

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **4778** DE 2015

*"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** contra la Resolución CRC 4738 de 2015"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

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

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CRC 4738 del 15 de mayo de 2015, esta Comisión resolvió el conflicto surgido entre **COLOMBITRADE S.A.S.**, en adelante **COLOMBITRADE**, y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** –en adelante- **COLOMBIA MÓVIL**, *"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)."*

Dentro del término previsto para tales efectos, **COLOMBIA MÓVIL** interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRC 4738 de 2015, según comunicación con radicado interno 201531781 del 12 de junio de 2015.

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

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.

Contencioso 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 las mismas, 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 2.2.2.30.4. del Decreto 1074 de 2015³, 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 COLOMBIA MÓVIL

En el recurso de reposición presentado a consideración de esta Comisión, **COLOMBIA MÓVIL** solicita lo siguiente: **(i)** Que esta Comisión acoja los argumentos dispuestos en el escrito presentado por **COLOMBIA MÓVIL** relativos a la vigencia y aplicabilidad del modelo de costos que utilizó la CRC para determinar el valor de los cargos de acceso y los costos adicionales que en consideración del recurrente no son remunerados con el valor regulado; **(ii)** que se revoque la Resolución CRC 4738 DE 2015 "*Por la cual se resuelve un conflicto entre COLOMBITRADE S.A.S. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.*"; **(iii)** que se inicie un proceso de revisión del modelo financiero y económico usado para la determinación de la tarifa de cargo de acceso a una red de telecomunicaciones móviles con ocasión de su utilización para la provisión de contenidos y aplicaciones a través de SMS.

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

2.1. Vigencia y aplicabilidad del Modelo de Costos utilizado por la CRC para determinar el valor de los cargos de acceso para la terminación de SMS (Artículo 3 de la Resolución CRC 4660 de 2014)

Expresa el recurrente que en principio la CRC y sus asesores acertaron en la realización y creación del modelo que sirvió de base para determinar el valor del cargo de acceso a una red móvil para la provisión de contenidos y aplicaciones a través de SMS, sin embargo, considera que es necesario validar si el estudio y el modelo utilizado para determinar la tarifa del mencionado acceso, están vigentes y son correctos.

En este sentido, **COLOMBIA MÓVIL** determina que el modelo de costos utilizado actualmente por la CRC, "*fue creado bajo unos postulados y bases que podrían diferir de las condiciones actuales del mercado, haciendo que dicha herramienta no cuente con todos los elementos que generan costos asociados al acceso de la red y que deben ser remunerados, o que siendo tenidos en cuenta en el modelo actual, su peso o valor en dicha fórmula debe ser modificado*". Así, para el recurrente resulta evidente que la carga impositiva tributaria (tasa de tributación) del mencionado modelo de

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."

³ "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.

⁴ Expediente 3000-4-2-481. Folio 87

costos no refleja la realidad, puesto que actualmente presenta variaciones sustanciales como nuevos impuestos o modificaciones en los porcentajes de los existentes, que no son tenidas en cuenta por el modelo de costos utilizado por la CRC.

Finalmente, **COLOMBIA MÓVIL** cuestiona la vigencia y aplicabilidad del modelo de costos utilizado por la CRC para determinar la tarifa aplicable al acceso a una red de telecomunicaciones móviles con ocasión de su utilización para la provisión de contenidos y aplicaciones a través de SMS, puesto que considera que la tarifa definida en el artículo 3 de la Resolución CRC 4660 de 2014⁵, "*podría no remunerar de manera adecuada y/o completa todos los costos y servicios adicionales que son inherentes a dicho acceso*"⁶.

2.2. Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por el recurrente en este cargo, resulta pertinente precisar que la función de solución de controversias otorgada a la CRC en los términos del numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, tiene por objeto dirimir las divergencias generadas entre los diferentes proveedores mediante actos administrativos de carácter particular y concreto en los cuales se de aplicación a la normatividad vigente, incluida la regulación general, de carácter imperativo, como es el caso de lo dispuesto desde el 14 de abril de 2014 en el artículo 38⁷ 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.

Así, la petición presentada por **COLOMBIA MÓVIL** en su recurso de reposición no está destinada a atacar las consideraciones expuestas por esta Comisión en la Resolución CRC 4738 de 2015 sino que pretende que, mediante un trámite particular y concreto, se revise de fondo lo dispuesto en una decisión de contenido y aplicación general, la cual, como ya se anotó se presume legal y debe ser aplicada y cumplida por todos sus destinatarios, incluida, por supuesto, la propia Comisión, cuando debe dirimir las controversias que se presenten a su consideración.

Así, el recurrente confunde el alcance del acto administrativo recurrido, el cual simplemente recoge una realidad material sujeta a la aplicación de la regulación general prevista para la remuneración del acceso a una red móvil con ocasión de su utilización para la provisión de contenidos y aplicaciones a través de SMS, cuyos efectos se produjeron a partir del 14 de abril de 2014, puesto que, el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 determinó de manera palmaria que desde dicha fecha los acuerdos que contuvieran valores superiores a los topes regulatorios establecidos en dicho artículo, debían reducirse a los topes establecidos. De este modo, es claro que la regulación de la remuneración en materia de acceso, establecida en la Resolución CRC 3501, produjo el efecto jurídico en la relación de acceso vigente entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA MÓVIL**, situación que simplemente fue reconocida en el acto administrativo particular recurrido.

De acuerdo a lo anterior, resulta inadmisble cuestionar en el presente trámite la vigencia y aplicabilidad del modelo de costos utilizado por la CRC para determinar los cargos de acceso para la terminación de SMS, ya que el alcance del referido modelo de costos se determinó en el trámite de la propuesta regulatoria de carácter general de cargos de acceso, oportunidad en la cual se explicó^{8y9} la metodología y herramienta del modelo de costos utilizado por la CRC para el cálculo de los valores de cargos de acceso¹⁰.

⁵ Artículo que modifica el artículo 8B de la Resolución CRT 1763 DE 2007

⁶ Expediente 3000-4-2-481. Folio 87.

⁷ Artículo adicionado mediante el artículo 21 de la Resolución CRC 4458 de 2014, publicada el 14 de abril de 2014.

⁸ Documento Soporte de la Resolución CRC 4660 de 2014 denominado "*Revisión de Cargos de Acceso de las Redes Móviles*". Disponible en

https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/2014/Actividades_Regulatorias/Doc_soporte_CA_3.pdf

⁹ Documento de Respuesta a Comentarios "*Revisión de cargos de acceso de las redes móviles*". Disponible en https://www.crcom.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/Cargos_acceso_movil/Doc_Repuesta_Comentarios_CA.pdf

¹⁰ Al respecto, vale la pena recordar que como se indicó en el Documento de Respuesta a Comentarios de la propuesta regulatoria "*Revisión de cargos de acceso de las redes móviles*", el modelo de costos utilizado para el cálculo de los valores de cargos de acceso "*se construyó con información técnica y comercial proporcionada por los mismos proveedores de redes y servicios móviles, es decir, la red modelada del operador eficiente tiene en cuenta las realidades de los diferentes proveedores*". Pág. 7. Disponible en

https://www.crcom.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/Cargos_acceso_movil/Doc_Repuesta_Comentarios_CA.pdf

Así las cosas, no es posible acceder a la primera y tercera petición del recurrente puesto que la misma lo que pretende no es la revisión de la decisión contenida en la resolución objeto de recurso, sino la inaplicación de un acto administrativo de carácter general a un caso concreto, asunto ajeno al objeto y peticiones esbozadas por las partes dentro del trámite administrativo de solución de controversias que culminó en primer instancia con la resolución recurrida¹¹.

Por las razones precedentes, las consideraciones del recurrente no están llamadas a prosperar.

2.3. Costos adicionales. Valor de los cargos de acceso para la terminación de SMS establecidos en la regulación general vigente

Con el propósito de fundamentar la segunda petición reitera **COLOMBIA MÓVIL**, que sí ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 38 de la Resolución CRC 4458 de 2014, puesto que la tarifa exigida a **COLOMBITRADE** para remunerar el acceso a su red de telecomunicaciones móviles para la provisión de contenidos y aplicaciones a través de SMS, ha respetado las tarifas establecidas por la regulación para dicho acceso. No obstante, argumenta que de manera paralela al acceso a la red de **COLOMBIA MÓVIL**, el producto que se le ofrece a **COLOMBITRADE** (en este caso, cada SMS) supone costos adicionales asociados al servicio y demás elementos adicionales y que NO hacen parte del acceso (o por lo menos no están siendo remunerados bajo el modelo usado por la CRC) y que por lo tanto deben ser remunerados de manera adicional.

En línea con lo anterior, determina el recurrente que el valor del cobro final que se genera a cargo de **COLOMBITRADE** (precio/valor de cada SMS) lleva consigo igualmente el costo (eficiente y de oportunidad) de aquellos servicios adicionales que no se remuneran con los valores contemplados en la regulación vigente y que deben ser cobrados aparte. Por esta razón, considera **COLOMBIA MÓVIL** que el valor final que se le cobra a **COLOMBITRADE** no puede ni debe ser igual al valor regulado, puesto que existen costos adicionales como contribuciones, impuestos (ICA, renta, IVA), comisiones por gestión comercial, costos administrativos, de facturación y de recaudo, pérdida de cartera morosa, gasto de nómina, inversiones de red, despliegue y transmisión, y una utilidad razonable que no están siendo remunerados por el valor regulado.

Adicionalmente, argumenta **COLOMBIA MÓVIL** que por su propia naturaleza comercial, debe generar una utilidad en relación con cada uno de los productos y servicios que ofrece, razón por la cual, aunque el acceso a las redes móviles sea una actividad regulada por el Estado, considera que la regulación actual no permite obtener una utilidad real en dichos servicios, puesto que las tarifas establecidas por la CRC no tienen en cuenta todos los elementos que son necesarios para dicho acceso.

Finalmente, expresa el recurrente que en caso de que los costos adicionales no sean incluidos por **COLOMBIA MÓVIL**, estaría vendiendo sus servicios por debajo de costo, generando un esquema de precios predatorios y una práctica restrictiva de la libre competencia en el mercado, además, determina que la mencionada conducta contraviene el principio de uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos, contemplado en la Ley 1341 de 2009, puesto que considera que no se estaría remunerando la infraestructura y servicios de la compañía a costos de oportunidad.

2.4. Consideraciones de la CRC

Frente a lo expuesto por el recurrente en este cargo, considera esta Comisión importante recordar que el recurso de reposición busca que la misma autoridad administrativa que profirió la decisión vuelva sobre ella y, si es del caso sustituya, modifique (retome el contenido del acto sustituyéndolo en parte) o revoque (deje totalmente sin efectos la decisión reemplazándola o derogándola)¹², en

¹¹ Una solicitud de tal naturaleza, en caso de haber sido puesta de presente en la solicitud de solución de controversias, debería ser revisada a la luz de lo dispuesto en los artículos 93 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹² "Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo". Tomo II. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. Página 287.

forma total o parcial, para lo cual es necesario que el recurrente motive el recurso al ser interpuesto, exponiendo los argumentos contra el acto que se impugna. De esta manera, dichos argumentos deben buscar desvirtuar los sustentos de hecho y de derecho en virtud de los cuales la autoridad profirió la decisión de primera instancia, siendo indispensable exponer las razones por las cuales considera el recurrente que el acto administrativo está errado.

En el caso bajo estudio es evidente que las consideraciones presentadas por el recurrente, simplemente reiteran los argumentos expuestos en la respuesta al traslado a la solicitud inicial de solución de controversias que presentó **COLOMBITRADE**¹³, sin allegar prueba, argumento o consideración adicional a la ya planteada y revisada por la autoridad administrativa en primera instancia¹⁴.

Aclarado lo anterior y en relación con el argumento de **COLOMBIA MÓVIL**, según el cual el valor establecido por la CRC para remunerar el acceso a una red móvil para la provisión de contenidos a través de SMS, no contempla costos adicionales asociados al acceso de la red, ni incluye una utilidad razonable para el proveedor de redes y servicios, es preciso reiterar que como se explicó en la resolución recurrida, el modelo de costos utilizado por la CRC para la definición del valor del cargo de acceso para SMS, incluye la totalidad de elementos y características para remunerar de manera eficiente el uso de una red móvil para la entrega de SMS al usuario final, puesto que comprende los elementos relacionados con inversiones en infraestructura (red, despliegue y transmisión), recurso humano, además también incluye los valores que conciernen a las cargas impositivas vigentes en Colombia y una utilidad razonable, la cual está incluida en el referido modelo a través del Costo Promedio Ponderado del Capital o tasa WACC (*Weighted Average Cost of Capital*)¹⁵. Al respecto, es importante aclarar que esta Comisión mediante la Resolución CRC 4738 de 2015, procedió a verificar si la lista de costos enunciada por **COLOMBIA MÓVIL** estaba contemplada en el modelo de costos utilizado para determinar el valor del cargo de acceso a la red móvil para la provisión de contenidos a través de SMS, encontrando que efectivamente los mismos ya están incluidos en dicho valor, con excepción de lo relacionado con el tema de facturación y recaudo, el cual no es requerido por **COLOMBITRADE** en la prestación de su servicio, razón por la cual resulta inadmisibles el cobro de costos adicionales al del valor del cargo de acceso regulado.

Por las razones precedentes el cargo presentado no tiene vocación de prosperar.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, contra la Resolución CRC 4738 del 15 de mayo de 2015.

¹³ Radicado número 201530497. Expediente 3000-4-2-481. Folios 32 a 38.

¹⁴ Al respecto resulta pertinente hacer alusión al concepto de carga de la prueba explicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos: "Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como 'onus prostandi, incumbit actori' y que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 177 del C.P.C. Correlativo a la carga del demandante, está asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo 'reus, in excipiendo, fit actor'. A fin de suplir estas cargas las partes cuentan con diversos medios de prueba, los cuales de manera enunciativa, se encuentran determinados en el artículo 175 C.P.C. Cuando se pretende el reconocimiento de perjuicios morales, la parte demandante tiene así el deber mínimo de probar su existencia y esta Corporación ha avalado los indicios como un medio de prueba para su configuración. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Bogotá 30 de junio de 2011. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44047>.

¹⁵ En el Documento Soporte de la Resolución CRC 4660 de 2014 denominado "Revisión de Cargos de Acceso de las Redes Móviles", se estableció que en el modelo de costos NGN fueron actualizados parámetros como la tasa ponderada de costo de capital, en los siguientes términos: "(...) al reconocer la evolución del entorno macroeconómico de Colombia y de las características cambiantes del mercado móvil, la CRC, dentro del marco de desarrollo del proyecto de "Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso a Internet a través de redes inalámbricas", decidió revisar las cifras que componen la estructura de capital del sector con el fin de que reflejara las condiciones actuales y pudiera ser utilizada como el nuevo valor de referencia para el sector móvil. Como resultado de este proceso, la CRC estimó que la tasa descuenta con la que se deben analizar las inversiones en el sector corresponde al WACC actualizado que se ubica en un valor de 10,36%". Páginas 30 y 31. Disponible en https://www.crc.com.gov.co/uploads/images/files/2014/Actividades_Regulatorias/Doc_soporte_CA_3.pdf

ARTÍCULO SEGUNDO. Negar todas las pretensiones de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** 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 **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** 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

28 AGO 2015

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS FERNANDO MEJÍA ALZATE
Presidente



JUAN MANUEL WILCHES DURÁN
Director Ejecutivo

Expediente 3000-4-2-481

S.C. 12/08/2015 Acta 320

C.C. 24/07/2015 Acta 991

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

Proyectó: Alejandra Beltrán Líder - y Miguel Duran