



Comisión de Regulación
de Comunicaciones
REPUBLICA DE COLOMBIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **4764** DE 2015

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

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

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

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante escrito presentado el día 11 de febrero de 2015¹, **COLOMBITRADE S.A.S**, en lo sucesivo **COLOMBITRADE**, solicitó ante esta Comisión la iniciación del trámite administrativo correspondiente con el fin de que se dirimiera la controversia surgida con **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, en lo sucesivo **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, según lo señalado en su escrito, *"originada en la negativa de esta última a dar cumplimiento a la Resolución No. 4458 de 2014 (...) en lo relacionado con la remuneración de las redes de los servicios móviles con ocasión de su utilización a través de mensajes cortos de texto (SMS)."*

El 16 de febrero de 2015², en comunicación dirigida al representante legal de **COLOMBITRADE**, el Director Ejecutivo de esta Comisión informó sobre la iniciación de la actuación solicitada por esta empresa, así como sobre el traslado efectuado de dicha solicitud a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, proveedor a quien se le remitió copia de la solicitud mencionada, para que dentro del término legal establecido, presentara sus argumentos de hecho y de derecho, allegara o solicitara pruebas, formulara sus observaciones y comentarios y manifestara sus condiciones para resolver el conflicto.

En atención a lo anterior, por medio de comunicación del 20 de febrero de 2015³, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** presentó sus consideraciones y observaciones a la solicitud planteada por **COLOMBITRADE**.

¹ Mediante Radicado 201530403 – Folios 1 a 15

² Mediante Radicado 201430403 – Folios 16 a 18

³ Mediante Radicado 201530505 – Folios 19 a 62

H

7 al

Teniendo en cuenta lo anterior, el Director Ejecutivo de la CRC, el 24 de febrero de 2015 dio inicio a la etapa de mediación de que trata el artículo 45 de la Ley 1341 de 2009, para lo cual mediante oficios⁴ de esa misma fecha convocó a los representantes legales de cada uno de los proveedores involucrados en el presente trámite administrativo, para realizar la audiencia correspondiente, la cual tuvo lugar en las instalaciones de esta Comisión el día 3 de marzo de 2015 a las 11:00 de la mañana. Dicha audiencia fue suspendida por petición de las partes, quienes con la intención de llegar a un acuerdo directo, se reunieron el viernes 6 de marzo. La audiencia de mediación se reanudó el jueves 12 de marzo a las 10:30 de la mañana, sin que las partes lograsen un acuerdo directo sobre los asuntos en divergencia⁵.

Seguido a esto último, el Director Ejecutivo de la CRC solicitó a ambas partes, mediante comunicación enviada el 17 de marzo de 2015⁶, que allegaran el contrato completo, incluyendo la totalidad de los anexos, solicitud que fue respondida por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**⁷ el 18 de marzo de 2015.

Posteriormente, mediante auto de decreto de pruebas notificado el 14 de abril de 2015⁸, se incorporaron a la presente actuación administrativa los documentos que hasta el momento ambas partes habían allegado y se solicitó a las partes que aportaran prueba debidamente sustentada, donde se pudiera evidenciar la estructura y las características de la conexión física y lógica de la red, indicando los elementos que se interconectan, los protocolos de comunicación utilizados y los demás aspectos técnicos necesarios para el envío de SMS. Adicionalmente, se solicitó a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** que realizaría una descripción detallada del tipo de servicio para el cual se celebró el contrato denominado "MEP Empresarial".

El 17 de abril de 2015, **COLOMBITRADE** radicó ante esta Comisión una comunicación⁹ mediante la cual dio respuesta a lo solicitado en el auto decreto de pruebas. Por su parte, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** dio respuesta a lo solicitado en el mencionado auto, mediante comunicación del 21 de abril de 2015¹⁰.

Acto seguido, esta Comisión dio traslado¹¹ de dichas comunicaciones conforme a lo establecido en el artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a fin de que ambas partes tuvieran la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas, antes de proceder a dictar una decisión de fondo.

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, mediante comunicación radicada el 4 de mayo de 2015¹², dio respuesta al traslado en comento. Por su parte, **COLOMBITRADE** radicó sus comentarios el 8 de mayo de 2015¹³, señalando preliminarmente que el traslado dado por esta Comisión no fue recibido sino hasta el día 6 de mayo; en razón de lo expuesto, **COLOMBITRADE** solicitó a esta Comisión que las consideraciones allegadas fueran tenidas en cuenta dentro de la presente actuación administrativa.

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

2. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR COLOMBITRADE

Dentro del recuento de hechos presentado por **COLOMBITRADE**, indica que desde el año 2013, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** le ha prestado el servicio de mensajería de

⁴ Mediante Radicados. 201530403 y 201530505 – Folios 63 y 64

⁵ Folios 65 a 82

⁶ Mediante Radicado 201520315 – Folios 83 y 84

⁷ Mediante Radicado 201530868 – Folios 85 a 94

⁸ Mediante Radicado 201520434 – Folio 95 a 99

⁹ Mediante Radicado 201531179 – Folios 100 a 138

¹⁰ Mediante Radicado 201531206 – Folios 139 a 141

¹¹ Mediante Radicado 201520475 – Folios 142 y 143

¹² Mediante Radicado 201531330 – Folios 144 a 147

¹³ Mediante Radicado 201531397 – Folios 148 a 154

texto SMS, a través del plan MEP EMPRESARIAL, y el servicio MP4 por un valor total de NOVECIENTOS UN MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE, IVA INCLUIDO (\$901.694,00 m/cte), por 10.000 mensajes de texto¹⁴.

A continuación señala que el 14 de abril de 2014, la CRC expidió la Resolución 4458 de 2014 en la que se definieron las condiciones de remuneración de las redes de servicios móviles asociadas a la provisión de contenidos y aplicaciones a través de SMS "que deberán aplicar los operadores nacionales a los PCA". Fundado en dicho acto administrativo, **COLOMBITRADE** indica que el 25 de abril de 2014 radicó una solicitud ante **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** con la finalidad de que aplicara al contrato vigente las tarifas a las que hace alusión la citada resolución.

COLOMBITRADE señala que el 20 de mayo del mismo año, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** respondió que no era posible cambiar las tarifas en ese momento, pero que a pesar de lo expresado, en el momento de la modificación, de ser necesario, se haría el ajuste conforme a lo establecido en la Resolución en comento.

No obstante lo anterior el cambio no se produjo de mutuo acuerdo por lo que manifiesta que "i) la tarifa es superior a las contenidas en la Resolución CRC 4458 de 2014 y ii) el valor propuesto se encuentra en un 584% superior a los establecidos dentro de la ley".

Con base en estos argumentos, **COLOMBITRADE** solicita:

"1. Ordenar a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** dar estricta aplicación al contenido del artículo 38 de la Resolución No. 4458 de 2014 [refiriéndose al artículo 21, de la Resolución CRC 4458 de 2014, mediante la cual se modificó el artículo 38 de la Resolución CRC 3105 de 2011], debido a que el contrato suscrito entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA MÓVIL** [refiriéndose a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**] se funda en el servicio contratado de SMS.

2. Como consecuencia de la anterior petición, ordenar a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** el ajuste de las tarifas del servicio prestado, con retroactividad desde el 25 de abril del presente año, fecha en la cual se radicó en esa entidad la primera solicitud de aplicación del artículo 38 de la Resolución No. 4458 de 2014 [refiriéndose al artículo 21, de la Resolución CRC 4458 de 2014, mediante la cual se modificó el artículo 38 de la Resolución CRC 3105 de 2011], tal como lo dispone la misma norma.

4 [refiriéndose al numeral 3]. Ordenar a **COLOMBIA MÓVIL** [refiriéndose a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**] reintegrar a **COLOMBITRADE** la diferencia entre la tarifa aplicada y la determinada por la resolución relacionada en los hechos de la presente solicitud durante el 2014"

3. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR COLOMBIA TELECOMUNICACIONES

Frente a la solicitud de **COLOMBITRADE** objeto de traslado, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** afirma que la petición es improcedente toda vez que, en su criterio, no puede estarse frente a una relación de acceso, de las establecidas en la Resolución CRC 3101 de 2011, debido a que entre las sociedades en cuestión existe una relación de prestación de servicios. Lo anterior, con fundamento en que entre las partes se suscribió un contrato de prestación de servicios denominado "MEP EMPRESARIAL".

Como sustento de lo expresado, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** expone las diferencias que existen entre las reglas que rigen una relación de acceso y una de prestación de servicios de telecomunicaciones; indica que en una relación de acceso, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** actúa en calidad de proveedor de acceso, los precios están regulados y se prestan los servicios a través de una red. Por su parte, en una relación de prestación de servicios, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** actúa en calidad de proveedor

¹⁴ Es decir que cada SMS tiene un valor de noventa pesos con dieciséis centavos moneda corriente (\$90.16 m/cte), con IVA incluido y antes de impuesto de setenta y siete pesos con siete centavos moneda corriente (\$77.7 m/cte)

de redes y servicios de comunicaciones, es responsable del servicio y existe libertad tarifaria. Consecuencia de lo expresado, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** señala que el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009 no es aplicable para el caso concreto.

Ahora, respecto a la relación de hechos presentados en la solicitud de **COLOMBITRADE**, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** responde de manera sucinta, limitándose a señalar si considera como ciertos o no los hechos, presentar aclaraciones o declarar que en su criterio son apreciaciones.

En cuanto al conflicto como tal, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** indica que en su criterio no existe un conflicto porque **COLOMBITRADE** nunca ha presentado una solicitud de acceso. Para **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** existe una interpretación errada sobre el objeto del contrato firmado entre las partes y lo que se pretende es novar el objeto del contrato, transformándolo de un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones de mensajes de texto a una relación de acceso, lo cual resulta improcedente por esta vía.

De lo expuesto, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** considera entonces que esta Comisión debe declararse inhibida para conocer la solicitud presentada por **COLOMBITRADE**, toda vez que no existe una relación de acceso, ni un desacuerdo sobre dicha relación, como tampoco puede modificar el objeto del contrato celebrado entre las partes, pues se estaría extralimitando en sus funciones.

Por lo anterior, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** solicita a la CRC:

*"(i) Que rechace por improcedente la petición incoada en la solicitud de solución de controversias presentada por **COLOMBITRADE***

*ii) Declare la falta de competencia de la CRC y iii) ratifique que el acceso se debe realizar conforme a las alternativas ofrecidas por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, previo la solicitud de acceso".*

Por último, la oferta final de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** consiste en que **COLOMBITRADE** acceda a la red móvil, de acuerdo con los términos y condiciones ya aprobados por esta Comisión y en las condiciones que se acuerden en el contrato de acceso, previa solicitud de acceso que se haga a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**.

4. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA PROCEDENCIA DEL TRÁMITE

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

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

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

De esta forma, el análisis de los requisitos de procedibilidad no puede realizarse hasta tanto no se logre determinar cuál es la relación material que actualmente existe entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, asunto al que se hará referencia en el siguiente numeral. Lo anterior debido a que esta Comisión es el órgano

competente para dirimir las controversias que se susciten entre proveedores de redes y servicios de comunicaciones y proveedores de contenidos y aplicaciones, en virtud de las facultades conferidas en los numerales 3, 9, 10 y 11 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, procedimiento especial que recae sobre los siguientes aspectos:

- Soluciones de controversias entre proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y proveedores de contenidos y aplicaciones, incluyendo las relacionadas con el acceso, uso e interconexión;
- Fijación de condiciones de acceso, uso e interconexión; e
- Imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión.

Adicionalmente, es importante establecer cuál es el asunto de la controversia, a lo que se hará referencia en el numeral 5 de la presente resolución, pues los contratos que regulan las relaciones materiales tanto de acceso como de interconexión tienen elementos propios de contratos privados, de los cuales las partes pueden disponer libremente, así como de otros elementos que son definidos de manera directa por el regulador en manifestación de la intervención del Estado en la economía, y que es ejercida por esta Comisión mediante la función de solución de controversias.

4.2. Respecto de la relación material existente entre COLOMBITRADE y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES

De la revisión de la totalidad de los documentos y pruebas allegadas al presente trámite administrativo se evidencia que, en el caso bajo análisis, la relación material existente entre las partes está regida por el contrato denominado "*Contrato para la prestación de MEP Empresarial*", suscrito el día 12 de agosto de 2013, el cual tiene por objeto según lo establecido en la Cláusula Primera, lo siguiente:

*"Telefónica prestará al **Suscriptor**, en las condiciones establecidas en las concesiones a ella otorgadas, en forma independiente y de manera continuada, el servicio de transmisión de mensajes de datos en pantalla a los usuarios corporativos de telefonía móvil celular indicados por el **Suscriptor** (en lo sucesivo el Servicio MEP), a través de la red celular de **Telefónica** y el **Suscriptor** pagará por este servicio el precio estipulado en la Cláusula Quinta."*

De igual manera se encuentran establecidas, mediante la Cláusula Segunda, las condiciones de prestación del servicio, dentro de las cuales se define en el numeral 2.2 las siguientes características del servicio:

*"(...) b) para el envío de mensajes, el **Suscriptor** debe tener su propio servicio de acceso a Internet, ingresar su nombre y password que le permiten acceder al servidor web de **Telefónica** (...) c) Una vez enviado el mensaje, a través de la red de Internet, pasa a la red corporativa de **Telefónica**, la cual está conectada con la plataforma de SMSC de **Telefónica**, que a su vez está en conexión con switch de **Telefónica**, de donde se envía automáticamente al usuario celular el mensaje de texto en pantalla (...)"*

Complementario a lo anterior, debe resaltarse que en la Cláusula Tercera, donde están contempladas las obligaciones del **Suscriptor**, se señala que este deberá

*"(...) b) Contar con una conexión a internet que le permita acceder a la red de **Telefónica**; c) el **Suscriptor** debe desarrollar lo necesario para conectarse con la solución desarrollada por **Telefónica** para este fin (...)"*

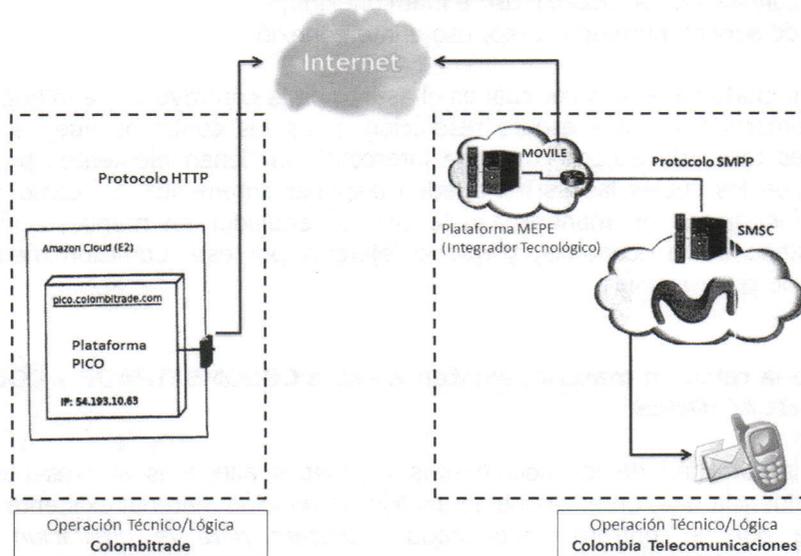
Ahora bien, dado que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** aduce que, en su entendimiento, es necesario suscribir un nuevo contrato con el fin de generar una relación de acceso entre las partes, ya que el mismo considera que en la actualidad no ostentan una relación de acceso, resulta útil describir las condiciones técnicas que se presentan en la relación vigente entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**.

Dentro de la respuesta al Auto de Pruebas decretado por esta Comisión, el 14 de abril del 2015, ambas partes remitieron un esquema que describe la arquitectura de la relación técnica

y lógica existente entre ellas, mediante la cual **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** presta el servicio de transmisión de mensajes de datos en pantalla a los usuarios corporativos de telefonía móvil celular de **COLOMBITRADE**.

En la Figura No. 1 se resume la arquitectura involucrada en la prestación del servicio suministrado por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** a **COLOMBITRADE**:

Figura No. 1. Arquitectura de la relación vigente entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**



Elaboración CRC - Fuente de información: Auto de Pruebas del 14 de abril de 2015.
Expediente 3000-4-5-482

En la Figura 1, se describe cómo **COLOMBITRADE** tiene internamente su infraestructura técnica, que le permite transmitir los mensajes que serán entregados por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** a usuarios corporativos de telefonía móvil celular; **COLOMBITRADE** utiliza un administrador de mensajería SMS a través de una plataforma propia denominada PICO, la cual enruta los mensajes mediante la invocación del servicio Web, usando como base el protocolo HTTP. Los mensajes son recibidos en la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** por medio de la plataforma MEPE¹⁵ On Net administrada por la empresa Movile, la cual, por solicitud de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, realiza las funciones de Integrador Tecnológico. Esta plataforma accede mediante el protocolo SMPP al SMSC de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, el cual finalmente entrega los SMS a los usuarios finales.

Del análisis expuesto se tiene que en efecto, a pesar de utilizar una denominación diferente a la establecida en la regulación, se utiliza una infraestructura de transporte que permite la conectividad entre las dos redes, que a su vez garantiza el interfuncionamiento y la interoperabilidad para el intercambio de mensajes entre la plataforma de **COLOMBITRADE** y los usuarios de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, a través de la infraestructura de este último, lo cual concuerda con la definición de "Acceso" contenida actualmente en el artículo 3 de la Resolución CRC 3101 de 2011¹⁶. Adicionalmente a lo anterior, se debe tener en cuenta que **COLOMBITRADE** no se comporta como un usuario final de servicios móviles de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, puesto que no se comunica con éste a través su red de acceso, sino que lo hace con la red núcleo a través de Internet, lo cual deja en evidencia que no puede considerarse como un gran usuario.

¹⁵ MEPE: Mensajería Empresarial, definido por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en respuesta al traslado de la contestación de **COLOMBITRADE** al Auto de Pruebas expedido por esta Comisión el 14 de abril de 2015, con Radicación interna 201531330.

¹⁶ 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."

Así las cosas, no le asiste la razón a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** cuando señala que la relación vigente entre las partes no es una relación de acceso por encontrarse regulada en un contrato de prestación de servicios denominado por las partes "MEP EMPRESARIAL", y que el mismo responde únicamente a una relación comercial diferente de la regulada por esta Comisión.

En efecto, es claro que la relación existente actualmente entre las Partes versa sobre el *acceso* por parte de **COLOMBITRADE** a la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** para la interoperabilidad entre la plataforma de distribución de SMS denominada PICO de **COLOMBITRADE** y plataforma MEPE On Net de la empresa Movile la cual hace las funciones de Integrador Tecnológico, por petición de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**. Lo anterior, permite entender que dicha relación efectivamente se refiere a una relación de acceso, situación que no resulta alterada por el simple hecho que el instrumento contractual que vincula a las partes se haya denominado como "*Contrato para la prestación de MEP Empresarial*".

En este sentido, es indiscutible que a la mencionada relación le son aplicables las reglas establecidas en el régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones contenidas en la Resolución CRC 3101 de 2011, 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.

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

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

Revisado el escrito de solicitud inicial allegado por **COLOMBITRADE** se constató que la misma se trata de una solicitud de solución de controversias presentada por dicho proveedor de contenidos y aplicaciones respecto de la relación que actualmente sostiene con **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, y a efectos de lo cual dio cumplimiento a los requisitos de forma y procedibilidad contenidos en el Título V de la Ley 1341 de 2009. En efecto, del estudio de los documentos que conforman la solicitud presentada a esta Comisión fue posible evidenciar el cumplimiento de los requisitos contenidos en la citada Ley, en especial en lo que respecta al requisito asociado al previo agotamiento del plazo de negociación directa; se advierte el cumplimiento de este parámetro en la medida en que desde el 25 de abril de 2014 **COLOMBITRADE** radicó una solicitud ante **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** con la finalidad de que aplicara al contrato vigente, las tarifas a las que hace alusión la Resolución 4458 de 2014.

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

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

5. CONSIDERACIONES SOBRE EL ASUNTO EN CONTROVERSIA

Teniendo en cuenta que dentro del presente acto administrativo ya se revisó y probó la existencia de una relación de acceso entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA**

TELECOMUNICACIONES, corresponde a esta Comisión pronunciarse sobre los otros puntos de divergencia, los cuales, de la revisión de los argumentos esgrimidos por las partes, versan sobre la determinación del régimen de remuneración aplicable al tráfico de SMS cursado por **COLOMBITRADE** a través de la relación de acceso existente con **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**.

Para el efecto, debe recordarse que la Resolución CRC 3501 de 2011, "Por la cual se determinan las condiciones de acceso a las redes de telecomunicaciones por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones a través de mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) sobre redes de telecomunicaciones de servicios móviles, y se dictan otras disposiciones", es aplicable en su integridad a la relación material de acceso bajo análisis, por lo que rigen, además de los aspectos remuneratorios de dicha relación, las demás dimensiones reguladas por las disposiciones contenidas en este régimen especial de acceso.

Teniendo claro lo anterior, resulta necesario analizar lo dispuesto en el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 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

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.

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

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

De este modo, es claro que la regulación de la remuneración en materia de acceso, cuando éste se sustente en mensajes cortos de texto, se refiere al costo a reconocer por la utilización del tramo de terminación¹⁹ de la red para el envío y la entrega de un SMS al usuario final –y en sentido inverso de la comunicación- bajo los valores establecidos por referencia al artículo 8B de la Resolución CRC 1763 de 2007, en las Resoluciones CRC 4458 y 4660 de 2014, quedando la definición de los valores relativos a los servicios diferentes del de terminación, a lo que acuerden las partes bajo el principio de orientación a costos y de desagregación suficiente, de modo que el solicitante del acceso "no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio."²⁰

Así las cosas, en el caso concreto y dada la divergencia que sostienen **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en cuanto al valor de remuneración por la utilización de la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** con ocasión de la utilización de mensajes cortos de texto por parte de **COLOMBITRADE** y los servicios que están llamados a ser cubiertos por dicho valor, resulta pertinente analizar si el acceso que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** presta a **COLOMBITRADE** se refiere únicamente al uso del tramo de la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** para la entrega de SMS al usuario final o si por el contrario el mismo incluye servicios, componentes o instalaciones de red adicionales.

Para tal efecto, es necesario acudir a lo establecido en el "Contrato para la prestación de MEP Empresarial", donde se encuentran determinado el objeto del mismo así como las obligaciones y responsabilidades a cargo de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**:

"Primera. Objeto.- Telefónica prestará al Suscriptor, en las condiciones establecidas en las concesiones a ella otorgadas, en forma independiente y de manera continuada, el servicio de transmisión de mensajes de datos en pantalla a los usuarios corporativos de telefonía móvil celular indicados por el Suscriptor (en lo

- (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.

¹⁹ "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."

²⁰ Artículo 18 de la Resolución CAN 432 de 2000.

*sucesivo el Servicio MEP), a través de la red celular de **Telefónica** y el **Suscriptor** pagará por este Servicio el precio estipulado en la Cláusula Quinta.*

Cuarta. Obligaciones y Responsabilidad de Telefónica. Además de lo previsto en otras disposiciones, **Telefónica** se obliga: a) Poner a disposición del **Suscriptor** la infraestructura técnica desarrollada en su red de comunicaciones, procurando la prestación eficiente del servicio y la no interrupción por causas imputables a **Telefónica**, sin que en ningún caso se responsabilice por la recepción que del mensaje pueda hacer el destinatario, por no reunir estos los requisitos mínimos que así lo permitan; b) Informar al **suscriptor** con una antelación de setenta y dos (72) horas, las suspensiones de servicio por actividades de optimización en la red de **Telefónica**, tales como modificaciones de equipamiento, trabajos de ingeniería o cualquier trabajo de reparación o actividades similares que afecten el servicio MEP prestado; b) **Telefónica** no se hace responsable en ningún evento ante terceros, por el contenido de cualquier transmisión remitida por el **Suscriptor** o de cualquier otro uso que de los servicios realice el **Suscriptor** o de otra persona quien éste autorice o permita el acceso a dichos servicios; c) En caso de falla de la plataforma, que ponga fuera de servicio las aplicaciones vía MEP, el tiempo de respuesta para dar solución dependiente de la severidad, será el mismo que le proveedor de la plataforma ha establecido para **Telefónica**, En cuyo caso no se podrá pactar tiempo menores, con los proveedores de servicios de MEP; d) Cuando la falla ocurra en el servidor del **Suscriptor**, el **Suscriptor** se obliga a cumplir igualmente con las normas sobre notificación de mantenimiento programados, previstas en el presente contrato, cuando sea el caso; e) Existirá disponibilidad del personal de soporte conjunto del **Suscriptor** y de **Telefónica**, lo cual se realizará de conformidad con el procedimiento de escalación de dificultades que será establecido entre ambas partes, donde se establecerá la responsabilidad de ambas partes frente al usuario receptor de mensajes, sobre aspectos de fallo técnico."

De lo transcrito, se evidencia que el núcleo de las obligaciones del proveedor de servicios móviles en este caso se contrae: (i) a la prestación relacionada con el transporte de SMS originados por **COLOMBITRADE** con destino a sus clientes, sin compromiso sobre el resultado operativo de dicho transporte, así como (ii) a labores que son connaturales a la primera prestación, relacionadas, tales como facturación y cobro por el servicio prestado por parte de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**.

En efecto, una vez revisado el contenido del "Contrato para la prestación de MEP Empresarial", así como el de sus anexos, se encuentra que en el mismo no han sido establecidas obligaciones adicionales a cargo de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** que hagan alusión a la prestación de servicios distintos a los que conciernen a la transmisión de los mensajes cortos de texto.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a esta Comisión determinar que con ocasión de la relación de acceso generada a partir del contrato vigente²¹, 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.

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

De esta forma, el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011, determinó como supuesto de hecho de la norma de la aplicación de los valores allí referenciados, la existencia en los contratos en ejecución de valores pactados por encima de los topes regulatorios al momento de su entrada en vigencia, para que se desate inmediatamente la consecuencia jurídica

²¹ "Contrato para la prestación de MEP Empresarial"

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 2014²², por lo que la remuneración en comento debe darse, de acuerdo con lo dispuesto en la regulación, desde su entrada en vigencia, 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. Es decir, que a partir de 14 de abril de 2014 y teniendo en consideración las modificaciones que se han implementado en la regulación general, los valores de remuneración aplicables son:

Cargo de acceso	Del 14/04/2014 al 31/12/2014	Del 01/01/2015 al 31/12/2015	Del 01/01/2016 en adelante
(pesos/SMS)	9,28	5,53	3,18 ²³

Ahora, frente a la solicitud presentada por **COLOMBITRADE** de ordenar la reintegración de la diferencia entre la tarifa aplicada y la determinada por la resolución CRC 4458 de 2014, es importante precisar que pronunciarse al respecto sería una extralimitación en las funciones otorgadas a esta Comisión, toda vez que implica establecer si existe o no un incumplimiento a un contrato celebrado entre las partes y a la regulación vigente. Se recuerda que la función de solución de controversias ejercida por esta Comisión se desarrolla en el marco de sus competencias legales, es así como el posible incumplimiento de los contratos o de la regulación, asociado a obligaciones dinerarias consignadas en virtud del contrato de acceso suscrito entre las partes, es un asunto que se encuentra vinculado con decisiones que son del resorte exclusivo del juez natural del contrato o a la autoridad de inspección, control y vigilancia, según el caso, a quienes en efecto correspondería emitir juicios de valor con relación a constitutivas de un posible incumplimiento regulatorio o contractual o de perjuicios indemnizables y, como consecuencia de ello, establecer las medidas respectivas, asuntos que claramente escapan de las competencias administrativas asignadas a esta Comisión por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, 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. 3000-4-2-482 al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lo de su competencia.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO.- Ordenar que la remuneración que **COLOMBITRADE S.A.S.** reconozca a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** por el acceso y uso de su red, deberá darse de conformidad con las reglas 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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

²² Mediante la Resolución CRC 4458 de 2014 se adicionó el *Título VII Condiciones de remuneración de las redes de servicios móviles asociada a la provisión de contenidos y aplicaciones a través de SMS/MMS/USDD* a la Resolución CRC 30105 de 2011. En artículo 38 adicionado, estableció que a partir de la entrada en vigencia de dicha disposición, es decir desde el 14 de abril de 2014, *todos los proveedores de redes y servicios 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.*

²³ Valor expresado en pesos constantes de enero de 2014, cuya actualización a pesos corrientes se realiza conforme al anexo 01 de la Resolución CRT 1763 de 2007.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Declarar improcedente en instancia de solución de controversias a cargo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la solicitud de **COLOMBITRADE S.A.S.**, en el sentido de ordenar a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** que reintegre la diferencia entre la remuneración definida en el contrato suscrito por las partes y la determinada por la Resolución CRC 4660 de 2014 por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

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

Dada en Bogotá D.C., a los

31 JUL 2015

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DAVID LUNA SÁNCHEZ
Presidente


JUAN MANUEL WILCHES DURÁN
Director Ejecutivo

Expediente Administrativo No. 3000-4-2-482

S.C. 08/07/15 Acta 319
C.C. 23/06/15 Acta 986

Revisó: Lina María Duque del Vecchio – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias
Proyectó: Adelaida Castaño Baena / Miguel Andrés Durán / Julián Honorio Villarreal

11

8