

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **47 37** DE 2015

*"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL** contra la Resolución CRC 4689 de 2015"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las que le confiere la Ley 1341 de 2009, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CRC 4689 del 25 de febrero de 2015, esta Comisión resolvió el conflicto surgido entre **COLOMBITRADE S.A.S.**, en adelante **COLOMBITRADE**, y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.**, en adelante **COMCEL**, "originado 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)."

Mediante notificación por medio electrónico se le dio a conocer el contenido de la Resolución CRC 4689 de 2015 a **COLOMBITRADE**, el 25 de febrero de 2015, y mediante diligencia de notificación por aviso se le dio a conocer el contenido de la misma Resolución a **COMCEL**, el 6 de marzo de 2015.

Dentro del término previsto para tales efectos, **COMCEL** interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRC 4689 de 2015, según comunicación con radicado interno 201530886 del 20 de marzo de 2015.

Teniendo en cuenta que el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL** cumple con lo dispuesto en los artículos 76¹ y 77² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

¹ **Artículo 76.** Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.

Administrativo, el mismo deberá admitirse y se procederá con su estudio, siguiendo para el efecto el mismo orden propuesto por el recurrente.

En todo caso, debe mencionarse que con el escrito presentado por el recurrente, no fueron allegadas pruebas ni hubo solicitud de pruebas, por lo que no hubo necesidad de correr el traslado de las pruebas allegadas, según lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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 DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR COMCEL

En el recurso de reposición presentado a consideración de esta Comisión, **COMCEL** solicita lo siguiente: **(i)** Petición principal: Que esta Comisión revoque el artículo primero de la Resolución CRC 4689 del 25 de febrero de 2015; **(ii)** Primera petición subsidiaria: En el evento que esta Comisión confirme el artículo primero de la Resolución CRC 4689 de 2015, solicita su modificación en el sentido de establecer que el valor por la remuneración a reconocer por parte de **COLOMBITRADE** para el acceso y uso de la red de **COMCEL** en los términos del artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y sus respectivas modificaciones debe ser desde la fecha de ejecutoria del acto administrativo que pone fin a la actuación administrativa y no desde el 14 de abril de 2014; **(iii)** Segunda petición subsidiaria: En el evento que esta Comisión confirme el artículo primero de la Resolución CRC 4689 de 2015, se solicita a esta Comisión su modificación en el sentido de establecer que el valor por la remuneración a reconocer por parte de **COLOMBITRADE** para el acceso y uso de la red de **COMCEL** en los términos del artículo 38 de la Resolución 3501 de 2011 y sus respectivas modificaciones debe ser desde la fecha en que esta Comisión avocó conocimiento y no desde el 14 de abril de 2014.

A continuación, se procede a resumir los argumentos del recurrente, así:

2.1. CONSIDERACIONES DEL RECURRENTE

2.1.1. Aplicabilidad de la Ley 1341 de 2009. Contrato suscrito con COLOMBITRADE

Con el propósito de presentar los argumentos que soportan la petición principal, el recurrente se refiere a dos temas puntuales, el régimen aplicable al caso concreto y la relación material que en su concepto existe entre **COLOMBITRADE** y **COMCEL**.

El recurrente insiste en que el servicio que **COMCEL** le presta a **COLOMBITRADE** se realiza bajo Licencia No. 2243 del 11 de septiembre de 2006 mediante el 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 **COLOMBITRADE** debió rechazarse, reiterando que el contrato objeto de la controversia corresponde a servicios prestados en la red de valor agregado y por lo tanto, de conformidad con lo

² "Artículo 77. Requisitos. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos. Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido. 2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad. 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer. 4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses.

Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber."

previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, dicha Ley no es aplicable en el caso en cuestión, en consecuencia, lo ajustado a derecho es la aplicación de las normas que rigen la licencia de **COMCEL** como operador de valor agregado.

Respecto de la relación material existente entre **COLOMBITRADE** y **COMCEL**, sostiene este último que ésta va más allá del acceso. Indica el recurrente que **COLOMBITRADE** contrata con **COMCEL** la prestación de un servicio de SMS (bolsa de mensajes) con el fin de usar estos mensajes con sus clientes para prestar servicios de lo que ellos denominan "marketing digital", lo que le permite a los clientes enviar SMS o correos electrónicos a varias personas, según manifiesta **COMCEL**, para la notificación de eventos a clientes, recordatorios de revisión mecánica, recordatorios de citas médicas, campañas de vacunación, campañas de mercadeo y notificaciones en temporada electoral.

Añade **COMCEL** que **COLOMBITRADE**, a través de su página web, indica que tiene una plataforma que posee una conexión con cada uno de los operadores móviles en Colombia. En este sentido, aduce que **COLOMBITRADE** está sustentando gran parte de su negocio en la base de usuarios de **COMCEL**, la cual le genera el mayor valor agregado a su negocio, pues sus clientes pueden hacer marketing con la totalidad de la base de usuarios de **COMCEL** y así captar nuevos clientes para sus negocios, es por esta razón que en la relación entre las partes, se deben cuantificar los costos en los que **COMCEL** incurre para captar, mantener y retener su base de usuarios y no simplemente reconocer una tarifa de acceso.

En este mismo sentido, considera el recurrente que el análisis que hace esta Comisión sobre los componentes del contrato de prestación de servicios de transporte de SMS suscrito entre **COMCEL** y **COLOMBITRADE** tiene una motivación insuficiente, en primer lugar, porque se concluye que el contrato suscrito es un contrato de acceso sin que la legislación ni la regulación en Colombia tengan tipificado el contrato de acceso y; en segundo lugar, si se compara el proyecto de contrato de acceso propuesto por **COMCEL** como oferta final en el presente conflicto y el contrato actualmente vigente entre las partes, frente a la regulación vigente para PCA, en concepto de **COMCEL** se concluiría que existen varias obligaciones de la relación comercial vigente con **COLOMBITRADE** que están en cabeza de **COMCEL** y que deberían ser responsabilidad del PCA si sólo se tratara de una obligación de acceso. En esta medida sostiene **COMCEL** que está respondiendo solidariamente con el PCA frente al servicio de contenidos y aplicaciones prestados por **COLOMBITRADE** y, por lo tanto, el mencionado contrato no refleja lo regulado por la CRC frente a lo que debe ser una simple relación de acceso y de las obligaciones que debe tener un PCA cuando realmente responde integralmente frente al usuario.

2.1.2. Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por el recurrente en este cargo, y particularmente respecto del régimen aplicable al caso en concreto, debe recordarse que como fuera expresado en la Resolución CRC 4689 de 2015, el régimen de transición previsto por el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, no condiciona la aplicación de la totalidad de las disposiciones de la referida Ley, ello en la medida en que dicha norma es clara en determinar que los efectos del régimen de transición aplican **solamente en relación con las habilitaciones**, respecto de proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley, quienes estuvieron en la posibilidad de 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 esta forma, resulta inadmisibles suponer que por el hecho de que un operador decida no acogerse al régimen de habilitación general de la Ley 1341 de 2009, ello tendría como consecuencia hacer nugatorio los efectos generales de una norma tan relevante, por la cual se determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que rigen el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información, según se describe en el objeto de la misma Ley.

En línea con lo anterior, es pertinente reiterar que esta Comisión, en virtud de la referida Ley, ostenta la competencia para regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones como un todo, conforme lo disponen claramente sus artículos 20 y 22. Adicionalmente, se reitera que corresponde al ejercicio de las funciones de la CRC, la expedición de regulación de carácter particular asociadas a las obligaciones de interconexión y acceso, que son independientes del régimen de habilitación previsto en la Ley 1341 de 2009 o en legislación precedente a su promulgación, y cuyo ejercicio por parte de esta entidad de ninguna manera quedó condicionado dentro del alcance del régimen de transición contemplado en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. De aceptar el argumento presentado por el recurrente, se llegaría al absurdo de considerar que ningún proveedor de redes y servicios de comunicaciones (PRST) o proveedor de contenidos y aplicaciones (PCA), estaría en la posibilidad de suscribir acuerdos de acceso con proveedores con licencias de valor agregado vigentes, en la medida en que la normatividad aplicable al momento del otorgamiento de dichas licencias, no precisaba dichos conceptos, lo cual resulta incomprensible, contrario al espíritu de la Ley 1341 de 2009 y ajeno al avance del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Adicionalmente, vale la pena mencionar que, aun en la presencia de un servicio de valor agregado, en nada cambiaría la aplicabilidad de la regulación ni la competencia de esta Comisión para resolver el conflicto.

De otra parte, en lo que tiene que ver con lo indicado por **COMCEL** en relación con que la realidad material que existe con **COLOMBITRADE** va más allá del acceso, planteando que **COLOMBITRADE** presta servicios de "marketing digital" sobre la base de usuarios de **COMCEL**, lo que implicaría en su consideración la necesidad de cuantificar los costos en los que **COMCEL** incurre para captar, mantener y retener su base de usuarios y no simplemente reconocer una tarifa de acceso, vale la pena recordar que, como fuera expresado en el documento soporte del proyecto regulatorio "Revisión de cargos de acceso de las redes móviles",³ en la definición de los valores actualmente vigentes de cargos de acceso de mensajes cortos de texto, la CRC utilizó la herramienta del modelo de costos de redes móviles elaborada en el año 2011 en la cual se desarrolló toda la modelación eficiente de una red móvil, incorporando los elementos de red requeridos para servicios de voz y SMS, estimaciones de tráfico para dichos servicios y todos los aspectos operativos necesarios. En consecuencia, el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y sus modificaciones, determinan la aplicación de los valores allí referenciados como un tope establecido por la regulación, al cual no pueden sumársele montos adicionales por los conceptos expresados por el recurrente, derivados de su propia actividad comercial.

En adición a lo anterior, respecto del argumento de **COMCEL**, según el cual el análisis que hace esta Comisión sobre los componentes del contrato de prestación de servicios de transporte de SMS suscrito entre **COMCEL** y **COLOMBITRADE** tiene una motivación insuficiente porque se concluye que el contrato suscrito es un contrato de acceso, sin que la legislación o la regulación hayan tipificado dicho contrato, es pertinente recordar que esta Comisión no ha determinado la existencia de un nuevo tipo contractual, como lo entiende el recurrente; esta Comisión mediante la Resolución CRC 4689 de 2015 se ocupó de resolver una controversia en relación con la remuneración de las redes de los servicios móviles con ocasión de su utilización a través de mensajes cortos de texto (SMS), para lo cual identificó que la realidad material que se viene ejecutando en el contrato suscrito entre **COMCEL** y **COLOMBITRADE**, implica la utilización de 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 2011⁴. Como consecuencia de lo anterior, esta Comisión determinó que, con ocasión de la relación de acceso que subyace al contrato suscrito entre las partes, estas 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, en los términos señalados en dicho artículo.

Como argumento adicional, en opinión de **COMCEL**, por virtud del contrato suscrito entre las partes el recurrente ha asumido obligaciones que deberían estar en cabeza del PCA si solamente se tratara de una obligación de acceso, agregando que actualmente está respondiendo solidariamente

³ Documento Soporte de la Revisión de cargos de acceso de las redes móviles. Resolución CRC 4660 de 2014. https://www.crc.com.co/uploads/images/files/2014/Actividades_Regulatorias/Doc_soporte_CA_3.pdf Pág. 29.

⁴ 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."

con el PCA frente al servicio de contenidos y aplicaciones prestados por **COLOMBITRADE**. Al respecto, debe mencionarse que la anterior afirmación resulta contradictoria con lo dispuesto por el propio **COMCEL** y **COLOMBITRADE** en el contrato suscrito por dichos proveedores, pues según lo establecido en la cláusula décima tercera del contrato "*Nada de lo contenido en el presente Contrato debe ser considerado como la constitución de una relación de socios ente ambas Partes, por lo que no se unen activos con responsabilidades fiscales frente a terceros ni de cualquier otra naturaleza, limitándose la relación de ambas Partes, única y exclusivamente, a lo estipulado en el presente Contrato*" (NFT), disposición que evidencia una total separación de responsabilidades entre las partes del contrato.

Adicionalmente vale la pena recordar que, las fuentes de la solidaridad, según establece el Código Civil en su artículo 1568 son la convención, el testamento y la ley, para lo cual deben seguirse las formalidades previstas en la normatividad civil según la cual:

"Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley".

Al efecto, resulta pertinente mencionar que ninguna de las obligaciones previstas en el contrato suscrito entre las partes da a entender siquiera que **COMCEL** responda frente a los clientes de **COLOMBITRADE** de forma solidaria, de tal suerte que ninguna de las pruebas que obran en el expediente, da cuenta de que exista la aludida solidaridad planteada por el recurrente.

2.1.3. Fecha de aplicación. Contenido de la regulación general

Por otra parte, con el propósito de fundamentar su primera y segunda petición subsidiaria, **COMCEL** presenta los siguientes argumentos.

Considera el recurrente que la decisión tomada por esta Comisión contraría el principio de "ir contra acto propio" si se tiene en cuenta que, según manifiesta **COMCEL**, desde el año 2011 no encontró que ninguna de las decisiones de la CRC sea aplicable en fecha anterior a la cual esta entidad avocó conocimiento. Sostiene que en el presente caso se cambia totalmente de posición al darle un efecto retroactivo al acto administrativo, al indicar que el valor a remunerar por **COLOMBITRADE** a **COMCEL**, que fue la circunstancia que motivó el conflicto, debe ser aplicado desde el 14 de abril de 2014, fecha en la cual ni **COLOMBITRADE** ni **COMCEL** habían solicitado la solución de la controversia. En opinión de **COMCEL**, con esto se contrarían los principios de irretroactividad de las normas, de buena fe y de ir contra acto propio. A efectos de ilustrar su punto, cita apartes de la Resolución CRC 4036 de 2012 "Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.", relacionada con la determinación de cargos de acceso, Resolución CRC 4172 de 2013 "Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y AVANTEL S.A.S.", relacionada con la posibilidad de asumir de manera conjunta y en proporciones iguales los costos de los medios de la interconexión, Resolución CRC 4461 de 2014, Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.", relacionada con disminución de la cantidad de nodos de interconexión de una de las partes y Resolución CRC 4400 de 2014 "Por la cual se resuelve un conflicto entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.", relacionada con la determinación de costos de interconexión.

2.1.4. Consideraciones de la CRC

Frente a la argumentación de **COMCEL**, según la cual esta Comisión iría contra sus propios actos al ordenar mediante la Resolución CRC 4689 de 2015 que la remuneración a reconocer por parte de **COLOMBITRADE** por el acceso y uso de la red de **COMCEL** 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, así como en contra del principio de irretroactividad de los actos administrativos, es pertinente reiterar que el acto administrativo recurrido dio aplicación a lo

⁵ CÓDIGO CIVIL.- ARTÍCULO 1568.

ya dispuesto desde el 14 de abril de 2014 en el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011, acto administrativo de carácter general y abstracto, cuya aplicabilidad, ejecutoriedad y obligatorio cumplimiento se predica desde la fecha misma de su publicación en el Diario Oficial. El artículo en comento expresamente estableció que:

"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."(NFT).

De esta forma, el acto recurrido solo hace alusión a una realidad material ya sujeta a la aplicación de una regulación específica, cuyos efectos se produjeron a partir de la publicación de dicha norma en el Diario Oficial, pues según la misma, desde dicha fecha los acuerdos que contuvieran valores que *"sean superiores a los topes regulatorios a los que hace referencia el presente artículo, deberán reducirse a dichos topes"*.

En este sentido la Corte Constitucional, mediante Sentencia No. C-069/95 ha dicho que:

"La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual."(NFT).

Lo anterior implica que la relación material de acceso existente entre **COLOMBITRADE** y **COMCEL** ésta afecta a la decisión adoptada por la regulación vigente desde la expedición de la Resolución CRC 4458 de 2014, la cual modificó la Resolución CRC 3501 de 2011, la cual produjo efectos, como ya se anotó, desde el 14 de abril de 2014. Así, es dicho acto el que ha tenido la virtud de producir el efecto jurídico sobre la relación de acceso objeto de análisis, situación que

simplemente fue reconocida en el acto administrativo recurrido. Así, no es cierto que haya un efecto retroactivo del acto, pues sus efectos se producen a futuro desde la publicación en el Diario Oficial de la citada Resolución CRC 4458 de 2014.

En consecuencia, no es posible acceder a la **primera petición subsidiaria del recurrente**, mediante la cual solicita que se reconozcan los efectos de la aplicación del valor por la remuneración a cargo de **COLOMBITRADE** para el acceso y uso de la red de **COMCEL** en los términos del artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y sus respectivas modificaciones, desde la fecha de ejecutoria del acto administrativo que pone fin a la actuación administrativa que resuelve la controversia, ni la **segunda petición subsidiaria**, por la cual se solicita que el valor por la remuneración a reconocer por parte de **COLOMBITRADE** para el acceso y uso de la red de **COMCEL** debe ser aplicado desde la fecha en que esta Comisión avocó conocimiento del conflicto entre las partes. Sobre este punto en particular vale la pena agregar que el acto administrativo particular por el cual se resuelve el conflicto entre las partes no puede vulnerar, contradecir o postergar la entrada en vigencia de lo ya ordenado en una disposición de carácter general⁶ de carácter imperativo, como ocurre con lo establecido expresamente por el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011. Acceder a las peticiones subsidiarias de **COMCEL** sería tanto como aceptar la inaplicación de la regulación general, durante un lapso en la que estuvo vigente y produciendo efectos.

Finalmente, frente a la argumentación de **COMCEL**, según la cual esta Comisión iría contra sus propios actos al ordenar mediante la Resolución CRC 4689 de 2015 que la remuneración a reconocer por parte de **COLOMBITRADE** por el acceso y uso de la red de **COMCEL**, debe ser aplicada desde el 14 de abril de 2014, es necesario mencionar el alcance y desarrollo que la jurisprudencia le ha dado a la teoría de los propios actos de la administración, la cual parte del principio de la confianza legítima ampliamente explicado por la Corte Constitucional⁷:

"El principio de confianza legítima tiene fundamento en el principio de buena fe estipulado en el artículo 83 de la Constitución⁸. A partir de la norma constitucional, esta Corporación expresó que la confianza legítima consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho. Más adelante añade la Corte los elementos que se deben presentar para que pueda configurarse la confianza legítima: El principio de confianza legítima, particularmente, se basa en tres presupuestos: (i) la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; (ii) una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y (iii) la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. De esta forma, el principio de buena fe, en su dimensión de confianza legítima, compele a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico".

En el caso bajo análisis es preciso concluir que, respecto de las actuaciones previas que cita el recurrente, para que haya lugar a la aplicación del principio de confianza legítima, debe existir identidad entre los hechos y las decisiones adoptadas por esta Comisión. De acuerdo con lo anterior, debe recordarse que en este caso concreto esta Comisión está dando aplicación a una regla contenida en el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y sus respectivas modificaciones, norma que de manera directa especificó cómo debía darse aplicación a lo dispuesto en la misma en aquellos casos en los que habiendo acuerdos vigentes, hubiere valores de remuneración superiores a los establecidos en la regulación adoptada:

⁶ Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección primera. Bogotá, D.E., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991). Consejero Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. "Un acto de carácter general no puede ser desconocido en un caso particular así sea por el mismo funcionario y órgano autor de aquel en virtud del principio que se denomina en la doctrina como la inderogabilidad singular de los reglamentos. Hay rompimiento del principio de igualdad de los particulares frente a las cargas públicas, que es desarrollo del principio de igualdad frente a la ley."

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.

De esta forma, y según lo explicado desde el concepto mismo de confianza legítima en el que se sustenta la teoría de los actos propios de la administración, al dar aplicación a un acto administrativo de carácter general, que establece unas reglas claras para su aplicación, se atiende la necesidad de preservar el interés público y se cumple con una disposición de carácter general y perentoria para los proveedores. En consecuencia, la decisión adoptada por esta Comisión no contraría decisiones anteriores ni confiere un efecto retroactivo al acto administrativo mediante el cual se resuelve la controversia.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.**, contra la Resolución CRC 4689 del 25 de febrero de 2015.

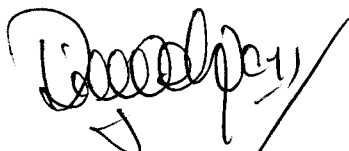
ARTÍCULO SEGUNDO. Negar todas las pretensiones de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.** por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes la resolución recurrida.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente la presente resolución a los representantes legales de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.** y de **COLOMBITRADE S.A.S.**, 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 no procede recurso alguno.

Dada en Bogotá D.C. a los

15 MAY 2015

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO MOLANO VEGA
Presidente



JUAN MANUEL WILCHES DURÁN
Director Ejecutivo

Expediente 3000-4-2-474

S.C. 14/05/2015 Acta 316

C.C. 20/04/2015 Acta 972

Revisó: Lina María Duque Del Vecchio – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias
Proyectó: Carlos Humberto Ruiz y Andrés Gutiérrez Guzmán