

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. **4780** DE 2015

*"Por la cual se resuelve un conflicto entre **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCOLOMBIA S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A., CITIBANK –COLOMBIA S.A., BANCO DE BOGOTÁ S.A., AV VILLAS S.A. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.**"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

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

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante comunicación del 14 de agosto de 2014¹, complementada² posteriormente mediante comunicación del 1º de septiembre de 2014³, **REDEBAN MULTICOLOR S.A.**, en nombre propio y en representación de **BANCOLOMBIA S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A., CITIBANK –COLOMBIA S.A., BANCO DE BOGOTÁ S.A., AV VILLAS S.A.** (en adelante **REDEBAN & OTROS**), solicitó a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC- la iniciación del trámite administrativo correspondiente para dirimir la controversia surgida con **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.** (en adelante **COMCEL**), relacionada con la determinación de las condiciones de remuneración por la utilización de la red de **COMCEL** cuando cursan mensajes cortos de texto.

El 11 de septiembre de 2014, esta Comisión dio inicio a la actuación administrativa, y corrió traslado a **COMCEL**⁴ para que de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 1341 de 2009, remitiera sus observaciones, comentarios y argumentos sobre el asunto puesto en conocimiento de esta Comisión. Dicha actuación se encuentra recogida en el Expediente Administrativo No. 3000-4-2-464.

COMCEL, mediante comunicación allegada a esta Comisión⁵ el 18 de septiembre de 2014, dio respuesta al traslado efectuado, pronunciándose sobre la solicitud de solución de controversias promovida por **REDEBAN & OTROS**.

Mediante comunicaciones dirigidas por esta Comisión el 24 de septiembre de 2014 a sus respectivos apoderados especiales⁶, **REDEBAN & OTROS** y **COMCEL** fueron citados a la audiencia de mediación de que trata el artículo 45 de la Ley 1341 de 2009, la cual se llevó a cabo

¹ Obrante en los folios 1 a 13 del expediente 3000-4-2-464.

² Obrante en los folios 194 a 197 del expediente 3000-4-2-464.

³ En atención a lo requerido por esta Comisión mediante comunicación con radicado 201457436 del 27 de agosto de 2014, obrante en el folio 193 del expediente 3000-4-2-464.

⁴ Obrante en los folios 199 y 200 del expediente 3000-4-2-464.

⁵ Obrante en los folios 203 a 223 del expediente 3000-4-2-464.

⁶ Obrante en los folios 224 a 225 del expediente 3000-4-2-464.

el 30 de septiembre de 2014⁷. En la mencionada audiencia las partes con el fin de generar un espacio adicional de diálogo para la negociación directa, solicitaron la suspensión del trámite en curso hasta el día 10 de octubre de 2014, dejando sentado en el acta levantada a la finalización de la mencionada audiencia, que a partir de esa fecha sería reanudada la actuación administrativa por parte de la Comisión⁸.

Una vez surtido el tiempo de suspensión requerido por **COMCEL** y **REDEBAN & OTROS**, y no habiendo recibido información en relación con el avance de las negociaciones entre las partes, esta Comisión procedió de oficio a reanudar la presente actuación administrativa.

Mediante comunicación del 21 de octubre de 2014⁹, **REDEBAN & OTROS** presentó consideraciones adicionales frente a la respuesta dada por **COMCEL** al traslado efectuado dentro del trámite administrativo.

De conformidad con lo previsto en los artículos 34 y 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, con el fin de atender en debida forma la solicitud presentada por **REDEBAN & OTROS** referida a la controversia surgida con **COMCEL**, el Director Ejecutivo de la CRC conforme con la delegación prevista en el artículo 1º de la Resolución CRC 2202 de 2009, mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2014, notificado por estado el día 24 de noviembre de 2014, decretó pruebas¹⁰ requiriendo la información que se describe en la siguiente Tabla:

Tabla 1. Auto de pruebas del 21 de noviembre de 2014.

Artículos	Requerimiento	Plazo
Segundo	COMCEL allegará información relacionada con la "Gestión Operativa de Reclamos (PQR)".	Cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Tercero	COMCEL allegará información técnica, incluyendo un inventario de los elementos de la red de COMCEL que se usan en forma exclusiva en servicios de Banca Móvil, así como elementos de red que son comunes a Banca Móvil y a otros servicios, reporte de actualizaciones que hayan requerido modificar la topología acordada por las partes, e información relacionada con seguridad y encriptación. Así como el tráfico cursado y proyecciones de tráfico, asociado al servicio de Banca Móvil provisto a REDEBAN & OTROS , y a otros usuarios diferentes a este último, y proporcionará información de los valores mensuales efectivamente pagados asociados al servicio de Banca Móvil provisto a REDEBAN & OTROS , e información financiera comercial asociada a los elementos de hardware y software relacionados con seguridad e información que se usan de forma exclusiva para el servicio de Banca Móvil, incluyendo un requerimiento similar para los elementos que son comunes para el servicio de Banca Móvil y para otros servicios	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Cuarto	REDEBAN & OTROS allegará información relacionada con la "Gestión Operativa de Reclamos (PQR)".	Cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas
Quinto	REDEBAN & OTROS allegará información relacionada con las actualizaciones de la topología de red, seguridad y encriptación, tráfico de SMS asociado al servicio de banca Móvil provisto por COMCEL , el valor pagado a COMCEL correspondiente al servicio de Banca Móvil y proyección de tráfico de SMS asociado al servicio de Banca Móvil provisto por COMCEL .	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.

Fuente: Información del expediente administrativo 3000-4-2-464

Así mismo, debe tenerse en cuenta que en el artículo 7º del referido Auto de Decreto de Pruebas, se indicó que: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 1341 de 2009 el

⁷ Obrante en el folio 226 del expediente 3000-4-2-464.

⁸ Obrante en el folio 226 del expediente 3000-4-2-464.

⁹ Obrante en los folios 235 a 239 del expediente 3000-4-2-464.

¹⁰ Obrante en los folios 243 a 250 del expediente 3000-4-2-464. Aprobado bajo el Acta de Comité de Comisionados No. 953 del 21 de noviembre de 2014.

término para la adopción de la decisión que ponga fin al presente trámite se encontrará suspendido durante el período probatorio."

Posteriormente, el día 27 de noviembre del 2014¹¹, **COMCEL** solicitó a esta Comisión un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para remitir la información relacionada con el servicio de Gestión Operativa de Reclamos (PQR), en atención a que dicha información requiere ser enviada por conducto de revisor fiscal y, para efectos de procesar dicha información, **COMCEL** sostuvo que el revisor fiscal debe proceder con las validaciones que estime necesarias para expedir la certificación correspondiente requerida por el Auto de Pruebas.

Mediante comunicación del 28 de noviembre de 2014¹², esta Comisión otorgó a **COMCEL** los cinco (5) días hábiles adicionales al plazo conferido inicialmente por el Auto de Pruebas, bajo el entendido que tanto el plazo ampliado, como los demás plazos para el suministro de información previstos dentro del Auto de Pruebas se entienden como improrrogables.

REDEBAN & OTROS a través de comunicación del 1 de diciembre de 2014, con relación al artículo 4° del Auto de Pruebas del 21 de noviembre del mismo año, informó a esta Comisión que de *"una revisión exhaustiva del contrato suscrito con COMCEL (...) no encontró que se haya pactado entre las partes el servicio denominado Gestión operativa de reclamos (PQR) que le estaría prestando COMCEL"*¹³.

El día 9 de diciembre del 2014¹⁴, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, **COMCEL** remitió a esta Comisión la información que le fue requerida en el referido Auto, así como un memorial de alcance al cumplimiento del mismo artículo del Auto de Decreto de Pruebas referido, adjuntando certificación emitida por el Revisor Fiscal de **COMCEL**¹⁵.

De manera paralela, el mismo 9 de diciembre de 2014 **COMCEL** allegó a esta Comisión comunicación a través de la cual informó el detalle de la falla de servicio de Banca Móvil presentada entre el 30 de octubre de 2014 y el 5 de noviembre de 2014, en la conexión existente entre la red de **REDEBAN** y la red de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil, a los usuarios móviles de **COMCEL**. Así mismo, **COMCEL** en la referida comunicación sostuvo que *"la falla se originó en los sistemas de REDEBAN, que la detección y solución se retrasó teniendo en cuenta que REDEBAN no cuenta con personal experto en manejo de interoperabilidad de sistemas, debiendo COMCEL asumir toda la carga operativa."*¹⁶

El día 11 de diciembre del 2014, **COMCEL** solicitó a esta Comisión un plazo adicional de diez (10) días hábiles para remitir la información relacionada con el artículo 3° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, en atención a que *"el detalle de la información requerida (marca, modelo, proveedor, identificación en la red, costo de puesta en marcha, entre otros) es necesario procesarlo entre áreas de la empresa y que surta la respectiva verificación por el Revisor Fiscal (...) actualmente el área Financiera se encuentra en actividades del cierre anual lo que no permite tener personal disponible 100% para procesar la información solicitada por la Comisión."*¹⁷

Mediante comunicación del 15 de diciembre de 2014¹⁸, esta Comisión otorgó a **COMCEL** diez (10) días hábiles adicionales al plazo conferido inicialmente en el artículo 3° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014.

El día 15 de diciembre del 2014¹⁹, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, **REDEBAN & OTROS** remitió a esta Comisión la información que le fue requerida en el referido Auto.

Esta Comisión, a través de comunicación de fecha 17 de diciembre de 2014²⁰ dirigida a **REDEBAN & OTROS** en atención a su comunicación del 1 de diciembre de 2014²¹ relacionada con el artículo

¹¹ Obrante en el folio 251 del expediente 3000-4-2-464.

¹² Obrante en el folio 252 del expediente 3000-4-2-464.

¹³ Obrante en el folio 253 del expediente 3000-4-2-464.

¹⁴ Obrante en los folios 295 a 367 del expediente 3000-4-2-464.

¹⁵ Obrante en los folios 364 a 367 del expediente 3000-4-2-464.

¹⁶ Obrante en los folios 255 a 294 del expediente 3000-4-2-464.

¹⁷ Obrante en el folio 368 del expediente 3000-4-2-464.

¹⁸ Obrante en el folio 368A del expediente 3000-4-2-464.

¹⁹ Obrante en los folios 368 a 389 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

²⁰ Obrante en el folio 368B del expediente 3000-4-2-464.

4º del Auto de Pruebas del 21 de noviembre del mismo año, le informó "*que el requerimiento de información que comporta esta prueba decretada de oficio no hace referencia a la existencia o no de términos contractuales relacionados con el servicio de Gestión Operativa de Reclamos, sino que el mismo fue dirigido tanto a las entidades financieras involucradas dentro del trámite, como a **REDEBAN** (...), para que éstas allegaran información relacionada con la descripción, funcionamiento, implementación, y el número de eventos de utilización del mencionado servicio con ocasión de la relación existente entre **REDEBAN** y **COMCEL** haciendo abstracción del contrato suscrito, teniendo en cuenta que el tema de prueba dentro de la presente actuación administrativa no necesariamente se circunscribe a lo estipulado o no a través del contrato suscrito por las partes.*"²² En atención de lo anterior, esta Comisión solicitó a **REDEBAN & OTROS** para que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la referida comunicación, aclaren y complementen su respuesta en el sentido de allegar la información asociada al servicio de gestión operativa de reclamos en los términos consignados en el artículo 4º del Auto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014.

Mediante oficio del 19 de diciembre de 2014²³, la CRC corrió traslado a **REDEBAN & OTROS** de la información presentada por **COMCEL** en relación con el artículo 2º del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del CPACA cuente "*con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte la decisión de fondo*" de la actuación administrativa de solución de controversias en curso. Disponiendo, para tales efectos, hasta el día 13 de enero de 2015, para remitir sus consideraciones y observaciones frente a la referida información.

REDEBAN & OTROS mediante comunicación del 24 de diciembre de 2014²⁴, dio respuesta a la comunicación enviada por esta Comisión el 17 de diciembre de 2014²⁵.

El día 30 de diciembre del 2014²⁶, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3º del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, **COMCEL** remitió a esta Comisión la información que le fue requerida en el referido Auto.

Mediante oficio del 13 de enero de 2015²⁷, la CRC corrió traslado a **COMCEL** de la información presentada por **REDEBAN & OTROS** en relación con los artículos 4º y 5º del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA antes citado, disponiendo, hasta el día 16 de enero de 2015, para remitir sus consideraciones y observaciones frente a la referida información.

REDEBAN & OTROS, mediante comunicación del 13 de enero de 2015²⁸, presentó a esta Comisión sus comentarios y observaciones a las aclaraciones y complementaciones presentadas por **COMCEL**. Adicionalmente, y en lo relacionado con la falla de servicio informado por **COMCEL** a través de comunicación del 9 de diciembre de 2014²⁹, sostuvo que **COMCEL** "*aporta el expediente informante sobre un evento puntual y reciente de falla en el servicio de Banca Móvil, con lo cual pretende demostrar una supuesta falencia en las capacidades operativas de [REDEBAN & OTROS] y en consecuencia un supuesto costo de soporte por tratamientos extraordinarios ante eventos de falla del servicio más allá de lo que demandaría cualquier cliente proveedor de aplicaciones corporativo de estos servicios.*" Concluyendo así, que **REDEBAN & OTROS** no sólo atendió oportunamente la falla presentada en el servicio Banca Móvil, sino también que este tipo de fallas no son recurrentes; siendo en todo caso deber de **COMCEL** atender las mismas en sus servicios sin que por ello, en opinión de **REDEBAN & OTROS**, se deba cobrar sobrecostos en su operación.

COMCEL, mediante comunicación del 16 de enero de 2015³⁰, presentó a esta Comisión sus comentarios y observaciones a las aclaraciones y complementaciones presentadas por **REDEBAN & OTROS** relacionadas con los artículos 4º y 5º del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014.

²¹ Obrante en el folio 253 del expediente 3000-4-2-464.

²² Obrante en el folio 368B del expediente 3000-4-2-464.

²³ Obrante en el folio 390 del expediente 3000-4-2-464.

²⁴ Obrante en el folio 391 del expediente 3000-4-2-464.

²⁵ Obrante en el folio 368B del expediente 3000-4-2-464.

²⁶ Obrante en los folios 392 a 417 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

²⁷ Obrante en el folio 418 del expediente 3000-4-2-464.

²⁸ Obrante en los folios 419 a 427 del expediente 3000-4-2-464.

²⁹ Obrante en el folio 255 del expediente 3000-4-2-464.

³⁰ Obrante en los folios 437 a 442 del expediente 3000-4-2-464.

Paralelamente, mediante comunicación del 16 de enero de 2015³¹, **COMCEL** informó a esta Comisión acerca de un nuevo incidente en la conexión existente entre la red de **REDEBAN & OTROS** y la red de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil, el cual se presentó el 15 de diciembre de 2014 desde las 3:50 pm hasta las 8:24 pm. Al respecto, **COMCEL** explicó que el servicio se restableció luego de que **REDEBAN & OTROS** reiniciara los equipos de su infraestructura.

Mediante oficio del 23 de enero de 2015³² dirigido a **REDEBAN & OTROS**, la CRC requirió que se allegara en forma legible para su lectura y estudio, las gráficas e imágenes referidas en la comunicación de fecha 13 de enero de 2015³³, requerimiento atendido por **REDEBAN & OTROS** a través de las comunicaciones del 27 de enero³⁴ y 2 de febrero de 2015³⁵.

Posteriormente la CRC mediante oficio del 2 de febrero de 2015³⁶, informó a **REDEBAN & OTROS** de la información presentada por **COMCEL** en relación con el artículo 3° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 noviembre de 2014, explicando que **COMCEL** afirmó que la información que aporta fue suministrada bajo la indicación de que la misma era secreto empresarial, la cual reposa en el expediente del caso en concreto en carpeta rotulada como "confidencial". Así, y en aras de preservar el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de comunidad de la prueba, a través del referido oficio se le otorgó a **REDEBAN & OTROS**, tal y como ordena el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la oportunidad de conocer la información aportada por **COMCEL** con relación al artículo 3° referido, única y exclusivamente para el efectivo ejercicio del derecho de defensa y contradicción que le asiste a ambas partes, otorgándole acceso controlado a la misma conforme a los términos indicados en el artículo 6° del Auto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014.

El día 10 de febrero de 2015, según consta en la respectiva Acta de Visita³⁷, **REDEBAN & OTROS**, previo a la suscripción del Compromiso de Confidencialidad³⁸, a través de apoderada especial y en compañía de las personas autorizadas conforme consta en el expediente de la presente actuación³⁹, se presentó a esta Comisión para ejercer su derecho de defensa y contradicción e inspeccionar el cuaderno confidencial del Expediente Administrativo 3000-4-2-464. El día 16 de febrero de 2015 se continuó con la revisión del expediente de la referencia.

De conformidad con lo previsto en los artículos 34 y 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, con el fin de atender en debida forma la solicitud presentada por **REDEBAN & OTROS** referida a la controversia surgida con **COMCEL**, el Director Ejecutivo de la CRC, el día 10 de febrero de 2015 mediante auto notificado el 12 de febrero de 2015 decretó, previa aprobación del Comité de Comisionados⁴⁰, la práctica de las pruebas que se describen en la siguiente tabla:

Tabla 2. Auto de pruebas del 10 de febrero de 2015

Artículos	Requerimiento	Plazo
Primero	COMCEL allegará la información asociada al porcentaje de uso para el servicio de banca móvil respecto de los elementos reportados en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3° del Auto de Pruebas del 21 de noviembre, bajo los parámetros técnicos, financieros y comerciales indicados en el mismo artículo.	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Segundo	COMCEL allegará la clasificación del universo de eventos reportados a través de su respuesta con radicado No. 201435411 del 30 de diciembre de 2014 a partir de la denominada "Tabla Única".	Diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.

Fuente: Información del expediente administrativo 3000-4-2-464

En el artículo 4° del referido Auto de Decreto de Pruebas, esta Comisión indicó que: "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 1341 de 2009 el término para la adopción

³¹ Obrante en los folios 431 a 436 del expediente 3000-4-2-464.

³² Obrante en el folio 452 del expediente 3000-4-2-464.

³³ Obrante en los folios 419 a 427 del expediente 3000-4-2-464.

³⁴ Obrante en los folios 453 a 460 del expediente 3000-4-2-464.

³⁵ Obrante en el folio 462 del expediente 3000-4-2-464.

³⁶ Obrante en el folio 464 del expediente 3000-4-2-464.

³⁷ Obrante en los folios 424 a 425 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

³⁸ Obrante en los folios 420 a 422 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

³⁹ Obrante en el folio 423 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁴⁰ Obrante en los folios 476 a 479 del expediente 3000-4-2-464.

de la decisión que ponga fin al presente trámite se encontrará suspendido durante el período probatorio."

Adicionalmente, esta Comisión por medio de oficio del 12 de febrero de 2015⁴¹, requirió de manera particular a **COMCEL** para que, dentro de los diez (10) hábiles siguientes al recibo del referido oficio, aclare y complemente la información aportada según lo ordenado por el artículo 3° del Auto de Decretos de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, conforme a lo dispuesto en el referido oficio.

Así mismo, el 17 de febrero de 2015⁴² la CRC requirió a **REDEBAN & OTROS** para que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de dicha comunicación, se sirviera complementar y aclarar la información aportada en cumplimiento con el artículo 5° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, con el fin de que **REDEBAN & OTROS** pueda satisfacer cabalmente el requerimiento efectuado mediante el citado Auto.

El día 20 de febrero de 2015⁴³, **COMCEL** solicitó a esta Comisión los siguientes plazos adicionales: (i) Respecto del artículo 1° del Auto de Decreto de Pruebas del 10 de febrero de 2015, **COMCEL** solicitó un tiempo adicional de diez (10) días hábiles para contestar la información solicitada en el referido artículo, en atención a que indica que dicha información requiere de "un análisis y conversión de capacidad de varios elementos de red utilizados para la prestación de este servicio y demás servicios ofrecidos por COMCEL a través de estos elementos, procesamiento que requiere un tiempo adicional al establecido por la Comisión", y (ii) Respecto de la solicitud de complementación y aclaración requerida por esta Comisión en relación con la información proporcionada en el marco del artículo 3° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, **COMCEL** solicitó un plazo adicional de quince (15) días hábiles para contestar tal requerimiento, aduciendo que "dada la magnitud de la información requerida por la Comisión el procesamiento para su obtención toma más tiempo del otorgado por la CRC".

El día 24 de febrero del 2015⁴⁴, en cumplimiento del requerimiento de información relacionado con la solicitud de complementación y aclaración de la información aportada en el marco del artículo 5° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, **REDEBAN & OTROS** remitió a esta Comisión la información que le fue solicitada en el referido requerimiento.

Mediante comunicación del 27 de febrero de 2015⁴⁵, esta Comisión otorgó a **COMCEL** los siguientes plazos conforme a su solicitud de ampliación: (i) Respecto del artículo 1° del auto de decreto de pruebas del 10 de febrero de 2015, se otorgó un plazo adicional de diez (10) días hábiles, venciendo así el plazo otorgado para entregar la información respectiva el día 19 de marzo de 2015; y (ii) Respecto del complemento de información relacionado con el artículo 3° del auto de decreto de pruebas del 21 de noviembre de 2014, se otorgó un plazo adicional de quince (15) días hábiles, venciendo así el plazo otorgado para complementar la información respectiva el día 20 de marzo de 2015.

El día 27 de febrero del 2015⁴⁶, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2° del Auto de Decreto de Pruebas del 10 de febrero de 2015, **COMCEL** remitió a esta Comisión la información que le fue requerida en el Auto en mención.

De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del CPACA, mediante oficio del 27 de febrero de 2015⁴⁷, la CRC corrió traslado a **COMCEL** de la información presentada por **REDEBAN & OTROS** en relación con la solicitud de complementación y aclaración realizada por este último con relación a lo dispuesto en el artículo 5° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, disponiendo, para tales efectos, hasta el día 9 de marzo de 2015.

Mediante comunicación radicada el 11 de marzo de 2015, **COMCEL** allegó a esta Comisión comunicación a través de la cual informó el detalle de la falla de servicio de Banca Móvil presentada el 13 de febrero de 2015, el cual habría afectado la prestación del servicio de Banca Móvil, a los usuarios móviles de **COMCEL**. Al respecto, **COMCEL** informó lo siguiente: "*Esta*

⁴¹ Obrante en los folios 481 a 487 del expediente 3000-4-2-464.

⁴² Obrante en el folio 488 del expediente 3000-4-2-464

⁴³ Obrante en el folio 489-490 del expediente 3000-4-2-464

⁴⁴ Obrante en los folios 391 a 417 del expediente 3000-4-2-464.

⁴⁵ Obrante en folio 502 del expediente 3000-4-2-464.

⁴⁶ Obrante en los folios 497 a 501 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁴⁷ Obrante en el folio 503 del expediente 3000-4-2-464.

*afectación de servicio inició desde la 1:51 del viernes 13 de febrero hasta las 8:00 pm del mismo día. A esta hora 8:00 pm se identificó una segunda incidencia en el servicio en la cual el proveedor Gemalto confirma nuevamente que es ajena a la infraestructura de COMCEL*⁴⁸.

El día 19 de marzo del 2015⁴⁹, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° del Auto de Decreto de Pruebas del 10 de febrero de 2015, **COMCEL** remitió a esta Comisión la información que le fue requerida por el referido artículo del Auto en mención, adjuntando también un documento denominado "experticio técnico".

El día 20 de marzo del 2015⁵⁰, en cumplimiento de la solicitud de complementación y aclaración en relación con la información aportada según lo ordenado por el artículo 3° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, **COMCEL** remitió a esta Comisión la información solicitada en dicho requerimiento.

En atención a lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA, mediante oficio del 27 de marzo de 2015⁵¹, la CRC puso en conocimiento de **REDEBAN & OTROS** la información presentada por **COMCEL** en relación con el artículo 1° y 2° del Auto de Decreto de Pruebas del 10 febrero de 2015 y de la complementación y aclaración con relación al artículo 3° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, indicando que la información aportada por **COMCEL** fue suministrada bajo la indicación de que las mismas consistían de información catalogada como secreto empresarial, la cual reposa en el expediente del caso en concreto en carpeta rotulada como "confidencial". Así, y en aras de preservar el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de comunidad de la prueba, a través del referido oficio se le otorgó a **REDEBAN & OTROS**, tal y como ordena el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la oportunidad de conocer la información aportada por **COMCEL**, única y exclusivamente para el efectivo ejercicio del derecho de defensa y contradicción que le asiste a ambas partes, otorgándole así el acceso controlado a la misma conforme a los términos indicados en el artículo 6° del Auto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014. Para tales efectos, se le otorgó a **REDEBAN & OTROS** un plazo improrrogable de quince (15) días hábiles contados desde el día después de la visita del expediente de la referencia, para que remita si lo estimaba pertinente, sus consideraciones y observaciones frente a la referida información.

El día 6 de abril de 2015, según consta en la respectiva Acta de Visita⁵², **REDEBAN & OTROS**, en el marco del "Compromiso de Confidencialidad" suscrito por éste⁵³, a través de apoderada especial y en compañía de las personas autorizadas conforme consta en el expediente de la presente actuación⁵⁴, se presentó a esta Comisión para ejercer su derecho de defensa y contradicción y revisar el cuaderno confidencial del Expediente Administrativo 3000-4-2-464, expediente que fue revisado nuevamente bajo las mismas condiciones antes referidas, el día 22 de abril de 2015, según consta en la respectiva Acta de Visita de tal fecha⁵⁵.

REDEBAN & OTROS, mediante comunicación del 27 de abril de 2015⁵⁶, presentó a esta Comisión sus comentarios y observaciones a la documentación aportada por **COMCEL** en cumplimiento del artículo 3 del Auto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, del artículo 1° y 2° del Auto de Decreto de Pruebas del 10 febrero de 2015 y de la complementación y aclaración con relación al artículo 3° del Auto de Decreto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014.

Los días 30 de abril, 15 de mayo y 2 de julio de 2015, según consta en las respectivas Actas de Visita⁵⁷, **COMCEL** en el marco del Compromiso de Confidencialidad suscrito por dicha empresa⁵⁸ y en compañía de las personas autorizadas conforme consta en el expediente de la presente actuación⁵⁹, se presentó a esta Comisión para revisar el cuaderno confidencial del Expediente Administrativo 3000-4-2-464.

⁴⁸ Obrante en los folios 504 a 509 del expediente 3000-4-2-464.

⁴⁹ Obrante en los folios 510 a 558 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁵⁰ Obrante en los folios 559 a 571 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁵¹ Obrante en los folios 575 a 576 de la carpeta del expediente 3000-4-2-464.

⁵² Obrante en los folios 573 a 574 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁵³ Obrante en los folios 420 a 422 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁵⁴ Obrante en el folio 572 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁵⁵ Obrante en los folios 577 a 578 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁵⁶ Obrante en los folios 579 a 596 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁵⁷ Obrante en los folios 601 a 602, 603 a 604, 605 a 606 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁵⁸ Obrante en los folios 597 a 599 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁵⁹ Obrante en el folio 600 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

Mediante escrito radicado en esta entidad el 6 de julio de 2015, **COMCEL** allegó a esta Comisión comunicación a través de la cual informó el detalle de dos nuevos incidentes presentados el 30 de abril de 2015 y el 15 de mayo de 2015, los cuales en su opinión afectaron la prestación del servicio de Banca Móvil, a los usuarios móviles de **COMCEL**.⁶⁰

Mediante oficio del 15 de julio de 2015⁶¹, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC corrió traslado a **REDEBAN & OTROS** de la información presentada por **COMCEL** en relación con los incidentes presentados el 30 de abril y el 15 de mayo de 2015 los cuales afirmó afectaron el servicio de Banca Móvil, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA antes citado, disponiendo, hasta el día 21 de julio de 2015, para remitir sus consideraciones y observaciones frente a la referida información.

Mediante escrito del 21 de julio de 2015⁶², **REDEBAN & OTROS** presentó a esta Comisión sus consideraciones y observaciones frente a los incidentes reportados por **COMCEL** que habrían afectado el servicio de Banca Móvil.

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 DE LAS PARTES

2.1. Argumentos expuestos por REDEBAN & OTROS

REDEBAN & OTROS, en primer lugar, se identifica como un Proveedor de Contenidos y Aplicaciones e Integrador Tecnológico (en adelante PCA), el cual se encuentra inscrito como tal en el registro correspondiente de la CRC, y presta servicios de aplicación e integración tecnológica a diversas entidades del sector financiero los cuales se soportan en los servicios que prestan múltiples Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (PRST). En segundo lugar, sostiene que **BANCOLOMBIA S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A., CITIBANK –COLOMBIA S.A., BANCO DE BOGOTÁ S.A., AV VILLAS S.A.** proveen servicios financieros mediante aplicaciones de banca móvil y de notificación de transacciones que suministran a sus clientes, los cuales se soportan en los servicios que prestan diversos PRST.

Bajo tal caracterización y para sustentar su solicitud, **REDEBAN & OTROS** afirma que el PRST **COMCEL** le presta servicios que sirven de soporte a las aplicaciones que ellos proveen. Al punto, manifiesta que actualmente entre las partes existe una relación de acceso derivada del contrato denominado "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO PARA EL SERVICIO DE BANCA MÓVIL SGRD-PS-108-09" (en adelante referido como "el Contrato") suscrito el 10 de julio de 2009, el cual manifiesta se ha venido desarrollando en el tiempo a través de diversos OTROSÍ⁶³.

Respecto del referido contrato, **REDEBAN & OTROS** recuerda que en su objeto "*establece las condiciones técnicas, comerciales, operativas y jurídicas por las que COMCEL presta el Servicio de Terminación de SMS para facilitar el acceso de los Destinatarios (usuarios finales de los servicios de aplicación de servicios financieros) a las transacciones de Banca Móvil e incluye tanto los SMS originados por el usuario móvil con destino a [REDEBAN & OTROS] como los originados en [REDEBAN & OTROS] con destino a los usuarios móviles.*"⁶⁴

En tal orden de ideas, sostiene que el contrato ampara el envío de mensajes SMS para notificación de transacciones, como para el uso de SMS en la implementación de transacciones financieras de servicios de banca móvil.

Respecto de las tarifas originalmente pactadas en el Contrato, **REDEBAN & OTROS** señala que las mismas se establecieron en el Anexo 2 del mismo, las cuales se han modificado según ha evolucionado la relación entre las partes, precisando lo siguiente:

⁶⁰ Obrante en los folios 607 a 611 del expediente 3000-4-2-464.

⁶¹ Obrante en el folio 611 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁶² Obrante en los folios 612 a 613 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁶³ Obrante en los folios 58 a 170 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁶⁴ Obrante en los folios 491-495 del expediente 3000-4-2-464.

"Las últimas tarifas pactadas corresponden a las previstas en la cláusula del otrosí 17 del 21 de mayo de 2013, aplicables a partir de octubre de 2013, estableciendo tarifas por SMS tanto, de las denominadas bolsas de SMS (aplicables a notificaciones y envío de mensajes), como para la implementación de transacciones de banca móvil, en su rango de COL \$22 a COL \$89 pesos por SMS dependiendo del volumen de SMS mensuales tramitados.⁶⁵"

En gracia de discusión, y aunque precisa que la cláusula primera del citado otrosí 17 modificó la vigencia del contrato hasta el 31 de marzo de 2014, **REDEBAN & OTROS** señala que el Contrato con **COMCEL** ha continuado su ejecución en las condiciones fijadas por el mismo⁶⁶.

Bajo tal escenario, **REDEBAN & OTROS** indica que el día 28 de marzo de 2014 recibió a través de su Gerente de Investigación y desarrollo, un correo electrónico enviado por la coordinadora de banca móvil de **COMCEL**, en el cual se planteó una propuesta de minuta que pretendía reemplazar el Contrato y sus respectivos otrosíes.

REDEBAN & OTROS argumenta que como consecuencia de la expedición de la Resolución CRC 4458 del 2014, el día 21 de abril de 2014 enviaron a la coordinadora de banca móvil de **COMCEL** correo electrónico mediante el cual sugerían algunos ajustes a la propuesta presentada por **COMCEL**. Así mismo, **REDEBAN & OTROS** aprovechó para solicitarle a **COMCEL** una actualización de las tarifas del Contrato "con las nuevas tarifas de acuerdo a la resolución 4458 de 2014, teniendo en cuenta que ya existía una nueva regulación vigente desde el 14 de abril de 2014".⁶⁷

En atención a la referida solicitud, **REDEBAN & OTROS** sostiene que el día 19 de mayo de 2014 recibió comunicación por parte de **COMCEL** manifestando, principalmente, que la aplicación de la Resolución CRC 4458 de 2014 corresponde a la regulación de acuerdos de acceso, y dado que la relación entre las partes se encuentra regulada mediante el contrato denominado "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO DE SMS", dicha resolución general no aplica a la relación comercial que existe entre las partes⁶⁸.

Frente a la posición de **COMCEL**, **REDEBAN & OTROS** afirma que el día 20 de junio de 2014⁶⁹ envió a dicho proveedor una comunicación, reiterándole su solicitud de aplicar de manera automática la referida regulación de carácter general expedida por esta Comisión.

REDEBAN & OTROS sostiene que **COMCEL** no solamente ha sido renuente a reconocer la relación vigente entre las partes como una relación de acceso⁷⁰, lo cual ha materializado incluso a través de la propuesta a **REDEBAN & OTROS** de suscribir un contrato de acceso con tarifas que, en su opinión, son muy superiores al tope regulado por esa Comisión; sino también ha continuado facturándoles las tarifas establecidas en el Otrosí 17, las cuales asegura han sido pagas en su totalidad⁷¹. Adicionalmente, **REDEBAN & OTROS** afirma que **COMCEL** en su posición de no aplicar la regulación vigente en materia de la relación de acceso entre las partes, en comunicación del 8 de julio de 2014 sostuvo lo siguiente:

"De otra parte, en virtud de lo anteriormente expuesto no sobra recordar que dado que el contrato de prestación de servicios SGRD-PS-108-09 suscrito entre las partes el día diez (10) de julio de dos mil nueve (2009) estuvo vigente hasta el treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) y de la cual no obstante COMCEL haberles requerido previa a la finalización del contrato que fuera suscrito el nuevo contrato, no se ha obtenido definición de su parte, pese a lo anterior COMCEL ha venido prestándoles el servicio, razón que hace imperativo obtener de su parte un pronunciamiento a más tardar el veintiocho (28) de los corrientes para no tener que vernos avocados a la suspensión de los servicios".⁷² (NFT)

REDEBAN & OTROS afirma que el contrato suscrito con **COMCEL** no incluye aspecto alguno relacionado con la gestión operativa de reclamos, y que atiende directamente los reclamos de sus usuarios a través de diversos canales de comunicación de las entidades bancarias que representa. También se refiere a las fallas que se han presentado en la relación existente con **COMCEL**, y que han sido mencionadas por este último en el marco de la presente actuación administrativa,

⁶⁵ Obrante en el folio 3 del expediente 3000-4-2-464.

⁶⁶ Obrante en el folio 4 del expediente 3000-4-2-464.

⁶⁷ Obrante en el folio 4 del expediente 3000-4-2-464.

⁶⁸ Obrante en los folios 174 a 175 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁶⁹ Obrante en los folios 176 a 177 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁷⁰ Ver cartas del 25 de junio obrante en el folio 178 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁷¹ Obrante en el folio 6 del expediente 3000-4-2-464.

⁷² Obrante en el folio 7 del expediente 3000-4-2-464.

señalando que **REDEBAN & OTROS** las ha atendido oportunamente, y que en todo caso se trata de casos no recurrentes, en los cuales es deber de **COMCEL** solucionar la falla en su servicio sin que por ello deba cobrar supuestos sobrecostos en su operación.

La siguiente tabla presenta un resumen general de los argumentos antes mencionados que han sido presentados por **REDEBAN & OTROS** sobre cada elemento adicional (Ítem señalado) que **COMCEL** considera deben ser tenidos en cuenta para la definición del valor de SMS de Banca Móvil:

Tabla 3. Elementos considerados por **COMCEL** y observaciones de **REDEBAN & OTROS** para la remuneración de la relación entre las partes

Ítem señalado por COMCEL	Observaciones de REDEBAN & OTROS
Cargo por SMS	Unico ítem procedente según regulación de la CRC
Hardware y Software de Banca Móvil	Considera que son improcedentes estos elementos, pues los mismos, ya están costeados en el ítem anterior
PQRs	Improcedente. Son obligaciones generales de los PRST y parte de su operación, y no costos exclusivos asignables a Banca móvil
Ventas	Improcedente. Todos los costos contables de ventas de la empresa incluyendo los correspondientes a la red ya costeados por CRC y otros que no son pertinentes. Costos y gastos además con drivers de distribución de costo inadecuados e incluyendo costos impertinentes como subsidios de terminales, pagos de concesiones que ya no existen, entre otros.
Administración	Todos los gastos de administración de la empresa incluyendo los correspondientes a la red ya costeados por la regulación de la CRC y otros que no son pertinentes.

Fuente: Información del expediente administrativo 3000-4-2-464.

En relación con lo anterior, **REDEBAN & OTROS** manifiesta que las razones de la negativa de **COMCEL** no sólo no se ajustan a la regulación que en la materia ha expedido esta Comisión, sino que también constituyen una manifestación de suspensión de la relación existente, hecha por tal operador, recordando para el efecto el contenido de la comunicación enviada el 8 de julio de 2014 por **COMCEL**.

Bajo este contexto, **REDEBAN & OTROS** recuerda lo dispuesto en la regulación general vigente, particularmente en el artículo 41 de la Resolución CRC 3101 de 2011, indicando que ninguna controversia con **COMCEL**, en atención a su relación de acceso, podrá justificar una desconexión del servicio salvo que medie la autorización de la CRC.

En suma, **REDEBAN & OTROS** puntualiza que los puntos de divergencia entre las partes están relacionados, por un lado, con la naturaleza misma de la relación con **COMCEL**, en donde argumenta que siendo esta una relación de acceso se le debe aplicar la regulación prevista en el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 adicionado mediante el artículo 21 de la Resolución CRC 4458 de 2014; y por el otro, con la aplicación automática de los topes previstos en la regulación indicada desde el 14 de abril de 2014 a la relación existente entre las partes.

Con base en estos argumentos, **REDEBAN & OTROS** presentó las siguientes peticiones:

*"Primera: Que declare que existe un contrato en virtud del cual **REDEBAN & OTROS** acceden y usan la red PRST COMCEL.*

Segunda: Que declare que las condiciones técnicas, operativas, jurídicas y financieras de tal contrato son las mismas del de PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO PARA EL SERVICIO DE BANCA MÓVIL SGRD-PS-108-09, de fecha 10 de junio de 2009, y sus otrosí, como un contrato que refleja la situación de acceso y uso de la red PRST COMCEL por parte de [REDEBAN & OTROS], bajo las condiciones técnicas, operativas, jurídicas y financieras previstas en el mismo, salvo lo indicado en las siguientes solicitudes.

Tercera: Que se ordene a COMCEL aplicar a la relación contractual existente entre las partes, a partir del 14 de abril de 2014 –fecha de expedición de la resolución 4458 de 2014–, el valor máximo previsto para cada SMS que corresponde al valor por cargo de acceso a los que hace referencia el artículo 8B de la resolución CRT 1763 de 2007. Dicho cargo en la actualidad corresponde a un valor de nueve pesos con veintiocho centavos (COL \$9.28) por cada Mensaje Corto de texto (SMS) y es el que debe remunerar todos los servicios previstos en la relación contractual existente. Lo anterior considerando la obligatoriedad expresa en la regulación de la incorporación automática de los topes allí previstos a las relaciones vigentes."

2.2. Argumentos expuestos por COMCEL

Frente a la solicitud de **REDEBAN & OTROS** objeto de traslado, **COMCEL** afirma que es cierto que dichas empresas suscribieron el Contrato de Prestación de Servicios de Transporte de mensajes cortos de texto para el servicio de Banca Móvil.

No obstante, y en relación al objeto del citado contrato, según lo dispuesto en la Cláusula Segunda del mismo, sostiene que su objeto claramente establece que los servicios prestados tienen la finalidad de facilitar transacciones de Banca Móvil utilizando la red de Valor Agregado de **COMCEL**. Así mismo, **COMCEL** explica que los otrosíes referidos por **REDEBAN & OTROS** incorporan y regularizan situaciones previas que no modifican la vigencia pactada en el Contrato.

Seguidamente, señala que no tiene con **REDEBAN & OTROS** exclusivamente una relación de acceso, "sino una relación contractual en la que **COMCEL** presta diferentes servicios que involucran la terminación de SMS". Al punto, recordó que en comunicación del 8 de julio de 2014 se pronunció al respecto de la siguiente manera:

"(...) Dentro de las hipótesis planteadas en su comunicación nos parece entender que se desconoce la aplicación de la Regulación y el alcance del precio regulado. Sobre este particular, debe señalarse que desde la publicación inicial del proyecto se indicó por la CRC: 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 de 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."(SFT)

En tal orden de ideas, **COMCEL** sostiene que su conducta no es violatoria de la regulación general aplicable en la materia, toda vez que el contrato corresponde a una relación comercial para la prestación de servicios que no son objeto de la aludida Resolución CRC 4458 de 2014, no estando las partes en cuestión sujetas a la norma regulatoria.

A efectos de lo anterior, afirma que en reunión sostenida con **REDEBAN & OTROS** en fecha del 1 de agosto de 2014⁷³, explicó que la relación existente entre las partes no se puede categorizar como una relación de acceso como regulatoriamente se establece, e insiste en que la relación del Contrato claramente se establece en su cláusula SEGUNDA-OBJETO en donde se señala que la red que se utiliza para los efectos es la red de Valor Agregado de **COMCEL**. Así, afirma que en el aludido Contrato se "comprenden servicios necesarios y propios a su actividad que no están contemplados en el precio fijado por la regulación"⁷⁴, según tabla que se reproduce a continuación:

Tabla 4. Elementos enunciados por **COMCEL** para la provisión del servicio de Banca Móvil a **REDEBAN & OTROS**

ITEMS			DESCRIPCIÓN GENERAL
SEGURIDAD Y ENCRYPTACIÓN	Elementos considerados para garantizar el estándar a nivel de seguridad durante el transporte de esta información dentro del canal	Software	Licencias
			Servicios profesionales
			Desarrollo applet para SIM Banca Móvil
	Hardware		Servidores
			Elementos de red celular
			Elementos de red LAN para el transporte de SMS
	Operación Mantenimiento		Servicio de contratación con un tercero
GESTIÓN OPERATIVA DE RECLAMOS (PQR)			Manejo de las reclamaciones en respuesta al usuario final y trámite con el PCA

Fuente: Información remitida por **COMCEL**

En lo referente a este punto **COMCEL** aduce que, dado que los servicios que se proveen a **REDEBAN & OTROS** en el Contrato en ejecución para soportar servicios financieros -cuyos

⁷³ Obrante en folio 8 y 208 del expediente 3000-4-2-464.

⁷⁴ Obrante en folio 208 del expediente 3000-4-2-464.

precios en su opinión no son sujetos a regulación por parte de la CRC-, de manera voluntaria ha venido estableciendo un proceso estándar de acceso para los PCA, que de igual manera se le ha ofrecido a **REDEBAN & OTROS**, el cual según informa **COMCEL**, a la fecha no ha sido comentado ni objetado en forma alguna por **REDEBAN & OTROS**.

Con relación al contenido de la tabla 2 antes referenciada, en opinión de **COMCEL** no es correcto que **REDEBAN & OTROS** afirme que no se atienden PQR con ocasión del contrato, señalando que sí las ha atendido y, adicionalmente agrega que sí se cuenta con facilidades de seguridad y encriptación, por cuanto los mensajes son cifrados y firmados por el aplicativo de banca móvil instalado en la SIM de los usuarios móviles de **COMCEL**, y que los SMS son de contenido encriptado.

En suma, **COMCEL** afirma que sus conversaciones con **REDEBAN & OTROS** han procurado dar claridad respecto de la figura del acceso con el valor regulado de cargos de acceso, el cual abarcaría exclusivamente el servicio de mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) en el contexto de una relación de acceso de la red, la cual no se presenta en la relación comercial existente entre las partes.

Como resultado de lo anterior, **COMCEL** aduce que de los antecedentes del caso no sólo no se puede sustentar una relación de acceso entre las partes, sino que tampoco se evidencia la existencia de solicitud alguna de acceso por parte de **REDEBAN & OTROS**. Respecto de esta última situación, **COMCEL** sostiene que a la fecha no ha recibido una solicitud de acceso para la provisión de contenidos y aplicaciones conforme a los términos de la Resolución CRC 3501 de 2011⁷⁵, manifestado que **REDEBAN & OTROS** *"no ha cumplido con algunas de las obligaciones a su cargo, por lo tanto, COMCEL no ha entendido presentada tal solicitud."*

De otra parte, **COMCEL** señala que le presta el servicio a **REDEBAN & OTROS** bajo una licencia de valor agregado; licencia que está vigente y a la cual se le aplican las disposiciones del Decreto Ley 1900 de 1990, y los Decretos 600 y 3055 de 2003. **COMCEL** concluye que esta situación hace que se excluya la aplicación de lo establecido en la Ley 1341 de 2009, por lo cual la solicitud presentada por **REDEBAN & OTROS** debe rechazarse. Al respecto, explica que de conformidad con lo previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009⁷⁶, relativo al régimen de transición de dicha ley, la misma no resulta aplicable en el caso en cuestión, y en consecuencia, lo ajustado a derecho es la aplicación de las normas que rigen la licencia de **COMCEL** como operador de valor agregado.

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

Insiste que a la situación de **REDEBAN & OTROS** relacionada con el Contrato suscrito por las partes, no le es aplicable el trámite señalado en la Ley 1341 de 2009 por tratarse de un servicio de valor agregado. Pese a lo anterior, expresa que dicha ley establece que los operadores contarán con un plazo de treinta (30) días calendario para lograr un acuerdo y que el término cuenta desde la fecha de la presentación de la solicitud con los requisitos exigidos en la regulación y que a la fecha, la solicitud presentada por **REDEBAN & OTROS** carece de los requisitos establecidos por el regulador, por lo que la misma no se puede entender como presentada. Lo anterior, en opinión de **COMCEL**, *"teniendo en cuenta que REDEBAN & OTROS se limitó a enviar a COMCEL comunicaciones que sólo solicitan la aplicación de una regulación general a un contrato particular que no corresponde a la situación regulada. Por lo cual, para COMCEL no se ha surtido la presentación de la solicitud y por ende no entiende surtido el proceso de negociación establecido en la normatividad vigente"*⁷⁷.

⁷⁵ Obrante en folio 209 del expediente 3000-4-2-464.

⁷⁶ Dicho artículo establece el régimen de transición de dicha ley en los siguiente términos *"Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos sólo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. De ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley."*

⁷⁷ Obrante en folio 211 del expediente 3000-4-2-464.

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

Frente a los efectos de la Resolución CRC 4458 de 2014, indica que dicha resolución tiene un ámbito de aplicación restringido y sustentado en el documento denominado "Respuesta a Comentarios — Promoción de Servicios Financieros a través de Redes Móviles", el cual hace parte integral del mencionado acto administrativo de carácter general, afirmando al respecto que la remuneración dispuesta en la regulación se limita a los términos de acceso a la red, existiendo otros rubros adicionales, soportados en servicios no contemplados como acceso a la red, que han sido derivados del acuerdo de voluntades de las partes y que no pueden ser objeto de validación en el presente conflicto.

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

3. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como se anotó en los antecedentes del presente acto administrativo, **COMCEL** al remitir sus comentarios y observaciones a las aclaraciones y complementaciones presentadas por **REDEBAN & OTROS** argumentó que el trámite del conflicto bajo análisis debe ser rechazado: (i) por serle aplicable un régimen jurídico diferente; y (ii) por carecer esta Comisión de competencia para decidir de fondo.

Así mismo, cabe recordar que **COMCEL** aportó en su respuesta al artículo 1 del Auto de Pruebas del 10 de febrero de 2015 un documento técnico elaborado por el ingeniero Juan Carlos Calderón Martínez el cual, fue controvertido por **REDEBAN & OTROS** quien solicita se rechace el mismo como medio de prueba en atención a lo dispuesto en el artículo 176 del Código General del Proceso y el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

En tal sentido, dado que los planteamientos referidos en el presente numeral se relacionan tanto con asuntos procedimentales y de trámite, como probatorios, es preciso que esta Comisión se pronuncie respecto de los mismos previo a abordar los temas sobre los cuales deberá decidirse de fondo para solucionar la controversia puesta de presente por **REDEBAN & OTROS**.

3.1. Régimen aplicable

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

Esta Comisión considera que tales afirmaciones son jurídicamente incorrectas, pues parten de premisas equivocadas que conducen a conclusiones igualmente erróneas, y en tal sentido debe aclararse que, el hecho que **COMCEL** manifieste prestar sus servicios a **REDEBAN & OTROS** bajo una licencia para servicios de valor agregado, no lo exime del cumplimiento de la Ley o la regulación general expedida por esta Comisión, en lo que le resulte aplicable. Es así como, en relación con la aplicabilidad de la Ley 1341 de 2009 al caso concreto, corresponde tener presente el alcance del régimen de transición previsto en dicha Ley, a la luz de lo establecido en su artículo 68 que es del siguiente tenor:

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

Conforme a lo previsto en el aparte transcrito, se puede concluir que si bien la Ley 1341 de 2009, señala que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones podrán mantener sus concesiones y licencias bajo la normatividad vigente al momento de su expedición, dicha norma es clara en determinar que los efectos del régimen de transición aplican **solamente respecto de las habilitaciones**, sin que se pueda extender esta transitoriedad a la aplicación de la totalidad de las disposiciones de la Ley, como por ejemplo respecto de las facultades regulatorias de la CRC frente al mercado de redes y servicios de comunicaciones. A pesar de ser éste un debate ampliamente superado, vale la pena recordar que en virtud de lo dispuesto en el régimen establecido en la Ley 1341 de 2009, la CRC ostenta la competencia para regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones como un todo, conforme lo dispone claramente los artículos 20 y 22 de la Ley citada.

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

Por su parte, el artículo 22 que desarrolla las competencias otorgadas a esta Entidad, identifica dentro de las funciones regulatorias referidas al mercado de redes y servicios de comunicaciones, entre otras, la de expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias asociadas al régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, precios mayoristas y en materia de solución de controversias conforme lo previsto en el numeral 3 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009. Así mismo conforme lo dispuesto en el numeral 9 y 10 del artículo 22, esta Comisión no solamente es competente para resolver la presente controversia, sino también para imponer de oficio o a solicitud de parte las condiciones de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, así como determinar la interoperabilidad de plataformas y el interfuncionamiento de los servicios y/o aplicaciones.

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

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

3.2. Falta de jurisdicción y competencia

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

Al respecto, esta Comisión considera que la argumentación presentada por **COMCEL** carece de asidero y contextualización. Basta con indicar que el ejercicio de potestades regulatorias, como lo ha sostenido la CRC hace ya más de una década y ha sido reiterado por la jurisprudencia⁷⁸, constituye una modalidad de intervención del Estado en la Economía, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 334 de la Constitución Política, razón por la cual representa un límite constitucionalmente legítimo a la autonomía de la voluntad de las partes al celebrar contratos, máxime cuando estos versen sobre aspectos relacionados con servicios públicos.

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

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

Finalmente, frente a la solicitud de rechazo de la solicitud objeto del presente trámite por considerar que las declaratorias solicitadas por **REDEBAN & OTROS** corresponden a una atribución de los jueces de la República, debe decirse que confunde **COMCEL** el alcance de las competencias de esta Comisión de cara al derecho de petición inmerso en la solicitud presentada por **REDEBAN & OTROS**. En efecto, debe recordarse que las autoridades administrativas en atención al derecho de petición inmerso en todas las peticiones que se formulan a su consideración deben resolver de fondo el problema planteado en el mismo, desde el ámbito de la competencia de cada autoridad administrativa, siendo claro en este caso que la solicitud de solución de conflicto de **REDEBAN & OTROS** lejos de pretender el ejercicio de una función jurisdiccional, busca que la autoridad ante la cual presentó la solicitud atienda su requerimiento, en ejercicio de sus funciones, que en el caso bajo análisis son de naturaleza administrativa.

De esta forma, la petición de **REDEBAN & OTROS** expuesta en el *petitum* transcrito en el numeral 2.1 de la presente resolución, no puede revisarse de manera descontextualizada para así concluir que la misma debe ser conocida por la jurisdicción. Al punto, se observa que **REDEBAN & OTROS** solicitó a esta Comisión que, *"en desarrollo de sus facultades de solución de conflictos entre proveedores establecidas en la Ley 1341 de 2009"*⁷⁹, dirima la controversia surgida entre **REDEBAN & OTROS** y **COMCEL** según lo manifestado en esta solicitud, por la aludida negativa de **COMCEL** a dar cumplimiento a la Resolución CRC 4458 de 2014 en lo relacionado con la remuneración por el uso de la red móvil de **COMCEL** a través de mensajes cortos de texto (SMS). Así mismo en un acápite posterior, manifiesta que la *"CRC es competente para conocer del*

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1162 de 2000; C-150 de 2003; C-1120 de 2005; C-; C-396 de 2006, C-955 de 2007; y C-186 de 2011, entre otras. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA C.P RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009) Núm. Rad.: 11001 032400020040012301; CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA C.P RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá, D. C, treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008) Radicación (26520)

⁷⁹ Obrante en folio 1 del expediente 3000-4-2-464.

presente conflicto en virtud de las facultades que le concede la Ley 1341 de 2009, y en especial las previstas en los numerales 3º, 4º, 9º y 10º del artículo 22, y en el título V de la citada ley⁸⁰.

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

3.3. Respetto del documento elaborado por el Ingeniero Juan Carlos Calderón Martínez aportado por COMCEL como prueba

3.3.1. Lo expuesto por las partes sobre el documento aportado como prueba

Según se anotó previamente, la CRC decretó de oficio un segundo Auto de Pruebas el 10 de febrero de 2015, el cual fue contestado (en relación al artículo primero del referido Auto de Pruebas) por **COMCEL** mediante comunicación del 19 de marzo de 2015⁸¹. En dicha comunicación, **COMCEL** informó que remitía la información solicitada mediante un documento que denominó "experticio técnico", el cual fue realizado por el Ingeniero Juan Carlos Calderón Martínez⁸².

En dicho documento y en relación con la topología de la red, el Ingeniero Calderón presentó una evolución de la infraestructura de Banca Móvil, la cual considera una Fase I (inicial), la cual concuerda con la topología que **COMCEL** inicialmente refirió como "topología anterior a la actualización de la plataforma de banca móvil". Luego, el mismo documento identifica una Fase II del servicio, la cual a su vez se subdivide en tres partes.

A la primera de éstas, la denomina "independización de monederos", la explica en términos de la necesidad de independizar el tráfico de dos productos de monederos (Daviplata y Ahorro a la mano) en un *Transactional Router* (TR) dedicado. De acuerdo con el referido documento, esto genera una nueva topología vigente entre Septiembre de 2013 y abril de 2014.

La segunda etapa de la denominada Fase II del documento aportado por **COMCEL** se denominó *ampliación de la infraestructura de banca móvil de COMCEL en el mes de enero de 2014*, la cual habría consistido en la implementación de un nuevo TR dedicado en forma exclusiva a Banca Móvil, el aumento en la capacidad en términos de cantidad de transacciones por segundo (TPS) de las dos instancias del *Online Service Gateway* (OSG) y de los TR y una reversión de la modificación hecha en la primera etapa antes descrita, para no independizar el tráfico de dos productos de monedero.

La tercera etapa de la denominada Fase II del documento aportado por **COMCEL** se tituló "Adaptaciones Banca Móvil" y correspondió según dicho documento al periodo enero - abril de 2014 y habría estado relacionado, principalmente, con la implementación de un módulo que permitiera el conteo de SMS requeridos por transacción y por banco y mecanismos de control de flujo para cada banco, en términos de cantidad de transacciones por segundo (TPS) del total soportado por TR. Estos ajustes no habrían implicado cambios en la topología, pero sí actualizaciones de software.

En el mismo documento, **COMCEL** indicó que había identificado la existencia de elementos de red adicionales de uso común, diferentes a los informados inicialmente por **COMCEL** en su respuesta del 30 de diciembre de 2014⁸³.

REDEBAN & OTROS, por su parte, sostiene que el documento aportado por **COMCEL** al que califica como "experticio" con el fin de dar respuesta al artículo 1 del Auto de Pruebas del 10 de febrero de 2015, debe ser rechazado por esta Comisión como medio de prueba, en atención a las siguientes razones que expone en el siguiente orden: (i) sostiene que el documento se dedica a determinar si la regulación de la CRC resulta aplicable a la relación existente entre **REDEBAN &**

⁸⁰ Obrante en folio 8 del expediente 3000-4-2-464.

⁸¹ Obrante en los folios 510 a 558 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁸² Obrante en los folios 515 a 550 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁸³ Obrante en los folios 392 a 417 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

OTROS y COMCEL y no a responder los requerimientos solicitados por esta Comisión en el Auto de Pruebas del 10 de febrero de 2015; (ii) afirma que el documento fue allegado a la presente actuación administrativa de manera extemporánea y sin ninguna posibilidad de contradicción; (iii) señala que el documento no es el resultado de investigaciones personales sino que, en opinión de **REDEBAN & OTROS**, se limita a transcribir, sin análisis ni crítica, buena parte de la información que ya había sido aportada por **COMCEL** al expediente, lo que **REDEBAN & OTROS** califica como parcialidad del ingeniero Calderón; (iv) califica como impertinente la referencia que se hace a modelos de banca móvil con el fin de desvirtuar el uso de los SMS cuando la aplicación considera los STK en la SIM de los usuarios; (v) señala que se relacionan, sin sustento alguno, una serie de supuestos procesos específicos de Banca Móvil (tales como: consulta de facturación, confirmación de pagos, consultas de prepago, aplicación de pagos de recargas, reintentos, data warehouse para CDR, logística atención usuarios, personal nuevos servicios, soporte 7x24, soporte atención corporativo, traslado apoyo cliente), frente a los cuales **REDEBAN & OTROS** opina que se relacionan con: los procesos de venta del operador de sus propios servicios de telefonía en prepago, obligaciones regulatorias como la existencia de una línea de atención de PQR, trámites de atención de grandes clientes incluidas las relaciones de interconexión y de acceso de los proveedores de contenidos y aplicaciones entre otros, y procesos de sus sistemas de facturación internos; (vi) señala como infundado que **COMCEL** considere que el valor regulado y el valor de hardware y software no se encuentren sometidos a revisión, y que el conflicto entre las partes se refiere a los valores de PQR y de costos y gastos de administración y ventas; (vii) señala que **COMCEL** a través del referido documento, pretende imputar costos de venta de minutos prepago y de facturación pospago, como costos de Banca Móvil, bajo el argumento de que al realizar una transacción de Banca Móvil para adquirir minutos de celular, se utilizan las plataformas correspondientes; (viii) afirma que **COMCEL** pretende confundir a la CRC respecto de que la utilización de los STK en la SIM de los usuario, no se aplica la tarifa regulada por la Resolución CRC 4458 de 2014; y (ix) afirma que el documento que **COMCEL** denomina como "experticio", respecto a la información requerida con relación al porcentaje de uso para Banca Móvil de los elementos reportados y de los porcentajes de los servicios de Banca Móvil dentro de los contratos suscritos con Huawei y con Telmex, *"se limita únicamente a afirmar que verificó los porcentajes, sin ni siquiera exponer dichos porcentajes ni hacer un análisis exhaustivo de los mismos como se puede comprobar en el numeral II del folio 548 del documento que contiene el supuesto experticio."*⁸⁴

Por las anteriores razones, **REDEBAN & OTROS** solicita que se desestime el valor probatorio del documento elaborado por el Ingeniero Calderón presentado por **COMCEL** en respuesta al artículo 1 del Auto de Pruebas del 10 de febrero de 2015.

Finalmente, **REDEBAN & OTROS** manifiesta que en virtud del manejo confidencial que esta Comisión le dio a la información presentada por **COMCEL** clasificándola como confidencial, *"tuvo un acceso limitado a los documentos correspondientes y no pudo obtener copia de los mismos, lo cual hizo bastante dispendiosa la labor de análisis"*,⁸⁵ situación que habría impactado también el ejercicio de su derecho de contradicción.

3.3.2. Consideraciones de la CRC sobre la aludida imposibilidad de contradicción y extemporaneidad el documento aportado como prueba

Frente a los argumentos expuestos por **REDEBAN & OTROS** relacionados con la extemporaneidad en la presentación del documento denominado "experticio técnico" y de la aludida inexistencia de posibilidad de contradicción, resulta preciso que esta Comisión recuerde (i) el concepto de dictamen pericial aportado por una de las partes, (ii) la oportunidad de allegar pruebas dentro de una actuación administrativa y (iii) el núcleo esencial al derecho de contradicción en las actuaciones administrativas y la contradicción del experticio técnico presentado por **COMCEL**.

De entrada, debe recordarse que en materia probatoria, los procesos que se adelanten ante autoridades administrativas se regulan por las disposiciones consagradas en la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), y, especialmente en lo relacionado con las pruebas, en lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA, y en lo no previsto por esta normativa en lo dispuesto en Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

⁸⁴ Obrante en folio 590 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

⁸⁵ Obrante en folio 579 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

Así las cosas, en primer lugar es necesario recordar que las reglas procesales en materia probatoria, desde el año 1991⁸⁶, autorizaron a las partes para presentar de común acuerdo informes técnicos que estaban destinados a dejar sin validez un dictamen pericial, implementándose de esta manera un nuevo concepto de prueba técnica o experticio, distinta a la prueba pericial, estrictamente considerada. Posteriormente, mediante la Ley 794 de 2003 por la cual se modificó el Código de Procedimiento Civil⁸⁷, se mantuvo este nuevo medio de prueba, otorgándole la posibilidad a cualquiera de las partes de aportar pruebas de índole técnico, denominados también experticios.

A su turno, la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) establece seis categorías de dictámenes procesales, dentro de los cuales se encuentra el dictamen aportado por la parte, el cual en su artículo 227 dispone lo siguiente:

"La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días (...). El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado."

Así las cosas, es claro entonces que el documento aportado por **COMCEL** en respuesta al Auto de Decreto de Pruebas proferido por esta Comisión el 10 de febrero de 2015, corresponde a un dictamen pericial de parte, aportado para la valoración propia de la CRC en instancia de solución de controversias. Al punto, debe tenerse en cuenta que la pericia aportada por una de las partes que trata el artículo 227 del Código General del Proceso, se caracteriza precisamente en que la misma es aportada al expediente por las partes bajo los lineamientos del artículo 226 del referido Código. Esta figura busca que sean los intervinientes en el proceso quienes enriquezcan la información con la cual el sensor o juez debe adoptar la decisión⁸⁸.

Adicionalmente, resulta preciso recordar que el dictamen aportado por una de las partes no está exento de ser objetado por la parte contraria, en efecto, según lo dispone el artículo 228 del Código General del Proceso, en el caso en que la contraparte pretenda la contradicción, así deberá manifestarlo para que se instaure la respectiva audiencia en donde tendrá la oportunidad de interrogar al experto o aportar otro dictamen. Lo anterior resulta de vital importancia en la actividad procesal que deben mostrar las partes en el proceso, pues como bien lo pone de presente la exposición de motivos de este estatuto procesal, esta forma de contradicción apremia la calidad de la prueba y celeridad del proceso:

*"La prueba pericial de parte y la probabilidad que los peritos sean interrogados en audiencia, mejorará la calidad de esta prueba y de cara a la sociedad desterrará la concepción negativa que se tiene de ella. El dictamen pericial que se rinde por escrito y la controversia sobre el que también se hace en la misma forma, tiene un déficit de contradicción y el andamiaje de la objeción por error grave alarga en demasía el proceso. Todo ello se obvia con los interrogatorios que se hagan en la audiencia y con base en ellos el juez resuelve"*⁸⁹

En ese sentido, es importante recordar que en el marco de la presente actuación administrativa a las partes se les corrió traslado de todas las pruebas que obraban en el expediente para que ejercieran su derecho de contradicción. Con ello, **REDEBAN & OTROS** contó con la oportunidad para realizar la contradicción de dictamen aportado por **COMCEL** en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso, sin que obre en el expediente la solicitud de comparecencia del Ing. Calderón o se hubiese aportado otro dictamen con el fin de desvirtuar la referida experticia.

En segundo lugar, y con relación a la oportunidad para allegar pruebas en el marco de una actuación administrativa como la que aquí nos convoca, esta Comisión observa que en el caso concreto **COMCEL** remitió el denominado experticio el 19 de marzo del 2015 en cumplimiento del artículo 1 del Auto de Pruebas del 10 de febrero de 2015, aportándolo para dar respuesta a los interrogantes y solicitudes efectuadas por esta Comisión en el auto de pruebas mencionado.

⁸⁶ Tal es el caso de lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991.

⁸⁷ Artículo 18 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil.

⁸⁸ Canosa Suarez, Ulises, *Código General del Proceso: Aspectos probatorios*, Revista Jurisprudencia Unirosario. Publicado 22 de agosto de 2012, véase, <http://jurisunirosario2012.blogspot.com/2012/08/codigo-general-del-proceso-aspectos.html> fecha de consulta: 13/07/2015.

⁸⁹ Véase: <http://www.icdp.org.co/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf> fecha de consulta: 13/07/2015.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que dentro del trámite administrativo, por expresa disposición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código General del Proceso, debiéndose tener en consideración las reglas especiales que dicho estatuto contempla respecto de la oportunidad que las partes tienen para allegar pruebas al expediente en actuaciones administrativas, la cual se encuentra contemplada en el artículo 40 del CPACA, el cual rige dichas actuaciones bajo los principios de informalidad, economía procesal y eficacia. En efecto, el artículo 40 en mención dispone lo siguiente:

*Artículo 40. Pruebas. **Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales.** Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.*

(...)

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.”(NFT)

Así las cosas, mal podría decirse que la remisión del documento allegado por **COMCEL** resulta inoportuna o extemporánea por no haber sido requerido en la oportunidad para pedir pruebas, pues, se insiste en que las reglas específicas del CPACA en relación con la oportunidad para presentar pruebas indica que las mismas pueden aportarse, pedirse o practicarse durante toda la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo.

Por su parte, y respecto a la aludida imposibilidad de ejercer debidamente el derecho de contradicción respecto del “experticio” aportado por **COMCEL**, es preciso recordar que el núcleo esencial del derecho de contradicción en las actuaciones administrativas, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, en la sentencia C-537 de 2006 implica la posibilidad de que las partes expongan sus argumentos respecto de las pruebas, de forma que tenga la posibilidad real y efectiva de controvertirlas. En efecto, en dicho pronunciamiento explicó:

*“El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En tal sentido, la Corte ha considerado que (i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la certeza de la responsabilidad del procesado; (ii) se trata de una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer; (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa; (v) **en virtud del derecho de contradicción**, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso; por otro lado, **se refiere a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la producción de la prueba**, por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador **y exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba**; y (vi) **el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas.**” (NFT)*

De acuerdo con lo anterior, el ejercicio del derecho a la defensa y contradicción como manifestación del debido proceso en las actuaciones administrativas, como es el caso de la que ocupa el presente pronunciamiento, se materializa específicamente en el artículo 40 del CPACA, el cual en línea con el artículo 29 de la Constitución Política, expresamente señala, dentro de las garantías que conforman el debido proceso administrativo, que “*El interesado contará con la*

*oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo*⁹⁰.

En el caso concreto, debe esta Comisión recordar que **REDEBAN & OTROS** efectivamente contó con la oportunidad real y efectiva de controvertir el experticio técnico aportado por **COMCEL**. Al punto, se recuerda que antes de que esta Comisión procediera a dictar decisión de fondo en el caso en concreto, no solamente otorgó a **REDEBAN & OTROS** la oportunidad real y efectiva de controvertir todos los documentos y pruebas aportados por **COMCEL** en el presente trámite administrativo, tal y como se puede evidenciar en los oficios del 19 de diciembre de 2014⁹¹, del 2 de febrero de 2015⁹² y del 27 de marzo de 2015⁹³ en donde la CRC le otorgó a **REDEBAN & OTROS** la oportunidad de controvertir los documentos y pruebas aportadas por **COMCEL** en el presente trámite administrativo (incluyendo el referido experticio técnico); sino que a su turno, y derivado de la referida oportunidad real y efectiva otorgada por esta Comisión, **REDEBAN & OTROS** ejerció su derecho de contradicción a través de varios documentos, observaciones y tres (3) visitas en las que revisó⁹⁴ las carpetas que conforman el Expediente Administrativo No. 3000-4-2-464, por lo que no resulta ajustado a la realidad lo indicado por **REDEBAN & OTROS** respecto a la inexistencia de posibilidad alguna de contradecir el experticio técnico aportado por **COMCEL**.

En todo caso, y aun cuando el experticio técnico aportado por **COMCEL** no solamente fue aportado en debida oportunidad sino que frente al mismo esta Comisión le garantizó a **REDEBAN & OTROS** su derecho de contradicción teniendo así la posibilidad real y efectiva de controvertirlo antes de una decisión de fondo, esta Comisión debe valorarlo conforme lo dispone el artículo 176 del Código General del Proceso, de tal suerte que el mismo ha de cumplir con los criterios de conducencia, pertinencia, utilidad y necesidad de la prueba.

Para tal propósito, debe recordarse que la conducencia hace referencia a que *"el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho"*⁹⁵. La pertinencia, por su parte, *"consiste en que el hecho a demostrar tenga relación con los que configuran la controversia"*⁹⁶, siendo impertinente por tanto aquella prueba que pretende demostrar un hecho ajeno a la disputa existente y actual entre las partes; y la utilidad hace referencia a que *"con la prueba se establezca un hecho materia de la controversia que aún no se encuentra demostrado con otra"*⁹⁷, siendo inútil aquella prueba que resulte irrelevante, superflua o que pretenda corroborar hechos ya probados, lo que constituye a su vez, una clara violación al principio de economía procesal y, en esa medida, el fallador está facultado para rechazarla o abstenerse de practicarla.

Igualmente, resulta relevante determinar la necesidad de la prueba, entendiéndose como tal *"lo que requiere de prueba en un proceso determinado, cualquiera sea el campo al cual pertenezca, por constituir los presupuestos fácticos de las pretensiones o excepciones"*⁹⁸.

En tal orden de ideas, en relación con el caso en particular, se advierte que el artículo 1° del Auto de Pruebas del 10 de febrero de 2015 requería a **COMCEL** allegar la **información** asociada al porcentaje de uso para el servicio de Banca Móvil respecto de los elementos reportados por **COMCEL** en cumplimiento del artículo 3° del Auto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014, de conformidad con los criterios técnicos y financieros-comerciales indicados. Al punto, se observa que el "experticio técnico" aportado por **COMCEL**, tal y como se explicó en páginas precedentes, si bien se enfoca principalmente en presentar una evolución de la infraestructura de Banca Móvil la cual considera, por un lado, una Fase I (inicial) con una topología coincidente con la presentada por **COMCEL** como anterior a la actualización de la plataforma de Banca Móvil⁹⁹, sólo que sin

⁹⁰ Así mismo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece en su artículo 3° que en virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán "con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción."

⁹¹ Obrante en el folio 390 del expediente 3000-4-2-464.

⁹² Obrante en el folio 464 del expediente 3000-4-2-464.

⁹³ Obrante en los folios 575 a 576 de la carpeta del expediente 3000-4-2-464.

⁹⁴ Siendo la primera visita el día 10 de febrero de 2015 (Acta obrante en folios 424 a 425 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464); la segunda el día 6 de abril de 2015 (Acta obrante en folios 573 a 574 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464) y la tercera el día 22 de abril del 2015 (Acta obrante en folios 577 a 578 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464).

⁹⁵ Azula Camacho, Jaime, Manual de Derecho Procesal. Tomo IV. Pruebas Judiciales, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2003, página 63.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Azula Camacho, Jaime, Manual de Derecho Procesal. Tomo IV. Pruebas Judiciales, Editorial Temis, Bogotá D.C., 2003, página 31.

⁹⁹ Obrante en folio 393 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

incluir las direcciones IP presentadas en la respuesta original de **COMCEL** y, por el otro, una Fase II del servicio, la cual a su vez subdivide en tres partes, también lo es que dicho documento fue el vehículo para que **COMCEL** indicara que había identificado la existencia de elementos de red adicionales de uso común, diferentes a los informados inicialmente por **COMCEL** en su respuesta del 30 de diciembre de 2014¹⁰⁰, así como para aportar información financiera-comercial relacionada con aquella solicitada en el artículo 1° del referido Auto.

Así las cosas, esta Comisión observa que el referido documento atendió los parámetros indicados por el artículo 1° del Auto de Pruebas del 10 de febrero de 2015, y asimismo, se enfocó en presentar información adicional, no requerida, respecto de la evolución de la infraestructura de Banca Móvil.

En consecuencia, para los propósitos del asunto que enmarca la controversia que nos convoca esta Comisión, en el marco del artículo 40 del CPACA que dispone como admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código General del proceso, no rechazará *in limine* el documento denominado "experticio técnico" aportado por **COMCEL** en cumplimiento del artículo 1° del Auto de Pruebas del 10 de febrero de 2015, en la medida en que la prueba presentada no solamente aporta información adicional que se adecúa a la necesidad de la prueba decretada de oficio por esta Comisión, sino que a su vez, la información allegada por medio de la misma otorga elementos de juicio consistentes con los conceptos de conducencia, pertinencia y utilidad arriba explicados, frente a los hechos que deben probarse dentro del presente trámite administrativo respectivo con el mismo auto de la referencia.

En efecto, el experticio técnico remitido está acompañado de información relevante para identificar el detalle de las condiciones bajo las cuales se prestan los servicios por parte de **REDEBAN & OTROS** utilizando para el efecto la red de **COMCEL**. Así mismo, las consideraciones expuestas ponen de presente el punto de vista de **COMCEL** en relación con los elementos que intervienen para la prestación del servicio de banca móvil y que deberían ser remunerados, las cuales en todo caso, deben ser valoradas por la CRC bajo el enfoque de la sana crítica en aras de la adopción de una decisión de fondo.

4. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE FORMA Y PROCEDIBILIDAD

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

En efecto, mientras **REDEBAN & OTROS** argumenta que la naturaleza del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes supone una relación de acceso entre la red **REDEBAN & OTROS** y la red **COMCEL**, y que por lo mismo, este último debe aplicar el ajuste de tarifas a que se refiere la Resolución CRC 4458 de 2014; **COMCEL** ha mantenido la invariable posición según la cual la relación que sostiene con **REDEBAN & OTROS** responde a una relación comercial, que se concibe a partir del contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto suscrito entre las partes, al punto que frente a las solicitudes de **REDEBAN & OTROS** 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 forma y procedibilidad no puede realizarse hasta tanto no se determine si la relación que actualmente existe entre **REDEBAN & OTROS** y **COMCEL** reviste o no características de una relación de acceso. Así, se procederá en primer lugar a determinar si existe o no una relación material de acceso entre las partes para que, en caso de existir, se determine el cumplimiento o no de los requisitos de forma y procedibilidad dispuestos en el Título V de la Ley 1341 de 2009.

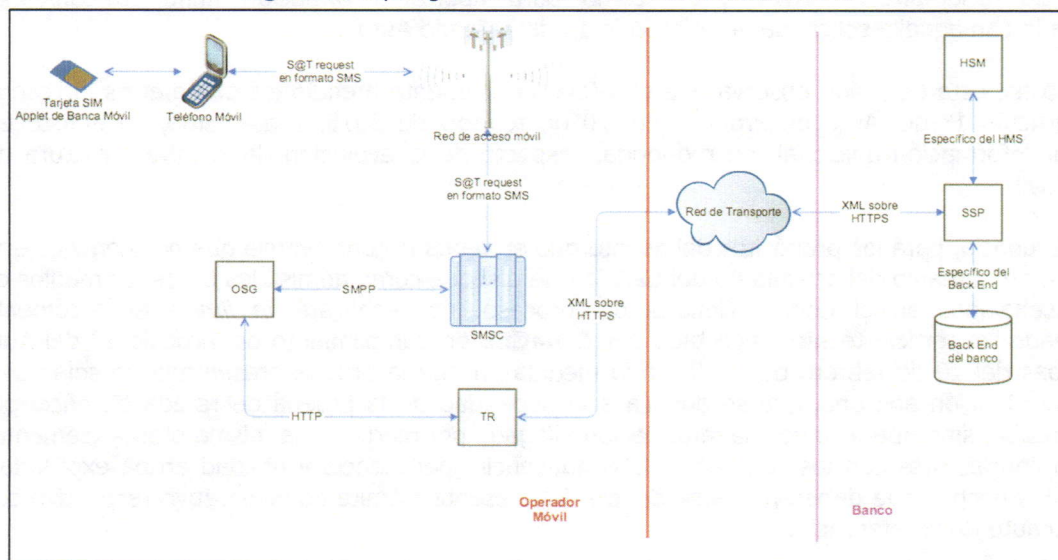
4.1. Respecto de la relación material de acceso entre REDEBAN & OTROS y COMCEL

A partir de las topologías referidas por **COMCEL** y **REDEBAN & OTROS** en el marco de la presente actuación administrativa, se considera útil, desde el punto de vista conceptual, establecer una topología básica y genérica de un servicio de Banca Móvil, según se presenta en la

¹⁰⁰ Obrante en los folios 392 a 417 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

Figura 1. Es decir, no se pretende establecer la topología exacta que existe entre las partes sino resaltar los principales elementos de red que surgen en una relación como la existente entre **COMCEL** y **REDEBAN & OTROS**.

Figura 1. Topología básica de un servicio de Banca Móvil



Fuente: Análisis CRC a partir de información de Gemalto¹⁰¹, **COMCEL** y **REDEBAN & OTROS**.

El servicio de banca móvil permite a un usuario la realización de un conjunto de transacciones financieras desde un teléfono móvil. Para acceder al servicio de Banca Móvil, el terminal del usuario cuenta con una tarjeta SIM, la cual ha sido cargada con un *appllet* de banca móvil, que es un software que maneja la seguridad del producto así como la interfaz de usuario. El teléfono móvil hace uso de la red de acceso del Operador Móvil para conectarse con el *Short Message Service Center* (SMSC) del Operador Móvil mediante un S@T request en formato SMS, como se muestra en la Figura 1.

El SMSC transmite dichos S@T request bajo protocolo SMPP hasta el *On Line Service Gateway* (OSG) que es un software que los transforma en HTTP requests, los cuales intercambia con el *Transactional Router* (TR). El OSG también transforma a los *SIM Toolkit Markup Language* (STKML) que llegan como respuesta, en S@T.

El TR es responsable de transmitir datos al módulo *Secure Service Platform* (SSP) que resulte adecuado (porque más de un SSP puede formar parte de la misma red). Este último está ubicado del lado de la red del banco. En medio entre el Operador y el o los bancos, existe una red de transporte que los conecta.

El SSP maneja las solicitudes entre los usuarios móviles y los sistemas de la institución financiera y asegura que las transacciones financieras y los datos de los clientes estén seguros, utilizando los servicios del *Host Security Module* (HSM). Este último es el módulo que se encarga de las operaciones criptográficas como el cifrado, la generación de claves, y la traducción de los PIN. Otros sistemas del banco deben estar conectados al SSP para almacenar en bases de datos los registros de la información relacionada con el usuario.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la relación existente entre **COMCEL** y **REDEBAN & OTROS** 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 **REDEBAN & OTROS** 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 2011¹⁰². Nótese también que el mismo **COMCEL** ha reconocido que la relación entre las partes reviste una relación de acceso, al referir

¹⁰¹ Gemalto, Mobile Banking Solution version 6.1.0 - Technical Overview, 2013, y On Line Service Gateway v5.2 Overview, 2011.

¹⁰² 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."

que comporta elementos adicionales a dicha realidad material; en efecto **COMCEL** sostuvo lo siguiente:

*"De otra parte, es importante destacar que dentro del contrato suscrito entre COMCEL y REDEBAN para la prestación de servicios de terminación de SMS con el fin de permitir el acceso a los destinatarios a las transacciones de Banca Móvil, el valor pactado por SMS incluye no solamente el costo del uso de la red, sino otros costos tales como el servicios de peticiones quejas y reclamos que ahora pretende desconocer REDEBAN; es por esta razón que COMCEL en múltiples ocasiones ha manifestado que la relación existente con REDEBAN no es una simple relación de acceso sino que COMCEL presta servicios adicionales a REDEBAN"*¹⁰³ (NFT)

Así, es claro que es precisamente en la ejecución de esta relación de acceso que se ha presentado la divergencia sometida a consideración del regulador, que se resuelve mediante la presente resolución.

4.2. Respetto del cumplimiento de los requisitos de forma y procedibilidad

Teniendo claro que, como se mencionó en el numeral inmediatamente anterior, entre **REDEBAN & OTROS** y **COMCEL** existe una relación de acceso, 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 **REDEBAN & OTROS**, así como el complemento requerido por esta Comisión, se constató que la misma se trata de una solicitud de solución de controversias presentada por dicho proveedor de contenidos y aplicaciones respecto de la relación de acceso que actualmente sostiene con **COMCEL**, y a efectos de lo cual dio cumplimiento a los requisitos de forma y procedibilidad contenidos en el Título V de la Ley 1341 de 2009. En efecto, del estudio de los documentos que conforman la solicitud presentada a esta Comisión fue posible evidenciar el cumplimiento de los requisitos de la citada Ley en lo que respecta al requisito asociado al previo agotamiento del plazo de negociación directa pues, se advierte que desde el 21 de abril de 2014 **REDEBAN & OTROS** a través del Gerente de Investigación y Desarrollo de **REDEBAN** envió solicitud a **COMCEL** con la finalidad de que se ajustaran las condiciones previstas por las partes¹⁰⁴, con relación a la aplicación de los valores de remuneración a los que hace alusión la Resolución CRC 4458 de 2014. Lo anterior incluso es reforzado ante la respuesta dada por **COMCEL** el 19 de mayo de 2014¹⁰⁵ a la solicitud presentada por **REDEBAN & OTROS** el 21 de abril del mismo año.

Así, y al analizar el contenido de ambas comunicaciones cruzadas entre **REDEBAN & OTROS** y **COMCEL**, se considera que el motivo de tales instancias preliminares de acercamiento entre las partes se circunscribía a discutir, no solamente la solicitud presentada por **REDEBAN & OTROS** respecto de la aplicación de la Resolución CRC 4458 de 2014, sino también las consideraciones que **COMCEL**, expuso en forma de divergencias, a **REDEBAN & OTROS** en relación con la alegada relación comercial existente entre las partes.

Así mismo, frente a los requisitos de forma contenidos en la normatividad vigente se evidencia, en el caso particular de **REDEBAN & OTROS**, 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 **REDEBAN & OTROS** dio cumplimiento a los requisitos de forma y procedibilidad contenidos en el Título V de la Ley 1341 de 2009.

¹⁰³ Obrante en folio 438 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

¹⁰⁴ Obrante en folio 172 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

¹⁰⁵ Obrante en folios 174 a 175 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

5. SOBRE LOS ASUNTOS EN CONTROVERSIDAD

Teniendo en cuenta que dentro del presente acto administrativo ya se revisó y probó la existencia de una relación de acceso entre **REDEBAN & OTROS** y **COMCEL**, habiendo revisado los argumentos esgrimidos por las partes, a los que se hizo referencia en los numerales anteriores, y luego de llevar a cabo la audiencia de mediación en las instalaciones de la esta Comisión, resulta evidente que el centro de la controversia planteada entre las partes, se refiere a definir: i) las condiciones que rigen la relación material de acceso; y ii) el valor que remunera los servicios de Banca Móvil previstos en la relación existente entre **COMCEL** y **REDEBAN & OTROS**. Así las cosas, procede a continuación esta Comisión a pronunciarse sobre la referida controversia.

5.1. Condiciones que rigen la relación entre las partes y la aplicación de las reglas contenidas en el régimen de acceso, uso e interconexión

En primer lugar, debe recordarse que aunque los contratos que regulan las relaciones de acceso que involucren a operadores de telecomunicaciones y proveedores de contenidos y aplicaciones, tienen elementos propios de los contratos privados, en la medida en que en ellos está involucrada la prestación de un servicio público, presentan varias particularidades que hacen que las partes puedan disponer de algunos elementos de los mismos dentro del marco de la regulación y la ley, pero algunos otros son definidos de manera directa por el regulador como manifestación de la intervención del Estado en la economía, bien sea mediante actos administrativos de carácter particular y concreto, o de carácter general y abstracto.

Así, en el caso que nos ocupa, se anota que la solicitud de solución de controversias presentada por **REDEBAN & OTROS** no pretende que se dirima un asunto eminentemente contractual con **COMCEL**; dicha solicitud pretende la aplicación de las reglas regulatorias actualmente vigentes en materia de acceso, en cuanto al valor que remunera los servicios de Banca Móvil previstos en la relación existente entre **COMCEL** y **REDEBAN & OTROS**.

En tal sentido, es claro para la CRC que entre las partes si bien se han acordado y definido las condiciones que han de regir la relación de acceso que materialmente existe entre las mismas, quienes han dispuesto en el contrato suscrito y los diferentes otrosí condiciones de infraestructura y requerimientos técnicos, comerciales y financieras, generalidades de servicios de Banca Móvil, registro de autorizaciones, listado de entidades participantes, las condiciones específicas sobre la remuneración que **REDEBAN & OTROS** deben reconocer a **COMCEL** por el acceso y uso de su red para la prestación de los servicios de Banca Móvil objeto de análisis, corresponderán a las dispuestas en el presente acto administrativo y en la regulación general vigente sobre este particular.

De otra parte, y en la medida en que ha sido un asunto planteado dentro del presente trámite administrativo, resulta necesario pronunciarse frente al argumento esgrimido por **REDEBAN & OTROS** relacionado con lo que en su opinión "constituiría una violación del artículo 41 de la resolución 3101"¹⁰⁶ por parte de **COMCEL**, cuando éste último sugirió en comunicación del 8 de julio de 2014¹⁰⁷ la suspensión del servicio Banca Móvil.

Al respecto, debe reiterarse que, en la medida en que entre **REDEBAN & OTROS** y **COMCEL** existe una relación material de acceso, a la misma le son aplicables todas las condiciones regulatorias vigentes aplicables, incluidas las contenidas en la Resolución CRC 3101 de 2011. Así, los supuestos de aplicación del artículo 41 de la referida resolución, también le resultan aplicables a la relación material de acceso existente entre **REDEBAN & OTROS** y **COMCEL**, artículo que hace expresa la prohibición de desconexión en los siguientes términos:

"Artículo 41. PROHIBICIÓN DE DESCONEXIÓN: Ninguna controversia, conflicto o incumplimiento de los acuerdos de acceso y/o interconexión, podrá dar lugar a la desconexión de los proveedores, salvo que la CRC así lo autorice, en cuyo caso deberá dictar las medidas previas que se aplicarán con la finalidad de minimizar los efectos para los usuarios.

Mientras no se produzca esta autorización, las condiciones del acceso y/o la interconexión deben mantenerse y, por lo tanto, no puede limitarse, suspenderse o terminarse, so pena de que quién ejecutó, motivó o patrocinó la conducta, incurra en las sanciones previstas para el

¹⁰⁶ Obrante en el folio 7 del expediente 3000-4-2-464.

¹⁰⁷ Obrante en el folio 182 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

efecto en las normas correspondientes".

En el caso en concreto, frente al argumento de **REDEBAN & OTROS** de la aplicación del artículo 41 de la Resolución CRC 3101 de 2011, y teniendo en cuenta que con **COMCEL** existe una relación material de acceso que se somete al régimen general de acceso e interconexión referido, se tiene que la eventual desconexión del servicio derivado de cualquier controversia, conflicto o incumplimiento deberá ser notificado a la CRC tanto por **REDEBAN & OTROS** como por **COMCEL**, con el fin de obtener la autorización de esta Comisión y, de ser el caso, permitirle dictar las medidas previas que esta Comisión estime pertinentes aplicar con la finalidad de minimizar los efectos para los usuarios.

5.2. El valor que remunera los servicios de Banca Móvil previstos en la relación existente entre COMCEL y REDEBAN & OTROS

Como se mencionó en el aparte de antecedentes y consideraciones de las partes de la presente resolución, **COMCEL** considera que hay elementos adicionales involucrados en la provisión de servicios de Banca Móvil a **REDEBAN & OTROS**, que deberían ser remunerados separadamente del valor de cargo de acceso para SMS definido actualmente en la regulación. Por su parte, **REDEBAN & OTROS** considera que el valor regulado incluye todos los elementos asociados a la provisión del servicio de Banca Móvil, señalando que se trata de elementos de red comunes de la red de **COMCEL** que ya habrían sido considerados por la CRC en los cálculos de los valores de los SMS.

Para resolver lo anterior, debe tenerse como punto de partida que el documento de respuestas a comentarios que acompañó la expedición de la Resolución CRC 4458 de 2014¹⁰⁸, incluyó una referencia a los aspectos que cubre el cargo de acceso regulado para SMS contemplado en dicha resolución, según se transcribe a continuación:

*"Sobre este particular, debe señalarse que desde la publicación inicial del proyecto se indicó que el foco de atención del mismo se refería a las condiciones remuneratorias asociadas al uso de las redes de los PRST móviles **en cuando a la terminación en las mismas**. De este modo, la intervención 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**. Así las cosas, no es acertado indicar que la norma impediría recuperar los costos asociados a los servicios que deben ser prestados diferentes a [aquéllos] de terminación, pues nada impide que los mismos sean definidos por las partes, y en todo caso, de conformidad con lo previsto en la regulación". (NFT)*

De lo anterior se evidencia que el proyecto regulatorio determinó el alcance y objetivo de la definición de la remuneración por vía general, acotándolo al tramo de uso de la red para la entrega de SMS al usuario final y dejando claro que, de existir elementos adicionales, los mismos deberían ser definidos por las partes adelantando para el efecto el trámite de negociación directa.

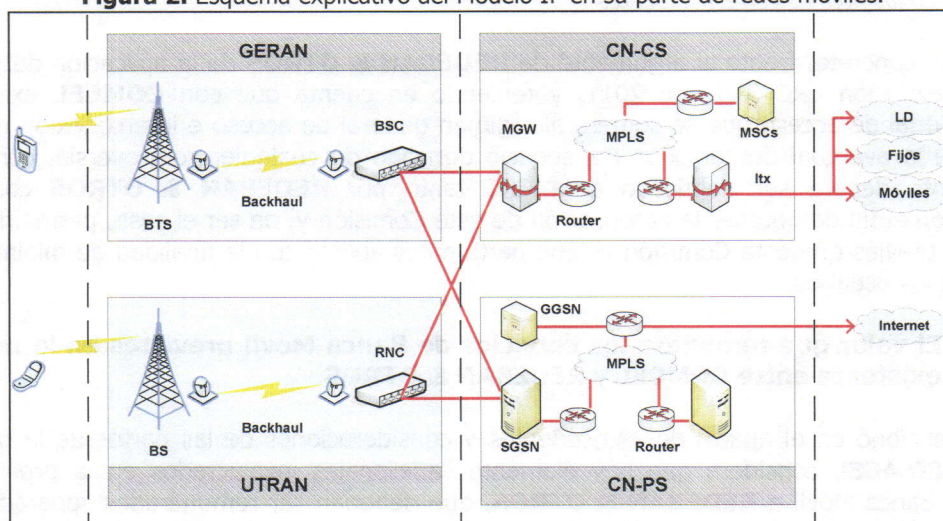
Bajo este contexto, y de cara a los argumentos expuestos por las partes, cabe recordar que el modelo de costos¹⁰⁹ utilizado por la CRC para el cálculo de cargos de acceso móvil, fue elaborado en el año 2011 como una herramienta de cálculo que, con base a los costos, información de demanda y criterios de diseño, permite calcular los costos mínimos para recuperar las inversiones y gastos asociados al despliegue de una red proyectada con base en estimaciones de demanda futura. Dentro del trámite de la presente actuación administrativa, esta Comisión procedió a realizar una verificación de dicho modelo¹¹⁰ para identificar cuáles de los elementos referidos por las partes se encuentran ya considerados en el valor de cargo de acceso para SMS definido en la regulación vigente, y cuáles podrían llegar a requerir un costeo adicional. La figura 2 incluye una descripción general de la parte de redes móviles considerada en el modelo.

¹⁰⁸ Sección 2.5 "Aspectos que cubre el precio regulado". Disponible para consulta en https://www.crcom.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/BancaMovil/Respuesta_ComentariosSFM.pdf

¹⁰⁹ El cual se encuentra disponible para consulta pública en los siguientes enlaces:

- <http://www.grupointerindustrial.gov.co/index.php/noticias/23-iv-sesion-grupo-de-industria>
- <https://www.crcom.gov.co/es/pagina/condiciones-para-el-despliegue-de-infraestructura-para-el-acceso-a-internet-a-trav-s-de-redes-inal-mbricas>

¹¹⁰ Verificación realizada sobre el archivo de Excel denominado: 07.red movil.xlsm

Figura 2. Esquema explicativo del Modelo IP en su parte de redes móviles.

Fuente: Informe "Modelo Convergente NGN", preparado por Dantzig Consultores en el año 2011

Según lo descrito en el informe "Modelo Convergente NGN", preparado por Dantzig Consultores en el año 2011, "[e]n el caso de las redes móviles se considera una red de acceso de segunda generación GSM, combinada con una de tercera generación UMTS, y en el núcleo un esquema de transmisión MPLS con conmutación distribuida con MGW y MSCS. La transmisión en el caso que usuario del Modelo IP lo decidiera, podría "desbordarse", o irse en forma alternativa por una transmisión compartida con alguna empresa fija"¹¹¹.

En el marco de la revisión del modelo de costos, se validaron los datos del proveedor de redes y servicios de comunicaciones **COMCEL** y se constató que los siguientes elementos de red ya han sido considerados para la realización de cálculos definidos en la regulación general y que son propios de la prestación de los servicios de banca móvil: SMSC, SAFE, SMS GW on-net, SMS GW Saliente, Mediador, Firewalls, Routers, Switch y Enlaces dedicados. Sin embargo, respecto de los elementos denominados **Transactional Router (TR)**, **Online Service Gateway (OSG)** y **Servicios Profesionales Veritas Cluster**, debe decirse que los mismos no son considerados en el modelo de costos empleado para la definición del valor de cargo de acceso para mensajes de texto hoy definido en la regulación general.

Así, si bien **REDEBAN & OTROS** controversió a **COMCEL** indicando que se trata de elementos comunes y por tanto ya se encontrarían incluidos en la tarifa regulada, lo cierto es que la revisión realizada del modelo de redes móviles no identificó que tales elementos estuvieran incluidos como parte del cálculo de la tarifa definida en la regulación. Por tal motivo, la solución de la controversia que acá se analiza requirió la elaboración de un modelo de costos para la definición de la remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS**, el cual se describe más adelante.

Por otro lado, en relación con la gestión operativa de reclamos, debe mencionarse que **REDEBAN & OTROS** señala que la relación contractual entre las partes no incluye la prestación de este servicio, mientras que **COMCEL** manifiesta que sí ha registrado casos en los cuales ha gestionado reclamos de sus clientes en relación con los servicios de Banca Móvil provistos a **REDEBAN & OTROS**. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la gestión operativa de reclamos, según lo contempla la regulación vigente¹¹², comporta un servicio adicional, no esencial a la relación de acceso; ello en la medida en que el servicio puede ser atendido o bien por el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones con quien se tiene la relación de acceso, por un tercero, o directamente por el proveedor de contenidos y aplicaciones. Así, para la prestación y consecuente cobro de este servicio adicional en el caso en concreto, resulta indispensable que las partes hayan

¹¹¹ <http://www.grupoindustriangn.gov.co/index.php/noticias/23-iv-sesion-grupo-de-industria>

¹¹² Resolución CRC 3096 de 2011. "Por la cual se establece un valor tope de remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo, se define un valor tope de remuneración de la instalación esencial de facturación, distribución y recaudo y gestión operativa de reclamos cuando se prestan estos servicios de manera conjunta, y se establecen otras disposiciones"

convenido su prestación, no siendo viable, por lo tanto, que una de las partes decida unilateralmente hacerlo.

Si bien en materia de telecomunicaciones, dada su connotación de servicio público y la especial intervención del Estado que se predica de este sector, aquellos servicios no esenciales, eminentemente adicionales, como es el caso de los servicios de gestión operativa de reclamos, están sujetos a los principios propios de la autonomía de la voluntad privada, de tal suerte que por el solo fruto de la manifestación de voluntad de las partes directa e inequívocamente encaminada a producir efectos jurídicos, puede entenderse que existe una obligación prestacional de este tenor.

No obstante lo anterior, esta Comisión observa, por un lado, que en el Contrato suscrito entre las partes, junto con sus diversos otrosí, no se involucraron tales servicios de gestión operativa de reclamos. Al punto, se observa que la Cláusula Quinta del contrato mencionado, referida a las "Obligaciones y Responsabilidades del Operador", se dispuso que **COMCEL** se obligaba a:

"a) Prestar el Servicio de Terminación de SMS bajo los términos del presente Contrato y sus Anexos. La obligación de prestar el Servicio de Terminación de SMS, es de medio y no de resultado y no garantiza que la transmisión sea ininterrumpida o exenta de errores, derivados de fallas en los sistemas de comunicación.

*b) Responder ante **REDEBAN** y las **ENTIDADES PARTICIPANTES** en caso que por razones imputables a **COMCEL** debidamente comprobadas, a la información transmitida por **REDEBAN** sea manipulada, alterada o copiada por **COMCEL** o terceros debidamente autorizados.*

*c) Facturar y cobrar a las **ENTIDADES PARTICIPANTES** a través de **REDEBAN**, los importes que resulten de los SMS terminados, de acuerdo a los establecidos en el Anexo No. 2.*

d) No cobrar a los destinatarios por las transacciones de banca Móvil.

e) No alterar, publicar, redistribuir, comercializar o reproducir los SMS que le sean entregados para su terminación.

*f) Garantizar que los SMS que **REDEBAN** le entregue para su terminación, no lleguen a personas diferentes al Destinatario el cual fue enviado el SMS.*

g) Cumplir estrictamente con el procedimiento que tiene las especificaciones y condiciones para la ejecución del servicio, el cual se adjunta al presente contrato como Anexo 3 (Generalidades de Banca Móvil)"

En efecto, una vez revisado el contenido desarrollado en las cláusulas que componen lo pactado entre las partes dentro del Contrato vigente, se encuentra que del mismo no es posible extraer obligaciones adicionales a cargo de **COMCEL** que hagan alusión a la prestación de servicios distintos a los que conciernen a la transmisión de los mensajes cortos de texto, pues dicho clausulado se refiere a obligaciones de índole operativa a cargo de **REDEBAN & OTROS**, y que en su mayoría comporta la atribución de responsabilidades para ese extremo del contrato.

En tal sentido, esta Comisión observa que dentro del presente trámite administrativo no obra prueba alguna que demuestre que la activación de los servicios de gestión operativa de reclamos que pide **COMCEL**, fueron fruto del mutuo acuerdo con **REDEBAN & OTROS**, por lo que tenerlos en cuenta para la definición del valor de remuneración para el servicio de Banca Móvil que se presta en el caso que aquí nos convoca, desconocería que dada la naturaleza del servicio de gestión operativa de reclamos, los mismos sólo pueden ser prestados previo acuerdo entre las partes¹¹³, so pena de omitir el cumplimiento de la ley y la regulación sobre este tema.

Adicionalmente, también es importante mencionar que la verificación de lo reportado por **COMCEL** en la tabla 2 "Elementos de red que son comunes a Banca Móvil y a otros servicios" del artículo 1 del Auto de Pruebas del 10 de febrero de 2015, se evidenció la existencia en la respuesta aportada por **COMCEL**, de un conjunto de elementos que no habían sido informados previamente a **REDEBAN & OTROS**, cuando se comparan con los elementos de red descritos en la "Topología de Red Banca Móvil" incluido en el Anexo 1 del Contrato entre las partes. Estos elementos son los que **COMCEL** identificó en su respuesta a la columna 9 de la referida tabla 2 del Auto de Pruebas como "Elemento no actualizado". Algunos de estos elementos no reportados previamente a **REDEBAN**, fueron informados en la respuesta de **COMCEL** a Auto de Pruebas del 21 de noviembre de 2014 y otros fueron adicionados unilateralmente por **COMCEL** en su respuesta al Auto de Pruebas del 10 de febrero de 2015.

¹¹³ **Artículo 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES.** "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

Dicho lo anterior, y en la medida en que, como antes se anunció corresponde a esta Comisión dentro del presente trámite administrativo definir el valor de la remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS** que se presta en el caso concreto, dados los elementos de red que no han sido previamente involucrados en el costeo realizado en la regulación general, debe indicarse en primer término que desde el punto de vista conceptual, la determinación de precios establecidos por un regulador tiene una doble función: proteger a los consumidores y dar a los inversionistas el nivel de confianza que les permita mantener y desarrollar la infraestructura necesaria para proveer el servicio.

Adicionalmente, resulta preciso recordar que la Resolución CRC 3101 de 2011 –en consonancia con el mandato legal definido en la Ley 1341 de 2009–, para las relaciones materiales de acceso como la aquí identificada entre las partes, dispone como principios rectores, por un lado, que la remuneración por el acceso a las redes de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones debe estar orientada a costos eficientes¹¹⁴, y por el otro, que los costos para la provisión de los elementos, funciones y servicios necesarios para efectuar el acceso, deben estar desagregados de forma suficiente y adecuada, para efectos de impedir que los proveedores involucrados en tal relación paguen por elementos de la red que no necesitan para la prestación de los servicios.¹¹⁵ Lo anterior, valga aclarar, salvaguarda tanto la publicidad y transparencia de la información técnica, operativa y de costos asociados que requieran los proveedores en el marco de una relación de acceso.

Cuando la determinación de precios utiliza un mecanismo de límite de precios (*price cap*), como es el presente caso, el regulador realiza una proyección de los costos de prestación del servicio en el futuro y establece los precios que deberían cubrir dichos costos, de manera que los límites de precios buscan la creación de incentivos para reducir costos. Así, cuando los precios se establecen de manera anticipada para un cierto periodo de tiempo, la firma tiene el incentivo de ser más eficiente, de manera que pueda mantener la diferencia entre los precios predeterminados y sus costos reales¹¹⁶.

Con el fin de tomar en cuenta tasas de inflación impredecibles en la economía, un régimen basado en límite de precios, típicamente permite que una firma varíe sus precios año a año por una cantidad que está relacionada con el nivel general de inflación, lo cual implica determinar la forma como se determinan dichos precios, estableciendo para el efecto cuál es el tipo de modelo que debe utilizarse.

En esta línea, el uso de costos incrementales de largo plazo (LRIC por su sigla en inglés: *Long Run Incremental Costs*) para la determinación de los cargos de acceso es una práctica consolidada en la industria de telecomunicaciones, como lo muestra el estudio recientemente realizado por *Wall Communications Inc* para la *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission* (CRTC) que analizó las metodologías para la determinación de costos en mercados mayoristas en Australia, la Unión Europea, El Reino Unido, Francia, Alemania, Suecia y los Estados Unidos¹¹⁷. Los costos incrementales de largo plazo, hacen referencia a un concepto que refleja el aumento de los costos totales de la empresa, debido a un cierto incremento de la producción o los costos evitados si la producción disminuye. El uso de LRIC implícitamente asocia una visión de futuro y por lo tanto, típicamente se parte del supuesto de que se utilizan equipos y tecnología eficientes¹¹⁸.

Los costos a largo plazo incluyen todos aquellos que sean necesarios para la atención de la demanda de servicios que se esté analizando, considerando también la sustitución permanente de los activos utilizados. Como tal, la duración de 'largo plazo' se puede considerar por lo menos tan larga como el activo de la red con el tiempo de vida más largo. El cálculo del costo a largo plazo también significa que el tamaño de la red desplegada está razonablemente adaptado al nivel de la demanda al que da soporte, y cualquier sobre o sub dimensionamiento se estabilizaría en el periodo de análisis¹¹⁹.

¹¹⁴ Artículo 4, numeral 4.3. de la Resolución 3101 de 2011.

¹¹⁵ Artículo 4, numeral 4.4. de la Resolución 3101 de 2011.

¹¹⁶ R. Baldwin, M. Cave y M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford Press, 2012.

¹¹⁷ Wall Communications Inc, *A Study of Wholesale Costing Methodologies in Selected Countries*, 2012.

¹¹⁸ Nera, «An Examination of Charges for Mobile Network Elements in Israel,» Londres, 2010.

¹¹⁹ Analysis Mason - ANACOM, «Final Report for ANACOM Conceptual approach for a mobile BU-LRIC model,» Cambridge, 2011.

Existen varias alternativas para el análisis de costos incrementales de largo plazo, como se describe a continuación:

La primera alternativa de cálculo es a través del Costo Total de Largo Plazo (CTLP), donde el precio se obtiene de la división entre los costos totales causalmente inducidos por la interconexión y la demanda total. De esa forma, los costos totales consideran los activos de la empresa, que son valorados según el costo de reposición de la inversión en el momento actual. Esto significa que el modelo establece el costo de una red nueva y eficiente, así como el incremento de costos originado por el previsible aumento futuro de la demanda. Los cálculos que permiten obtener el valor del costo incremental de largo plazo consideran el cálculo de la inversión, el gasto, la depreciación y el valor residual¹²⁰.

Una segunda alternativa es el costo incremental de largo plazo por elemento (LRIC+), este puede ser descrito como una aproximación incremental de largo plazo, en la que todos los servicios que generan tráfico y contribuyen a las economías de escala en la red, son agregados y tratados de forma conjunta en el incremento. Esto significa que todos los tráficos y servicios son tratados por igual, los costos de los servicios individuales dependen del uso promedio que hagan de los recursos compartidos, el cual se define mediante un "factor de encaminamiento" o de uso y se benefician o afectan por las mayores o menores economías de escala. Ahora bien, al calcular el costo incremental (evitable) de todo el tráfico, es posible que algunos costos no incrementales puedan permanecer, por ejemplo aquellos asociados a la cobertura común de la red o gastos generales del negocio, los cuales son marcados como + y dan su nombre característico al modelo¹²¹.

Una tercera alternativa es identificar los costos incrementales por servicio (conocido como LRIC puro), lo cual surge de una recomendación de la Comisión Europea en el 2009¹²² y, en contraste con la aproximación del LRIC+, la definición del incremento considera únicamente el tráfico asociado con el servicio bajo análisis. De esa forma, basándose en el principio de los costos evitables, los costos incrementales del servicio se definen como los costos evitados cuando no se ofrece dicho servicio. De esa forma, es posible usar el modelo para calcular el costo incremental mediante la ejecución con y sin el incremento en cuestión, y por lo tanto determinar el incremento de costo¹²³. En el LRIC puro no se reconoce costos no incrementales ni costos comunes del negocio.

Las diferencias entre las aproximaciones de LRIC+ y LRIC puro así como su impacto sobre el sector, han sido analizadas, entre otros, por OFCOM en el Reino Unido, donde se consideró la evidencia teórica y empírica disponible sobre el posible impacto en los consumidores y el mercado, al pasar de un modelo LRIC+ a un modelo de costos incrementales por servicio. La evaluación final de OFCOM determinó que este último es el mejor enfoque, ya que permite maximizar los beneficios para los consumidores, promueve una competencia mejor y más sostenible y es económicamente eficiente¹²⁴.

Tomando en consideración lo anterior, así como la experiencia internacional expuesta, esta Comisión encuentra que para el presente caso debe ser utilizada una aproximación de costos incrementales por servicio, más aun teniendo en cuenta que el servicio de Banca Móvil se caracteriza porque sus elementos de red y software son de uso exclusivo, por lo que los análisis del incremento consideran de manera natural y única el tráfico asociado con el servicio bajo análisis. En este sentido, la definición del valor que remunera los servicios previstos en la relación existente entre **COMCEL y REDEBAN & OTROS**, debe tener en cuenta los siguientes puntos: i) la remuneración asociada a los valores de cargos de acceso para SMS actualmente regulados; ii) la descripción general del modelo construido para la remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS**; y iii) el resultado obtenido.

¹²⁰ Dantzig, «Adecuación del Modelo de Cálculo de Cargos de Acceso Móviles de Servicios de Voz para la CRC de Colombia. Informe Final,» 2011.

¹²¹ Analysis Mason - PTS, «Report for National Post and Telecom Agency (PTS) Long-run incremental cost modelling of mobile termination in Sweden. Draft conceptual approach paper for industry,» Londres, 2010.

¹²² Commission of The European Communities, «EC 396 (2009) - Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU,» Brussels, 2009.

¹²³ Analysis Mason - ANACOM, «Final Report for ANACOM Conceptual approach for a mobile BU-LRIC model,» Cambridge, 2011.

¹²⁴ OFCom, «Wholesale mobile voice call termination. Statement,» Londres, 2011.

5.2.1. Valores regulados de cargos de acceso para SMS

La Resolución CRC 4458 de 2014 adicionó un título a la Resolución CRC 3501 de 2011 estableciendo que la remuneración de las redes de servicios móviles con ocasión de su utilización a través de mensajes cortos de texto SMS, tanto en sentido entrante como saliente, debe usar los valores de cargos de acceso máximos contenidos en el artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007. Dicho artículo 8B estableció el valor del SMS en COP 9,20 a partir del 1 de enero de 2014. Posteriormente la Resolución CRC 4660 de 2014 modificó la tabla de cargos de acceso quedando la misma establecida con la siguiente senda:

Tabla 3. Valores regulados del cargo de acceso para SMS

Cargo de acceso	01-Ene-2014	01-Ene-2015	01-Ene-2016	01-Ene-2017
(pesos/SMS)	9,28	5,43	3,18	1,86

Fuente: Resolución CRC 4660 de 2014.

Cabe recordar que los valores incluidos en la tabla 3, son expresados en pesos constantes de enero de 2014, por unidad de mensaje corto de texto (SMS), y que la actualización de los pesos constantes a pesos corrientes debe realizarse de acuerdo con lo establecido en el Anexo 01 de la Resolución CRT 1763 de 2007, modificado mediante la Resolución CRC 4660 de 2014.

De esta forma, este componente de remuneración de la red de **COMCEL** por virtud de la relación de acceso existente con **REDEBAN & OTROS**, relativo a la remuneración por el tramo de uso de la red para la entrega de SMS al usuario final, deberá regirse por los valores contemplados en la Resolución CRC 4660 de 2014, o aquella que la modifique, adicione, sustituya o derogue.

5.2.2. Remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de COMCEL para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de REDEBAN & OTROS. Descripción general del modelo.

La arquitectura básica del modelo de costos incrementales por servicio desarrollado para la definición del valor relativo a los demás elementos de red que son utilizados para la prestación del servicio de Banca Móvil y, por lo tanto deben ser remunerados, se presenta en la figura 3. El modelo dispone de ocho módulos representados en azul, y se tienen los siguientes supuestos básicos:

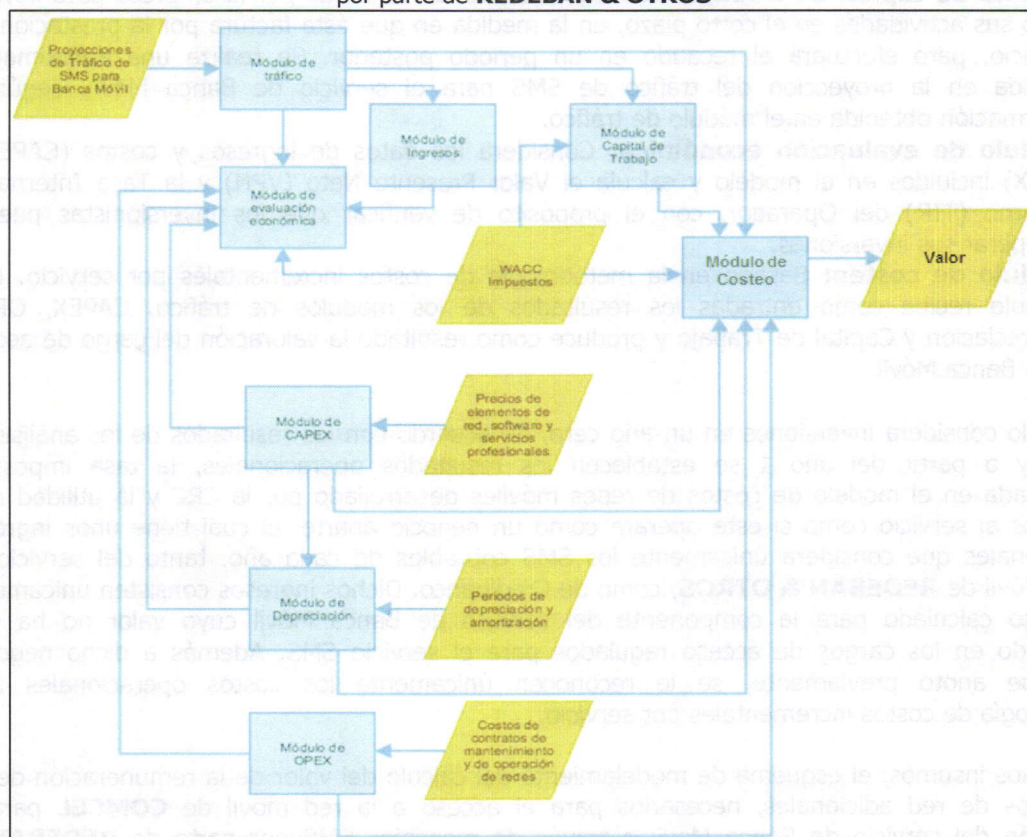
- El modelo realiza una proyección de costos hacia el futuro, donde estos se recuperan desde el año cero hasta el año cinco.
- En el año cero, la empresa monta la infraestructura necesaria para atender la demanda actual.
- En el año cinco la empresa deja de funcionar y vende sus activos.

En este punto cabe recordar, según se describió en los antecedentes referidos en la sección 1 de la presente resolución, que mediante auto notificado el 24 de noviembre de 2014, se decretaron pruebas requiriendo a las partes en cuanto a: **i)** información detallada en relación con la gestión operativa de reclamos; **ii)** información técnica, incluyendo un inventario de los elementos de la red de **COMCEL** que se usan en forma exclusiva en servicios de Banca Móvil, así como elementos de red que son comunes a Banca Móvil y a otros servicios, reporte de actualizaciones que hayan requerido modificar la topología acordada por las partes, e información relacionada con seguridad y encriptación; **iii)** tráfico cursado y proyecciones de tráfico, asociado al servicio de Banca Móvil provisto a **REDEBAN & OTROS**, así como a otros usuarios diferentes a este último; y **iv)** información de los valores mensuales efectivamente pagados asociados al servicio de Banca Móvil provisto a **REDEBAN & OTROS**, e información financiera comercial asociada a los elementos de hardware y software relacionados con seguridad e información que se usan de forma exclusiva para el servicio de Banca Móvil, incluyendo un requerimiento similar para los elementos que son comunes para el servicio de Banca Móvil y para otros servicios.

Así mismo, mediante Auto de Pruebas notificado el 12 de febrero de 2015, se decretaron pruebas adicionales orientadas a: **i)** recabar información asociada al porcentaje de uso para el servicio de banca móvil respecto de los elementos reportados por **COMCEL** en cumplimiento de lo dispuesto en el primer Auto de Pruebas; y **ii)** conocer la clasificación del universo de eventos reportados por **COMCEL** a través de su respuesta con radicado No. 201435411 del 30 de diciembre de 2014 a partir de la denominada "Tabla Única".

La información allegada por **COMCEL** y **REDEBAN & OTROS** a partir de lo requerido en los autos de pruebas, es tomada como insumo para los diferentes módulos del modelo, de los cuales se presenta una breve descripción a continuación:

Figura 3. Arquitectura del modelo de valoración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS**



Fuente: Elaboración CRC.

- **Módulo de tráfico:** Contiene la información de los históricos de tráfico de transacciones y SMS de los servicios de Banca Móvil prestados por **COMCEL** a **REDEBAN & OTROS** y Credibanco¹²⁵, obtenida en la etapa probatoria, y produce como resultado la predicción de la demanda anual de SMS y predicción de número de Transacciones por Segundo en hora pico para **REDEBAN & OTROS** y Credibanco.
- **Módulo de CAPEX:** Utiliza como entrada los precios de los elementos de red, software y servicios profesionales, así como las predicciones del número de transacciones por segundo en hora pico, información recabada de las pruebas allegadas por **COMCEL** de acuerdo con lo requerido por la CRC, para establecer las inversiones necesarias en la red bajo análisis.
- **Módulo de OPEX:** Toma en consideración los costos de los contratos de mantenimiento así como los costos de operación de redes, según lo referido por **COMCEL** como respuesta a los requerimientos efectuados en la etapa probatoria. Dado que el modelo se desarrolla bajo una metodología de costos incrementales por servicio, no se reconoce un *mark-up* asociado a costos comunes como gastos de venta y administración.
- **Módulo de depreciación económica:** Requerido para evaluar la depreciación que sufren los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS**. Dado que el modelo debe considerar los efectos de las depreciaciones y amortizaciones, se utiliza la información reportada por **COMCEL** en la etapa probatoria. Para la amortización de activos intangibles que no tienen una vida útil definida¹²⁶, se adoptó como

¹²⁵ Es necesario considerar el tráfico de Credibanco, en la medida en que en la información allegada a partir de lo requerido en la etapa probatoria, **COMCEL** informó que provee servicios de Banca Móvil a dos redes de bajo valor: **REDEBAN Y OTROS** y Credibanco, de manera que el universo de tráfico a considerar, corresponde tanto al de **REDEBAN & OTROS**, como al de Credibanco.

¹²⁶ De acuerdo con el Decreto 2649 de 1993, se entiende por vida útil el lapso durante el cual se espera que la propiedad, planta o equipo, contribuirá a la generación de ingresos y para su determinación es necesario considerar, entre otros factores, las especificaciones de fábrica, el deterioro por el uso, la acción de factores naturales, la

criterio un periodo de 5 años, que coincide con el periodo de evaluación de costos y con la vida útil máxima de los elementos de red bajo análisis.

- **Módulo de Ingresos:** Determina los ingresos del Operador frente a los elementos de red adicionales, necesarios para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS. por el servicio, ello con base en la en la proyección del tráfico de SMS para el servicio de Banca Móvil obtenida en el módulo de tráfico.
- **Módulo de capital de trabajo:** Determina el capital requerido por la empresa para llevar a cabo sus actividades en el corto plazo, en la medida en que ésta factura por la prestación del servicio, pero efectuará el recaudo en un periodo posterior. Se realiza una aproximación basada en la proyección del tráfico de SMS para el servicio de Banca Móvil, según la información obtenida en el módulo de tráfico.
- **Módulo de evaluación económica:** Considera los datos de ingresos y costos (CAPEX y OPEX) incluidos en el modelo y calcula el Valor Presente Neto (VPN) y la Tasa Interna de Retorno (TIR) del Operador, con el propósito de verificar que los inversionistas puedan recuperar sus inversiones.
- **Módulo de costeo:** Basado en la metodología de costos incrementales por servicio. Este módulo recibe como entradas los resultados de los módulos de tráfico, CAPEX, OPEX, Depreciación y Capital de Trabajo y produce como resultado la valoración del cargo de acceso para Banca Móvil.

El modelo considera inversiones en un año cero, de acuerdo con los resultados de los análisis de CAPEX y a partir del año 1 se establecen los resultados operacionales, la tasa impositiva considerada en el modelo de costos de redes móviles desarrollado por la CRC y la utilidad neta asociados al servicio como si éste operara como un negocio aparte, el cual tiene unos ingresos operacionales que considera únicamente los SMS cobrables de cada año, tanto del servicio de Banca Móvil de **REDEBAN & OTROS**, como de Credibanco. Dichos ingresos consisten únicamente del cargo calculado para la componente del servicio de Banca Móvil cuyo valor no ha sido reconocido en los cargos de acceso regulados para el servicio SMS. Además a dicho negocio, según se anotó previamente, se le reconocen únicamente los costos operacionales bajo metodología de costos incrementales por servicio.

Con dichos insumos, el esquema de modelamiento del cálculo del valor de la remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS**, mediante el uso de la metodología de costos incrementales por servicio, se determina mediante una adaptación¹²⁷ de la Recomendación de la Comisión Europea (CE) de mayo del 2009, que especifica el enfoque para el cálculo de los costos incrementales del mercado móvil mayorista para terminación. Dicha recomendación indica que el incremento relevante en el servicio de terminación mayorista, incluye únicamente los costos evitables, los cuales se determinan mediante el cálculo de la diferencia entre los costos totales de largo plazo (CTLP) de un operador que proporciona todos los servicios y los costos totales de largo plazo de un operador que preste todos los servicios, excepto los que se están modelando. En el caso bajo análisis, dicho cálculo es directo, porque se utilizan únicamente elementos de red y software exclusivos del servicio. Así mismo, la recomendación mencionada explica que los gastos no relacionados con el tráfico deben descartarse y que los costos que son comunes, como gastos comunes del negocio y gastos generales de la red de negocios, no deben ser asignados al incremento de terminación del mercado mayorista.

De esta forma, en dicho esquema de modelamiento, el valor se obtiene de la comparación entre una empresa que provee el acceso de un cierto servicio y la misma empresa, pero dimensionada para un caso en que no lo provee. Esta metodología permite determinar los costos incrementales que son necesarios para brindar el servicio objeto de análisis.

Como ya se indicó, en el presente caso el cálculo de la diferencia entre el costo total de largo plazo con y sin el servicio es directo, porque se utilizan únicamente elementos de red y software exclusivos del servicio. De igual manera el cálculo de la demanda con y sin el servicio, también es directo, dado que los SMS que se están modelando son exclusivos del servicio. En cuanto al WACC, se utiliza el valor adoptado en el modelo de cargos de acceso del servicio móvil, que equivale a 10,36% y respecto de la tasa de impuestos, se utiliza el valor adoptado en el modelo de cargos de

obsolescencia por avances tecnológicos y los cambios en la demanda de los bienes o servicios a cuya producción o suministro contribuyen.

¹²⁷ Se adapta porque la recomendación en mención hace referencia al tratamiento de tasas de terminación fijas y móviles. No se encontraron precedentes específicos para el servicio de Banca Móvil.

acceso del servicio móvil, que equivale a 54,00%. Por su parte, para el factor de capital de trabajo, fue calculado en el módulo de Capital de Trabajo y arrojó un resultado de 102,80%

En todo caso, debe mencionarse que el valor obtenido no considera el costo de inversión del *applet* de Banca Móvil, por cuanto el mismo se encuentra incluido en la provisión de las tarjetas SIM por parte de **COMCEL** a sus usuarios, tema al cual hace referencia **REDEBAN & OTROS** dentro de la documentación allegada por este último al afirmar el hecho que el "*aplicativo de Banca Móvil es un elemento embebido en los STK que hacen parte de la SIM card que se vende al usuario; cualquier elementos relacionado con los STK es un elemento que corresponde a la SIM card que es pagada por el usuario y de esta forma debidamente remunerado a COMCEL por lo que no correspondería realizar el cobro de este elemento nuevamente a [REDEBAN & OTROS] (...)*"¹²⁸, asunto respecto del cual **COMCEL** no presentó objeción alguna dentro del trámite de la presente actuación administrativa.

En tal sentido, lo expuesto por **REDEBAN & OTROS** corresponde a una afirmación indefinida¹²⁹, cuya prueba en contrario corresponde a **COMCEL**, quien como se anotó previamente no formuló objeción alguna sobre este particular. Así, la inactividad probatoria de **COMCEL** en atención de la afirmación del hecho indefinido presentado por **REDEBAN & OTROS** respecto del costo de inversión del *applet* del servicio de Banca Móvil, permite que esta Comisión no considere el referido *applet* en el modelo de costos aquí desarrollado, para efectos de determinar la remuneración por el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS**.

Al respecto debe tenerse presente que en el marco del artículo 167 del Código General del Proceso, la afirmación del hecho indefinido por parte de **REDEBAN & OTROS** respecto del costo de inversión del *applet* de Banca Móvil, lo releva de acreditar que tal afirmación es cierta, invirtiendo así la carga de la prueba, de tal suerte que a quien correspondía probar que el *applet* no hace parte del costo de la SIM que se le vende al usuario, asumido por el mismo era a **COMCEL**, quien como antes se anotó no lo hizo, por lo que esta Comisión debe tener como cierta la afirmación sobre el hecho indefinido que presenta **REDEBAN & OTROS** respecto del costo de inversión del *applet* del servicio de Banca Móvil¹³⁰.

5.2.3. Resultados obtenidos por el modelo

A partir de lo anterior, el resultado obtenido para el valor de la remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS** es de \$0,75 (SETENTA Y CINCO CENTAVOS M/CTE), por cada mensaje corto de texto (SMS) asociado a transacciones de Banca Móvil, y expresado en pesos constantes de enero de 2015. Este valor se sumará al cargo de acceso por SMS definido en la regulación general vigente, que corresponda, y deberá ser aplicado por las partes a partir de la ejecutoria de la presente resolución.

En todo caso, a partir del 1º de enero de 2016, **COMCEL** y **REDEBAN & OTROS** deberán actualizar a pesos corrientes el valor de la remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil

¹²⁸ Obrante en el folio 586 de la carpeta confidencial del expediente 3000-4-2-464.

¹²⁹ Según lo ha explicado la Corte Constitucional en Sentencia T-225 de 2007, "*La jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación civil referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario.*"

¹³⁰ "Así sucede con los hechos indefinidos, vale decir, aquéllos que carecen de definición espacial o temporal, que pudieran ocurrir en cualquier lugar o en cualquier tiempo, dentro de límites cuya excesiva amplitud impide su determinación o lo hace demasiado dispendiosa (...) En tales casos el carácter indefinido del hecho haría muy difícil, cuando no imposible, demostrar empíricamente su existencia, lo que de entrada haría injusto que el sentido de la sentencia dependiera de la acreditación del hecho en el proceso. De ahí la conveniencia de tener por establecido el hecho en casos como los enunciados, sin necesidad de elementos probatorios que lo demuestren (...) Más eso no significa que los hechos indefinidos estén excluidos del tema de la prueba o que sobre ellos no pueda haber discusión en el debate probatorio dentro del proceso (...) la exoneración de la prueba no descarta la posibilidad de poner en discusión el hecho aportando elementos de juicio encaminados a desvirtuarlo, y por ese camino quizá pueda ser provocada otra actividad probatoria encaminada a demostrar la existencia del hecho indefinido que en principio está exento de prueba." Ver, Rojas Gómez, Miguel Enrique, "Iniciativa en la actividad probatoria. Prueba de Oficio y Carga dinámica en el CGP", pp. 287-288, en Capítulo VII del libro comentado Código General del Proceso con artículos explicativos de Miembros del ICDP. 2014.

a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS**, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Remuneracion_BM}_t^{\text{corriente}} = 0,75 \times (1 - \text{productividad}\%) \times \left[1 + \left(\frac{\text{IAT}_{\text{diciembre del año } t-1}^{\text{P}} - \text{IAT}_{\text{enero 2015}}^{\text{P}}}{\text{IAT}_{\text{enero 2015}}^{\text{P}}} \right) \right]$$

Dónde:

- Remuneración_BM^{corriente} = Valor de la remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS**, a aplicar durante el año t
- productividad% = Factor de productividad de la industria igual a 2%
- IAT^P_{diciembre del año t-1} = IAT (promedio aritmético de los últimos doce meses) para el mes de diciembre del año t-1
- IAT^P_{enero 2015} = IAT (promedio aritmético de los últimos doce meses) para el mes de enero de 2015."

El valor actualizado, obtenido a partir de la fórmula anterior, deberá sumarse al valor del cargo de acceso para servicios de SMS para el año correspondiente, a partir de lo establecido en el artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007, modificado mediante la Resolución CRC 4660 de 2014.

6. FECHA DE REMUNERACIÓN DE LA RED DE COMCEL

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 CRC 3501 de 2011, debe notarse que dicha norma estableció que aquellos acuerdos que a la entrada en vigencia de dicha disposición, contemplen condiciones de remuneración por el uso de las redes móviles a través de mensajes cortos de texto (SMS), que *"sean superiores a los topes regulatorios a los que hace referencia el presente artículo, deberán reducirse a dichos topes."*

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

Frente a lo anterior, resulta preciso recordar los que la H. Corte Constitucional ha sostenido:

*"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."*¹³¹ (NFT).

Lo anterior implica que la relación material de acceso existente entre **COMCEL** y **REDEBAN & OTROS** está 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 presente acto administrativo. Lo anterior no implica la existencia de 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.

¹³¹ Ver, Corte Constitucional, sentencia C-096 de 1995, Magistrado Ponente. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Por su parte, respecto de la remuneración no contenida en la regulación general vigente, referenciada en esta resolución como servicio de Banca Móvil, deberá darse desde la ejecutoria de la presente resolución; ello teniendo en cuenta que el valor de cargo de acceso por el servicio de Banca Móvil es obtenido como producto de la presente actuación administrativa, sin que hubiera sido posible determinarlo con anterioridad a la realización de los análisis efectuados por esta Comisión para resolver la controversia. En este caso concreto, la decisión contenida en este acto administrativo no es simplemente declarativa, sino constitutiva, por lo que solo puede producir efectos jurídicos a partir de la firmeza de la presente resolución.

7. CONSIDERACIÓN FINAL. FALLAS DEL SERVICIO DE BANCA MÓVIL

Como se anotó en los antecedentes de este acto administrativo, **COMCEL** durante el presente trámite reportó fallas del servicio de Banca Móvil, las cuales aduce se presentaron entre el 30 de octubre de 2014 y el 5 de noviembre de 2014¹³², el 15 de diciembre de 2014 desde las 3:50 pm hasta las 8:24 pm¹³³, el 30 de abril de 2015¹³⁴ y el 15 de mayo de 2015.¹³⁵

Al respecto, debe decirse en primer lugar que, si bien **COMCEL** refirió su intención para que se incorporaran las fallas en el servicio de Banca Móvil dentro del trámite de la controversia, lo cierto es que no fueron plasmadas de manera clara por parte de dicho proveedor el objetivo de incorporarlas, ni el aspecto específico y necesidad que se quería probar por parte de dicho proveedor¹³⁶ al referirse a tales eventos. De cualquier modo, desde el punto de vista de la definición del valor de la remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMCEL** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS**, se entiende que estas fallas son atendidas mediante los esquemas de soporte de **COMCEL** ya establecidos por dicho proveedor para la gestión de su red, sin que se encuentre en el expediente administrativo información que sustente la afirmación de dicho proveedor según la cual hay personal de **COMCEL** dedicado exclusivamente a la prestación del servicio de **REDEBAN & OTROS** para garantizar la interoperabilidad de sus equipos y el servicio continuo a sus usuarios, de tal suerte que tales consideraciones no pueden ser evaluadas por esta Comisión como un elemento de costeo adicional.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. – Constar la existencia de una relación material de acceso entre **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCOLOMBIA S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A., CITIBANK –COLOMBIA S.A., BANCO DE BOGOTÁ S.A., AV VILLAS S.A.**

ARTÍCULO SEGUNDO. .- Ordenar que la remuneración de la red de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** por concepto de la relación de acceso existente con **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCOLOMBIA S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A., CITIBANK –COLOMBIA S.A., BANCO DE BOGOTÁ S.A., AV VILLAS S.A.**, sea de la siguiente manera:

- A. Servicio de terminación de mensajes SMS:** La remuneración a reconocer por parte de **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCOLOMBIA S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A., CITIBANK –COLOMBIA S.A., BANCO DE BOGOTÁ S.A., AV VILLAS S.A.** por el acceso y uso de la red de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** para el envío y recepción de mensajes de texto asociados a notificaciones, debe darse de conformidad con las reglas de aplicación y los

¹³² Obrante en el folio 255 del expediente 3000-4-2-464.

¹³³ Obrante en los folios 431 a 436 del expediente 3000-4-2-464.

¹³⁴ Obrante en los folios 607 a 611 del expediente 3000-4-2-464.

¹³⁵ Obrante en los folios 607 a 611 del expediente 3000-4-2-464.

¹³⁶ Recordando en todo caso que de acuerdo con el tratamiento dado a las pruebas en el marco de la presente actuación para garantizar el derecho a la defensa y a controvertir la información allegada al expediente, la carga de la prueba respecto de la información de fallas allegada, así como su objetivo, se encontraba a cargo de **COMCEL**, recae en este proveedor, conforme al artículo 167 del Código General del Proceso.

valores a los que hace referencia el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y sus respectivas modificaciones, desde el 14 de abril de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

Cargo de acceso	01-Ene-2014	01-Ene-2015	01-Ene-2016	01-Ene-2017
(pesos/SMS)	9,28	5,43	3,18	1,86

Nota: Valores expresados en pesos constantes de enero de 2014 Valores definidos por unidad de mensaje corto de texto (SMS) asociada a transacciones de Banca Móvil.

B. Elementos adicionales requeridos para la provisión del servicio de Banca Móvil: La remuneración a reconocer por parte de **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCOLOMBIA S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A., CITIBANK –COLOMBIA S.A., BANCO DE BOGOTÁ S.A., AV VILLAS S.A.** por los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes cortos de texto (SMS), corresponde al valor de SETENTA Y CINCO CENTAVOS MCTE (0,75), por SMS, expresados en pesos constantes de enero de 2015, el cual se sumará al valor de cargo de acceso por SMS definido en artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007, o la norma que lo sustituya, modifique o adicione.

El valor que se define para la remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red móvil de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS será aplicable a partir de la ejecutoria de la presente resolución, y deberá ser actualizado a pesos corrientes el 1 de enero de cada año a partir de 2016, de acuerdo con las condiciones que para el efecto se han definido en el numeral 5.2.3 de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO. – Notificar personalmente la presente Resolución a los representantes legales de **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCOLOMBIA S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A., CITIBANK –COLOMBIA S.A., BANCO DE BOGOTÁ S.A., AV VILLAS S.A.** y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.** o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma procede el recurso de reposición, dentro de los (10) días siguientes a su notificación.

Dada en Bogotá D.C., a los 28 AGO 2015

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE


LUIS FERNANDO MEJÍA ALZATE
Presidente


JUAN MANUEL WILCHES DURÁN
Director Ejecutivo

Proyecto 3000-4-2-464

S.C. 12/08/15 Acta 320
C.C. 04/08/15 Acta 994

Revisado por: Lina María Duque – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias. 
Elaborado por: Carlos Castellanos Rubio (Líder), Carlos Humberto Ruiz 

C.R.C. COORDINACIÓN EJECUTIVA
 REPUBLICA COLOMBIANA
 COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES
 Bogotá, D.C., en la fecha 1 septiembre/15 2:04pm
 presentó personalmente el (la) señor (a) Conrado Osonio Ospina
 Identificado (a) por cédula de ciudadanía No. 19.186.420
 quien en su calidad de Rep legal Redeban
 se notificó del contenido de la resolución CRC 4780 /15
 EL NOTIFICADO
[Firma]
 LA COORDINACIÓN EJECUTIVA

C.R.C. COORDINACIÓN EJECUTIVA
 REPUBLICA COLOMBIANA
 COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES
 Bogotá, D.C., en la fecha 3 Septiembre/15 1:41pm
 presentó personalmente el (la) señor (a) Ellen Marcela Fuentes Feria
 Identificado (a) por cédula de ciudadanía No. 1.032.364.154
192957 quien en su calidad de Banco Caja Social
 se notificó del contenido de la resolución CRC 4780 /15
 EL NOTIFICADO
[Firma]
 LA COORDINACIÓN EJECUTIVA

70112CUM