adicionales que impliquen otro nivel de procesamiento y/o la prestación adicional de servicios de atención *necesarios y propios* para la clase de servicios que provee **COLOMBITRADE** a sus clientes.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a la CRC determinar que con ocasión de la relación de acceso generada a partir del contrato vigente³⁰, las partes involucradas en esta actuación deben aplicar los valores señalados por remisión al Artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007 por el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011, y en todo caso de conformidad con las reglas complementarias previstas en el artículo antes referenciado que rodean la aplicación de dichos valores.

²⁷ "OTROSI No. 1 AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO DE SMS N° 20340 SUSCRITO ENTRE COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Y COLOMBITRADE SAS, CON FECHA DIECIOCHO (18) DE MARZO DE DOS MIL TRECE (2013)." Pág.84. Expediente Administrativo No. 3000-4-2-474.

²⁸ "OTROSI No. 02 AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO DE SMS No. 20340 SUSCRITO ENTRE COLOMBITRADE SAS COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL SA. EL DIECIOCHO (18) DE MARZO DE DOS MIL TRECE (2013)." Pág.89. Expediente Administrativo No. 3000-4-2-474.

²⁹ Denominados dentro del Otrosí No 2 y relacionados con la marcación de los siguientes dos códigos cortos: 55777 (Notificaciones Colmédica) y 85588 (Colombitrade SAS, FYC Consultores, C.D.A Rastrillant, Medica International, Distribuidora Mayorista Automóviles Madiautos, Registraduría Nacional).

³⁰ Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de mensajes cortos de texto de SMS On Net No. 20340

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la fecha a partir de la cual debe darse aplicación a los valores a los que remite el artículo 38 de la Resolución 3501 de 2011, debe notarse que en dicha norma estableció que aquellos acuerdos que a la entrada en vigencia de dicha disposición, contemplen condiciones de remuneración por el uso de las redes móviles a través de mensajes cortos de texto (SMS), que "sean superiores a los topes regulatorios a los que hace referencia el presente artículo, deberán reducirse a dichos topes."

De esta forma, el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011, determinó como supuesto de hecho de la norma de la aplicación de los valores allí referenciados, la existencia en los contratos en ejecución de valores pactados por encima de los topes regulatorios al momento de su entrada en vigencia, para que se desate inmediatamente la consecuencia jurídica consistente en la reducción de los valores pactados hasta los topes regulados. Las disposiciones contenidas en el artículo 38 de la Resolución 3501, se encuentran vigentes desde el 14 de abril de 2014, como consecuencia de la publicación en el Diario Oficial de la Resolución CRC 4458 de 2014, por lo que la remuneración en comento debe darse, de acuerdo con lo dispuesto en la regulación, desde la publicación de dicha medida, aplicando posteriormente y desde la fecha de publicación en el Diario Oficial, las modificaciones introducidas en esta materia por la Resolución CRC 4660 del 31 de diciembre de 2014.

Finalmente, se recuerda que la decisión adoptada en la presente resolución se define sin perjuicio de las medidas que pueda imponer el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones u otras entidades del Estado, en el marco de sus competencias de inspección, control y vigilancia, en el caso concreto, ante un presunto incumplimiento de las reglas complementarias establecidas en el artículo 38 de la Resolución 3501 de 2011 para la efectiva aplicación de los valores allí establecidos, a efectos de lo cual se remitirá la presente resolución, así como el Expediente Administrativo No. 3000-4-2-474 al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lo de su competencia.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO.- Acceder a la solicitud de **COLOMBITRADE S.A.S.**, en el sentido de ordenar que respecto de la relación de acceso existente entre este proveedor y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** la remuneración a reconocer por parte de **COLOMBITRADE S.A.S.** por el acceso y uso de la red de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** debe darse de conformidad con las reglas de aplicación y los valores a los que hace referencia el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y sus respectivas modificaciones, desde el 14 de abril de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- 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 TERCERO.- Notificar personalmente la presente resolución a los representantes legales de **COLOMBITRADE S.A.S.** y de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** 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 25 FEB 2015

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO MOLANO VEGA
Presidente


JUAN MANUEL WILCHES DURAN
Director Ejecutivo

Expediente Administrativo No. 3000-4-2-474

SC. 18/02/2015 Acta 313
CC. 13/02/2015 Acta 964

Revisó: Lina María Duque del Vecchio – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias
Proyectó: David Agudelo Barrios- Líder y Carlos Humberto Ruiz