



RESOLUCIÓN No. **5279** DE 2017

*"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A.** contra la Resolución CRC 5217 de 2017"*

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 la Resolución CRC 5217 del 13 de septiembre de 2017, esta Comisión resolvió el conflicto surgido entre **REDEBAN MULTICOLOR S.A.**, en nombre propio y en representación de **BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A.**, (en adelante **REDEBAN & OTROS**), y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P.** (en adelante **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**), relacionada con la determinación de las condiciones de remuneración por la utilización de la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** cuando cursan mensajes cortos de texto.

El 18 de septiembre, mediante notificación personal, se le dio a conocer el contenido de la Resolución CRC 5217 de 2017 a **REDEBAN MULTICOLOR S.A.**; el día 20 de septiembre a **BANCO DAVIVIENDA S.A.** y a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**. Por su parte, mediante diligencia de notificación por aviso de fecha 25 de septiembre de 2017 se le dio a conocer el contenido de la misma Resolución a **BANCO DE OCCIDENTE S.A.** y a **BANCO CAJA SOCIAL S.A.**

Dentro del término previsto para tales efectos, **REDEBAN & OTROS** interpuso recurso de reposición contra la mencionada Resolución, según comunicación con radicado interno 201733155 del 2 de octubre de 2017¹.

Teniendo en cuenta que el recurso de reposición interpuesto por **REDEBAN & OTROS** cumple con lo dispuesto en los artículos 76² y 77³ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

¹ Obrante en folios 1264 a 1269 del expediente administrativo No. 3000- 92-527.

² **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.

³ **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

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

Finalmente, 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. SOLICITUD DE PRUEBAS

REDEBAN & OTROS mediante el recurso objeto de resolución, requiere a esta Entidad *"solicitar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES detalle de transacciones por tipo y por periodo para calcular el real promedio de SMS por transacción. Con base en esta información determinar el promedio real de SMS por transacción aplicable al tráfico que se ha cursado hasta la fecha"*.

2.1. CONSIDERACIONES DE LA CRC

Atendiendo a los atributos con que debe contar una prueba para que la misma sea decretada en el curso de una actuación administrativa, y que de conformidad con el artículo 168 del Código General del Proceso la práctica de una prueba podrá ser rechazada cuando esta sea ilícita, notoriamente impertinente, inconducente, o manifiestamente superflua o inútil; se debe recordar entonces, que con ocasión del Auto de Decretos de Pruebas, proferido por parte de esta Entidad el día 23 de septiembre de 2016, dentro de la presente actuación administrativa, se ofició al representante legal de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** para que allegara, entre otra información de forma discriminada por periodo y por tipo, *"el tráfico de SMS y de transacciones asociadas al servicio de transacciones bancarias, transacciones administrativas y transacciones de telefonía móvil (o su equivalente en la denominación dada por las partes en el contrato)"*.

De conformidad con lo anterior, se evidencia que la prueba que pretende el recurrente sea decretada con ocasión del presente acto administrativo, **ya fue decretada previamente** tal y como obra en el expediente⁴, de tal suerte que o bien **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, a quien se le solicitó la información a la que se hizo referencia en el párrafo anterior, o bien el propio **REDEBAN & OTROS** debían aprestarse a la remisión de dicha información dentro del trámite de la actuación administrativa que ocupa el presente análisis.

Al respecto, es importante mencionar que dentro del trámite administrativo **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** puso en evidencia que en el desarrollo de la relación de acceso la conciliación para la remuneración de la misma se efectuaba por transacciones y, no por el número de SMS. Por esa razón, dicho proveedor remitió un dictamen pericial que fue puesto a consideración de **REDEBAN & OTROS** para que pudiera controvertirlo o allegar información adicional.

Adicionalmente es de recordar y como se describirá detalladamente en el numeral 3.1 de la presente resolución, que la CRC requirió tanto a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** como a **REDEBAN & OTROS** en varias oportunidades para que remitieran la información a la que hace referencia el recurrente con ocasión del recurso de reposición. Así, habiéndose dado la oportunidad en varias ocasiones a las partes para que las mismas complementaran, aclararan y presentaran las pruebas necesarias que pudieran corroborar sus afirmaciones, así como controvertir las pruebas allegadas por la otra parte en relación específica con el tema puesto de presente en el recurso de reposición, no resulta procedente que ahora, en instancia de recurso de reposición, **REDEBAN & OTROS** pretenda desconocer la actividad probatoria desplegada durante la actuación administrativa buscando el decreto de una prueba, que ya se decretó y que con ocasión de ello, se puso de presente en el trámite administrativo, que la conciliación de los tráficos entre las partes se hacía por transacciones y no por el número de SMS, siendo necesario entonces identificar un valor de equivalencia para la efectiva aplicación de la regulación general.

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."

Teniendo en cuenta lo anterior y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 168 del Código General del Proceso, ya citado, esta Comisión deberá rechazar la práctica de la prueba a la que ha hecho referencia el recurrente.

3. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

En el recurso de reposición interpuesto, **REDEBAN & OTROS** presenta las consideraciones en que se sustenta su recurso de reposición, refiriéndose a tres temas puntuales, a saber: **(i)** el número de SMS equivalentes por transacción; **(ii)** el valor promedio a aplicar para el cálculo de los tráficos ya cursados; y **(iii)** el valor de elementos adicionales.

Con fundamento en dichas consideraciones, **REDEBAN & OTROS** solicita aclarar y modificar la Resolución CRC 5217 de 2017 respecto de dichos temas, para lo cual presenta sus peticiones de la siguiente forma:

"1. En cuanto al número de SMS equivalentes por transacción.

- *Sírvase agregar al artículo primero de la Resolución 5217 de 2017 un párrafo en el cual se disponga:*

"El promedio de SMS/Transacción que deberá utilizarse para calcular la cantidad de SMS de banca móvil que se hubieran cursado desde el 14 de abril de 2014 y hasta la ejecutoria de la presente resolución será de 3 SMS/Transacción".

- *En subsidio de la anterior solicitud: Sírvase agregar al artículo primero de la Resolución 5217 de 2017 un párrafo en el cual se disponga:*

"El promedio de SMS/Transacción que deberá utilizarse para calcular la cantidad de SMS de banca móvil que se hubieran cursado desde el 14 de abril de 2014 y hasta la ejecutoria de la presente resolución será de 4.23 SMS por transacción"

2. Sobre el valor de elementos adicionales de Banca Móvil

Sírvase ajustar a la baja en una proporción que refleje el valor eficiente de mercado el monto de \$5.63 (Cinco pesos con sesenta y tres centavos) aplicables a los SMS de Banca Móvil de que trata el artículo tercero de la Resolución 5217 de 2017"

REDEBAN & OTROS sustenta sus peticiones con base en los argumentos que se resumen a continuación:

3.1. RESPECTO AL NÚMERO DE SMS EQUIVALENTES POR TRANSACCIÓN

El recurrente, luego de manifestar algunas aclaraciones frente a su entendimiento de la fórmula empleada en la Resolución CRC 5217 de 2017, para calcular el número de SMS cursados con ocasión del servicio de Banca Móvil provisto por **REDEBAN & OTROS**, soportado en la red móvil de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, respecto de la forma en la que se efectuó la determinación de la equivalencia entre las transacciones cursadas y el número de SMS a remunerar en la relación de acceso, considera que, si bien la CRC mediante el acto recurrido evita la doble contabilización de los mensajes administrativos denominados "Open Session" y "Close Session", reduciéndose así el error en el conteo de SMS a remunerar, mantiene parcialmente este error.

Considera que, para corregir dicho error, es preciso reducir el valor promedio de SMS por transacción, explicando que el ejercicio realizado por esta Comisión parte del promedio calculado en el peritaje realizado por ISFOR COMPANY, el cual tuvo como resultado 12.68 SMS por transacción, y que el mismo contiene, para todas las transacciones, 3 SMS de un "Open Session", los SMS correspondientes a la transacción bancaria y, finalmente, otros 3 SMS de un "Close Session", aseverando que cada "Open Session" y "Close Session" está compuesto por 3 SMS, y que en ese sentido el promedio de SMS de la transacción bancaria resulta en 6.68 SMS.

Posteriormente, el recurrente señala en su escrito que el perito tomó solo algunas transacciones con un alto número de SMS, muchas de las cuales suelen ser de baja incidencia, realizó un promedio

simple y como resultado se generó un valor muy alto, el cual no corresponde con la realidad de mezcla de tráfico.

En la misma línea, **REDEBAN & OTROS** manifiesta que para establecer lo que realmente sucede es indispensable tener en cuenta que, al analizar una muestra amplia de transacciones de otros proveedores, se encuentra que más del 70% de todo tipo de transacciones, excluyendo las "Open Session" y las "Close Session", cursan menos de 3 SMS, concluyendo que bajo ese orden de ideas no resulta posible que el promedio real de tráfico supere los 3 SMS, más aun cuando no todas las sesiones de banca móvil generan la transacción "Close Session".

Teniendo en cuenta lo anterior, el recurrente indica que para resolver este conflicto de manera integral es necesario que la CRC considere la realidad y solicite a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** el detalle de las transacciones por periodo para poder calcular el real promedio de SMS por transacción. Señala adicionalmente que, de realizarse dicho cálculo, el promedio de SMS por transacción resultaría menor o igual a 3 SMS.

En subsidio de lo anterior, **REDEBAN & OTROS** propone dos opciones de ajuste adicional a la metodología empleada por la CRC, en el evento en que se siga considerando el valor de mensajes promedio presentado por el perito, así:

La primera, considera que el promedio de SMS por transacción, de las tres transacciones contempladas por el perito en su escrito ("Open Session" – transacción bancaria – "Close Session"), sería de 4.23, lo cual resultaría de dividir el total de 12.68, promedio que arroja el análisis del peritazgo, por las 3 transacciones que contiene dicho promedio.

La segunda opción propuesta consiste en revisar la fórmula para el cálculo de SMS por transacción, y ajustar el promedio de 12.68 calculado por el perito, por el siguiente factor:

$$\frac{\text{Transacciones totales} - \text{Transacciones Open Session} - \text{Transacciones Close Session}}{\text{Transacciones totales}}$$

Señala al respecto que el resultado que propone la CRC de 6.45 SMS por transacción, implica que no siempre existe una transacción "Open Session" y una "Close Session" por cada transacción bancaria, ya que se deben considerar las situaciones en las que para algunas transacciones no se genere el "Close Session", o que para varias transacciones simultáneas se emplee un solo "Open Session". Indica que, de hecho, al ver las proporciones existentes entre los 12.68 SMS propuestos por el perito y los 6.45 calculados por la CRC, se encuentra que en promedio existirían en realidad, en el tráfico histórico cursado por la red, 0.97 transacciones de tipo "Open Session" o "Close Session" por cada transacción bancaria.

Manifiesta que la forma de cálculo empleada, que parte de un promedio teórico usando siempre un "Open Session", una transacción bancaria y un "Close Session", para luego ajustar dicho punto de partida con base en las proporciones de tráfico real, implica una sobre estimación del número promedio de SMS. Por lo anterior, considera que debe ajustarse el punto de partida empleado por el perito, asignando solamente 0.97 transacciones promedio.

Así las cosas, sostiene el recurrente que para aplicar la proporción supuesta por la CRC, el punto de partida no podría ser los 12.68 SMS propuestos por el perito, sino 6.68 SMS por transacción bancaria más 0.97 transacciones tipo "Open Session" o "Close Session", multiplicando estas últimas por el supuesto promedio de 3 SMS por transacción, obteniendo así un valor promedio real y no teórico como propone el perito, para aplicar finalmente el valor de ajuste de 1.97 propuesto por la CRC y obtener 4.86 SMS por transacción.

Señala que con base en las propuestas planteadas en el recurso, el valor promedio de SMS por transacción, debe corresponder a 3 SMS por transacción, 4.23 SMS por transacción o 4.86 por transacción si se realiza un cálculo cierto, resultado de solicitar la información detallada a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, o se tome un método de ajuste partiendo del valor teórico del perito.

Por otra parte, manifiesta el recurrente que es necesario aclarar y confirmar que los tráficos que se hayan cursado desde abril de 2014 hasta la ejecutoria de la Resolución CRC 5217 de 2017, no deben ser tasados directamente en el número de SMS cursados, sino que por el contrario en los casos en que los tráficos tasados hayan sido conciliados y expresados en términos de número de

transacciones, se deben aplicar las equivalencias obtenidas a partir del número de transacciones registradas por la red y un número promedio de SMS por transacción.

3.1.1. CONSIDERACIONES DE LA CRC

En relación con las consideraciones expuestas por el recurrente sobre la forma en que se determinó en el acto administrativo recurrido el valor promedio de SMS por transacción, debe en primer lugar aclararse, tal y como se explicó en dicho acto, que de conformidad con lo establecido en los artículos 34 y 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de atender en debida forma la solicitud presentada por **REDEBAN & OTROS** referida a la solución de la controversia surgida con **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, el Director Ejecutivo de la CRC, previa aprobación del Comité de Comisionados de esta Entidad; mediante estado del 28 de septiembre de 2016⁵ notificó a las partes el Auto de Decreto de Pruebas expedido el 23 de septiembre de 2016, con radicado 201621100⁶. Es así como, atendiendo a lo dispuesto en el referido Auto de Decreto de Pruebas, mediante comunicación de radicado 201655492 dirigida a **REDEBAN & OTROS** ⁷ y a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**⁸ se les requirió para que allegaran dentro de un término de quince (15) días hábiles, la información descrita en la siguiente tabla:

Tabla 1. Auto de pruebas del 23 de septiembre de 2016.

Artículos	Requerimiento	Plazo
Segundo	Oficiar a REDEBAN & OTROS , para que allegue la siguiente información: 1. Tráfico de SMS asociado al contrato de prestación de servicios a través de terminales móviles GSC-RE-BT-014-07 y a los contratos del servicio de transmisión de mensajes de datos en pantalla a los usuarios corporativos de telefonía móvil celular indicados por el suscriptor (servicio MEPE empresarial) provisto por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES ; 2. Tráfico de transacciones asociado al contrato de prestación de servicios a través de terminales móviles GSC-RE-BT-014-07 provisto por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES ; 3. Proyección de tráfico de SMS asociado a transacciones en el contrato de prestación de servicios a través de terminales móviles GSC-RE-BT-014-07 provisto por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES ; 4. Proyección de transacciones asociadas al contrato de prestación de servicios a través de terminales móviles GSC-RE-BT-014-07 provisto por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES .	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Tercero	Oficiar al representante legal de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES para que allegue la siguiente información: 1. Información técnica sobre elementos de red; 2. Facturación y conciliación de tráfico; 3. Gestión de servicio al cliente y PQR; 4. Tráfico de SMS asociado al contrato de prestación de servicios a través de terminales móviles GSC-RE-BT-014-07 y a los contratos del servicio de transmisión de mensajes de datos en pantalla a los usuarios corporativos de telefonía móvil celular indicados por el suscriptor (servicio MEPE empresarial) provisto por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES A REDEBAN & OTROS ; 5. Tráfico de transacciones asociado al contrato de prestación de servicios a través de terminales móviles GSC-RE-BT-014-07 provisto por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES A REDEBAN & OTROS ; 6. Tráfico de SMS y de transacciones asociado al servicio de transacciones bancarias, transacciones administrativas y transacciones de telefonía móvil (o su equivalente en la denominación dada por las partes en el contrato) provisto a otros clientes distintos a REDEBAN & OTROS . 7. Proyección de tráfico de SMS y transacciones asociado al servicio de Transacciones bancarias, transacciones administrativas y transacciones de telefonía móvil (o su equivalente en la denominación dada por las partes en el contrato) provisto a otros clientes distintos a REDEBAN & OTROS ; 8. Información financiera y comercial, información financiera de activos, costos y soporte anual.	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.

⁵ Obrante en folio 1087 del expediente 3000-92-527.

⁶ Obrante en folio 1089 del expediente 3000-92-527.

⁷ Obrante en los folios 1097 a 1098 del expediente 3000-92-527.

⁸ Obrante en los folios 1099 a 1103 del expediente 3000-92-527.

Posterior al otorgamiento de un plazo adicional al inicialmente indicado, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** dio respuesta al traslado del Auto de Decreto de Pruebas el 20 de octubre de 2016, mediante comunicación radicada bajo el número 201633921⁹ y **REDEBAN & OTROS** el 11 de noviembre de 2016, mediante comunicación con radicado 201634213¹⁰. Respecto del traslado de las pruebas aportadas por las partes, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** se pronunció mediante comunicación del 12 de diciembre de 2016, con radicado 201634588¹¹.

Es de destacar que en el mencionado Auto de Pruebas expedido por la CRC el 23 de septiembre de 2016, tal y como se evidencia en la Tabla 1, esta Entidad solicitó a las partes que reportaran la cantidad de SMS cursados, sin embargo, **REDEBAN & OTROS** en su respuesta a dicho auto incluyó una categoría denominada *"Cantidad estimada de SMS correspondientes a funciones open session y close session sin información para asignar"*, e indicó que: *"(....) Para establecer la asignación de SMS de esta columna a la columna de transacciones bancarias o la de transacciones administrativas se debería acudir a información detallada que pudiera tener COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP"*. La situación descrita imposibilitó la comparación de las cantidades reportadas por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y **REDEBAN & OTROS** para el caso de SMS.

Es así como, una vez revisadas las pruebas aportadas por las partes, la CRC consideró necesario realizar una solicitud de aclaración dirigida a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, para lo cual remitió el 12 de diciembre de 2016 una comunicación con radicado 2016524488¹². Dicho proveedor dio respuesta a esta solicitud de aclaración el 23 de diciembre de 2016, mediante comunicación de radicado 201634804¹³, de lo cual se evidenció que la información aportada y con la que dicho proveedor cumplió con el requerimiento de información efectuado por la CRC, correspondía al número de transacciones cursadas y no a un número determinado de SMS.

Teniendo en cuenta que del estudio de las pruebas aportadas surgieron nuevas inquietudes respecto de la información allegada, especialmente ante la existencia de una amplia diferencia entre los niveles de SMS reportados por ambas partes, la CRC realizó una segunda solicitud de aclaración el 26 de diciembre de 2016 mediante comunicación de radicado 2016542726¹⁴, esta vez dirigida tanto a **REDEBAN & OTROS** como a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**. Posterior al otorgamiento de un plazo adicional al inicialmente indicado, el 31 de enero de 2017, **REDEBAN & OTROS** dio respuesta a la solicitud de aclaración, mediante comunicación de radicado 201730204¹⁵ y el 13 de febrero de 2017 a través de comunicación de radicado 201730361¹⁶, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** hizo entrega de la información requerida.

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en dicha comunicación indicó que la diferencia entre los SMS reportados por las partes radica en que **REDEBAN & OTROS** tiene como sustento los SMS que, según este último, **cursa con otros proveedores**, y en cambio **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** realiza un cálculo que surge de un análisis de la situación específica e interna a la compañía, el cual se encuentra sustentado por un peritaje independiente de la firma ISFOR COMPANY, y que fue adjuntado¹⁷ al expediente de la presente actuación.

Posterior traslado a las partes de las complementaciones presentadas, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** se pronunció el 7 de marzo de 2017, mediante comunicación con radicado 201730562, respecto de la información complementaria aportada por **REDEBAN & OTROS** el 7 de marzo de 2017, en comunicación con radicado 201730562¹⁸. El mismo día, según consta en el acta de visita correspondiente, los apoderados de **REDEBAN & OTROS** revisaron la información aportada por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, sin que a la fecha de expedición de la Resolución CRC 5217 de 2017 emitiera algún pronunciamiento al respecto.

⁹ Obrante en folio 1108 del expediente 3000-92-527.

¹⁰ Obrante en folio 1106 del expediente 3000-92-527.

¹¹ Obrante en folio 1129 del expediente 3000-92-527.

¹² Obrante en folio 1127 del expediente 3000-92-527.

¹³ Obrante en folio 1138 del expediente 3000-92-527.

¹⁴ Obrante en folio 1190 del expediente 3000-92-527.

¹⁵ Obrante en folio 1199 del expediente 3000-92-527.

¹⁶ Obrante en folio 1211 del expediente 3000-92-527.

¹⁷ Documento denominado *"Resultado del peritazgo realizado al servicio de Banca Móvil prestado a través de la red de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP"* realizado por la firma ISFOR COMPANY.

¹⁸ Obrante en folio 1225 del expediente 3000-92-527.

Finalmente, mediante comunicación del 8 de marzo de 2017 con radicado 2017548919¹⁹, de la cual se envió copia a **REDEBAN & OTROS**, la CRC solicitó a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** aclaraciones respecto de la información remitida. La respectiva contestación fue allegada el 15 de marzo de 2017, mediante comunicación con radicado 201730653²⁰.

El 11 de abril de 2017, **REDEBAN & OTROS** presentó una comunicación con radicado 201730928²¹, con apreciaciones respecto de la información confidencial aportada como complementación al Auto de Decreto de Pruebas por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, en la cual allegó una serie de análisis y concluyó con respecto al tema de transacciones y SMS equivalentes, que la información de transacciones coincide en tanto **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** interpreta como transacciones las funciones "Open Session" y "Close Session" que **REDEBAN & OTROS** reporta por separado por no corresponder, según este último, a transacciones sino a "*funciones*" con las que se implementan las transacciones.

Al respecto, resulta recordar tal y como se desarrolló en el acto recurrido que la categoría "*funciones*" a la que hace referencia **REDEBAN & OTROS** no fue identificada en el contrato No C-1940-07 7 GSC-RE-BT-014-07, sin embargo en el "*Manual Operativo y Técnico Banca Móvil Servicios Bancarios - Movistar*", el cual forma parte del contrato entre las partes según lo indicado en la cláusula décima séptima del mismo, se identificó en la sección 11 una tabla denominada: "*Transacciones Banca Móvil - Comisiones Administrativas - Comisiones Financieras Cobrables y no cobrables*". De acuerdo con dicha tabla, existen dos transacciones identificadas con los códigos 50 y 60 denominadas transacciones "Open Session" y "Close Session", las cuales, de acuerdo con dicha tabla, no son cobrables.

Tomando en cuenta lo anterior, se hizo una revisión detallada de la información aportada por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** consistente en los anexos a las actas de conciliación de 8 meses del 2014, 8 meses del 2015, y 4 meses del 2016, y se encontró que en todos los mencionados anexos existe una columna denominada "*Cod_TX*" donde sistemáticamente, para todos los bancos, aparecen los códigos 50 y 60 con la descripción "*Abrir sesión de banca móvil*" y "*Cerrar sesión de banca móvil*".

Lo anterior permitió concluir a esta Entidad que los mensajes administrativos denominados "Open Session" y "Close Session" corresponden a transacciones no cobrables pactadas por las partes en el contrato, y en consecuencia aceptadas y contabilizadas en todos los anexos de las actas que fueron aportados por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** al expediente de la presente actuación.

Evidenciada entonces la construcción del acervo probatorio dentro la presente actuación administrativa, es claro que la CRC adelantó todas las actuaciones de trámite necesarias para lograr que la información requerida para la toma de la decisión se encontrara debidamente asentada en el expediente administrativo.

Así, es de recordar que de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*", de manera que quien alega un hecho debe probarlo, resultando entonces en su cabeza la carga de la prueba, "*regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad (...) para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos*"²².

De esta forma, si bien entonces en virtud del artículo 170 del Código General del Proceso "*el juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia*", lo cual tal y como se describió previamente, se pudo evidenciar en la presente actuación administrativa, cuando esta Entidad en aras de esclarecer la información requerida para proceder a proferir un fallo, reiteradamente decretó aclaraciones y complementaciones a la información allegada por las partes; esto no implica que se elimine la carga de la prueba para las partes, pues tal y como ha reconocido la doctrina dicha carga "*gravita sobre la parte que tiene interés en obtener*

¹⁹ Obrante en folio 1223 del expediente 3000-92-527.

²⁰ Obrante en folio 1236 del expediente 3000-92-527.

²¹ Obrante en folio 1239 del expediente 3000-92-527.

²² Sentencia del Consejo de Estado del 26 de mayo de 2010, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

determinado pronunciamiento en el proceso y, por ello, le corresponde suplir la inactividad del funcionario jurisdiccional. Además, la carga de la prueba siempre tiene aplicación como regla de juicio en cuanto a la decisión que le corresponde proferir al juez, pues si no se demuestran los hechos materia de controversia, este debe proferir sentencia en contra de la parte sobre la cual aquella recae²³.

De conformidad con lo anterior, es de concluir entonces que la carga de la prueba implica una regla de conducta para las partes dentro de la actuación administrativa de solución de controversias, la cual las lleva a realizar todos los actos necesarios para establecer los hechos que alegan así como sus pretensiones y excepciones; mientras que para la CRC corresponde a una regla de juicio, siendo entonces los hechos que resulten probados dentro del proceso, la guía de la forma en que debe pronunciarse en la decisión que pone fin al trámite.

Dicho esto, se reitera que la Resolución CRC 5217 de 2017, fue proferida atendiendo a la información y pruebas obrantes dentro del expediente de la correspondiente actuación administrativa de solución de controversias, dentro de la cual fueron brindadas a las partes múltiples oportunidades para que complementaran, aclararan y presentaran las pruebas necesarias que pudieran corroborar sus afirmaciones, así como controvertir las pruebas allegadas por la otra parte. Siendo esto así, y atendiendo como ya se explicó a la regla de juicio que rige al juez, la CRC al momento de establecer el sentido de su decisión, debía atenerse a los hechos probados dentro de la actuación.

Aclarado lo anterior, la Resolución recurrida lo que hizo fue tomar como base la información de tráfico aportada por las partes – en términos de transacciones- y calcular un valor promedio de SMS por transacción, para poder hallar una equivalencia entre el tráfico tasado en transacciones y un volumen de SMS. Lo anterior, teniendo en cuenta que la regulación general vigente desde el 14 de abril de 2014 fijó un valor de cargo de acceso en función de SMS y no de transacciones.

Tal y como se expuso en la resolución recurrida, la metodología empleada para llegar al valor promedio de 6.45 SMS por transacción tomó en cuenta los siguientes elementos:

- Se calculó el total de SMS considerando el valor promedio de SMS por transacción determinado por el peritazgo realizado por ISFOR COMPANY remitido por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, dato disponible en las pruebas provistas por las partes y respecto del cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA, se otorgó el derecho de contradicción a **REDEBAN & OTROS**. Dicho valor se multiplicó por la diferencia entre las transacciones bancarias, administrativas y de telefonía móvil con las transacciones "Open Session" y "Close Session"; ello en aplicación de las pruebas aportadas y las condiciones pactadas por las partes. Lo anterior se sintetiza en la siguiente ecuación:

$$\text{NumSMS} = [< \text{SMS/Transacción} >] \text{ ISFOR} * (\text{Transacciones totales} - \text{Transacciones Open Session} - \text{Transacciones Close Session})$$

- El número de transacciones "Open Session" y "Close Session" se calculó a partir de la información aportada por **REDEBAN Y OTROS**. Se verificó la información proporcionada por **REDEBAN Y OTROS** frente al cálculo que surge de los anexos y las actas de conciliación aportados por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, para los meses en que **REDEBAN & OTROS** proporcionó la información.
- Finalmente se obtuvo el promedio de SMS por transacción, dividiendo el resultado anterior entre el número total de transacciones reportado por las partes, correspondiendo dicho valor al promedio de todas las transacciones, es decir, las bancarias, las administrativas y las de telefonía móvil.

Teniendo en cuenta el valor promedio obtenido, y la necesidad de definir para el caso particular de los proveedores parte del presente trámite, la remuneración a ser tomada en cuenta por los mismos para los elementos de red adicionales²⁴ necesarios para el acceso a la red móvil de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** para la prestación del servicio de Banca Móvil por parte de **REDEBAN Y OTROS**, la CRC diseñó un modelo de costos con la arquitectura mostrada y detallada en la

²³ Azula Camacho; Jaime. Manual de Derecho Procesal. 2017.

²⁴ A saber, el Transactional Router, el Online Service Gateway, los Elementos de Hardware y Software y el Servicio al cliente y PQR del servicio de banca móvil.

resolución recurrida (Ilustración 4 del acto recurrido). Dicho modelo de costos diseñado para la adopción de decisiones de carácter particular y concreto, toma como insumo las proyecciones de tráfico de la relación particular, en términos de SMS, las cuales son obtenidas de la cantidad de transacciones reportadas por las partes en la presente actuación administrativa, multiplicadas por el valor de 6.45 SMS por transacción calculado a través de la metodología explicada detalladamente el acto objeto de reproche.

Claro lo anterior, frente a la afirmación del recurrente en cuanto a que las transacciones "Open Session" y "Close Session" tienen un número conocido de 3 SMS cada una, empleada como base para cuestionar el valor promedio de 6.45 SMS por transacción al que llegó la CRC y para proponer otras alternativas de cálculo, resulta necesario indicar que luego de llevar a cabo una revisión detallada de las pruebas remitidas por las partes, incluido el peritaje realizado por ISFOR COMPANY, no se encontró evidencia que permitiera dar sustento a lo señalado por **REDEBAN & OTROS**, de modo que dicho proveedor mediante las consideraciones planteadas en su recurso no demostró que el sustento de hecho en que la CRC basó su decisión fuera diferente, siendo que, como ya se mencionó, la carga de la prueba de lo que se afirma corresponde a las partes.

En línea con lo anterior, debe entonces aclararse que el valor promedio de mensajes de texto por transacción estimado por la CRC fue de 6.45, y que dicho valor difiere de los 6.68 mencionados por **REDEBAN & OTROS** en su recurso, ya que este último fue obtenido de realizar una resta simple entre el número promedio de mensajes de texto por transacción calculado por el perito (es decir 12.68 SMS por transacción) y el número de mensajes correspondientes a las transacciones "Open Session" y "Close Session" que supone **REDEBAN & OTROS** (es decir 6 SMS ,3 SMS "Open Session" + 3 SMS "Close Session").

Ahora bien, frente a las dos opciones de ajuste adicional puestas a consideración de la CRC por parte del recurrente, es pertinente poner de presente en primera medida que no resulta posible dividir entre 3 el número promedio de 12.68 SMS por transacción, debido a que no se ha probado que las tres partes que componen la transacción ("Open Session" – transacción bancaria – "Close Session") tienen la misma longitud o no. De hecho, tal como lo indicó el mismo recurrente en su escrito, no siempre se utiliza la transacción "Close Session" y en algunas ocasiones se usa una sola transacción "Open Session" para llevar a cabo varias operaciones, por lo que, aún si cada transacción tuviera la misma longitud (que no la tiene), no sería apropiado dividir por 3 sino por un número entre 2 y 3, cuyo valor exacto no fue proporcionado por el recurrente ni tampoco otorgó pruebas en ese sentido.

En relación con la segunda opción puesta a consideración de la CRC, es preciso insistir, en primera medida, en que el resultado propuesto por esta Comisión toma en consideración la asimetría entre las transacciones "Open Session" y "Close Session" para hacer el ajuste en el número promedio de SMS por transacción, tal como lo sugiere **REDEBAN & OTROS**. Al punto, es necesario hacer notar que la operación $12.68/6.45 = 1.97$ propuesta por el recurrente da como resultado un número adimensional que establece simplemente la relación entre el promedio de SMS por transacción propuesto por el perito, y el promedio de SMS por transacción calculado por la CRC. Por tanto, dicho cálculo no cuenta con el alcance ni las unidades (transacciones totales por cada transacción bancaria) que expone **REDEBAN & OTROS** en su escrito, y adicionalmente, el recurrente insiste de nuevo en este punto en la hipótesis según la cual las transacciones "Open Session" y "Close Session" cursan 3 SMS, aspecto que, como ya se indicó, no fue probado por ninguna de las partes durante la actuación; todo lo contrario, probaron que no todas las transacciones tienen este tipo de mensajes y, por lo tanto, no en todas pueden tenerse como cierta su ocurrencia.

Así mismo, es necesario indicar sobre esta segunda opción de ajuste propuesta, que en el documento del perito no se logró corroborar lo señalado por el recurrente en relación con que existen 6.68 SMS por cada transacción bancaria. Por el contrario, lo que se constató en dicho documento fue que *"La cantidad de mensajes de texto por transacción (SMS/Transacción) fue de 12.68 para las pruebas realizadas estando este valor entre un mínimo de 4 SMS y un máximo de 21"*²⁵. De nuevo, la inconsistencia identificada en el análisis propuesto por **REDEBAN & OTROS** es que insiste en afirmar que hay 3 SMS por cada transacción "Open Session" o "Close Session", punto que, como se ha reiterado, no fue probado dentro del presente trámite.

²⁵ Extracto obtenido de la página 15 del documento de peritaje, el cual reposa en el expediente administrativo 3000-92-527

Finalmente, frente a lo manifestado por **REDEBAN & OTROS**, respecto al valor promedio a aplicar para el cálculo de los tráficos ya cursados, es de aclarar que tal y como expresamente dispuso el artículo 2 del acto recurrido, *"la remuneración de la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** por parte de **REDEBAN MULTICOLOR S.A.**, por el uso de las redes de servicios móviles con ocasión de su utilización a través de mensajes cortos de texto (SMS), 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"*.

Al respecto, es de recordar entonces que la relación material de acceso existente entre **REDEBAN & OTROS** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** se encuentra afecta a la decisión adoptada por la regulación vigente desde la expedición de la Resolución CRC 4458 de 2014 y produjo efectos 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 acto administrativo recurrido, a efectos de lo cual es necesario mencionar que lo anterior no implica la existencia de un efecto retroactivo de dicho acto administrativo, sino, por el contrario, el reconocimiento de los efectos de la Resolución CRC 4458 de 2014 desde su publicación en el Diario Oficial.

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

3.2. RESPECTO AL VALOR DE ELEMENTOS ADICIONALES

Indica que el valor adicional dispuesto en el acto administrativo recurrido correspondiente a \$5.63 por cada SMS asociado a transacciones de Banca Móvil, dista significativamente de los valores resultantes para los casos ya resueltos de COMCEL S.A. y de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P, valores que señala son cercanos entre sí.

De conformidad con lo anterior, y argumentando que el costo eficiente de la industria se refleja en los valores establecidos para los casos de COMCEL y COLOMBIA MÓVIL, solicita a la CRC reducir el valor dispuesto en la Resolución CRC 5217 de 2017 para la remuneración de los elementos de red adicionales, necesarios para el acceso a la red de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** para la prestación del servicio de Banca Móvil a través de mensajes SMS por parte de **REDEBAN & OTROS**.

3.2.1. CONSIDERACIONES DE LA CRC

En relación con este punto, vale la pena aclarar en primera medida que en la actualidad no se encuentra establecido en la regulación un valor de remuneración que aplique de manera general a toda la industria para la remuneración por concepto de la utilización de elementos adicionales a los ya contemplados en el valor del cargo de acceso regulado por parte de los proveedores de contenidos y aplicaciones que provean el servicio de banca móvil.

Por tal razón, la Comisión ha establecido las condiciones de remuneración de dichos elementos adicionales, en actuaciones administrativas de carácter particular y concreto, las cuales han tomado como base los costos **propios** de cada relación de acceso, probados por las partes, para alimentar un modelo de costos diseñado por la CRC y así obtener el valor a ser remunerado en cada una de las relaciones de acceso específicas.

Así las cosas, si bien resulta cierto lo mencionado por **REDEBAN & OTROS** frente a que la Resolución recurrida plantea un valor adicional por cada SMS de banca móvil que dista de los valores calculados para los casos de COMCEL y COLOMBIA MÓVIL, el recurrente se equivoca al afirmar que los valores fijados para estos últimos reflejan un valor de industria, pues lo cierto es que, cada uno de dichos valores ha sido el reflejo del costeo de cada relación de acceso particular y específica, con fundamento en la información y pruebas aportadas en las respectivas actuaciones administrativas y, no producto de la aplicación de un modelo general, cuya adopción correspondería a un acto administrativo de dicha naturaleza.

En efecto, para lograr obtener el valor eficiente aplicable a toda la industria mencionado por el recurrente, es decir, un valor de cargo de acceso adoptado mediante regulación de carácter general y abstracto, se requeriría el desarrollo de un modelo de costos de naturaleza igualmente general, que parta de la identificación del denominado "operador eficiente", el cual es hipotético, y con base en los costos (inversión y operación) y demanda de tráfico estimados para dicho operador

hipotético, se obtenga el valor eficiente sectorial a cobrar por elementos adicionales del servicio de banca móvil.

En este orden de ideas, para el caso que nos ocupa, el valor de \$5.63 fijado en la resolución recurrida obedece a las **condiciones particulares** de los costos de inversión (CAPEX) y operación (OPEX) reportados y probados²⁶ por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, así como al tráfico de SMS calculado y proyectado que utiliza dicha infraestructura como parte de la relación particular de acceso.

En conclusión, no resulta procedente hacer extensibles los valores dispuestos en otras relaciones materiales de acceso, tal y como lo pretende el recurrente, más aún si se tiene en cuenta que los actos administrativos que resolvieron las controversias entre **REDEBAN & OTROS**, COMCEL y COLOMBIA MÓVIL son de carácter particular y por ende tienen efectos inter partes.

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

En razón a lo expuesto, esta Comisión

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A.**, contra la Resolución CRC 5217 del 13 de septiembre de 2017.

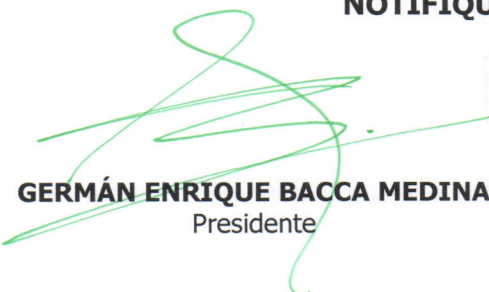
ARTÍCULO SEGUNDO. Rechazar la prueba solicitada por **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A.** en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CRC 5217 del 13 de septiembre de 2017.

ARTÍCULO TERCERO. Negar todas las pretensiones de **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A.** 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 **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A.** y **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 **0 4** DIC 2017

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE


GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA
Presidente


GERMÁN DARIO ARIAS PIMIENTO
Director Ejecutivo

Expediente 3000-92-527
C.C. 10/11/2017 Acta 1127
S.C. 27/11/2017 Acta 358

Revisó: Lina María Duque Del Vecchio – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias
Proyectó: Juan Diego Loaiza Londoño/ Camila Gutiérrez Torres

²⁶ Pruebas que fueron debidamente puestas en conocimiento de **REDEBAN & OTROS** para garantizar su derecho a la defensa.

 **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES** **COORDINACIÓN EJECUTIVA**

Bogotá, D.C. en la fecha 6 diciembre 2017

Hora 11:01 a.m. se presentó personalmente el (la)

Doctor(a): Monica Alejandra Pabon

Identificado(a) con cédula de ciudadanía No. 1020775894

y Tarjeta Profesional 278245, quien en su calidad de Apod. Redeban se notificó del contenido de la resolución CRC 5279/2017.

EL NOTIFICADO

→ Monica Pabon

LA COORDINACIÓN EJECUTIVA

7012CUM7

 **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES** **COORDINACIÓN EJECUTIVA**

Bogotá, D.C. en la fecha 7 diciembre 2017

Hora 9:56 a.m. se presentó personalmente el (la)

Doctor(a): Alberto de Jesús Rivera

Identificado(a) con cédula de ciudadanía No. 8.693.620

y Tarjeta Profesional Rep. Legal, quien en su calidad de Rep. Legal se notificó del contenido de la resolución CRC 5279 de 2017.

EL NOTIFICADO

Alberto Rivera

LA COORDINACIÓN EJECUTIVA

7011252

 **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES** **COORDINACIÓN EJECUTIVA**

Bogotá, D.C. en la fecha 11 diciembre 2017

Hora 9:53 a.m. se presentó personalmente el (la)

Doctor(a): Yesid García Fernández

Identificado(a) con cédula de ciudadanía No. 19.488.337

y Tarjeta Profesional Apod. Coltel, quien en su calidad de Apod. Coltel se notificó del contenido de la resolución CRC 5279/2017.

EL NOTIFICADO

Yesid García

LA COORDINACIÓN EJECUTIVA

7012CUM7