



RESOLUCIÓN No. **5271** DE 2017

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

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 de fecha 10 de mayo de 2017 con número de radicado 201731308¹, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, en adelante **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, solicitó a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) dar inicio al trámite administrativo de solución de conflictos, orientado a que se dirima la controversia surgida con la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, en adelante la **ETB**, en relación con la imposibilidad de llegar a un acuerdo respecto del valor que por concepto de cargos de acceso debe pagar **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** por la terminación de llamadas fijas y móviles, y mensajes de texto en la red móvil de **ETB**.

Analizada la solicitud presentada por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, esta Comisión observó que en el numeral "VI pruebas"², dicha empresa solicitó que se tengan como pruebas entre otros documentos, los siguientes: "Certificado de Existencia y Representación Legal de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**" y la "Escritura pública número 0151, otorgada el 23 de enero de 2015 en la Notaria 11 de Bogotá D.C., en donde consta el poder conferido a la suscrita por el Representante Legal Suplente". Estos documentos no fueron anexados a la solicitud objeto de estudio, razón por la cual mediante comunicación con el radicado de salida 2017580370³ del 31 de mayo de 2017, esta Comisión solicitó a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** que los documentos anunciados fueran remitidos, conforme lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1437⁴ de 2011.

En atención de lo anterior, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** mediante comunicación radicada bajo el número 201731537⁵ de fecha 01 de junio de 2017, dio respuesta al requerimiento realizado por la Comisión, anexando los documentos requeridos. Una vez examinada la comunicación antes referida, el Director Ejecutivo de la CRC dio inicio a la respectiva actuación administrativa el 8 de junio de 2017, para lo cual fijó en lista el traslado de la solicitud y mediante comunicación de la misma fecha, con radicado de salida 2017583443⁶, remitió a la **ETB** copia de esta y de la documentación asociada a la misma, para que se pronunciara sobre el particular. **ETB** dio respuesta

¹ Expediente Administrativo 3000-92-537 folio 1

² Expediente Administrativo 3000-92-537 folio 12

³ Expediente Administrativo 3000-92-537 folio 19

⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo

⁵ Expediente Administrativo 3000-92-537 folio 21

⁶ Expediente Administrativo 3000-92-537 folio 66

al traslado efectuado, mediante comunicación del 15 de junio de 2017 identificada con número de radicado 201731733⁷.

En este estado de la actuación, el Director Ejecutivo de la CRC, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1341, mediante comunicaciones con radicado de salida 2017590309⁸ del 19 de julio de 2017, procedió a citar a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y a **ETB** a la audiencia de mediación correspondiente, fijando como fecha para la realización de la misma, el día 27 de julio de 2017, con el fin de generar un espacio de diálogo que les permitiera lograr un acuerdo directo. En la mencionada audiencia las partes expusieron sus puntos de vista sin que fuera posible llegar a un acuerdo, por lo que ante ausencia del mismo se dio por terminada la etapa de mediación.

Posteriormente, mediante Auto⁹ de fecha 2 de octubre de 2017, esta Comisión incorporó a la presente actuación administrativa, con el valor legal correspondiente, los documentos anexados en los escritos presentados por las partes, con radicados 201731308¹⁰, 201731537¹¹ y 201731733¹². Además, en el auto en comento, esta Comisión negó el decreto de la prueba testimonial solicitada por **ETB** en la respuesta al traslado¹³ realizado por la CRC, con fundamento en las consideraciones que se resumen de la siguiente manera: (i) los hechos y antecedentes que originaron la presente actuación administrativa fueron debidamente explicados por cada una de las partes, tal y como consta en la solicitud de conflictos presentadas por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y la respuesta de **ETB** al traslado realizado por esta Comisión, (ii) en el archivo de la CRC reposa el contrato celebrado entre **ETB** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, en el cual se describen los aspectos jurídicos, técnicos y económicos que rigen la relación entre dichos proveedores, y con base en las cuales se permite a **ETB** la prestación de servicios de voz, datos y SMS sobre la red de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, información que permite probar ampliamente dentro del presente trámite el modelo de operación de **ETB** sobre la red de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, y (iii) en el archivo de la CRC reposa la Resolución No 002623 del 26 de julio de 2013, "*mediante la cual Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones le otorgó a ETB permiso para el uso de espectro radioeléctrico para la operación y prestación de servicios móviles terrestres*", así como la Resolución No. 003806 del 27 de septiembre de 2013, "*por la cual se resuelve un recurso de reposición y se corrige la Resolución No. 2623 de 2013*", lo que prueba la fecha en que **ETB** obtuvo por primera vez permiso para el uso y explotación de espectro utilizado para IMT, asunto al que hace referencia el artículo 4.3.2.11 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

Finalmente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.30.4 del Decreto 1074¹⁴ de 2015, debe mencionarse que el presente acto administrativo no requiere ser informado a la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de un acto de carácter particular y concreto al que hace referencia el numeral 3 del artículo antes citado.

2. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LAS PARTES

2.1. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES inicia su argumentación señalando que en la actualidad tiene un acuerdo con **ETB**, respecto de la modalidad de cargos de acceso escogida, esto es minuto (uso), así como respecto del número de minutos cursados tanto hacia la red **ETB**, como hacia la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, explicando que no han podido llegar a un acuerdo respecto del valor a pagar por los mensajes de texto y los minutos originados en su red, con destino a la de **ETB**, debido a que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** considera que la red de **ETB** debe ser remunerada conforme al parágrafo 5, adicionado por el artículo 1 de la Resolución CRC 4660¹⁵ de 2014.

Por consiguiente, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** solicitó que esta Comisión solucione la controversia surgida con **ETB**, en relación con la negativa de este último de ofrecer a **COLOMBIA**

⁷ Expediente Administrativo 3000-92-537 folios 70 al 89

⁸ Expediente Administrativo 3000-92-537 folios 90 y 91

⁹ Expediente Administrativo 3000-92-537 folios 180 - 186

¹⁰ Expediente Administrativo 3000-92-537 folios 1 al 18

¹¹ Expediente Administrativo 3000-92-537 folios 21 al 65

¹² Expediente administrativo 3000-92-537 folios 70 al 89

¹³ Radicado 201731308 de fecha 15 de junio de 2017

¹⁴ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo

¹⁵ Compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016

TELECOMUNICACIONES el esquema de cargos de acceso para la red sobre la cual se presta efectivamente el servicio, esto es "conforme al parágrafo adicionado por la Resolución CRC 4660 de 2014 en su artículo primero que dice:

*"PARÁGRAFO 5. Los proveedores de redes y servicios móviles que hagan uso de la facilidad esencial de roaming automático nacional para la terminación del servicio de voz móvil, deberán ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles el esquema de cargos de acceso definido por la regulación para la red sobre la cual se preste efectivamente el servicio a sus usuarios."*¹⁶

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES expone que la relación de interconexión entre las redes de larga distancia, móvil y local de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** con la red móvil de **ETB**, se rigen por el contrato de interconexión firmado desde el 15 de agosto de 2014, de tal suerte que, independientemente de la figura de prestación de servicios en que pretenda enmarcarse **ETB**, es decir, como Operador Móvil Virtual o utilizando la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, el cargo de acceso que debe pagarse, corresponde a aquél de la red sobre la cual está alojado **ETB**. Con el fin de reforzar sus argumentos, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** solicitó a la CRC que tenga en cuenta los precedentes establecidos en las Resoluciones CRC 4828 de 2015 y 4829 de ese mismo año.

A su vez, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** sustenta su posición en lo establecido en la Resolución CRC 1763 de 2007, modificada por la Resolución CRC 2354 de 2010, por la Resolución CRC 4660 de 2014 y por la Resolución CRC 5108 de 2017, donde en criterio de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, se establece que el valor del cargo de acceso que debe pagarse a **ETB**, es el valor del cargo de acceso sobre el cual se preste efectivamente el servicio a sus usuarios, postura que dio a conocer a **ETB** en el CMI del 21 de marzo de 2017.

Como oferta final, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** considera que los cargos de acceso se deben liquidar conforme a los esquemas definidos en la regulación para la red sobre la cual efectivamente se preste el servicio a los usuarios, es decir, que se deben liquidar de la siguiente forma:

Servicio	Valor del cargo de acceso	Año
voz	\$ 33,48	2015
voz	\$ 22,53	2016
voz	\$ 14,21	2017 (1 de enero a 23 de febrero)
voz	\$ 11,43	2017 (desde 24 de febrero)
SMS	\$ 5,53	2015
SMS	\$ 3,77	2016
SMS	\$ 2,41	2017 (1 de enero a 23 de febrero)
SMS	\$ 1,00	2017 (desde 24 de febrero)

Con fundamento en lo anterior, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** presenta como pretensión principal que la CRC: "Ordene que **ETB** cumpla con lo establecido por el parágrafo 5 del artículo 1 de la Resolución CRC 5108 del 23 [sic] de 2017, en el parágrafo 5 del artículo 3 de la Resolución CRC 5108 del 23 [sic] 2017 y en el parágrafo del artículo 5 de la Resolución CRC 5108 del 23 [sic] de 2017, suministrando la interconexión en la forma allí prevista, a los valores establecidos para el proveedor que está suministrando el acceso al proveedor **ETB**." Y como "PRETENSIÓN SUBSIDIARIA" que "En el evento que se reconozca que el acceso de la red de **ETB** se ésta haciendo bajo la figura de **OMV**, la CRC declare [sic] que el valor que debe pagar **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** por el uso de las redes cuando las llamadas terminen en **ETB OMV** es el de la red sobre la cual está alojado **ETB**."

2.2. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR ETB

ETB, después de pronunciarse sobre los hechos objeto de la solicitud de **COLOMBIA**

¹⁶ Parágrafo 5 del artículo 4.3.2.8. de la Resolución CRC 5050 de 2016 "(Resolución CRT 1763 de 2007, artículo 8 – modificado por la Resolución CRC 3136 de 2011 y Adicionado por la Resolución 4660 de 2014)"

TELECOMUNICACIONES, expresa su oposición a las pretensiones presentadas por dicho operador, indicando lo siguiente:

ETB manifiesta que mediante la Resolución No. 002623 del 26 de julio de 2013, modificada por la Resolución No. 003806 del 27 de septiembre de 2013, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones otorgó a la Unión temporal COLOMBIA MÓVIL – **ETB**, permiso para el acceso, uso y explotación de 30 MHz del espectro radioeléctrico para la operación de servicios de radio comunicaciones móviles terrestres en el rango de frecuencia de 1.740 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.140 MHz a 2.155 MHz según lo estipulado en el proceso de selección objetiva contenido en la Resolución 449 de 2013.

En consecuencia, **ETB** manifiesta que desde 2 de octubre de 2013, fecha en la que quedó ejecutoriada la Resolución No 002623 del 26 de julio de 2013 y por el término de cinco años, tiene la condición de operador entrante, de tal suerte que los valores de cargos de acceso aplicables a su red móvil son los establecidos en el artículo 4.3.2.11 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

Expone también en su escrito que a la relación de interconexión existente entre **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y **ETB** no le es aplicable lo previsto por el parágrafo 5 del artículo 1 de la Resolución CRC 4660 de 2014, debido a que la norma en la cual sustenta **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** sus pretensiones se refiere de manera expresa a los cargos de acceso para operadores que hacen uso de facilidad esencial de Roaming Automático Nacional – RAN, situación no aplicable al caso de **ETB**, pues manifiesta que no hace uso de RAN y tampoco ha solicitado a ningún proveedor móvil la instalación esencial de RAN.

Explica **ETB** que concurre al mercado móvil como un Operador Móvil Virtual (OMV) completo, cumpliendo con la definición¹⁷ contenida en la regulación vigente, es decir, que cuenta con infraestructura y elementos de red particular que garantizan la prestación de los servicios móviles. También, plantea que al ser un OMV completo, no cuenta con la red de acceso para servicios de voz en 2G y 3G, dependiendo la operación de dichos servicios de manera íntegra de la red de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. En este sentido, manifiesta **ETB** que al revisar su registro TIC se puede observar que dentro de los servicios registrados se encuentra "Telefonía Móvil virtual."

Para continuar con su argumentación, **ETB** expone que el acuerdo suscrito entre **ETB** y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. se denomina Contrato de prestación de servicios de respaldo de voz, datos y SMS, el cual en su contenido señala lo siguiente: *"para todos los efectos legales se entiende que ETB respecto a los servicios suministrados por Colombia Móvil a través de sus redes 2G y 3G ostenta la calidad de operador móvil virtual y en consecuencia asumen las obligaciones que la regulación imponga para los operadores móviles virtuales, sin perjuicios de las que deba cumplir también en su calidad de prestación de servicios"*¹⁸. Por lo tanto, según lo expuesto por **ETB**, este acuerdo implica que su relación es en calidad de OMV y no de acceso al RAN, como pretende hacerlo ver **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en su solicitud.

Por otro lado, **ETB** expone que las Resoluciones CRC 4828 y 4829 de 2015 que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** solicitó tener en cuenta para solucionar este conflicto, no son aplicables al caso bajo análisis, debido a que los supuestos fácticos y jurídicos son diferentes; además, los efectos jurídicos de dichas resoluciones son inter-partes y **ETB** no hizo parte de dichos trámites administrativos, por lo que dichos precedentes no son aplicables al caso objeto de estudio.

Para **ETB**, con las resoluciones citadas por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** para sustentar su petición, este último pretende equiparar el modelo de negocio de AVANTEL para la prestación de servicios móviles, con el modelo de **ETB**, pasando por alto que **ETB** no hace uso de RAN, sino que es un OMV completo.

Así mismo, **ETB** manifiesta en su escrito que la CRC explicó que la calidad de entrante se acredita con: *"(i) el hecho de ser proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones que hayan obtenido por primera vez permiso para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para la IMT y (ii) no contar más de cinco (5) años desde la fecha en que quedó en firme el acto administrativo mediante el cual le fue asignado el referido permiso"*, y concluye que cumple con estas condiciones.

¹⁷ "Documento amarillo para la publicación de la Resolución CRC 4807 de 2015"

¹⁸ "Cláusula segunda del Otrosí No. 1 al contrato de prestación de servicios de respaldo de voz, datos y SMS"

Por otro lado, **ETB** expresa que luego de más de dos (2) años de ejecución del contrato de interconexión suscrito entre **ETB** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, este operador no había realizado cuestionamiento alguno relacionado con la remuneración de cargos de acceso a favor de **ETB**; no obstante, debido al tema objeto de conflicto, dicho operador ha optado por no efectuar el pago de los cargos de acceso a las redes móviles de **ETB** desde diciembre de 2016, desconociendo la firmeza de las actas de conciliación debidamente suscritas entre las empresas.

Para reafirmar este punto, **ETB** relaciona algunas de las actas de conciliación financieras de los cargos de acceso remunerados para las redes fijas de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y **ETB** móvil, y expresa que para "*este tipo de tráfico las partes se encuentran al día en el proceso de conciliación de cuentas*".

Finalmente, como oferta final, **ETB** plantea que se continúe aplicando lo establecido por el regulador en relación con los valores de cargos de acceso aplicados para su red móvil "*de conformidad con lo establecido por la Resolución CRC 4660 DE 2014 en su artículo 5, el cual adiciona a la Resolución CRT 1763 de 2017 el artículo 8C: Cargos de Acceso a redes móviles de proveedores que hayan obtenido por primera vez permisos para el uso y explotación de espectro utilizado para IMT, actualizado mediante lo establecido en el artículo 5 de la resolución [sic] CRC 5108 de 2017 el cual modifica el artículo 4.3.2.11 Cargos de acceso a redes móviles de proveedores que hayan obtenido por primera vez para el uso y explotación de espectro utilizando para IMT Del capítulo 3 del título IV de la resolución [sic] CRC 5050 de 2016*"¹⁹.

Además, **ETB** solicitó que la CRC resuelva el conflicto impetrado por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** aceptando la oferta final presentada por **ETB** y que se conmine a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** a pagar a **ETB** los cargos de acceso adeudados desde diciembre de 2016.

3. CONSIDERACIONES DE LA CRC

3.1. Verificación de requisitos de forma y procedibilidad

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009, tanto las solicitudes de solución de controversias, como las de imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión, deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) vencimiento del plazo de la negociación directa al que hace referencia el artículo 42 de la Ley 1341 de 2009, (ii) presentar una solicitud escrita en la que se indique que no ha sido posible llegar a un acuerdo, señalando expresamente los puntos de divergencia, así como aquellos en los que haya acuerdo y (iii) presentar la respectiva oferta final.

Revisado el escrito de solicitud inicial allegado por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, se constató que la solicitud presentada por dicho proveedor 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 agotamiento del plazo de negociación directa de que trata el artículo 42 de la citada Ley 1341 de 2009 antes de acudir a la CRC, en la medida en que la solicitud fue presentada ante la Comisión el día 10 de mayo de 2017 y la etapa de negociación directa inició el 21 de marzo de 2017, cuando **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** manifestó a **ETB** en el acta de CMI de dicha fecha que "*dado que ETB está prestando sus servicios de Voz y SMS sobre la red PCS de Colombia móvil, el cargo de acceso que debe reconocérsele para las comunicaciones M-M, LDI-M y F-M de las que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES sea el responsable, es el de red sobre la cual se presta efectivamente el servicio a sus usuarios, es decir el cargo de acceso de la red de Colombia Móvil*".

Así mismo, se comprobó que la solicitud de solución de conflicto presentada por dicho proveedor dio cumplimiento a los requisitos de forma contenidos en la ley y en la regulación general vigente, en la medida en que del estudio de los documentos que conforman la solicitud presentada a esta Comisión fue posible evidenciar la manifestación sobre la imposibilidad de llegar a un acuerdo directamente, lo cual se constata de la lectura del proyecto del Acta del Comité Mixto de Interconexión -CMI en el que se abordó la solicitud realizada por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**. Además, en la solicitud elevada por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** se señalan los puntos de divergencia, los puntos de acuerdo entre las partes, y la presencia de una oferta final respecto de la materia en controversia.

¹⁹ Expediente administrativo 3000-92-537 folio 87

3.2. Consideraciones de la CRC sobre el asunto en controversia

Una vez revisados los argumentos presentados por las partes, resulta claro que la discusión en el caso concreto versa sobre las condiciones de remuneración de la red móvil de **ETB** con ocasión del tráfico fijo y móvil cursado desde las redes de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y, en este sentido, identificar cuál es la regulación general que en esta materia debe aplicarse, pues mientras **ETB** considera que sus redes deben ser remuneradas bajo las reglas aplicables a los proveedores entrantes en los términos definidos en el artículo 4.3.2.11 de la Resolución CRC 5050 de 2017, para **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** el cargo de acceso que ha de pagarse corresponde al de la red en la que efectivamente se presta el servicio, tal y como lo contemplan los artículos 4.3.2.8 y 4.3.2.10 de la Resolución CRC 5050 de 2017.

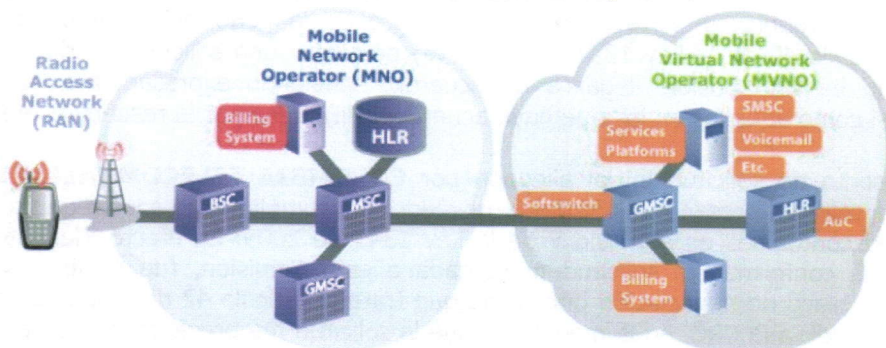
Para efectos de dirimir la controversia antes planteada, resulta necesario establecer cuál es la operación que adelanta **ETB** para la prestación de los servicios móviles a su cargo, identificando si como dicho proveedor lo afirma, el ser un OMV completo implica o no la aplicación de las reglas dispuestas en la regulación general vigente para la remuneración de las redes de los proveedores entrantes o, si la forma de prestación de sus servicios se corresponde con la figura del acceso y uso de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional.

3.2.1 Acceso a una red móvil mediante la figura de la OMV y mediante el RAN.

La regulación define al operador móvil virtual²⁰ como aquél “proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones que no cuenta con permiso para el uso de espectro radioeléctrico, motivo por el cual presta servicios de comunicaciones móviles al público a través de la red de uno o más Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones”.

De la anterior definición se observa que la característica principal de la operación móvil virtual es la ausencia de asignación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios minoristas y, en consecuencia, la ausencia de una red de acceso a través de la cual se opera y explota comercialmente dicho espectro, mediante la prestación de uno o más servicios de telecomunicaciones, tal y como puede observarse en el Gráfico 1.

Gráfico 1. Modelo OMV completo



Fuente: Tomado de Documento CRC. Revisión marco regulatorio para la Operación Móvil Virtual y otras operaciones mayoristas²¹

Dicho en otras palabras, si el proveedor de servicios es asignatario de permisos para el uso de espectro radioeléctrico, ha desplegado una red de acceso para operarlas y explotarla comercialmente, y sus usuarios están abonados a dicha red de acceso, entonces esa operación será móvil, pero no virtual, independientemente de la denominación que los proveedores involucrados a nivel mayorista decidan darle.

Por otra parte, el roaming automático nacional ha sido definido en la regulación²² como la “instalación esencial asociada a las redes de telecomunicaciones con acceso móvil que permite, sin intervención directa de los usuarios, proveer servicios a éstos, cuando se encuentran fuera de la cobertura de uno o más servicios de su red de origen”.

²⁰ Título I Definiciones de la Resolución CRC 5050 de 2016

²¹ Disponible en

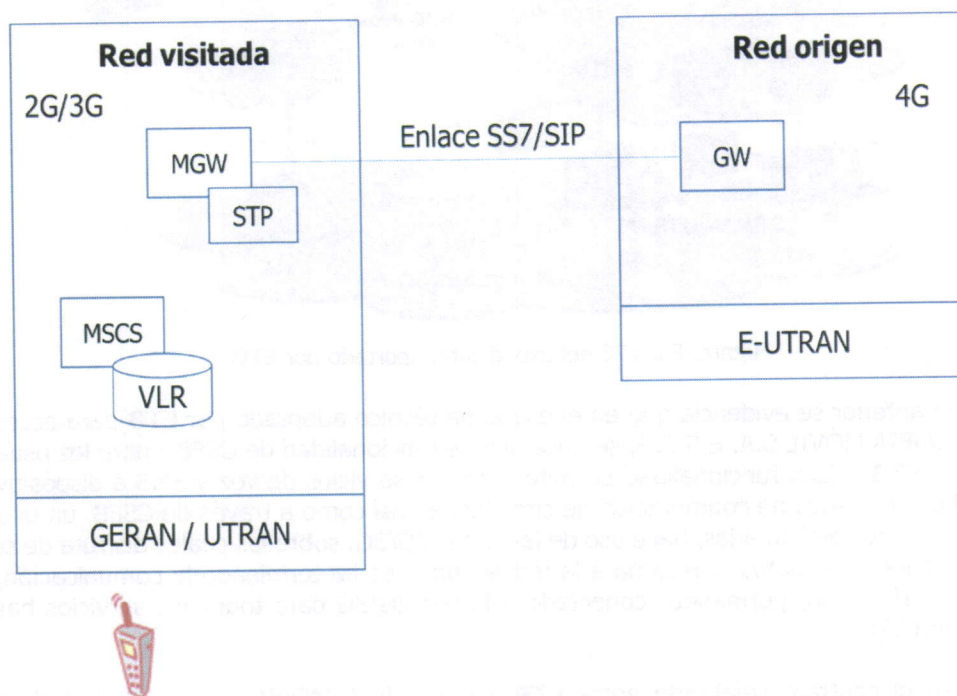
https://www.crcm.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2015/Actividades_regulatorias/OMV_Mayoristas/Doc_Amarillo_OMV.pdf

²² Título I Definiciones de la Resolución CRC 5050 de 2016

De esta definición resulta claro que intervienen dos redes: (i) la Red de Origen, a la cual pertenecen los usuarios de un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones móviles que se beneficia del roaming automático nacional proporcionado por otra red móvil, y (ii) la Red Visitada, que es la red que atiende con sus propios recursos a usuarios pertenecientes a otro proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, bajo la modalidad de roaming automático nacional.

Como puede verse, a diferencia de la operación móvil virtual, el roaming automático nacional presupone que el proveedor que demanda acceso a la red móvil: i) es asignatario de un permiso para el uso de espectro radioeléctrico, ii) opera y explota dicho espectro mediante una red de acceso que ha desplegado, denominada red de origen, a través de la cual presta a sus abonados uno o más servicios de telecomunicaciones, y iii) requiere acceder a la red de otro proveedor (Red Visitada) cuando su abonado se encuentra fuera de la cobertura de uno o más servicios de su red de origen.

Gráfico 2. Esquema técnico de operación para el servicio de voz utilizando Roaming Automático Nacional



Fuente: Adaptado de Documento CRC. Revisión marco regulatorio para la Operación Móvil Virtual y otras operaciones mayoristas²³

Conforme a lo anterior, si un proveedor adopta un esquema técnico mayorista que involucra el acceso a roaming automático nacional, entonces tal esquema técnico no puede catalogarse como de operación móvil virtual, y viceversa.

3.2.2 Esquema utilizado en el caso concreto por ETB para la prestación de los servicios móviles a su cargo.

Frente al asunto en controversia, **ETB** dentro del presente trámite administrativo ha expresado que cuenta con red de acceso propia de 4G, desplegada haciendo uso del espectro radioeléctrico que le fue otorgado por el Ministerio de TIC en el año 2013, y ofrece servicios de datos sobre dicha red²⁴.

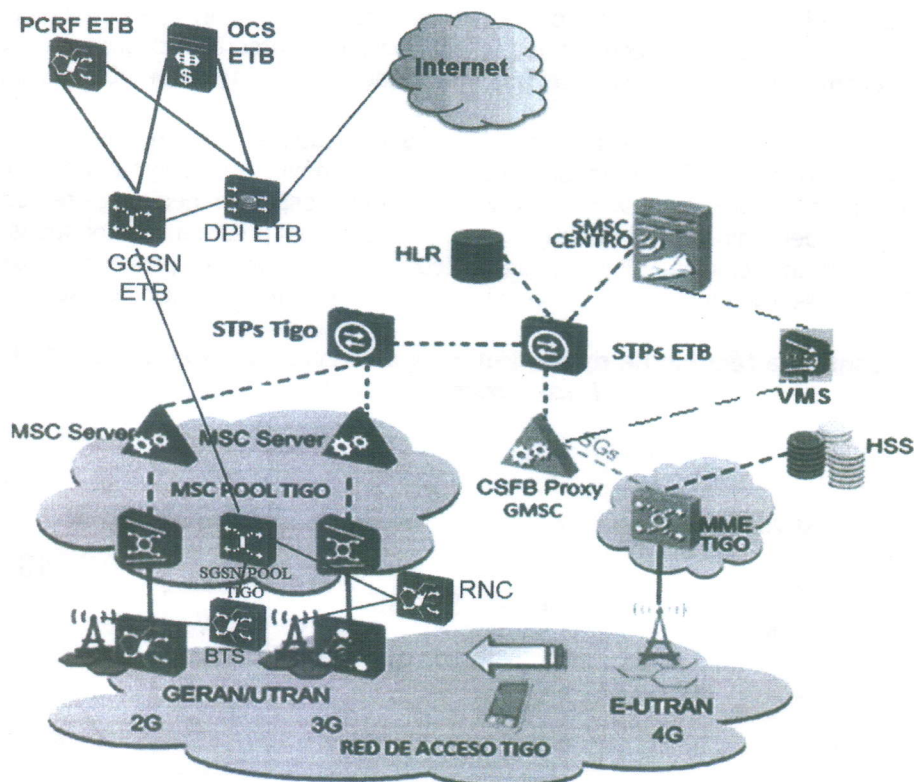
Por otra parte, señala **ETB** que para los servicios de voz y SMS depende de manera íntegra de la red de acceso 2G y 3G de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., asunto que explica detalladamente mediante un diagrama de topología general de la solución CSFB, el cual se muestra en el Gráfico 3.

²³ Disponible en:

https://www.crcom.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2015/Actividades_regulatorias/OMV_Mayoristas/Doc_Amarillo_OMV.pdf

²⁴ En el Folio 71 del expediente ETB indica que el Ministerio le asignó espectro radioeléctrico en el año 2013, y en el Folio 75 indica que presta servicios móviles 4G a través de su propia red, lo cual ratifica en la figura presentada en el Folio 76.

Gráfico 3. Topología general de la solución de ETB que incluye CSFB



Fuente: Folio 76 del expediente, aportado por **ETB**

Del diagrama anterior se evidencia que en el esquema técnico adoptado por **ETB** para acceder a la red del COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.²⁵, se hace uso de funcionalidad de CSFB²⁶ para los usuarios de la red LTE de **ETB**. Dicha funcionalidad permite entregar servicios de voz y SMS a dispositivos LTE a través del uso de redes de conmutación de circuitos. Es así como a través de CSFB, un usuario de LTE, al originar o recibir llamadas, hace uso de las redes 2G/3G, sobre las cuales disfruta de servicios de voz, SMS e inclusive datos, y retorna a la red 4G una vez ha terminado la comunicación, si hay cobertura de LTE. Si no, permanece conectado a la red 2G/3G para todos los servicios hasta que haya cobertura LTE.

En efecto, en el contrato celebrado entre **ETB** y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., se describe la arquitectura CSFB implementada por **ETB**, como una etapa de transición hacia VoLTE, funcionalidad que, como se indicó anteriormente, permite a sus usuarios originar y recibir llamadas haciendo uso de las redes 2G/3G de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.

En este punto es importante tener en cuenta que esta Comisión ya ha identificado²⁷ que precisamente la funcionalidad de CSFB, es una nota característica intrínseca al Roaming Automático Nacional, pues la misma es necesaria para garantizar su automaticidad, permitiendo que un usuario LTE pueda realizar comunicaciones de voz y SMS haciendo uso de las redes 2G/3G disponibles para ello.

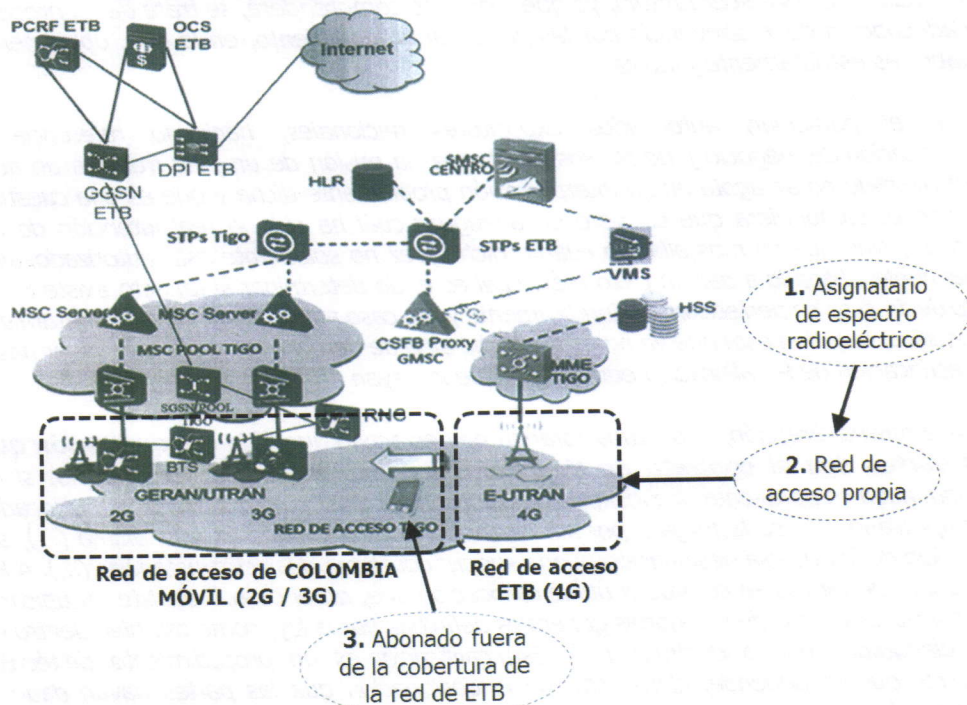
Así mismo, esta Comisión ha identificado que una de las características esenciales de la Operación Móvil Virtual es que el proveedor que opera bajo esa modalidad no cuenta con permiso para el uso de espectro radioeléctrico. En el caso concreto se encuentra que, de lo probado en el expediente, **ETB:** i) es asignatario de un permiso para el uso de espectro radioeléctrico, ii) opera y explota dicho espectro a través de una red de acceso 4G que ha desplegado, a través de la cual presta a sus abonados el servicio de datos, y iii) accede a la red de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. cuando su abonado se encuentra fuera de la cobertura de los servicios de voz, datos y SMS de su red de origen. Lo anterior, puede observarse en el Gráfico 4.

²⁵ Contrato de prestación de servicios de respaldo de voz, datos y SMS entre Colombia Móvil S.A. E.S.P. y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

²⁶ *Circuit Switch Fallback*, descrita en el documento 3GPP TS 23.272.

²⁷ Resoluciones CRC 4419, 4420, 4421, 4508, 4509 y 4510 de 2014.

Gráfico 4. Características de la operación móvil de ETB



Fuente: Adaptado del gráfico del Folio 76 del expediente, aportado por **ETB**

De esta forma, para la CRC es claro que el esquema técnico acordado entre **ETB** y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., independientemente de la denominación que las partes hayan acordado darle, materialmente corresponde a la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, donde la red de **ETB** corresponde a la red de origen y las redes de COLOMBIA MÓVIL a la red visitada.

Así, debe tenerse en cuenta que la identificación de la naturaleza jurídica de una relación contractual, no la define, ni tampoco depende de la denominación que las partes hayan decidido concederle al contrato. A ese respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

"Y es que como lo ha expresado en anterior ocasión tanto la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁸ como esta misma Sala²⁹, la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan asignarle las partes o de las expresiones que ellas utilicen en el clausulado del negocio, sino que dicha modalidad deriva, fundamentalmente, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; (...) ³⁰. (NFT)

A su turno, sobre este mismo particular, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, desde principios del siglo pasado, que "[L]a calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio, no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no puede trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre."³¹ Así mismo esta corporación ha señalado que:

*"Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez **preferir el contenido frente a la designación que***

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010; Radicación No.: 25000-23-26-000-1994-0071-01; Referencia: 14.390.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2012; Expediente No.: 22.822; Actor: Carlos Ernesto Pérez Garzón.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Radicación treinta (30) de enero de dos mil trece (2013) Radicación número: 27001-23-31-000-1999-00188-01(20342) consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 1929; Gaceta Judicial, Tomo XXXVII pp. 128.

los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus magis ex partis quam verbis discernuntur*), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica.

Sobre el particular, autorizados expositores nacionales, haciendo referencia a la calificación del negocio jurídico, sostienen que "la misión de un juez frente a un acto controvertido no se agota en su interpretación propiamente dicha y que es una cuestión de hecho, comoquiera que consiste en averiguar cuál ha sido la real intención de los agentes, sino que va más allá, en cuanto dicho juez no solamente está autorizado, sino legalmente obligado a dar un paso más, cual es el de determinar si tal acto existe o no, vale decir, si se ha perfeccionado jurídicamente y, en caso afirmativo, cuál es su naturaleza específica, cuestión esta que ya no es de hecho sino de derecho, y que puede llegar hasta la rectificación de la calificación equivocada que le hayan atribuido los agentes".

En esa misma dirección, la doctrina foránea ha destacado que "[l]a **denominación que las partes den al contrato no tiene efecto vinculante**. Así, por ejemplo, si es denominada compraventa una locación de obra con suministro de materiales por el locador o empresario (...), se la juzgará por su verdadera naturaleza que es esta última (...), sin perjuicio de lo que esa designación pueda sugerir conforme a las circunstancias (...). A los fines interpretativos se considera útil la calificación que, en el caso, 'consiste en ubicar a los contratos dentro de categorías generales definidas por la ley, como también dentro de las elaboradas por la doctrina' (...). Esta calificación es un procedimiento de técnica jurídica, que no depende, claro está, de la designación que las partes hayan dado al contrato (...)"

Y así mismo esta Corporación ha sostenido que:

"en lo referente a la calificación del contrato, es tradicional considerarla fuera de las posibilidades operativas de las declaraciones de las partes. La calificación del contrato, siendo como es la inserción de lo querido por los contratantes dentro de los tipos o esquemas negociales predispuestos por el ordenamiento, supone un juicio de adecuación del negocio concreto a categorías establecidas a priori por las normas, y ello, obviamente, sólo cabe hacerlo desde la óptica de las normas. **Con lo expuesto coincide la visión de la jurisprudencia, cuando afirma, en la línea de una doctrina constante y uniforme, que 'los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes, indicando con ello que tienen una realidad y consiguiente alcance jurídico tal como existen de hecho, al margen de las calificaciones que los intervinientes les hayan atribuido o quieran atribuirles después', o habla de la 'calificación legal que corresponda' (al contrato) (...), calificación que no es una facultad de las partes. Mal puede encuadrarse entonces, la calificación del contrato como una incumbencia de la determinación del sentido y alcance de la declaración de voluntad.**"³²

De esta forma, así **ETB** pretenda que su operación, corresponde a la de un OMV para los servicios de voz y SMS, ello no se corresponde ni con la realidad jurídica ni material de la relación de acceso existente entre dicho proveedor y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., en la medida en que la misma constituye, como antes se demostró, la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional.

Así, mal puede afirmarse que en este caso **ETB** ostente, al usar la red de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., la calidad de operador entrante y, que, por ende, le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 4.3.2.11 de la Resolución CRC 5050 de 2016³³. Ello, en la medida en que para que la regla de remuneración mencionada sea aplicable debe acreditarse lo siguiente: (i) ser proveedor de redes y servicios móviles que haya obtenido por primera vez permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT ; (ii) no contar con más de cinco (5) años desde la fecha en que quedó en firme el acto administrativo mediante el cual le fue asignado el referido permiso y (iii) que se trate de las redes

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2011, Rad. 01474-01, MP. Arturo Solarte Rodríguez.

³³ Es importante tener en cuenta que el artículo 4.3.2.11 de la Resolución CRC 5050 de 2016 fue incluido en la regulación mediante el artículo 5 de la Resolución CRC 4660 de 2014, y posteriormente modificado por el artículo 5 de la Resolución CRC 5108 de 2017.

de los proveedores de redes y servicios móviles que cumplan con las condiciones (i) y (ii) antes referenciadas.

En el caso concreto se encuentra que si bien es cierto que **ETB** es asignatario de un permiso³⁴ otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para el uso y explotación de espectro utilizado para IMT, y ese espectro lo utiliza para la prestación de servicios de datos a través de su red 4G, no es menos cierto que, para los servicios de voz y SMS en 2G y 3G utiliza la red del operador COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., mediante el uso de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional.

Así las cosas, la red móvil que efectivamente se utiliza para la prestación de los servicios de voz y SMS por parte de **ETB**, es la red 2G y 3G del operador COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., y no la red desplegada por **ETB**, debiéndose por tanto dar aplicación a lo previsto en la regulación vigente en el artículo 4.3.2.8 parágrafo 5 y el artículo 4.3.2.10 parágrafo 1 para los servicios de voz y SMS respectivamente, según los cuales los proveedores de redes y servicios móviles que hagan uso de la facilidad esencial de Roaming Automático Nacional, deberán ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles, el esquema de cargos de acceso definido por la regulación para la red sobre la cual se preste efectivamente el servicio a sus usuarios:

"ARTÍCULO 4.3.2.8. CARGOS DE ACCESO A REDES MÓVILES.

(...)

PARÁGRAFO 5. *Los proveedores de redes y servicios móviles que hagan uso de la facilidad esencial de Roaming automático nacional para la terminación del servicio de voz móvil, deberán ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles el esquema de cargos de acceso definido por la regulación para la red sobre la cual se preste efectivamente el servicio a sus usuarios."*

"ARTÍCULO 4.3.2.10. CARGOS DE ACCESO PARA TERMINACIÓN DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO (SMS).

(...)

PARÁGRAFO 1. *Los proveedores de redes y servicios móviles que hagan uso de la facilidad esencial de Roaming automático nacional para la terminación de mensajes de texto (SMS), deberán ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles el esquema de cargos de acceso definido por la regulación para la red sobre la cual se preste efectivamente el servicio a sus usuarios."*

En consecuencia, para la terminación de los servicios de voz y SMS de **ETB** deberá aplicarse el esquema de cargos de acceso definido para la red de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., es decir, los contenidos precisamente en los artículos 4.3.2.8 y 4.3.2.10 de la Resolución CRC 5050 de 2016, para voz y SMS respectivamente, con sus respectivas modificaciones, según el periodo de vigencia de cada una de ellas, en la medida en que las condiciones de remuneración de las redes ha sido establecida desde el año 2007, por medio de la Resolución CRT 1763 de 2007.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la fecha de aplicación de los valores de remuneración de la red en que efectivamente se presta el servicio, debe tener en consideración cuál es el acto que determinó cómo debería darse la remuneración de las redes cuando se estuviera bajo la situación de hecho objeto de análisis en el presente trámite administrativo.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que las condiciones de remuneración fueron dispuestas en la Resolución CRC 4660 de 2014, acto administrativo de carácter general, que ha tenido la virtud de producir efectos jurídicos, desde su propia expedición; es decir que las disposiciones contenidas en los artículos 4.3.2.8 y 4.3.2.10 de la Resolución CRC 5050 de 2016³⁵, se encuentran vigentes desde 31 de diciembre de 2014, como consecuencia de la publicación en el Diario Oficial de la Resolución 4660 de 2014.

³⁴ Mediante Resolución No. 002623 del 26 de junio de 2013, modificada por la Resolución No. 003806 del 27 de septiembre de 2013.

³⁵ La cual compila la Resolución CRT 1763 de 2007.

En este sentido, el acto que constituyó el derecho a remunerar la red de **ETB** bajo las condiciones antes planteadas es la Resolución CRC 4660 de 2014, hoy compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016, situación que simplemente es reconocida en el presente acto administrativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta importante tener en cuenta que la Resolución CRC 4660 de 2014, mediante la cual se modificó la Resolución CRT 1763 de 2007, definió una senda de reducción de los cargos de acceso a redes móviles³⁶ hasta el 1º de enero de 2017, tanto para servicios de voz como de SMS, con una regla de actualización anual conforme el IAT, resolución modificada por la Resolución CRC 5108 de 2017, la cual definió los valores de cargos que deben aplicarse a partir del 24 de febrero de 2017. Dichos cargos de acceso, a manera de referencia, están disponibles para consulta pública en la página Web de la CRC³⁷.

De esta manera es claro para la CRC que la definición del valor del cargo de acceso aplicable a la relación de interconexión entre las redes de larga distancia, telefonía móvil, SMS y locales de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** con la red móvil de **ETB**, son los contenidos en los artículos 4.3.2.8 y 4.3.2.10 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificados por los artículos 3 y 4 de la Resolución CRC 5108 de 2017.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. Acceder a la solicitud de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, relativa a que la red de telefonía móvil de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** debe ser remunerada, desde la fecha de entrada en vigencia de los cargos de acceso definidos en la Resolución CRC 4660 de 2014, de conformidad con las condiciones establecidas en el parágrafo 5 del artículo 8 y el parágrafo 1 del artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2017, modificados por los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Resolución CRC 4660 de 2014, compilados posteriormente en los artículos 4.3.2.8 y 4.3.2.10 de la Resolución CRC 5050 de 2016, y modificados por los artículos 3 y 4 de la Resolución CRC 5108 de 2017.

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

Dada en Bogotá D.C., a los

2 1 NOV 2017

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE

GERMAN ENRIQUE BACCA MEDINA
Presidente

GERMÁN DARÍO ARIAS PIMIENTA
Director Ejecutivo

Expediente Administrativo No. 3000-92-537

SC. 27/10/2017 Acta 357

CC. 20/10/2017 Acta 1122

Revisado por: Lina María Duque del Vecchio - Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias 

Elaborado por: Adolfo Prieto - Líder proyecto 

Miguel Andrés Durán

³⁶ Para voz: artículo 1 y 2 de la Resolución CRC 4660 de 2014. Para SMS: artículos 3 y 4 de la Resolución CRC 4660 de 2014.

³⁷ Disponible en: https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/20170711-Cargos_Acceso_Maximos_Jun17.xlsx