



Comisión de Regulación
de Comunicaciones
REPUBLICA DE COLOMBIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **47 29** DE 2015

*"Por la cual se resuelve un conflicto entre **INALAMBRIA INTERNACIONAL S.A.** 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 comunicación de fecha 22 de enero de 2015 con número de radicado 201530161, **INALAMBRIA INTERNACIONAL S.A.**, en lo sucesivo **INALAMBRIA**, solicitó a esta Comisión el inicio del trámite administrativo correspondiente a fin de que se dirima la controversia surgida con **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**, en adelante **COMCEL**, "*respecto de la determinación de las condiciones de remuneración para la fijación de la tarifa de SMS de acuerdo a lo establecido en la regulación vigente*".

Analizada la solicitud presentada por **INALAMBRIA**, y verificado el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad dispuestos en los artículos 42 y 43 de la Ley 1341 de 2009, el Director Ejecutivo de la CRC dio inicio a la respectiva actuación administrativa el día 29 enero de 2015, para lo cual fijó en lista el traslado de la solicitud, y remitió a **COMCEL** copia de ésta y de la documentación asociada a la misma, mediante comunicación de fecha 29 de enero de 2015, con número de radicado 201550380, para que se pronunciara sobre el particular.

Mediante comunicación del 2 de febrero de 2015, con número de radicado 201530273, **COMCEL** manifestó que no había recibido el traslado de la solicitud de solución de controversias presentada por **INALAMBRIA** de manera completa; en consecuencia, esta Comisión con el fin de garantizar el debido proceso, mediante comunicación del 6 de febrero de 2015, procedió a correr nuevamente traslado de la solicitud formulada, remitiéndola nuevamente, de lo cual se informó también a **INALAMBRIA**, a efectos de contabilizar el plazo para formular observaciones, presentar y solicitar pruebas, y enviar la oferta final, según lo establecido en el artículo 44 de la Ley 1341 de 2009.

Posteriormente, **COMCEL** dio respuesta al traslado efectuado por la CRC, mediante comunicación de fecha 13 de febrero de 2015, con número de radicado 201530434.

Mediante comunicación 201550741 del 20 de febrero de 2015 el Director Ejecutivo de la CRC de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1341, procedió a citar a las empresas mencionadas para la celebración de la audiencia de mediación correspondiente al trámite en curso,

la cual tuvo lugar en las instalaciones de esta Comisión el día jueves 26 de febrero de 2015 a las 11:00 A.M., sin que las partes llegaran a un acuerdo directo sobre los asuntos en divergencia.

Finalmente, 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 INALAMBRIA

INALAMBRIA indica en su escrito que el día 10 de diciembre de 2012 suscribió el contrato No. 19798 con **COMCEL** denominado "*Contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto de SMS on net No. 19798*" 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*"¹.

Señala que de acuerdo con el contrato suscrito, se ha establecido una relación de acceso entre las partes, en donde **COMCEL** presta el servicio de transporte de SMS (on net) de mensajes originados por **INALAMBRIA**, los cuales son enviados únicamente a clientes de **COMCEL**, así como los SMS enviados desde sus usuarios hacia **INALAMBRIA**, haciendo uso de la red de **COMCEL**.

Luego, mediante Otrosí No. 1 del 30 de junio de 2013, se modificó la tabla de tarifas del literal A del Anexo 2 del contrato mencionado, estableciendo la escala vigente para el envío y/o recepción de SMS para la red de **COMCEL**. Posteriormente el otrosí No. 2 del 5 de diciembre de 2013, estableció la duración del contrato hasta el 10 de diciembre de 2014 y el otrosí No. 3 del 5 de diciembre de 2014, amplió la duración del contrato hasta el 10 de diciembre de 2015.

INALAMBRIA indica que es un PCA e Integrador Tecnológico registrado ante la CRC, especializado en la provisión de servicios de infraestructura de conexión y de mensajería instantánea basados en SMS sobre las redes de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones –PRST- a organizaciones y empresas, servicios que no tienen costo para el usuario del servicio de telefonía móvil, dado que son transversales a los sectores productivos, servicios de información financiera móvil, tales como: notificaciones automáticas, mensajes recordando citas de servicios de salud de las EPS, entre otras. Además indica que el valor para los servicios móviles para la provisión de contenidos y aplicaciones a través de SMS, de acuerdo con lo convenido en el contrato, inicia en \$89, incluido IVA, para un volumen entre 1 y 10.000 mensajes, precio que va disminuyendo progresivamente en razón al aumento en el número de mensajes, hasta llegar a \$34 incluido IVA, para un volumen superior a 26 millones de mensajes cursados en un mes.

Posteriormente señala que en virtud de la Resolución CRC 4458 de 2014 se estableció que "(...) A partir de la entrada en vigencia de la presente disposición, todos los proveedores de redes servicios móviles, deberán ofrecer a los integradores tecnológicos y proveedores de contenidos y aplicaciones, para efecto de remunerar la utilización de su red en relación con la provisión de mensajes (sic) 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 (...)", citando de manera textual dicho artículo, seguido a ello transcribe lo señalado en el artículo 21 de la Resolución CRC 4458 de 2014.

A partir de lo anterior **INALAMBRIA** indica que, dado el nuevo escenario regulatorio, el 21 de abril de 2014 remitió a **COMCEL** una comunicación para que a partir de esa fecha se diera aplicación a lo establecido en la Resolución CRC 4458 de 2014; explica que el 2 de mayo de 2014, reiteró su solicitud a **COMCEL** requiriendo que la nueva tarifa para el envío y/o recepción de SMS se aplicara desde la primera solicitud elevada, es decir desde el 21 de abril del mismo año. Al respecto, indica que el 19 de mayo de 2014, **COMCEL** dio respuesta a la anterior petición señalando que lo

¹ Cláusula segunda del contrato en mención.

preceptuado en la regulación corresponde a acuerdos de acceso, y 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, por lo que debería procederse a la celebración de un acuerdo de acceso directo para garantizar las obligaciones de la Resolución CRC 4458 de 2014. Luego, el 3 de junio de 2014, **INALAMBRIA** radicó comunicación en **COMCEL**, en la cual informó que daba inicio al proceso de arreglo directo entre las partes, a fin de solucionar la diferencia surgida en relación con la aplicación de la Resolución CRC 4458 de 2014 y convocó para el 11 de junio de 2014 a una reunión. Indica **INALAMBRIA** que **COMCEL** no asistió a dicha reunión, ni justificó su imposibilidad de asistir; sin embargo, el 14 de julio de 2014, se realizó la reunión en la cual **COMCEL** manifestó la existencia de un nuevo modelo de contrato, el cual le fue enviado mediante correo electrónico del 18 de julio de 2014.

Se explica en la solicitud que el día 22 de julio de 2014, **INALAMBRIA** presentó a **COMCEL** una contrapropuesta en los siguientes términos: "(...) consideramos que el valor propuesto de cobro de \$24.32 por cada mensaje de texto- SMS, corresponde a la suma de la tarifa de acceso de los \$9.28 más el cobro de los servicios adicionales por "gestión del usuario, captación y mantenimiento del mismo", (...) no se aplican a nuestro caso específico de acceso a la red de COMCEL, pues repito, nuestros mensajes de texto cursan por códigos gratuitos para el usuario final, de suerte que nuestra operación no requiere los servicios adicionales ofrecidos por COMCEL incrementando innecesariamente costos al acceso para INALAMBRIA, en condiciones de interoperabilidad de SMS, conforme al artículo 28 de la Resolución C.R.C. 3101 de 2011. Lo anterior, conforme a lo señalado en el documento denominado respuesta 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 disposiciones" que en su página 39 dispone que queda a las partes vía negociación, la definición de los servicios y costos diferentes a los de acceso para la terminación de SMS."

Igualmente indica que solicitó la eliminación de las cláusulas tercera, cuarta, sexta y en relación a la cláusula décima quinta realizó aclaraciones² y "en el caso del acceso directo a la red del PRST – **COMCEL**, aceptamos únicamente el servicio de acceso en condiciones de interoperabilidad SMS y el cobro de tal servicio a la tarifa de \$9.28, correspondientes a la entrega y/o envío de mensajes de texto en la red de COMCEL".

Continúa explicando que **COMCEL** dio respuesta a sus consideraciones el 4 de septiembre de 2014 afirmando que mantenía la propuesta enviada el 18 de julio de 2014³, y que basado en las particularidades del servicio, reiteraba su propuesta de remuneración que incluye aspectos tales como: Servicios de Consulta RNE (Registro de Números Excluidos), Servicios de Gestión de la BD (Base de Datos) de usuarios, Servicios de Atención de Reclamaciones, por lo que la tarifa correspondería a \$24.32 más IVA. Al respecto, **INALAMBRIA** manifestó que no requiere de dichos servicios adicionales que, en su consideración solo incrementan la tarifa.

Con base en estos argumentos, **INALAMBRIA** presenta las siguientes pretensiones: (i) resolver las diferencias surgidas entre **INALAMBRIA** y **COMCEL**, originadas en el marco de la relación de acceso existente entre las partes, documentada en el contrato No. 19798 que soporta la provisión del servicio de contenidos y aplicaciones mediante el uso de SMS por parte de **INALAMBRIA** sobre la red de **COMCEL**; y (ii) modificar las condiciones existentes en la relación de acceso perfeccionada bajo el nombre "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO DE SMS ON NET No. 19798", celebrado entre las partes, en el sentido de establecer que la tarifa que se cobra por el acceso a la red de **COMCEL** para la provisión de servicios de contenidos y aplicaciones mediante el uso de SMS, de conformidad con lo establecido en la Resolución CRT 1763 de 2007 y el artículo 39 de la Resolución 3101 de 2011.

Finalmente, **INALAMBRIA** propone que el servicio de acceso provisto por **COMCEL** sea cobrado a la tarifa de \$9.20, valor establecido en el artículo 8B de la Resolución 1763 de 2007, correspondiente a la entrega y/o envío de mensajes de texto en la red de **COMCEL**.

² Expediente administrativo 3000-4-2-479, folio 10.

³ Expediente administrativo 3000-4-2-479, folio 11.

3. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR COMCEL

COMCEL por su parte sostiene que no es cierto que exista una relación de acceso entre **INALAMBRIA** y **COMCEL**. Afirma que el objeto del contrato en mención es la prestación del servicio de transporte de SMS on net originados por **INALAMBRIA** para ser enviados únicamente a sus propios clientes, así como los SMS enviados desde sus clientes hacia **INALAMBRIA**, haciendo uso de la red de valor agregado de **COMCEL**. En consecuencia se trata de una relación de índole comercial y no de una relación de acceso.

Para **COMCEL** no es cierto que las tarifas de la Resolución CRC 4458 de 2014 fueran de inmediata aplicación para **INALAMBRIA**, toda vez 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 del mismo e indica que **INALAMBRIA** no ha presentado un solicitud de acceso de acuerdo a los parámetros establecidos en la Resolución CRC 3101 de 2011.

Adicionalmente, **COMCEL** reconoce haber recibido el 3 de junio de 2014 la comunicación con la que **INALAMBRIA** elevó la solicitud de arreglo directo del conflicto derivado de la negativa de **COMCEL** de aplicar las tarifas de la Resolución CRC 4458 de 2014, en el contrato suscrito con **INALAMBRIA** solicitando la conformación de un Comité para que iniciara la etapa de arreglo directo en un término de 30 días calendario siguientes a la presentación de la comunicación.

Manifiesta que en atención a lo planteado por **INALAMBRIA**, mediante comunicado del 26 de junio de 2014, **COMCEL** hizo entrega de un nuevo modelo de contrato y surtidas las discusiones en torno al texto del nuevo modelo de contrato enviado por **COMCEL**, el día 4 de septiembre de 2014, este último reiteró la propuesta de contrato enviada, exponiendo sus argumentos respecto de cada uno de los comentarios remitidos por **INALAMBRIA** sobre el proyecto de contrato en comento. Así mismo, manifiesta que en la mencionada comunicación reiteró la propuesta de cobro de \$24.32 más IVA, que incluye servicios como la consulta a la RNE, servicios de gestión de la BD de usuarios y servicios de atención a reclamaciones, que exige la operación de **INALAMBRIA** y que no están contemplados en el cargo de acceso.

Sostiene **COMCEL** que **INALAMBRIA** debe manifestar su voluntad de terminar los contratos preexistentes y que no ha impedido a **INALAMBRIA** el acceso a su red en las condiciones regulatorias vigentes, por el contrario, ha generado acercamientos para poder atender las solicitudes sin que a la fecha se haya recibido una solicitud clara y expresa del servicio para el cual **INALAMBRIA** solicita el acceso a la red de **COMCEL**⁴.

Señala **COMCEL** que el servicio que presta a **INALAMBRIA** está amparado por la Licencia No. 2243 del 11 de septiembre de 2006, mediante la cual el Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones autorizó a **COMCEL** la prestación de servicios de valor agregado, licencia que está vigente y a la cual se le aplican las disposiciones del Decreto Ley 1900 de 1990, Decretos 600 y 3055 de 2003. Esta situación hace que se excluya la aplicación de lo establecido en la Ley 1341 de 2009, por lo cual la solicitud presentada por **INALAMBRIA** debe rechazarse.

Por otra parte, manifiesta **COMCEL** que no se cumplió la etapa y el plazo de negociación directa, en consideración a que la situación planteada por **INALAMBRIA** relacionada con el contrato No. 19798 suscrito por las partes el 10 de diciembre de 2012, no le es aplicable el trámite señalado en la Ley 1341 de 2009 por tratarse de un servicio de valor agregado. En concepto de **COMCEL**, **INALAMBRIA** se limitó a solicitar la aplicación de una regulación general a un contrato particular

⁴ 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."*

que no corresponde a la situación regulada, por lo cual no se ha surtido la presentación de la solicitud y por ende no se entiende surtido el proceso de negociación establecido en la normatividad vigente.

Bajo este contexto, como fundamentos de derecho **COMCEL** plantea los siguientes: **(i)** inexistencia del 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)** la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada, en este sentido, las obligaciones contenidas dentro del contrato, que no son objeto de la regulación, no pueden ser incluidas dentro de los toques tarifarios para tal efecto, dado que estas se limitan al acceso de la red; **(iii)** respecto de los efectos de la Resolución CRC 4458 de 2014, la remuneración establecida en la regulación se limita a los términos de acceso a la red, pero existen otros rubros adicionales, soportados en servicios no contemplados como acceso a la red, que han sido derivados del acuerdo de voluntades entre las partes y que no pueden ser objeto de validación en el presente conflicto, tales como remuneración de la red (cargo de acceso), optin y REN excluido, gestión operativa de reclamos (PQR), gastos de ventas P y G y gastos de administración P y G; **(iv)** falta de jurisdicción y competencia, el asunto planteado en la controversia debe ser resuelto por 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.

Concluye **COMCEL** manifestando que, sin perjuicio de los argumentos anteriormente expuestos en cuanto a que no se ha agotado la etapa de negociación directa y que por lo tanto no se debe iniciar la actuación administrativa para dirimir el conflicto, y que la CRC no es competente para asumir el trámite, propone como oferta final la suscripción del contrato de acceso para PCA para el envío de mensajes cortos de texto SMS por la red de TMC de **COMCEL**, el cual adjunta en la respuesta al traslado.

4. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA PROCEDENCIA DEL TRÁMITE

4.1. Normatividad aplicable

Frente al argumento de **COMCEL**, según el cual la solicitud presentada por **INALAMBRIA** debe rechazarse, manifiesta que el servicio que presta a **INALAMBRIA** se lleva a cabo bajo Licencia No. 2243 del 11 de septiembre de 2006, mediante la cual el Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones autorizó a **COMCEL** la prestación de servicios de valor agregado, licencia que está vigente y a la cual se le aplican las disposiciones del Decreto Ley 1900 de 1990, Decretos 600 y 3055 de 2003, lo cual excluiría la aplicación de lo establecido en la Ley 1341 de 2009. De acuerdo con lo planteado por **COMCEL**, el contrato aludido corresponde a servicios prestados en la red de valor agregado y por lo tanto, de conformidad con lo previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, dicha ley no es aplicable en el caso en cuestión.

Para el análisis de lo expuesto por **COMCEL** debe tenerse en cuenta cuál es el alcance del régimen de transición previsto en dicha Ley, contenido en el artículo 68, que literalmente establece:

"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." (RFT)

Resulta evidente que el citado artículo no extiende la aludida transitoriedad a la aplicación de la totalidad de las disposiciones de la Ley. El citado artículo 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, en consecuencia, 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.

En línea con lo anterior, es pertinente reiterar que de conformidad con lo establecido en los artículos 20 y 22 de la Ley 1341 de 2009, esta Comisión está facultada para regular los mercados de redes y los servicios de comunicaciones como un todo. 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."*

En adición, el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, en su numeral tercero, establece dentro de las funciones de esta Comisión, 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, el régimen de acceso y uso de redes. Así mismo conforme lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 22, esta entidad 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 consecuencia, es pertinente reiterar que la interpretación del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 que hace **COMCEL**, desconoce no solo el alcance mismo de dicho artículo el cual textualmente indica que el régimen de transición es **"con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones"**, sino también las amplias facultades de esta Comisión en lo que tiene que ver con la expedición de regulación asociada a la obligación de interconexión, el acceso y uso de instalaciones esenciales, que son independientes del régimen de habilitación previsto en la Ley 1341 de 2009 o en legislación precedente a su promulgación. Dichas facultades no fueron limitadas por el mencionado régimen de transición. 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 referentes al acceso, 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. Principio de autonomía de la voluntad privada y competencia de la CRC

Como se anotó previamente, argumenta **COMCEL**, a la luz del principio de autonomía de la voluntad privada, que las obligaciones contenidas dentro del contrato, que en su opinión no son objeto de la regulación, no pueden ser incluidas dentro de los topes tarifarios para tal efecto, dado que estas se limitan al acceso de la red.

Frente a este punto en particular, es pertinente citar el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, el cual señala que, le corresponde a esta comisión *"Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. **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, así como el principio de la libre competencia"***. (NFT). En este mismo sentido la H. Corte Constitucional se ha manifestado, en la Sentencia C-186 de 2011, oportunidad en la cual 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, el ejercicio de las potestades regulatorias, como ha sido reiterado por la jurisprudencia⁵, 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. La CRC mediante actos generales o particulares puede afectar los contratos que se celebran entre diferentes agentes del mercado para la protección de valores superiores, para cumplir las finalidades regulatorias de promover la competencia y evitar abusos de posición de dominio, así lo ha reconocido tanto la Corte Constitucional⁶ como el Consejo de Estado⁷.

En esta medida, es preciso concluir que resulta improcedente la solicitud de **COMCEL** que persigue el rechazo de la solicitud presentada por **INALAMBRIA**, cuando 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 el principio de intervención del Estado en la economía y las facultades legales de esta Comisión le permiten conocer del conflicto iniciado por **INALAMBRIA**, sin que la autonomía de la voluntad de las partes pueda oponerse como argumento válido para no resolver la controversia.

4.3. Respecto de la relación material existente entre INALAMBRIA y COMCEL

La relación material que rige la relación entre las partes, se circunscribe a la ejecución del contrato denominado "*Contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto de SMS on net No. 19798*", suscrito el día 10 de diciembre de 2012 cuyo objeto, según lo establecido en la cláusula segunda, es "*(...) 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*", el cual está conformado por una parte general, un "*Anexo 1 – Infraestructura y Requerimientos Técnicos*", un "*Anexo 2 – Condiciones Financiera y Comerciales del Servicio*", un "*Anexo 3 – Especificaciones y Condiciones para la Ejecución del Servicio*", y un "*Anexo 4 – Pagaré y Carta de Instrucciones*". Así mismo, se han suscrito entre las partes tres otrosíes, el primero para modificar la tabla de tarifas del Literal A del Anexo 2 y los siguientes para extender la vigencia del contrato que, según el último otrosí suscrito fue pactada hasta el 10 de diciembre de 2015. En línea con lo anterior, las partes suscribieron cinco Adiciones al contrato con el propósito de habilitar nuevos códigos⁸.

En el referido contrato, en su cláusula primera, se establece la definición de "*Información Transportada*", lo que se entiende 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*"⁹. 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*"¹⁰.

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*

⁵ 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).

⁶ Ver, entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-1162 de 2000, C-150 de 2003, T-517 de 2006 y C-313 de 2013.

⁷ Ver, por ejemplo, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, concepto del 9 de marzo de 1995, radicación No. 673; CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, sentencia del 17 de agosto de 2000, radicación No. 5920; CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, sentencia del 24 de julio de 2003; radicación No. 25000-23-25-000-2003-0821-01(AC); CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, sentencia del 12 de junio de 1997, radicación No. 3933.

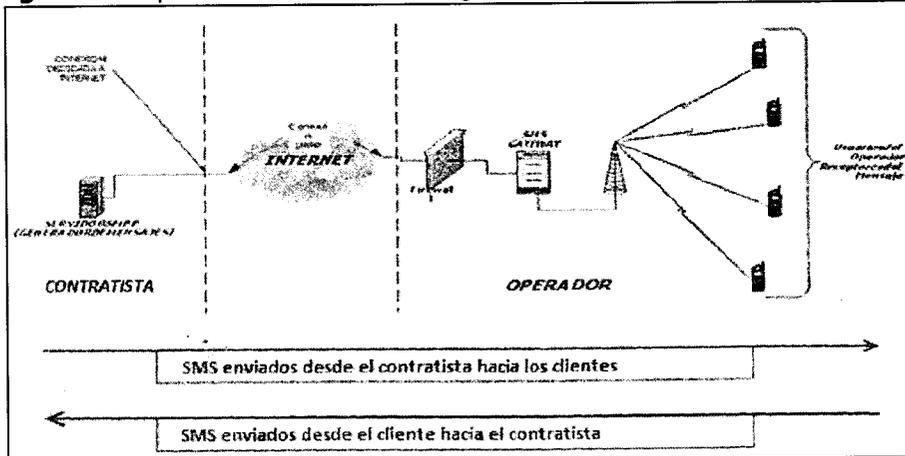
⁸ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-479, folios 26 a 78.

⁹ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-479, folio 27.

¹⁰ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-479, folio 28.

prestación del servicio de transporte de SMS" la cual se incluye en la presente resolución como "Figura 1", y que describe en términos generales la arquitectura involucrada en la prestación de los servicios suministrados por **COMCEL a INALAMBRIA**.

Figura 1: Arquitectura de la relación vigente entre COMCEL e INALAMBRIA

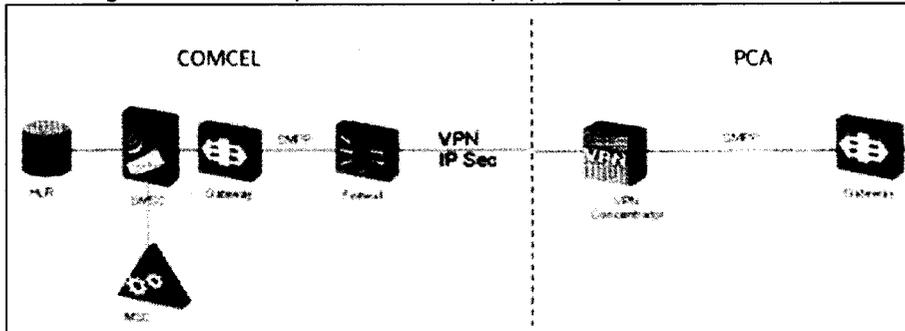


Fuente: Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de mensajes cortos de texto de SMS On Net No. 19798.¹¹

Frente a la Figura 1, el referido anexo describe los requerimientos que **INALAMBRIA** debe cumplir para hacer posible la conexión, señalando que debe¹²: **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. (...)".

En consideración a que **COMCEL** sostiene 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 **INALAMBRIA**, la cual adjunta a su respuesta al traslado para tal efecto:

Figura 2: Diagrama de interoperabilidad SMS propuesto por COMCEL a INALAMBRIA



¹¹ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-479, folio 47.

¹² Expediente Administrativo No. 3000-4-2-479, folio 46 a 48.

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 COMCEL¹³

Del análisis de la Figura 2 se evidencia la similitud entre la arquitectura proyectada por **COMCEL** en su oferta final y la que actualmente se encuentra operativa. Nótese que para el segmento del Proveedor de Contenidos y Aplicaciones o "Contratista", 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*). La necesidad de contar con una VPN (*Virtual Private Network*) de acuerdo con la Figura 2, también se predica del esquema previsto 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 **INALAMBRIA**.

En este orden de ideas, a pesar de utilizar una denominación distinta, 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 **INALAMBRIA** 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 2011¹⁴.

En consecuencia, no se puede sostener 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. Resulta evidente que la relación que actualmente existe entre las partes versa sobre el *acceso* por parte de **INALAMBRIA** a la red de **COMCEL** para la interoperabilidad entre el *Servidor SMS* de **INALAMBRIA** y el *Gateway SMS* de **COMCEL**, así como para soportar el intercambio de mensajes desde **INALAMBRIA** hacia sus clientes y desde éstos hacia **INALAMBRIA**, con lo cual se hace evidente la existencia de 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 "*Contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto de SMS on net No. 19798*".

En consideración a lo anterior, resulta indefectible concluir que respecto de la mencionada relación 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.

4.4. Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad

Una vez aclarada la relación material existente entre **INALAMBRIA** y **COMCEL**, debe analizarse el argumento de este último, según el cual, en el caso bajo análisis, no existe conflicto debido a la falta de requisitos formales por la inobservancia de la Ley 1341 de 2009 y las previsiones de la Resolución 3101 de 2011. Manifiesta **COMCEL** que **INALAMBRIA** ha debido presentar una solicitud de acceso y no la aplicación de las reglas regulatorias vigentes a la relación que actualmente existe entre las partes.

Con esta misma línea argumentativa, sostiene **COMCEL** que no se cumplió la etapa y el plazo de negociación directa, en consideración a que al Contrato No. 19798 suscrito por las partes, no le es aplicable el trámite señalado en la Ley 1341 de 2009 por tratarse de un servicio de valor agregado. En concepto de **COMCEL**, **INALAMBRIA** se limitó a solicitar la aplicación de una regulación general a un contrato particular que no corresponde a la situación regulada, por lo cual no se ha surtido la presentación de la solicitud y por ende no se entiende surtido el proceso de negociación establecido en la normatividad vigente.

De esta forma, mientras **INALAMBRIA** argumenta que la naturaleza del contrato suscrito entre las partes supone la existencia de una relación de acceso a la red de **COMCEL**, lo que implicaría que este último ajuste las tarifas según lo establecido en la Resolución CRC 4458 de 2014, **COMCEL**

¹³ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-479. folios 282 a 307.

¹⁴ 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."

argumenta que la relación que sostiene con **INALAMBRIA** corresponde 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 **INALAMBRIA**, 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.

En consideración a lo expuesto respecto de la relación material existente entre **INALAMBRIA** y **COMCEL**, 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.

En esta medida, resulta pertinente mencionar que de conformidad con lo establecido 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.

Una vez analizada la solicitud presentada por **INALAMBRIA**, se evidencia que la misma se trata de una solicitud de solución de controversias presentada por dicha sociedad para dirimir en la vía administrativa la controversia surgida en el marco de la relación material de acceso con **COMCEL**, 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 de 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 el 3 de junio de 2014, **INALAMBRIA** radicó una comunicación en la oficinas de **COMCEL**, en la que informa su intención de dar inicio al proceso de arreglo directo entre las partes, a efectos de solucionar la diferencia surgida entre las mismas, con relación a la aplicación de la Resolución CRC 4458 de 2014. En dicha comunicación solicita la designación de un equipo negociador de parte de **COMCEL** a fin de iniciar la etapa de arreglo directo con el propósito de llegar a un acuerdo dentro de los treinta días siguientes a la mencionada solicitud.¹⁵

En el mismo sentido, respecto de los requisitos de forma contenidos en la normatividad vigente, se evidencia la manifestación expresa de **INALAMBRIA** respecto de los puntos de divergencia, la inexistencia de acuerdo alguno, y en línea con lo anterior, su propuesta u oferta para dirimir aquellos asuntos en controversia, adjunta a su solicitud de trámite¹⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión considera que la solicitud de solución de conflicto presentada por **INALAMBRIA** 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

Con base en el análisis realizado por esta Comisión, en el que se concluye que existe una relación de acceso entre **INALAMBRIA** y **COMCEL**, se procede a revisar los aspectos atinentes a los otros puntos de divergencia, los cuales, de la revisión de los argumentos esgrimidos por las partes, se concretan en la determinación del régimen de remuneración aplicable al tráfico de SMS cursado por **INALAMBRIA** a través de la relación de acceso existente con **COMCEL**.

Sobre el particular es pertinente mencionar 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

¹⁵ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-479, folios 214 a 217.

¹⁶ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-479. Radicado 201530161.

de los aspectos remuneratorios de dicha relación, las demás dimensiones reguladas por las disposiciones contenidas en este régimen especial de acceso.

En línea con lo anterior, es pertinente analizar lo dispuesto en el Artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011¹⁷, 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."¹⁸

Como se puede apreciar, 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 se 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 desde 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 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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 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.

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 terminación¹⁹ de la red para el envío y la entrega de un SMS al usuario final, 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 el criterio 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."²⁰

En consecuencia, en el caso bajo análisis y en consideración a la divergencia que sostienen **INALAMBRIA** 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 **INALAMBRIA** 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. 19798", 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 CONTRATISTA a sus Clientes y originado por los 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."²¹*

De la revisión del contenido de la cláusula quinta anteriormente citada se puede concluir que la obligación esencial acordada por las partes es la prestación del transporte de SMS originados por **INALAMBRIA** con destino a sus clientes y viceversa en los términos del contrato y sus anexos.

Ahora bien, debe mencionarse que una vez revisado el contenido del contrato, sus anexos y adiciones, se concluye que éste de manera alguna incluye los conceptos adicionales, soportados en servicios no contemplados como acceso a la red, referenciados por **COMCEL** en su respuesta al traslado (Identificados por **COMCEL** como optin y REN excluido, gestión operativa de reclamos (PQR), gastos de ventas P y G y gastos de administración P y G).

De lo expuesto por las partes se 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 cortos, 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 como los referidos por **COMCEL**, que de existir, no han sido solicitados por **INALAMBRIA** ni los requiere en adelante, según manifiesta en su solicitud.

¹⁹ 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 disposiciones. "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."

https://www.crcom.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/BancaMovil/Respuesta_ComentariosSFM.pdf, pág. 39.

²⁰ Artículo 18 de la Resolución CAN 432 de 2000.

²¹ Expediente Administrativo No. 3000-4-2-479, folio 31.

En consecuencia, corresponde a esta Comisión determinar que con ocasión de la relación de acceso generada a partir del contrato vigente "*Contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto de SMS on net No. 19798*", 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.

En concordancia con lo anterior, respecto de 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 se 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.*"

En esta medida, el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011, estableció como supuesto de hecho de la norma, que la aplicación de los valores allí señalados, frente a la existencia en los contratos en ejecución de valores pactados por encima de los topes regulatorios, que al momento de su entrada en vigencia, se desata 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. 3000-4-2-479 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 **INALAMBRIA INTERNACIONAL S.A.**, 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 **INALAMBRIA INTERNACIONAL S.A.**, 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.

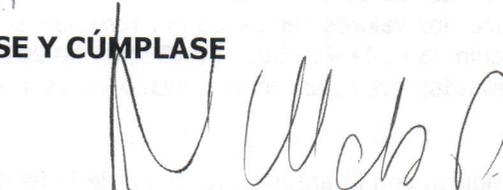
ARTÍCULO TERCERO.- Notificar personalmente la presente resolución a los representantes legales de **INALAMBRIA INTERNACIONAL S.A.** y de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de

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 **13 MAY 2015**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO MOLANO VEGA
Presidente


JUAN MANUEL WILCHES DURAN
Director Ejecutivo

Expediente Administrativo No. 3000-4-2-479
SC. 08/04/2015 Acta 314
CC. 16/03/2015 Acta 968

Revisó: Lina María Duque del Vecchio – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias
Proyectó: Luz Mireya Garzón, Andrés Gutiérrez Guzmán y Carlos Humberto Ruiz

C.R.C. COORDINACIÓN EJECUTIVA
 REPUBLICA DE COLOMBIA
 COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

Bogotá, D.C., en la fecha 14 mayo /15 10:52a.m. se

presentó personalmente el (la) doctor (a) Luis Alfonso Arias García Identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 79.542.927 y Tarjeta Profesional 77542925, quien en su calidad de Rep legal Inralambica se notificó del contenido de la resolución C.R.C. 4729 /15

EL NOTIFICADO

LA COORDINACIÓN EJECUTIVA

70112007