

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 4825 DE 2015

*"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por **COLOMBITRADE S.A.S** y por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** contra la Resolución CRC 4764 de 2015"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

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

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CRC 4764 de 31 de julio de 2015, esta Comisión resolvió el conflicto surgido entre **COLOMBITRADE S.A.S.**, en adelante **COLOMBITRADE**, y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, en adelante **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, *"originado en la negativa de esta última a dar cumplimiento a la Resolución No. 4458 de 2014 (...) en lo relacionado con la remuneración de las redes de los servicios móviles con ocasión de su utilización a través de mensajes cortos de texto (SMS)."*

El contenido del referido acto fue dado a conocer a **COLOMBITRADE** mediante notificación personal por medio electrónico el 31 de julio de 2015. Así mismo, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** fue notificada personalmente de la Resolución CRC 4764 de 2015 por medio electrónico, el 13 de agosto de 2015.

Dentro del término previsto para tales efectos, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRC 4764 de 2015, según comunicación con radicado interno 201532597 del 26 de agosto de 2015, el cual cumple con lo dispuesto en los artículos 76¹ y 77² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que el

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

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar. El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios".
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr001.html#76

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

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido. 2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad. 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende

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

Por otra parte, dentro de los términos previstos para tales efectos **COLOMBITRADE** interpuso recurso, denominado por dicho proveedor como recurso de apelación contra la Resolución CRC 4764 de 2015, según comunicación con radicado interno 201532490 del 18 de agosto de 2015. Al respecto, debe mencionarse que según lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 1341 de 2009, contra las decisiones que adopta esta Comisión sólo procede el recurso de reposición, siendo por ende improcedente el recurso de apelación. No obstante lo anterior, en la medida en que es claro que el recurso presentado, lo que pretende es que la misma autoridad administrativa que resolvió la solicitud de primera instancia³, revise el contenido de su decisión, ésta Comisión dará⁴ trámite al mismo y procederá con su estudio, siguiendo para el efecto el mismo orden propuesto por el recurrente, en razón de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 318⁵ del Código General del Proceso⁶.

De igual manera, debe mencionarse que con los escritos presentados por los recurrentes no fueron allegadas pruebas y las solicitadas son documentos que ya obran en el Expediente Administrativo No. 3000-4-2-482, por lo que no hubo necesidad de correr el traslado de las pruebas allegadas, según lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR COLOMBITRADE

En el recurso presentado a consideración de esta Comisión, **COLOMBITRADE** solicita que la CRC ordene: *"a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. dar estricta aplicación al contenido del artículo 38 de la Resolución 4458 de 2014 (...) reintegrar a COLOMBITRADE S.A.S. la diferencia entre la tarifa aplicada por Mensaje corto de Texto y la determinada por la resolución antes mencionada desde el 25 de abril de 2014, fecha de radicación formal de la solicitud"*, para lo cual presenta los argumentos que se resumen a continuación:

2.1. CONSIDERACIONES DEL RECURRENTE

Con el propósito de presentar los argumentos que soportan la petición, el recurrente se refiere a las competencias que tiene esta Comisión para resolver el conflicto entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, haciendo para el efecto un recuento sucinto de los hechos, a partir de la expedición de la Resolución CRC 4458 de 2014 e indicando que una de las peticiones formuladas en la solicitud de solución de controversias, presentada ante esta Comisión, era que se le ordenara a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** *"el ajuste de las tarifas por*

hacer valer. 4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

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

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

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

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr001.html#77

³ De lo expuesto en el escrito del recurso presentado, se evidencia que el mismo fue interpuesto ante la Comisión de Regulación de Comunicaciones, dirigiendo el oficio al Director Ejecutivo de esta entidad.

⁴ El recurso fue interpuesto por Luis Carlos Sanabria Castro, representante legal principal de COLOMBITRADE S.A.S., tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal del 16 de enero de 2015, consignado en el Expediente Administrativo 3000 - 4 - 2 - 481, folio 26

⁵ **Artículo 318. Procedencia y oportunidades. (...) Parágrafo.** *Quando el recurrente impugne una providencia judicial mediante recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente."*

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr007.html#318

⁶ El Recurso de Colombitrade fue analizado también bajo el marco de lo dispuesto en el artículo 78 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. **Artículo 78. Rechazo del recurso.** *Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior, el funcionario competente deberá rechazarla. Contra el rechazo del recurso de apelación procederá el de queja."*

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr001.html#78

mensaje corto de texto desde el 25 de abril de 2014 fecha en la cual se radica[ó] por parte de COLOMBITRADE SAS la primera solicitud de aplicación de la resolución 4458".

A continuación el recurrente indica que el artículo segundo de la Resolución 4764 de 31 de julio de 2015 *"infringe la Resolución 4458 de 2014, toda vez que (i) se niega a aplicar la tarifa "...desde la solicitud que en tal sentido realice el integrador tecnológico y/o proveedor de contenidos y aplicaciones solicitante de la interconexión y/o el acceso, al respectivo proveedor de redes y servicios móviles..."*

Adicional a lo anterior, señala que en las decisiones adoptadas por esta Comisión en el marco de las controversias surgidas entre **COLOMBITRADE** con COMCEL y COLOMBIA MÓVIL *"ha sido procedente en la resolución del CRC la aplicación de tarifas por Mensaje Corto de Texto SMS desde el momento de solicitud a los operadores de aplicación de las mismas"*.

Finalmente, el recurrente indica que esta Comisión es la autoridad competente para resolver el conflicto entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en razón de los *"artículos 4, numeral 9, 22 numerales 3,9 y 10 [se asume que haciendo referencia al numeral 9 del artículo 4 y a los numerales 3, 9 y 10 del artículo 22, ambos de la Ley 1341 de 2009] "*.

2.2. CONSIDERACIONES DE LA CRC

En relación con lo expuesto por el recurrente en este cargo, debe esta Comisión en primer lugar aclarar cuál es el alcance de la decisión objeto de recurso, así como de su función de solución de controversias:

En relación con la decisión objeto de recurso, debe recordarse que en la Resolución CRC 4764 de 31 de julio de 2015 esta Comisión procedió a analizar el acervo probatorio con el objeto de determinar si la relación existente entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** correspondía o no con las características que la regulación general le otorga a una relación de acceso, concluyendo que efectivamente entre ambos proveedores existe una relación material de acceso, lo cual a su vez implica la aplicación integral de las condiciones dispuestas en la Resolución CRC 3501 de 2011, *"Por la cual se determinan las condiciones de acceso a las redes de telecomunicaciones por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones a través de mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) sobre redes de telecomunicaciones de servicios móviles, y se dictan otras disposiciones"*.

Dentro de las condiciones a las que hace referencia dicha resolución se encuentra, como se explicó en la resolución recurrida, lo dispuesto en el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011⁷, que define las condiciones de remuneración de las redes de servicios móviles con ocasión de su utilización a través de mensajes cortos de texto (SMS) y que indica que, aquellos acuerdos que a la entrada en vigencia de dicha disposición contemplen condiciones de remuneración por el uso de las redes móviles a través de mensajes cortos de texto (SMS), que *"sean superiores a los topes regulatorios a los que hace referencia el presente artículo, deberán reducirse a dichos topes"*.

En este orden de ideas, la decisión recurrida dio aplicación a lo ya dispuesto en la regulación general, en el sentido que, desde la vigencia de la Resolución 4458 de 2014, esto es, desde el 14 de abril de dicho año, la relación de acceso existente entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** debía sujetarse al valor regulado, lo cual se plasmó en el artículo 1 de la parte resolutive del acto administrativo recurrido de la siguiente manera:

"ARTICULO PRIMERO.- Acceder a la solicitud de **COLOMBITRADE S.A.S.**, en el sentido de ordenar que respecto de la relación de acceso existente entre este proveedor y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** la remuneración a reconocer por parte de **COLOMBITRADE S.A.S.** por el acceso y uso de la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** debe darse de conformidad con las reglas de aplicación y los valores a los que hace referencia el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y sus respectivas modificaciones, desde el 14 de abril de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución". (RFT)

⁷ Este artículo fue adicionado inicialmente por el artículo 21 de la Resolución CRC 4458 de 2014 y posteriormente, modificado por el artículo 9 de la Resolución 4660 de 2014.

En otras palabras, esta Comisión reconoció que la aplicación de tarifas por Mensaje Corto de Texto SMS, contenidas en la regulación vigente, en la relación de acceso existente entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, debía ser desde el 14 de abril del 2014 y no sólo desde el 25 de abril, como lo solicitó **COLOMBITRADE**, pues la regulación general vigente produjo efectos respecto de las relaciones de acceso ya existentes, como se predica del caso objeto de análisis, desde la entrada en vigencia de la decisión general, no siendo por ende aplicable, en este caso concreto, la regla según la cual la remuneración bajo las condiciones previstas en la Resolución 4458 de 2014 debe aplicarse desde la fecha de la solicitud presentada en tal sentido.

Así mismo, y en razón de que la relación existente entre las partes coincide con la definición de "Acceso" contenida en la regulación vigente, es obligación de ambas partes cumplir con lo dispuesto en las demás normas que rijan dicho tipo de relaciones. Por tanto, **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** deben acatar lo estipulado en el artículo 37 de la Resolución CRC 3101 de 2011 en el sentido de que celebrarán un Comité Mixto de Interconexión y/o Acceso – CMI –, dentro del cual se acordará lo relacionado con la conciliación de cuentas y transferencia de saldos, de acuerdo a lo resuelto en la presente resolución.

Aclarado lo anterior, resulta evidente que la decisión recurrida reconoció la aplicación de lo ya dispuesto en la regulación vigente en un caso particular y concreto, lo cual es bien distinto de ordenar el reintegro de la diferencia entre la tarifa aplicada para la remuneración de las redes por la relación de acceso existente entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** como lo solicita el recurrente. Esto constituiría una extralimitación en las funciones otorgadas por la Ley 1341 de 2009 a esta Comisión, toda vez que la función de solución de controversias ejercida se desarrolla en el marco de sus competencias legales, lo cual no implica el análisis sobre un posible incumplimiento de los contratos o de la regulación, asociado a obligaciones dinerarias derivadas de una relación de acceso, asunto que se encuentra vinculado a decisiones del resorte exclusivo del juez natural del contrato o a la autoridad de inspección, control y vigilancia, según el caso, a quienes en efecto correspondería emitir juicios de valor con relación con situaciones constitutivas de un incumplimiento regulatorio o contractual o de perjuicios indemnizables y, como consecuencia de ello, establecer las medidas respectivas.

Es decir, lo que se manifestó en la Resolución CRC 4764 de 2015 es que esta Comisión únicamente está facultada para analizar la divergencia presentada desde un punto de vista que le permita determinar si entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** existe o no una relación material de acceso, definiendo como consecuencia de ello, el esquema de remuneración que le resulta aplicable bajo los mandatos que imperativamente ya contiene la regulación general vigente.

Finalmente, es menester aclarar que conforme a lo dispuesto en la Sentencia del 27 de mayo de 2015, Magistrado Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado *"debe entenderse que las Resoluciones expedidas por la autoridad administrativa competente para resolver los conflictos entre los operadores, con ocasión de los contratos de interconexión, "... en sí constituyen título habilitante para solicitar un mandamiento de ejecución de pago..." (fl.284, C. Consejo), lo cual significa que, desde el punto de vista estrictamente formal, se ubican como uno de aquellos documentos que tiene fuerza ejecutiva y que, por consiguiente, tienen vocación de servir de título ejecutivo, tal como lo enseña la segunda parte del artículo 488 del C. de P.C., en la medida en que son emanados de la autoridad pública (...)"*.

Por las razones expuestas, el cargo propuesto no tiene vocación de prosperar.

3. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR COLOMBIA TELECOMUNICACIONES

En el recurso de reposición presentado a consideración de esta Comisión, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** solicita lo siguiente: (i) Que esta Comisión modifique el artículo primero de la Resolución CRC 4764 del 31 de julio de 2015, en el sentido de indicar que no es competente para resolver el conflicto surgido entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**; (ii) ordene a **COLOMBITRADE** que solicite el acceso para el uso de la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**.

Para efectos del análisis del recurso de reposición presentado por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** se procede al resumen de los argumentos, agrupándolos de la siguiente manera:

3.1. FALTA DE COMPETENCIA DE LA CRC, NATURALEZA DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES Y MOTIVACIÓN DEL ACTO

3.1.1. CONSIDERACIONES DEL RECURRENTE

Con el propósito de presentar los argumentos que soportan la petición, el recurrente se refiere a las competencias que tiene esta Comisión para resolver el conflicto entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, indicando que las funciones conferidas a esta Comisión para pronunciarse en cuanto a la solución de controversias surgidas entre proveedores de redes y servicios están delimitadas por las demás competencias consagradas en la Ley, es decir, debe versar sobre asuntos regulatorios y no otros *"aspectos como el de la naturaleza jurídica de la relación que rige o el de la existencia de un contrato"*. Para sustentar su argumento cita apartes de Actos Administrativos expedidos por esta misma entidad, tales como la Resolución CRT 1715 de 2007 y la Resolución CRT 1479 de 2006 afirmando que *"esta autoridad no tiene la competencia para decidir si se está frente a un contrato de prestación de servicios de comunicaciones o frente a un contrato de acceso"*.

Continuando con dicha línea argumentativa, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** considera que, dado que el contrato objeto de divergencia fue celebrado por voluntad de las partes y en ejercicio de su objeto social y no en cumplimiento de alguna regulación expedida por esta Comisión, este acto jurídico no puede ser modificado por dicha entidad. Complementa lo señalado con la afirmación de que *"el hecho que esta autoridad expida nuevas reglas para los contratos de acceso no la habilita para convertir un contrato de prestación de servicios en un contrato de acceso, cuando la misma regulación previó que los actores del mercado debían solicitar el acceso o adecuarse a las nuevas condiciones para los contratos de acceso"*.

Aunado a lo anterior, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** reitera que el conflicto se da porque **COLOMBITRADE** considera que al contrato celebrado entre ellos deben aplicarse la regulación que rige las relaciones materiales de acceso, sin que para ello haya efectuado ningún tipo de solicitud o las adecuaciones necesarias.

Así mismo, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** reitera que la naturaleza jurídica del contrato denominado *"MEP Empresarial"* suscrito con **COLOMBITRADE** es de prestación de servicios de comunicaciones, para lo cual describe el objeto de dicho contrato, así como los elementos esenciales y accesorios que conforman dicho acto jurídico, indicando además que esta Comisión no tuvo en cuenta todos los elementos de los contratos de acceso para determinar cuál era el tipo de relación existente entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**.

Continuando con su argumentación, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** señala que la relación existente entre las partes de esta actuación administrativa no es de acceso, toda vez que *"el supuesto punto de acceso a la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES este[á] ubicado en la red de un tercero"*.

Complementario a lo indicado, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** sostiene que del análisis planteado por esta Comisión se concluye que no existe una relación material de acceso entre las partes, en razón de que no hay conexión directa entre ellas. Como fundamento de dicha afirmación, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** presenta una descripción de la relación que tiene con CICLELOGIC COLOMBIA LTDA, quien es el tercero a través del cual **COLOMBITRADE** accede a la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, y que se materializa a través de un contrato para la prestación de los servicios de solución de mensajería empresarial.

Finalmente, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** concluye su consideración afirmando que si el contrato entre las partes es de acceso, tal y como lo ha señalado esta Comisión en la Resolución CRC 4764 de 2015, no se ha efectuado la negociación correspondiente ni surtidos los procesos que la regulación dispone, y por tanto es necesario proceder con lo mismo.

Ahora bien, en lo que respecta a la naturaleza de los contratos de acceso, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** expone un análisis similar al expuesto en relación con la naturaleza del

contrato suscrito con **COLOMBITRADE**, en el sentido de describir su definición, objeto y presentar los elementos esenciales y accesorios que lo componen.

En este sentido, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** expone que el problema jurídico que debía resolver esta Comisión era *"determinar si estábamos frente a un contrato de acceso o a un contrato de prestación de servicios de comunicaciones, y no si se debían aplicar las reglas de cargo de acceso a un contrato de acceso"*.

A continuación plantea que dicho problema jurídico no puede ser resuelto por esta Comisión toda vez que no es el juez natural competente para pronunciarse de fondo en este sentido y reitera que esta Comisión concluyó que el contrato suscrito entre las partes era un contrato de acceso. Para sustentar dicho argumento, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** procede a exponer todos los elementos de un contrato de acceso que no están presentes en el contrato suscrito entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** (partes, red, instalación esencial, cronogramas, plazos, mecanismos de solución de controversias, garantías para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, cargos de acceso, identificación de nodos, características técnicas y costos).

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES también insiste en que ha dado cumplimiento a toda la regulación vigente en materia de relaciones de acceso y que para el caso en concreto ha dado aplicación a las normas que rigen el contrato de servicios de comunicaciones, las cuales son las pertinentes para dicha situación.

Finalmente, el recurrente indica que la decisión adoptada por esta Comisión es contraria a la regulación vigente, por tanto está basada en una falsa motivación, lo que implica que la misma esté viciada, en la medida en que con su expedición esta Comisión se extralimitó en sus funciones, desconociendo lo consagrado en los artículos 6, 29 y 84 de la Constitución Política de Colombia.

3.1.2. CONSIDERACIONES DE LA CRC

En relación con las consideraciones presentadas por el recurrente en cuando a la falta de competencia de esta Comisión, resulta preciso recordar cuál fue el problema jurídico que se analizó en el marco de la controversia existente entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, a fin de determinar si la actuación administrativa se adelantó dentro de las funciones legalmente otorgadas a esta entidad, asunto que se aborda de la siguiente manera.

La función de solución de controversias a cargo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, como bien lo ha explicado la Corte Constitucional en Sentencia C-186 de 2011, es una manifestación de la potestad del Estado de intervenir en la economía a través de decisiones de carácter particular y concreto; así, en la revisión de las diferentes divergencias que se presentan a su consideración, es mandatorio para esta Entidad analizar la naturaleza de dicha divergencia, lo cual de suyo implica el análisis de la realidad material que está inmersa en la misma. Así, en el caso concreto, debe anotarse que, contrario a lo expuesto por el recurrente, la Comisión al analizar la relación existente entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** no buscaba pronunciarse sobre la naturaleza o características de un contrato determinado, sino simplemente verificar si, frente a las reglas contenidas en la regulación vigente, la relación material que venía funcionando entre dichos proveedores resultaba o no acorde con las características propias de una relación de acceso y, por ende, a la misma resultaban aplicables las condiciones regulatorias previstas para este tipo de relaciones. Lo anterior con el único fin de poder resolver la controversia planteada por **COLOMBITRADE**, en el sentido de que para resolver la divergencia respecto de la remuneración del servicio que le presta **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** a **COLOMBITRADE**, debía en primera medida determinarse qué tipo de relación material existía entre las partes y así esclarecer cuál es la normatividad vigente aplicable.

En efecto, como bien se expresó en la Resolución CRC 4764 de 2015, el ejercicio que realizó esta Comisión tuvo por objeto determinar qué tipo de relación material existía entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, para lo cual se tuvo en cuenta la totalidad de los documentos y pruebas allegadas al presente trámite administrativo, contenidos en el Expediente Administrativo No. 3000-4-2-482.

De esta manera, esta Comisión examinó qué condiciones fueron plasmadas por las partes en el contrato denominado "*Contrato para la prestación de MEP Empresarial*", suscrito el día 12 de agosto de 2013, así como el esquema que describe la arquitectura de la relación técnica y lógica existente entre ellas, de cara a la definición de "Acceso" contenida en la Resolución CRC 3101 de 2011⁸, encontrando que las redes de **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** se conectan a través de la infraestructura de transporte que garantiza el interfuncionamiento y la interoperabilidad para el intercambio de mensajes de texto entre ambos proveedores, lo cual guarda relación directa con la definición de "Acceso", entendida como "*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*".

En este orden de ideas, el recurrente incurre en una grave confusión conceptual cuando afirma que el análisis efectuado por esta Comisión tuvo por objeto "*convertir un contrato de prestación de servicios en un contrato de acceso*", pues como ha sido explicado a lo largo de la evaluación realizada a la actuación administrativa, contenida en la Resolución CRC 4764 de 2015, el propósito principal del análisis consistió en esclarecer si la relación material entre **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** se identificaba con la definición de "Acceso" contenida en el artículo 3 de la Resolución CRC 3101 de 2011, y así determinar si la regulación vigente le era aplicable o no.

En este sentido, y dado que del análisis realizado pudo esclarecerse que la manera en que se relacionan **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** coincide con la definición de "Acceso" contenida en la regulación vigente, esta Comisión, al indicar que resultan aplicables las reglas establecidas en el régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones contenidas en la Resolución CRC 3101 de 2011, está actuando conforme al mandato legal que le ha sido otorgado.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por el recurrente respecto de que la presencia de un tercero desvirtúa la existencia de una relación material de acceso, esta Comisión considera relevante poner de presente que de la arquitectura descrita por el mismo recurrente, se deduce que la presencia de dicho tercero es una situación impuesta por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, que no modifica ni afecta la situación material de acceso que ha logrado comprobarse. En efecto, del análisis efectuado se pudo concluir que los mensajes son recibidos en el SMSC del recurrente, mediante el protocolo SMMP, por medio de la plataforma MEPE⁹ On Net administrada por dicho tercero, para realizar el intercambio de mensajes SMS con **COLOMBITRADE**.

Lo anterior evidencia, que exigirle a **COLOMBITRADE** adelantar nuevamente un trámite en el que solicite la definición de las condiciones de acceso, como lo advierte **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, resultaría contrario no sólo a la realidad material de acceso que actualmente existe entre dichos proveedores, sino que contradice la finalidad misma del trámite de una solicitud de definición de condiciones de acceso, que no tiene otro objeto que establecer, ante la ausencia de su existencia, las condiciones de acceso y uso.

Finalmente, en lo que respecta a lo expuesto por el recurrente sobre la aludida falsa motivación en la que se incurrió en el acto objeto de análisis, es importante recordar en primer lugar lo que ha explicado el Consejo de Estado, quien ha indicado que para que se configure la falsa motivación es "*necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducidos a una decisión sustancialmente diferentes*"¹⁰.

⁸ <https://www.crcom.gov.co/resoluciones/00003101.pdf>

⁹ MEPE: Mensajería Empresarial, definido por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en respuesta al traslado de la contestación de **COLOMBITRADE** al Auto de Pruebas expedido por esta Comisión el 14 de abril de 2015, con Radicación interna 201531330.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección cuarta. Sentencia del 15 de marzo de 2012, expediente 25000232700020049227102. Consejero Ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. <http://webserver2.deloitte.com.co/Tax%20&%20Legal/2012/litigios/25mayo/sentencia%20flash%20No.%203.pdf>

Al respecto, debe insistirse en que esta Comisión efectuó una revisión profunda de todos los hechos relacionados por las partes, con base en los cuales, y sólo producto de dicha revisión, concluyó que entre las redes de **COLOMBITRADE** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** existe una relación de acceso, habiendo así valorado todos los hechos y las pruebas que obran en el expediente. Así mismo, no puede perderse de vista que como bien lo señala la jurisprudencia, la carga probatoria de la supuesta falsa motivación, en la que aduce **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** incurrió esta Comisión, recae sobre el recurrente, quien no pudo, ni puede comprobar la existencia de un vicio de tal naturaleza, dado que la decisión recurrida, se basó exclusivamente en las pruebas recaudadas y en la totalidad de los hechos planteados por las partes durante el presente trámite administrativo.

Por las razones expuestas, el cargo propuesto no tiene vocación de prosperar.

Que en mérito de lo expuesto, esta Comisión

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COLOMBITRADE S.A.S.**, contra la Resolución CRC 4764 del 31 de julio de 2015.

ARTÍCULO SEGUNDO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, contra la Resolución CRC 4764 del 31 de julio de 2015.

ARTÍCULO TERCERO. Negar todas las pretensiones de **COLOMBITRADE S.A.S.** y de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes la resolución recurrida.

ARTÍCULO CUARTO. Notificar personalmente la presente resolución a los representantes legales de **COLOMBITRADE S.A.S.** y de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno.

Dada en Bogotá D.C. a los

15 DIC 2015

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE


JUAN MANUEL WILCHES DURÁN
Presidente


GERMÁN DARÍO ARIAS PIMIENTO
Director Ejecutivo

Expediente Administrativo No. 3000-4-2-482

S.C. 09/12/2015 Acta 326

C.C. 16/10/2015 Acta 1012

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