



GOBIERNO
DE COLOMBIA



COMISIÓN DE REGULACIÓN
DE COMUNICACIONES
REGULACIÓN DE COLOMBIA

RESOLUCIÓN No. 5590 DE 2019

"Por la cual se resuelve un conflicto entre **CREDIBANCO S.A.** y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.**"

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

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

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante comunicación del 3 de julio de 2018¹, CREDIBANCO S.A., en adelante CREDIBANCO, solicitó a la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC – dar inicio al trámite para la solución del conflicto existente entre esta sociedad y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A., en adelante COMCEL, relacionado con las "*condiciones de remuneración de COMCEL como retribución por los servicios que esta le presta a CREDIBANCO en desarrollo de la relación de acceso derivada del Contrato de 31 de mayo de 2013 celebrado entre esta y COMCEL (...)*"

El 10 de julio de 2018, la CRC dio inicio a la actuación administrativa correspondiente, y corrió traslado a COMCEL² para que de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Ley 1341 de 2009, pudiera remitir sus observaciones, comentarios y argumentos sobre el asunto puesto en conocimiento de esta Comisión.

COMCEL dio respuesta al traslado efectuado, inicialmente mediante la comunicación del 17 de julio de 2018³ y luego a través de la comunicación radicada el 18 de julio de 2018⁴, por medio de la cual dio alcance a la primera de estas comunicaciones.

Paralelo a lo anterior, el apoderado de CREDIBANCO presentó su renuncia al poder previamente conferido para actuar en nombre de dicha sociedad dentro del presente trámite administrativo, a efectos de lo cual, el 18 de julio de 2018, allegó una comunicación acompañada de un memorial que da cuenta de dicho acto.

Posteriormente, mediante comunicaciones del 26 de julio de 2018⁵, los representantes legales de cada una de las sociedades antes mencionadas fueron citados a la audiencia de mediación de que trata el artículo 45 de la Ley 1341 de 2009, la cual se llevó a cabo el día 6 de agosto de 2018. Teniendo en cuenta que las partes no llegaron a un acuerdo directo en relación con los asuntos en divergencia, se dio por concluida la etapa de mediación.

De conformidad con lo previsto en los artículos 34 y 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, con el fin de atender en debida forma la solicitud presentada por CREDIBANCO referida a la controversia surgida con COMCEL, el Director Ejecutivo de la CRC conforme con la delegación prevista en el Artículo 1º de la Resolución CRC 2202 de 2009, mediante

¹ Radicada internamente bajo el número 2018302002. Expediente Administrativo 3000-86-5, folios 1 a 54.

² Comunicado mediante oficio con el radicado No. 2018524155. Expediente Administrativo 3000-86-5, folios 137 y 138.

³ Allegada mediante correo electrónico y radicada internamente bajo el número 2018804604.

⁴ Allegada en soporte físico y radicada internamente bajo el número 2018302226.

⁵ Con radicado número 2018525532

auto del 27 de agosto de 2018, notificado por estado el día 5 de septiembre de 2018, decretó pruebas⁶ con los siguientes requerimientos de información:

ARTÍCULO	REQUERIMIENTO	PLAZO
Segundo	Remisión de documentos faltantes anunciados por COMCEL como pruebas y anexos en el apartado "IV. PRUEBAS Y ANEXOS" del escrito radicado bajo el número interno 2018302226 del 18 de julio de 2018.	Tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Tercero	Información relacionada con el servicio "Gestión Operativa de Reclamos (PQR)" referido por COMCEL en la respuesta al traslado de la solicitud de solución de controversias que afirma prestarle a CREDIBANCO	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Cuarto	Información técnica de COMCEL, relativa a elementos de la infraestructura asociada al servicio denominado Banca Móvil, incluyendo un inventario de los elementos de la red de COMCEL que se usan en forma exclusiva en servicios de Banca Móvil, así como elementos de red que son comunes a Banca Móvil y a otros servicios, reporte de aquellas actualizaciones que hayan requerido modificar la topología acordada por las partes, e información relacionada con seguridad y encriptación. Así como el tráfico cursado y proyecciones de tráfico, asociado al servicio de Banca Móvil provisto a CREDIBANCO, y a otros usuarios diferentes a este último, y proporcionará información de los valores mensuales efectivamente pagados asociados al servicio de Banca Móvil provisto a CREDIBANCO, e información financiera comercial asociada a los elementos de hardware y software relacionados con seguridad e información que se usan de forma exclusiva para el servicio de Banca Móvil, incluyendo un requerimiento similar para los elementos que son comunes para el servicio de Banca Móvil y para otros servicios	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Quinto	Descripción detallada por parte de CREDIBANCO del servicio "Gestión Operativa de Reclamos (PQR)" prestado por COMCEL.	Cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas
Sexto	Remisión de información por parte de CREDIBANCO relacionada con las actualizaciones de la topología de red, seguridad y encriptación, tráfico de SMS asociado a los servicios provistos por COMCEL, el valor pagado a COMCEL correspondiente al servicio de Banca Móvil y proyección de tráfico de SMS asociado al servicio de Banca Móvil provisto por COMCEL.	Quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del Auto de Pruebas.
Séptimo	Requerimiento de información a REDEBAN MULTICOLOR S.A. sobre Proyección de tráfico de SMS asociado al servicio de Banca Móvil provisto por COMCEL.	Diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto

Fuente: Elaboración propia con información del expediente administrativo 3000-86-5

El día 12 de septiembre de 2018⁷, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3° del Auto de Decreto de Pruebas del 27 de agosto de 2018, el apoderado de CREDIBANCO remitió a esta Comisión mediante la comunicación 2018302969, la información que le fue requerida en el referido auto.

El día 13 de septiembre de 2018, mediante la comunicación con No. 2018302977, COMCEL allegó la información correspondiente al artículo 2° del citado auto de pruebas.

El día 19 de septiembre de 2018, REDEBAN MULTICOLOR S.A. a través de su representante legal allegó⁸ lo concerniente a la información requerida a través del artículo 7 del del Auto de Pruebas del 27 de agosto. Teniendo en cuenta que REDEBAN MULTICOLOR S.A. al momento de aportar dicha información, indicó que esta correspondía a información privada y confidencial de esta empresa por tratarse de secretos comerciales e industriales, la CRC procedió a formar con los documentos que contienen la referida información un expediente separado en una carpeta rotulada como "confidencial".

⁶ Copia de dicho auto fue remitido a los representantes legales de Redeban Multicolor S.A., COMCEL y CREDIBANCO, respectivamente, a través de las comunicaciones con radicado de salida No. 2018529272, del 5 de septiembre de 2018. Folios 172 a 181.

⁷ Folios 186 a 188.

⁸ Radicado 2018303023, obrante en el folio 207 del Expediente Administrativo 3000-86-5.

El día 26 de septiembre de 2018, el apoderado de CREDIBANCO remitió la información requerida a través del Artículo 6° del Auto de Pruebas del 27 de agosto de 2018.

Posteriormente, el día 27 de septiembre de 2018⁹, COMCEL solicitó la prórroga del término fijado en el mencionado auto de pruebas hasta el 8 de octubre de 2018 para atender el requerimiento allí contenido. Esta solicitud fue atendida por esta Comisión de manera favorable el día 29 de septiembre por medio de una comunicación de esa misma fecha¹⁰, a través de la cual fue concedida la extensión del plazo solicitada.

Dentro del plazo adicional otorgado, el día 8 de octubre de 2018¹¹, COMCEL remitió a esta Comisión el resto de la información que le fue requerida en el referido auto de pruebas, y adicionalmente presentó algunas consideraciones sobre la pertinencia y la conducencia de las pruebas decretadas.

El 16 de octubre de 2018¹², la CRC trasladó a CREDIBANCO la información presentada por COMCEL en el marco de lo dispuesto en el Auto de Pruebas del 27 de agosto de 2018, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del CPACA contara "*con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte la decisión de fondo*" dentro de la actuación administrativa de solución de controversias en curso. En la misma fecha, y con el mismo propósito previsto en el mencionado código, la CRC efectuó el traslado a COMCEL de la información presentada por CREDIBANCO¹³.

En esa misma oportunidad, la Comisión informó a las partes involucradas en el trámite sobre la existencia de la información recaudada a través del auto de pruebas del 27 de agosto antes mencionado de propiedad de REDEBAN MULTICOLOR S.A., así como acerca de la naturaleza confidencial de esta información, aludida por su titular. En relación con lo anterior, y en aras de preservar el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de comunidad de la prueba, la CRC a través del referido oficio otorgó tanto a CREDIBANCO como a COMCEL, la oportunidad de conocer la información aportada por REDEBAN MULTICOLOR S.A. en relación con el artículo 7° del mencionado auto, única y exclusivamente para el efectivo ejercicio del derecho de defensa y contradicción que le asiste a ambas partes, otorgando acceso controlado a la misma bajo las condiciones previstas en el Artículo 8° del citado Auto de Pruebas del 27 de agosto de 2018.

CREDIBANCO, en atención a lo anterior, mediante comunicación 2018303409 del 26 de octubre de 2018¹⁴, presentó a esta Comisión sus comentarios y observaciones a las respuestas al auto de pruebas presentadas por COMCEL.

Por otro lado, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 2.2.2.30.4 del Decreto 1074 de 2015, el presente acto administrativo no requiere ser informado a la Superintendencia de Industria y Comercio, en atención a que el mismo se trata de un acto de carácter particular y concreto que tiene por finalidad resolver un conflicto surgido entre CREDIBANCO y COMCEL.

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

2.1 Argumentos expuestos por CREDIBANCO

A través de su escrito CREDIBANCO solicitó a esta Comisión la iniciación del trámite para la solución del conflicto existente entre esta sociedad y COMCEL con el fin de que se determinen las condiciones de remuneración de COMCEL como retribución por los servicios que este proveedor le presta a CREDIBANCO en desarrollo de la relación de acceso derivada del Contrato del 31 de mayo de 2013 celebrado con COMCEL, "*para cada uno de los periodos de pago, de acuerdo con los valores máximos previstos como cargos de acceso por SMS para cada uno de los periodos correspondientes, a partir del 14 de abril de 2014 y hacia el futuro por las siguientes disposiciones legales (...)*"¹⁵. Para estos efectos, CREDIBANCO presentó las siguientes peticiones:

⁹ Radicado 2018303100, obrante en el folio 215 del Expediente Administrativo 3000-86-5.

¹⁰ Radicado 2018531321, obrante en el folio 217 del expediente 3000- 86-5

¹¹ Obrante en los folios 200 a 205 del expediente 3000- 86-5.

¹² Radicado 2018532433. Folio 289.

¹³ Radicado 2018532435. Folio 290.

¹⁴ Rad 2018303409 obrante a folios 291 a 301 del expediente 3000- 86-5.

¹⁵ En su solicitud CREDIBANCO refiere: "*a) el artículo 21 de la Resolución CRC 4458 de 2014 que estableció un nuevo artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 y en el artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007 (tal como fuere adicionado por*

"Primera. Que se declare la existencia de una relación de acceso entre CREDIBANCO, como PCA, y COMCEL, como PRSTM, derivada del desarrollo del contrato 20709 de 31 de mayo de 2013 celebrado entre este y aquel.

Segunda. Que se declare que las condiciones jurídicas, técnicas, financieras y operativas del contrato 20709 suscrito entre CREDIBANCO y COMCEL en fecha 31 de mayo de 2013 y sus otrosí números 1 y 2., reflejan las condiciones de uso y acceso a la red de COMCEL, como PRSTM, por parte de CREDIBANCO como PCA e integrador tecnológico, bajo las condiciones técnicas, operativas, jurídicas y financieras previstas en dicho contrato, salvo lo indicado en la Petición Tercera siguiente.

Tercera. Que se ordene a COMCEL **aplicar de manera definitiva** a la relación de acceso existente entre las Partes, respecto de todos los pagos hechos o que se hagan en el futuro por CREDIBANCO a COMCEL, por concepto de la prestación de todos los servicios a que tiene derecho CREDIBANCO según la relación de acceso derivada del Contrato de Acceso, **durante todos los periodos a que adelante se hace referencia, el valor máximo previsto como cargo de acceso por SMS** establecido para cada uno de los periodos correspondientes, en las Resoluciones de la CRC que regularon tales cargos según lo arriba expuesto, a partir del 14 de abril de 2014 y hacia el futuro de conformidad con lo que se desprende de la siguiente tabla:

Resolución CRC aplicable	CRC 4458 de 2014 (ART 21)	CRC 4660 de 2014 (Arts 3 Y 9)	CRC 4660 de 2014 (Arts 3 Y 9)	CRC 5050 de 2016 (Art 4.3.2.10)	CRC 5050 de 2016 (Art 4.3.2.10 modificado por CRC 5118 de 2017)
Periodo de pago	Del 14/04/14 al 31/12/14	Del 01/01/15 al 31/12/15	Del 01/01/16 al 31/12/16	Del 01/01/17 al 23/02/17	Del 24/02/17 hasta nueva regulación CRC
Cargos de acceso en pesos por SMS	\$ 9,20	\$ 5,43	\$ 3,18	\$ 1,86	\$ 1,00

¹⁶

En sustento de lo anterior, el solicitante plantea en su escrito los hechos y consideraciones que se sintetizan a continuación:

Para comenzar, CREDIBANCO explica que tiene vigente con COMCEL el contrato N° 20709 denominado "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO DE SMS", suscrito el 31 de mayo de 2013¹⁷, en relación con el cual manifiesta que "[e]ste contrato por sus características y naturaleza es un contrato de acceso, en los términos definidos en la Resolución CRC 5050 de 2016, artículos 1.1.(Res CRC 3101/2011, art.3, num.3.1) y 1.10 (Res CRC 3101/2011, art. 3, num.3.2)."

De lo anterior, concluye que CREDIBANCO y COMCEL sostienen una relación de acceso en la cual CREDIBANCO accede a la red de telecomunicaciones de COMCEL para la provisión de contenidos y aplicaciones de naturaleza financiera y publicitarios a través de mensajes cortos de texto (SMS), que incluye la puesta a disposición de CREDIBANCO de recursos físicos y/o lógicos de la red, entre ellos, "los elementos de red previstos en el Anexo 1 del mencionado Contrato y los servicios relacionados con la originación, transporte y terminación de información a través de SMS".

Seguido a esto, CREDIBANCO hace una descripción de los servicios que ofrece soportados en SMS, haciendo claridad que obedecen tanto a servicios financieros móviles como a SMS comerciales y/o publicitarios, consistentes en:

la Resolución CRC 3500 de 2011); b) el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011, tal como quedó modificado por el artículo 9 de la Resolución 4660 de 30 de diciembre de 2014, y en el artículo 3 de la misma Resolución CRC 4660 de 2014; c) el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011, tal como quedó modificado por el artículo 9 de la Resolución 4660 de 30 de diciembre de 2014, y en el artículo 4 de la misma Resolución CRC 4660 de 2014; d) la Resolución CRC 5050 de 2016, en especial en su artículo 4.3.2.10 antes de que fuere modificado por el artículo 4 de la Resolución CRC 5108 de 23 de febrero de 2017; e) la Resolución CRC 5050 de 2016, en especial en su artículo 4.3.2.10, tal como fuere modificado por el artículo 4 de la Resolución CRC 5108 de 23 de febrero de 2017 y f) Las respectivas disposiciones legales que con posterioridad al 23 de febrero de 2017 hayan modificado o modifiquen en el futuro, la regulación sobre los precios máximos previstos como cargos de acceso por SMS a que en este documento hacemos referencia (...)"

¹⁶ Las subrayas y los resaltados son del texto original.

¹⁷ El cual, según lo señalado en su escrito, fue modificado y/o adicionado por las partes posteriormente en dos oportunidades en los términos del Otrosí No. 1, suscrito el 28 de junio de 2013 y en los términos del Otrosí No. 2, suscrito el 7 de marzo de 2014.

- Servicios de notificaciones y alertas que envía CREDIBANCO y/o sus entidades financieras asociadas o vinculadas, a través de CREDIBANCO, a los clientes para comunicarles aspectos relacionados con los servicios financieros que reciben, como lo son aquellos SMS que las entidades financieras le envían a los tenedores de sus tarjetas de pago (de crédito, débito, etc.) notificándoles y/o alertándolos de que sus tarjetas de pago han sido utilizadas por unos determinados valores y en unos determinados establecimientos de comercio;
- Servicios de Banca Móvil que le permiten a los usuarios de telefonía móvil de COMCEL, utilizar sus dispositivos móviles para realizar transacciones financieras en las entidades financieras asociadas o vinculadas a CREDIBANCO, tales como la transferencia de sumas de dinero de las cuentas que los usuarios de telefonía móvil de COMCEL tienen en las entidades financieras asociadas o vinculadas a CREDIBANCO, a una cuenta financiera de un tercero, mediante mensajes cortos de texto (SMS), y
- SMS Comerciales y/o Publicitarios enviados a través de las aplicaciones de CREDIBANCO a uno o más destinatarios de la red de COMCEL y cuyo contenido es únicamente de carácter publicitario y/o promocional, relacionado con productos o servicios de CREDIBANCO y/o de sus entidades financieras asociadas o vinculadas.

En relación con lo anterior, afirma que tal relación de acceso se encuentra gobernada por un negocio jurídico que corresponde con la definición de acuerdo de acceso en los términos de la Resolución CRC 5050 de 2016 y lo dispuesto en el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2001, adicionado por la Resolución CRC 4458 de 2014, que establece la remuneración que deben pagar los proveedores de contenidos y aplicaciones -PCA- a los proveedores de redes móviles con ocasión de la utilización de sus redes a través de mensajes cortos de texto y la manera como deben aplicarse estas reglas en aquellos acuerdos que a la entrada en vigencia de la citada resolución contemplen condiciones de remuneración por el uso de las redes móviles a través de mensajes cortos de texto (SMS), que sean superiores a los topes regulatorios .

Al respecto, CREDIBANCO señala que con ocasión de la entrada en vigencia el 14 de abril de 2014 de la Resolución 4458 con su publicación en el Diario Oficial, el día 29 de abril de 2014 solicitó a COMCEL el cumplimiento de dicha resolución para que los valores de cargos de acceso allí regulados fueran aplicados a la relación contractual vigente entre las partes; frente a lo cual explica que el 19 de mayo de 2014, COMCEL expresó que la relación vigente entre las partes que se encuentra regulada mediante un "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO DE SMS" que corresponde a una relación comercial diferente de la regulada por la CRC. Explica CREDIBANCO que en esa misma oportunidad COMCEL le solicitó que indicara si iba a solicitar el acceso en los términos que establece la regulación y, en esa medida, confirmara si se procedería a dar por terminado el contrato de transporte de mensajes cortos de texto suscrito entre las partes, advirtiendo que tal situación requería del preaviso establecido en el citado contrato.

CREDIBANCO indica que posteriormente, mediante comunicación del 19 de junio de 2014, insistió a COMCEL sobre su solicitud de aplicación del artículo 38 de la Resolución CRC 3101 de 2011, y manifestó su rechazo frente a la posición de este último de suscribir un contrato distinto, frente a lo cual narra que mediante comunicación con fecha del 25 de junio de 2014 recibió idéntica respuesta por parte de COMCEL, en la que adicionalmente este proveedor le propuso un nuevo modelo de contrato de acceso con tarifas del orden de \$24.32 + IVA para SMS de notificaciones, y del \$24.93 + IVA, para SMS de banca móvil, en ambos casos, haciendo alusión a que cada una de dichas tarifas incluía servicios adicionales a la remuneración por el uso de la red móvil de COMCEL establecidos en la regulación.

CREDIBANCO menciona que paralelo al anterior intercambio de comunicaciones, COMCEL remitió el 28 de mayo de 2014, una comunicación correspondiente a una circular donde insta a todos los proveedores/agregadores a que den cumplimiento a lo establecido en la Resolución 4458 de 2014 y recordó que el incumplimiento de la regulación en la materia es causal de cierre de servicios o terminación de los contratos de servicios de contenido. Con dicho comunicado, en palabras de CREDIBANCO, "COMCEL amenazó con el cierre de los servicios o terminación de los contratos como el Contrato de acceso que tiene celebrado con CREDIBANCO."

Al respecto, indica CREDIBANCO que ante la inminente suspensión de los servicios por parte de COMCEL, presentó una solicitud de medidas cautelares ante la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en el marco de un proceso de competencia desleal con el fin de que se ordenara a COMCEL de manera inmediata ajustar el cobro de los cargos de acceso a lo establecido por la Comisión

en su regulación, y prohibirle a dicho proveedor suspender, descontar, cerrar, terminar o impedir la utilización de su red por parte de CREDIBANCO, solicitud que fue atendida favorablemente por la SIC, mediante Auto 40712 de 2014, a través del cual la SIC otorgó las medidas cautelares solicitadas.

Según el recuento que hace CREDIBANCO, esta providencia primero "*reconoce preliminarmente que COMCEL ha realizado infracciones a la regulación de la CRC y que se encuentra acreditado sumariamente que COMCEL ha ejecutado un acto de competencia desleal*"; segundo, ordena a COMCEL a adecuar inmediatamente las tarifas de remuneración reduciéndolas a los topes regulatorios en los términos de la Resolución CRC 4458 de 2014, en el marco de la relación contractual de acceso entre COMCEL y CREDIBANCO; y tercero, ordena a COMCEL abstenerse de suspender o terminar la relación contractual de acceso existente entre COMCEL y CREDIBANCO.

Para completar este punto, CREDIBANCO comenta que presentó ante la SIC demanda por competencia desleal en contra de COMCEL por el desconocimiento de la Resolución 4458 de 2014 en la relación contractual vigente entre ambas sociedades, el cual según lo que refiere a la fecha de presentación del conflicto, este proceso jurisdiccional aún se encuentra en curso.

Luego de hacer el recuento de los hechos y los fundamentos de derecho en los que se soporta su solicitud, CREDIBANCO se refirió dentro de la acreditación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, a los puntos en divergencia existentes entre las partes, en relación con lo cual insistió que no podría reconocerle a COMCEL sumas adicionales a los precios por SMS previstos en las regulaciones que ha venido expidiendo la CRC desde la Resolución 4458 de 2014, por los servicios recibidos con base en el contrato celebrado entre las partes. Adicionalmente, CREDIBANCO menciona que COMCEL sostiene que algunos de los servicios que le debe prestar a CREDIBANCO en desarrollo del mencionado Contrato de Acceso entre las partes, no están regulados en la normatividad mencionada y en consecuencia, exige de CREDIBANCO unos pagos adicionales por tales servicios.

Para completar sus argumentos, el solicitante hace un recuento de las diferentes normas aplicables en cada uno de los diferentes momentos de vigencia del contrato, resumiéndolo en un cuadro similar al transcrito a continuación de sus peticiones en la primera parte de esta sección.

CREDIBANCO, a manera de conclusión manifiesta que a partir de la vigencia de la mencionada Resolución CRC 4458 de 2014, COMCEL se ha negando reiteradamente a cumplir con lo previsto en la resolución mencionada en cuanto al valor de los cargos de acceso, en relación con lo cual señala que, "*CREDIBANCO si bien pagó inicialmente los cargos de acceso al valor originalmente previsto en el Contrato de Acceso con el fin de no ver afectado y perjudicado su propio servicio ante el temor de una desconexión, siempre ha exigido la devolución del pago de más y la aplicación de lo previsto en la mentada CRC 4458 de 2014 (en particular lo relacionado con la adición del artículo 38 que dicha Resolución de la CRC le hicieron a la CRC 3501 de 2011)*".

Al culminar su escrito de solicitud señala que COMCEL solamente se ajustó a la regulación cuando esto le fue ordenado por la SIC en el Auto 40712 de 2014, en el que se le impusieron las medidas cautelares en el proceso de competencia desleal antes mencionado.

De otra parte, como se expuso en la sección de antecedentes, con ocasión del traslado efectuado por la CRC de las pruebas documentales aportadas por COMCEL con ocasión de lo dispuesto en el Auto de Pruebas del 27 de agosto de 2018, CREDIBANCO presentó algunas observaciones a las mismas¹⁸, y presentó argumentos adicionales frente a las alegaciones incluidas por COMCEL en el memorial con el que allegó las pruebas.

¹⁸ En síntesis CREDIBANCO señaló lo siguiente: (i) Que tales pruebas no son idóneas, ni conducentes para demostrar la información solicitada en el auto de pruebas, puesto que la misma no se aportó bajo los requerimientos que el referido auto solicita, pues algunos de los anexos aportados en las pruebas resultan ser documentos elaborados por COMCEL sin que hubieran sido aportados por conducto del revisor fiscal, por lo que, en ese orden de ideas, las pruebas deben ser rechazadas de plano. (ii) Que las pruebas aportadas por COMCEL resultan impertinentes para el objeto de estudio, toda vez que si bien este proveedor alega que en virtud del Contrato N° 20709 prestaba servicios complementarios a CREDIBANCO -como el tema de Gestión Operativa de Reclamos de PQR-, los documentos aportados en nada dan cuenta de la existencia de dicho servicio en relación con el Contrato con CREDIBANCO, pues los mismos simplemente se limitan a indicar el funcionamiento de dicho servicio por parte de COMCEL exclusivamente, pero nunca en relación con CREDIBANCO, ni tampoco que correspondieran al contrato en mención. (iii) En relación con las tablas aportadas por COMCEL en las cuales se pretende dar respuesta al artículo 4 del Auto de Pruebas, es necesario precisar que los mismos, no resultan de recibo en el presente caso, ya que los mismos son pruebas que fueron elaboradas directamente por COMCEL, y que por lo tanto no existe certeza sobre su veracidad, pues se desconoce por completo su procedencia, autoría o las bases en que se sustentan.

En efecto, frente a lo manifestado en el escrito allegado junto con las pruebas por COMCEL respecto a que el Contrato de Acceso N° 20709 no se encuentra vigente -sustentado en que para marzo de 2017 el servicio de Banca Móvil se había dejado de prestar-, CREDIBANCO puntualiza que, si bien COMCEL dejó de prestar el servicio de Banca Móvil a CREDIBANCO, el Contrato de Acceso N° 20709 continúa en ejecución respecto del servicio de mensajes de SMS/MMS/USSD, el cual sigue siendo prestado y cobrado, por parte de COMCEL.

Por eso, para CREDIBANCO, es precisamente respecto de dicha relación que solicita que se pronuncie la CRC, pues desde su perspectiva, si bien es cierto que a la fecha COMCEL está aplicando las tarifas que ordena la Resolución 3501 de 2011, advierte que nada obsta para que una vez culminado el proceso por competencia desleal, COMCEL decida *"volver a aplicar las tarifas que con anterioridad al Auto de Medidas Cautelares se encontraba aplicando, desconociendo de manera arbitraria, lo dispuesto en el artículo 38 de la Resolución 3501 de 2011, adicionado por la Resolución 4458 de 2014, bajo el pretexto de que entre las partes no existe una relación de acceso en los términos del artículo 3 de la Resolución 3101 de 2011."*

2.2 Argumentos expuestos por COMCEL

En la primera parte de sus observaciones, COMCEL asevera frente a la relación derivada del contrato con CREDIBANCO que esto *"no es cierto, toda vez que el mencionado contrato, no solo tiene por objeto el acceso, sino la integración de servicios"*, y que en esa medida las partes definieron con amplitud su objeto, al manifestar que el propósito del mismo era el de *"definir las condiciones técnicas, comerciales, operativas y jurídicas en las que COMCEL presta diferentes servicios para la terminación de SMS, para facilitar el acceso de los usuarios a las transacciones de banca móvil."*

En segundo lugar, COMCEL señala que el conflicto que se pretende resolver no versa sobre una situación actual sino sobre el reconocimiento de sumas que supuestamente fueron cobradas, no en virtud de la obligación regulatoria, sino de la discusión sobre el alcance del contrato de Banca Móvil hasta septiembre de 2014, en relación con lo cual indica que *"contractualmente se trata de una situación superada, que ya no existe entre CREDIBANCO y COMCEL"*, por lo que desde esta perspectiva *"se pretende que de forma retroactiva la CRC se pronuncie sobre situaciones que no involucran el uso actual de las redes (...)"*.

Seguido a ello, COMCEL insiste en que en la actualidad no existe conflicto porque entre las partes se acordó desde septiembre de 2014 que se acogerían al modelo básico de contrato de mensajes sobre SMS. Para COMCEL, en esta actuación se pretende discutir que existe un conflicto, cuando las partes de común acuerdo ya lo superaron, por lo que en su opinión se está tratando de *"exacerbar la competencia de la CRC para que ésta, en exceso de sus facultades decida el reconocimiento de valores económicos que no hacen parte de la regulación, y que son materia de debate, y de declaración en la vía ordinaria, como se acordó en la Cláusula Vigésimo Segunda del contrato original."*

Luego de los anteriores reparos frente al inicio de la presente actuación, COMCEL afirma que recibió, tramitó y atendió las solicitudes de CREDIBANCO, por lo que manifiesta que de ninguna manera se ha opuesto a la aplicación de la Resolución 4458 de 2014, y que por el contrario ha procurado dar claridad en cuanto a que la figura de acceso con la tarifa establecida por referencia a cargo de acceso *"abarcaría exclusivamente el servicio de mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) en el contexto de una relación de acceso a la red"*.

En cuarto lugar, explica que *"a CREDIBANCO se le viene prestando servicios bajo Licencia No. 2243 de 11 de septiembre de 2006 mediante la cual se autoriza a COMCEL por parte del Ministerio de Comunicaciones la prestación de servicios de valor agregado; licencia que está vigente y a la cual se le aplican las disposiciones del Decreto Ley 1900 de 1990, Decretos 600 y 3055 de 2003"* a partir de lo cual concluye que tal situación hace que se excluya la aplicación de lo establecido en la Ley 1341 de 2009, y por tal razón, el procedimiento administrativo debe archivar.

En ese sentido, COMCEL afirma que el contrato aludido por CREDIBANCO corresponde a servicios prestados en la red de valor agregado y por lo tanto, de conformidad con lo previsto en el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, dicha ley no es aplicable en el caso en cuestión, y que *"en consecuencia lo ajustado a derecho es la aplicación de las normas que rigen la licencia de COMCEL como operador de valor agregado."*

En este punto subraya que en el hipotético caso en que esa entidad decida dar trámite a lo que COMCEL entiende como *"una inadecuada actuación de CREDIBANCO"*, es necesario que la CRC tenga

en cuenta que a la fecha CREDIBANCO no ha presentado ninguna solicitud de acceso que contemple los requisitos previstos en la Ley 1341 de 2009, sino que se limitó a enviar a COMCEL comunicaciones que sólo solicitan la aplicación de una regulación general a un contrato particular que no corresponde a la situación regulada, por lo cual, para COMCEL no se ha surtido la presentación de la solicitud y por ende no entiende surtido el proceso de negociación establecido en la normatividad vigente.

Al respecto, COMCEL añade que no apreció ninguna intención por parte de CREDIBANCO de avanzar en un verdadero proceso de negociación del acceso a la red de COMCEL, ya que luego de que esta sociedad enviara sus comunicaciones y atendiera la reunión convocada por COMCEL no realizó ninguna gestión, ni acercamiento en el que se evidenciara una voluntad de lograr un acuerdo para *"dar inicio a un verdadero proceso de negociación del acceso, desconociendo los servicios que COMCEL viene prestando para soportar el servicio financiero de Banca Móvil."*

En quinto lugar, COMCEL señala que CREDIBANCO pretende que el contrato sea modificado, desconociendo el principio de autonomía de la voluntad, y el pacto expreso para la solución de controversias, contenido en la cláusula Vigésima Segunda sobre solución de controversias, que establece el acuerdo para que todas las diferencias que se presenten entre las partes con ocasión de este contrato, durante su ejecución o con motivo de su terminación, sean resueltas directamente entre las partes, y de no ser ello posible, sean sometidas a la jurisdicción ordinaria. En síntesis, COMCEL concluye que las partes acordaron que no iban a acudir a la CRC, sino que tendrían unos términos diferentes para la solución del conflicto, y un juez natural al contrato diferente a la instancia administrativa, esto es, los jueces civiles de Colombia.

De otra parte, y en relación con los requisitos para solicitar a la CRC la iniciación del trámite administrativo de solución de conflicto previstos en el artículo 43 de la Ley 1341 de 2009, COMCEL manifiesta que el escrito radicado por CREDIBANCO ante la CRC, no se evidencian los puntos de divergencia, ni los puntos de acuerdo, ni una oferta final.

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

Al respecto, reclama que CREDIBANCO mejor que cualquier proveedor de contenidos y aplicaciones, debe tener claridad sobre las especificidades de su operación que difieren de las condiciones remuneratorias reguladas, y seguido a esta afirmación recalca que es evidente que las condiciones comerciales que se tienen en el contrato no corresponden a la situación regulada pues *"en nuestra propuesta estamos incluyendo aspectos como son encriptamiento (sic) y seguridad y atención de reclamos, así como otros servicios asociados a banca móvil y al servicio de terminación de mensajes, nos llevan a reiterarles que nuestra actuación se encamina a efectuar una negociación en el contexto de nuestra operación de PRST."* En este punto, al referirse al contrato con CREDIBANCO aclara que *"en realidad no es un contrato vigente, sino [un] contrato que estuvo vigente hasta el treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014) (lo correcto sería en ejecución) (...)."*

Al respecto, COMCEL expresa que los servicios prestados a CREDIBANCO por COMCEL en el aludido contrato comprenden servicios necesarios y propios a su actividad que no están contemplados en el precio fijado por la regulación, a saber¹⁹:

¹⁹(...)

ITEMS		DESCRIPCIÓN GENERAL
Elementos consideradores (sic) para garantizar el estándar a nivel de	Software	Licencias
		Servicios profesionales
	Hardware	Desarrollo applet para SIM Banca Móvil
		Servidores
		Elementos de red celular

¹⁹ Expediente Administrativo. Folio 149.

<i>SEGURIDAD Y ENCRIPCIÓN</i>	<i>seguridad durante el transporte de esta información dentro del canal</i>		<i>Elementos de red LAN para el transporte de SMS</i>
		<i>Operación Mantenimiento</i>	<i>Servicio de contratación con un tercero</i>
<i>GESTIÓN OPERATIVA DE RECLAMOS (PQR)</i>			<i>Manejo de las reclamaciones en respuesta al usuario final y trámite con el PCA</i>

(...)"

En relación con lo anterior, COMCEL explica que ha venido estableciendo un proceso estándar de acceso para los PCA que de igual manera le fue ofrecido a CREDIBANCO, quien a la fecha no ha sido comentado ni objetado en forma alguna por CREDIBANCO, según lo afirma COMCEL.

En este contexto, COMCEL señala que en su momento le indicó a CREDIBANCO que si su interés era desarrollar únicamente el servicio de terminación de SMS debía proceder a solicitar el acceso a la red de COMCEL con tal propósito, pues de conformidad con lo expuesto, los demás rubros no contemplados o servicios adicionales, deben ser negociados entre las partes.

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

En la parte final de su respuesta al traslado, COMCEL aduce falta de jurisdicción y competencia de la CRC pues de acuerdo con las facultades atribuidas a la CRC en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 y teniendo en cuenta las solicitudes formuladas por CREDIBANCO, las declaratorias solicitadas corresponden a aquellas propias de los jueces de la República de conformidad con lo establecido en el libro tercero, sección primera, procesos declarativos, artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por expresa referencia de lo previsto en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009. Lo anterior, según COMCEL, porque "*no siendo una instancia mandatoria (sic) la de la CRC, es optativo de las partes acudir a ella, cuando no existe un pacto particular como el determinado en la Clausula Vigésimo Segunda del contrato, que remite la solución de los conflictos y/o controversias a una solución directa, luego de la cual se irá, obligatoriamente a los jueces ordinarios, pues es prudente recordar que la opción consignada en la Ley 1341, existiendo, no fue la escogida por las partes para resolver sus diferencias.*"

De otro lado, como se indicó en la parte de antecedentes, COMCEL junto con la comunicación del 8 de octubre de 2018 mediante la cual este proveedor completó la entrega de la información requerida a través del auto de pruebas del 27 de agosto de 2018²⁰, presentó una serie de consideraciones sobre la pertinencia, conducencia de las pruebas solicitadas a través de la mencionada providencia.

Sobre este particular, en primer término, manifiesta que el referido auto de pruebas asume la existencia actual y futura de los servicios de Banca Móvil, cuando estos se dejaron de prestar en 2017 y en ese sentido indica que resultan ineficaces las pruebas que pretendan establecer cualquier tipo de relación o remuneración a partir de marzo de 2017, fecha cuando tuvo lugar la terminación del servicio de banca móvil dentro del contrato suscrito entre COMCEL y CREDIBANCO.

Seguido a esto, COMCEL afirma que a partir de la terminación del contrato del servicio de Banca Móvil por parte de CREDIBANCO, la relación existente es la exclusivamente relacionada con el envío de SMS, frente a lo cual señala que a partir de la terminación del servicio de Banca Móvil se ha aplicado la tarifa regulada para los cargos de acceso de SMS, tal y como lo ordena la regulación.

Frente a esto, COMCEL manifiesta que siendo claro que la solicitud de CREDIBANCO se orienta a la definición de unas condiciones de acceso sobre un contrato que ya no existe en relación con la prestación del Servicio de Banca Móvil, para este proveedor resulta inviable que *la filosofía probatoria* se encamine a perpetuar un servicio que no existe y que, actualmente y a futuro, está resuelto según lo explica "*(...) en la medida en que las partes de hecho, y conforme a los actos de ejecución a partir*

²⁰ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folios 219 a 288.

de marzo de 2017, acordaron la prestación del servicio de mensajería exclusivamente, y sobre ello el cobro exclusivo de la tarifa regulada."

En síntesis, COMCEL reitera que resultan improcedentes las pruebas cuya finalidad sea la de extender en el tiempo los alcances de los servicios de banca móvil que fueron terminados por CREDIBANCO en marzo de 2017.

Es de anotar que aparte de lo argumentado con ocasión a la respuesta del requerimiento de la CRC, COMCEL no hizo pronunciamiento alguno frente al traslado de pruebas efectuado por esta Comisión.

3. CONSIDERACIONES PREVIAS

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

En tal sentido, dado que los planteamientos referidos en el presente numeral se relacionan con asuntos atinentes a la procedencia del trámite, es preciso que esta Comisión se pronuncie respecto de tales alegaciones de manera previa a abordar los temas sobre los cuales deberá decidir para solucionar la controversia puesta de presente por CREDIBANCO.

3.1. Régimen aplicable

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

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

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

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

En efecto, el artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, establece que esta Comisión *"es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea*

económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad' señalando además que "[p]ara estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente ley."

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

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

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

3.2. Jurisdicción y competencia

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

Al respecto, esta Comisión considera que la argumentación presentada por COMCEL carece de asidero y contextualización. Basta con indicar que el ejercicio de potestades regulatorias, como lo ha sostenido la CRC hace ya más de una década y ha sido reiterado por la jurisprudencia²¹, constituye una modalidad de intervención del Estado en la Economía, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 334 de la Constitución Política, razón por la cual representa un límite constitucionalmente legítimo a la autonomía de la voluntad de las partes al celebrar contratos, máxime cuando estos versen sobre aspectos relacionados con servicios públicos.

Así lo confirma el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, cuando dispone que ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria,

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-1162 de 2000; C-150 de 2003; C-1120 de 2005; C-; C-396 de 2006, C-955 de 2007; y C-186 de 2011, entre otras. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA C.P RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009) Núm. Rad.: 11001 032400020040012301; CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA C.P RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá, D. C, treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008) Radicación (26520)

y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, asunto sobre el cual fue clara también la H. Corte Constitucional cuando en sentencia C-186 de 2011, indicó que *"la intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley."*

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

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

De esta forma, la petición de CREDIBANCO expuesta en el *petitum* transcrito en el numeral 2.1 de la presente resolución, no puede revisarse de manera descontextualizada para así concluir que la misma debe ser conocida por la jurisdicción. Al punto, se observa que CREDIBANCO se dirigió a esta entidad para solicitar a esta Comisión que, *"de conformidad con lo establecido en el Título V de la Ley 1341 de 2009"*²², diera inicio al trámite correspondiente para la solución del conflicto existente entre CREDIBANCO y COMCEL, *"hasta que se de culminación al mismo determinando las condiciones de remuneración de COMCEL como retribución por los servicios que esta le presta a CREDIBANCO en desarrollo de la relación de acceso derivada del Contrato de 31 de mayo de 2013 celebrado entre esta y COMCEL, para cada uno de los periodos de pago, según se desprende de los valores máximos previstos como cargos de acceso por SMS para cada uno de los periodos correspondientes, a partir del 14 de abril de 2014 y hacia el futuro por las siguientes disposiciones legales (...)"*²³

Así mismo, en un acápite posterior, manifiesta que la *"CRC es competente para resolver el presente conflicto suscitado entre CREDIBANCO como proveedor de contenidos y aplicaciones (PCA) e integrador tecnológico y COMCEL como proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones (PRSTM) y proveedor de contenidos y aplicaciones (PCA) e integrador tecnológico, por la no aplicación por parte de COMCEL de lo dispuesto en el artículo 4.2.7.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016 (anteriormente el artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011, establecido por la Resolución CRC 4458 de 2014, y modificado a su vez por la Resolución 4660 de 30 de diciembre de 2014) de conformidad con sus facultades para resolver conflictos entre proveedores prevista en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 y el Título V de la misma ley."*²⁴

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

²² Obrante en folio 1 del expediente 3000-86-5.

²³ Las subrayas son del texto original.

²⁴ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 11.

4. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE FORMA Y PROCEDIBILIDAD

En relación con este asunto, debe recordarse que según el criterio expuesto por COMCEL en su respuesta al traslado, CREDIBANCO ha debido presentar una solicitud de acceso y no limitarse a solicitar *"la aplicación de una regulación general a un contrato particular que no corresponde a la situación regulada"*, por lo cual para COMCEL no se ha surtido la presentación de la solicitud y por ende, no entiende agotado el requisito de la negociación directa establecido en la normatividad vigente.

En efecto, mientras CREDIBANCO argumenta que la naturaleza del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes supone una relación de acceso entre la red CREDIBANCO y la red COMCEL y que por lo mismo, este último *"se encuentra obligado frente a CREDIBANCO a cumplir con lo dispuesto en el artículo 4.2.7.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016 y aplicar los precios máximos previstos en el artículo 4.3.2.10. de dicha resolución"*²⁵; COMCEL ha mantenido la invariable posición según la cual, la relación que sostiene con CREDIBANCO responde a una relación comercial, que se concibió a partir del contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto suscrito entre las partes, al punto que, frente a las solicitudes de CREDIBANCO, ha instado a esta sociedad a que presente una solicitud de acceso de acuerdo con los parámetros establecidos en la Resolución CRC 3101 de 2011.

De esta forma, el análisis de los requisitos de forma y procedibilidad no puede realizarse hasta tanto no se determine si la relación que actualmente existe entre CREDIBANCO y COMCEL reviste o no características de una relación de acceso. Así, se procederá en primer lugar a determinar si existe o no una relación material de acceso entre las partes para que, en caso de existir, entrar a determinar el cumplimiento o no de los requisitos de forma y procedibilidad dispuestos en el Título V de la Ley 1341 de 2009.

4.1 Respetto de la relación material de acceso entre CREDIBANCO y COMCEL

En el caso bajo análisis, la relación material existente entre las partes fue estructurada a partir del contrato N° 20709 suscrito el 31 de mayo de 2013 denominado por las partes *"PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO DE SMS"*, el cual está conformado por una parte general²⁶, un anexo de condiciones técnicas²⁷, un anexo que recoge las condiciones financieras y comerciales del servicio²⁸, y un anexo 5 específico con condiciones para la prestación de servicios de transporte de SMS para banca móvil²⁹. Así mismo, CREDIBANCO, a través de su escrito de solicitud, advirtió que dicho contrato fue modificado y/o adicionado por las partes posteriormente en dos oportunidades: en los términos del Otrosí No. 1, suscrito el 28 de junio de 2013³⁰ y en los términos del Otrosí No. 2, suscrito el 7 de marzo de 2014³¹, los cuales constan en la documentación obrante dentro del expediente referenciadas en las respectivas notas al pie.

Por su parte, el aludido contrato incluye en su cláusula primera, la definición del concepto de *"La Información Transportada"*, identificándolo como los *"datos proporcionados por EL CONTRATISTA, para ser comunicados por EL OPERADOR a los clientes, empleando su red de valor agregado desde y hacia los Equipos Terminales, directa o indirectamente"*³². Así mismo, dentro del objeto del contrato previsto en la cláusula segunda se establece que *"EL CONTRATISTA Y EL OPERADOR aceptan cumplir la normatividad y disposiciones legales vigentes y futuras relacionadas con el envío de SMS"*³³.

De manera particular, en el anexo técnico antes referenciado, se presenta un diagrama que representa de manera gráfica *"la forma de conexión requerida por la red del OPERADOR para la prestación del servicio de transporte de SMS"* la cual se incluye en la presente resolución como "Figura 1", y que

²⁵ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 6.

²⁶ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folios 49 a 58.

²⁷ Expediente Administrativo 3000-86-5. Denominado *"ANEXO 1 INFRAESTRUCTURA Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS"*. Folios 68 a 69.

²⁸ Expediente Administrativo 3000-86-5. Denominado *"ANEXO 2 CONDICIONES FINANCIERAS Y COMERCIALES DEL SERVICIO"*. Folios 69 a 84.

²⁹ *"ANEXO 5. CONDICIONES ADICIONALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE DE SMS PARA BANCA MÓVIL"*. Folios 86 a 93

³⁰ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folios 59 a 64.

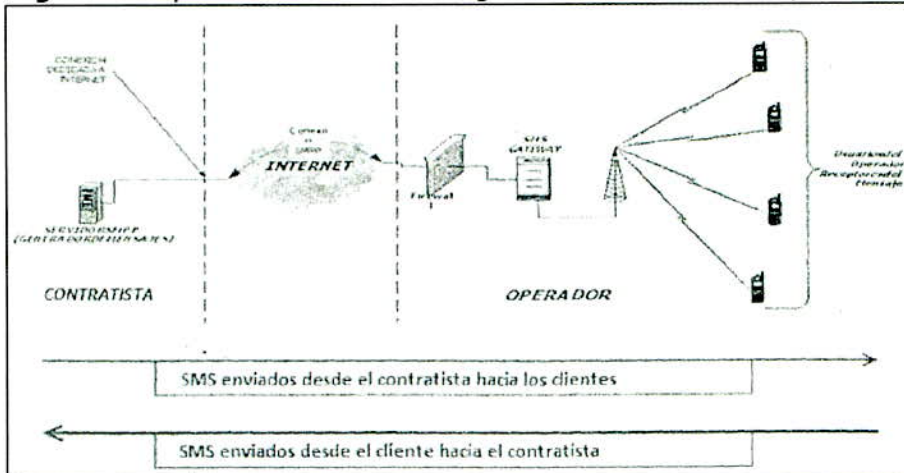
³¹ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folios 64 a 67

³² Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 50.

³³ *Ibidem*.

describe en términos generales la arquitectura proyectada para la prestación de los servicios suministrados a CREDIBANCO por parte de COMCEL.

Figura 1: Arquitectura de la relación vigente entre CREDIBANCO y COMCEL



Fuente: Contrato "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO DE SMS" N° 20709

Frente a la Figura 1, el referido anexo describe los requerimientos que CREDIBANCO debe cumplir para hacer posible la conexión, señalando que debe: **(i)** disponer de "(...) un servidor que comprenda el protocolo de comunicación SMPP versión 3.4, y que se comporte como un ESME, el cual (dependiendo del servicio que desee ofrecer EL CONTRATISTA) debe tener la funcionalidad de generar SMS. Adicionalmente este servidor debe tener la capacidad de soportar el consumo de Web Services proporcionados por EL OPERADOR"; así mismo debe **(ii)** contar con "(...) comunicación directa o indirecta desde el servidor del CONTRATISTA hasta el SMS Gateway del OPERADOR. Esta conexión puede ser mediante canales dedicados o mediante Internet", y se describen las condiciones requeridas en caso que se haga uso de Internet para esta conexión, destacándose la necesidad de disponer de "un firewall y algún elemento de hardware y/o software que permita realizar una VPN en la conexión entre EL CONTRATISTA y el OPERADOR"; **(iii)** finalmente se agrega que "si EL CONTRATISTA desea enviar SMS el Servidor ESME debe soportar conexión del protocolo SMPP de tal manera que una de las conexiones genere los SMS en el formato adecuado para que puedan ser recibidos por el SMS Gateway del OPERADOR y poder ser transportados a los Clientes seleccionados (...) EL CONTRATISTA debe configurar en su Servidor generador de SMS los parámetros especificados en el momento de la instalación del servicio por el OPERADOR para la correcta conexión SMPP."

En relación con el estado de cosas actual de la relación existente entre las partes, en primer lugar resulta pertinente mencionar que entre las dos sociedades aparentemente se plantean diferentes perspectivas en cuanto a la vigencia del contrato suscrito entre las partes, sin embargo lo cierto es que las dos partes al final concuerdan en que subsiste entre ambas una relación a raíz del contrato descrito al comienzo del presente apartado. Así, por ejemplo, CREDIBANCO, es tajante en señalar que "el Contrato de Acceso N° 20709 continúa en ejecución, respecto al servicio de mensajes de SMS/MMS/USSD que a la fecha se sigue prestando y cobrando, por parte de COMCEL"³⁴, y que precisamente es respecto de la relación que surge del mismo que la CRC requiere que se pronuncie.

COMCEL, por su parte, en su primera respuesta indica que dicho contrato no se encuentra vigente, sino *en ejecución*³⁵ y que el mismo fue objeto de terminación por parte de CREDIBANCO en el mes de marzo de 2017³⁶, no obstante luego aclara lo siguiente:

"[A] partir de la terminación del contrato del servicio de Banca Móvil por parte de CREDIBANCO, **la relación existente es la exclusivamente relacionada con el envío de SMS**, servicio bien distinto, y en tal sentido, a partir de la terminación del servicio de Banca Móvil, se ha aplicado la tarifa regulada para los cargos de acceso de SMS, tal y como lo ordena la regulación."³⁷ (El énfasis es nuestro)

En segundo lugar, si se parte de lo dicho expresamente por las partes, se observa que ambas coinciden en que el referido contrato se encuentra en ejecución únicamente respecto del servicio de envío de

³⁴ Subrayas en el original.

³⁵ Respuesta a la solicitud de CREDIBANCO. Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 149.

³⁶ Comunicación del 8 de octubre de 2018 con la que da respuesta al auto de pruebas. Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 219.

³⁷ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 210.

mensajes SMS, y que dicho servicio se está prestando y cobrando por parte de COMCEL, luego es posible concluir que la topología de red que actualmente se encuentra operativa es muy cercana a la que se describe en la figura que aparece al principio de la presente sección que fue extraída del "ANEXO 1 INFRAESTRUCTURA Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS" perteneciente al contrato denominado "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO DE SMS" N° 20709.

Teniendo en cuenta lo anterior, regresando al análisis acerca de la naturaleza de la relación *sub examine* y lo debatido en este punto por las partes, se tiene que en efecto, a pesar de utilizar una denominación diversa a la regulatoria, se utiliza una infraestructura de transporte que permite la conectividad entre las dos redes, que a su vez garantiza el interfuncionamiento y la interoperabilidad para el intercambio de mensajes entre la plataforma de CREDIBANCO y los usuarios de COMCEL a través de la infraestructura de este último, lo cual concuerda con la definición de "Acceso" que se encuentra contenida actualmente en el Título I de la Resolución CRC 5050 de 2016³⁸.

Así las cosas, no le asiste la razón a COMCEL cuando señala que la relación vigente entre las partes se encuentra regulada mediante un contrato de prestación de servicios de transporte de mensajes cortos de texto de SMS, y que esta responde a una *relación comercial diferente de la regulada por la CRC*, pues es claro para esta Comisión que la relación que actualmente existe entre las partes versa sobre el *acceso* por parte de CREDIBANCO a la red de COMCEL para la interoperabilidad entre el *Servidor SMS* de CREDIBANCO y el *Gateway SMS* de COMCEL, así como para soportar el intercambio de mensajes y el curso "de la información [que] va desde el servidor del CONTRATISTA hacia los Clientes y desde los Clientes hacia EL CONTRATISTA". Lo anterior, permite entender entonces, que dicha relación efectivamente se refiere a una relación de acceso, situación que no resulta alterada por el simple hecho que el instrumento contractual que vincula a las partes se haya denominado como de "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE MENSAJES CORTOS DE TEXTO DE SMS".

Nótese que en COMCEL se advierte una visión ambivalente de la cuestión, pues por momentos incluso reconoce que la relación entre las partes reviste una relación de acceso, precisamente cuando argumenta que sus servicios comportan elementos adicionales al acceso; en efecto COMCEL sostuvo lo siguiente desde el principio su respuesta:

"ANTECEDENTES

*En lo relacionado con la relación derivada del contrato, mencionada por CREDIBANCO "se trata de la definición de la remuneración de COMCEL, como retribución por los servicios que presta a CREDIBANCO en desarrollo de la relación de acceso derivada del contrato del 31 de mayo de 2013, celebrado entre esta y COMCEL" manifestamos que no es cierto, toda vez que **el mencionado contrato, no solo tiene por objeto el acceso, sino la integración de servicios, y por ello las partes definieron con amplitud su objeto, al manifestar con amplitud que es el definir las condiciones técnicas, comerciales, operativas y jurídicas en las que COMCEL presta diferentes servicios para la terminación de SMS, para facilitar el acceso de los usuarios a las transacciones de banca móvil.**"³⁹*

Más adelante, en el apartado referido al Principio de Autonomía de la voluntad, COMCEL indica lo siguiente:

*"Es así como es claro, que las obligaciones contenidas dentro del contrato, que no son objeto de la regulación, no pueden ser incluidas dentro de los topes tarifarios para tal efecto, **dado que estas se limitan al acceso de la red.**"⁴⁰*

Así, es claro que es precisamente en la ejecución de una relación de acceso que se ha presentado la divergencia sometida a consideración del regulador entre las partes antes mencionadas, que será sobre la que debe recaer el presente pronunciamiento en concreto.

4.2 Respetto del cumplimiento de los requisitos de forma y procedibilidad

Teniendo claro que, como se mencionó en el numeral inmediatamente anterior, entre CREDIBANCO y COMCEL existe una relación de acceso, es necesario recordar que a la luz de lo previsto en el artículo 43 de la Ley 1341 de 2009, el inicio del trámite administrativo de solución de controversias debe estar precedido de la presentación de una solicitud con el lleno de los siguientes requisitos: (i) solicitud

³⁸ "Acceso: La puesta a disposición por parte de un proveedor a otro proveedor, de recursos físicos y/o lógicos de su red para la provisión de servicios. El acceso implica el uso de las redes."

³⁹ Los resaltados son nuestros.

⁴⁰ Los resaltados son nuestros. Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 148.

escrita, (ii) manifestación de la imposibilidad de llegar a un acuerdo, (iii) indicación expresa de los puntos de divergencia, así como de aquellos en los que haya acuerdo si los hubiere, (iv) presentación de la respectiva oferta final respecto de la materia en divergencia, y (v) acreditación del transcurso de treinta (30) días calendario desde el inicio de la etapa de negociación directa entre los operadores sin que se haya llegado a un acuerdo entre las partes.

Revisado el escrito de solicitud inicial allegado por CREDIBANCO, se constató que el mismo se trata de una solicitud de solución de controversias presentada por dicha sociedad en su calidad de proveedor de contenidos y aplicaciones respecto de la relación de acceso que actualmente sostiene con COMCEL, y a efectos de lo cual dio cumplimiento a los requisitos de forma y procedibilidad contenidos en el Título V de la Ley 1341 de 2009. En efecto, del estudio de los documentos que conforman la referida solicitud fue posible evidenciar el cumplimiento de los requisitos de la citada Ley en lo que respecta al requerimiento asociado al previo agotamiento del plazo de negociación directa pues, se advierte que desde el 29 de abril de 2014⁴¹, CREDIBANCO a través de su Presidente envió una solicitud a COMCEL en la que aludiendo al artículo 21 de la Resolución CRC 4458 de 2014, modificatorio del artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 [Hoy compilado en el artículo 4.2.7.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016], solicitó la aplicación de los valores de cargos de acceso correspondiente a la relación contractual que sostienen las partes. Lo anterior incluso se ve reforzado por la respuesta dada por COMCEL mediante comunicación del 29 de mayo de 2014 obrante en el expediente del trámite⁴², en la que este proveedor expresamente acusa el conocimiento de la comunicación del 29 de abril de 2014 de CREDIBANCO, así como de la solicitud de aplicación de la -para ese entonces- reciente normatividad expedida.

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

Ahora, frente a los requisitos de forma contenidos en la normatividad vigente se evidencia, en el caso particular de CREDIBANCO, la manifestación expresa de la divergencia en relación con esta solicitud⁴³, la inexistencia de acuerdo alguno en relación con este último punto⁴⁴, y en línea con lo anterior, este proveedor presentó su propuesta u oferta para dirimir el asunto en controversia adjunta a su solicitud de trámite⁴⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión considera que la solicitud de solución de conflicto presentada por CREDIBANCO dio cumplimiento a los requisitos de forma y procedibilidad contenidos en el Título V de la Ley 1341 de 2009.

5 SOBRE EL ASUNTO EN CONTROVERSIA

Teniendo en cuenta que dentro del presente acto administrativo ya se revisó y comprobó la existencia de una relación de acceso entre CREDIBANCO y COMCEL que se encuentra "en ejecución" -como lo advierten al unísono las partes involucradas en la actuación-, corresponde a esta Comisión pronunciarse sobre los otros puntos de divergencia, considerando los argumentos esgrimidos por las partes, así como el alcance de los servicios que efectivamente son utilizados por CREDIBANCO.

A efectos de delimitar los servicios soportados en la relación de acceso bajo estudio, en lo que concierne a la prestación de servicios de banca móvil se identifica una postura común entre ambas sociedades en cuanto a que este conjunto de servicios ya no se presta, cuestión que se constata dentro de la información obrante en el expediente: En primer lugar, a partir de dos correos electrónicos que fueron anunciados por COMCEL dentro de su memorial de respuesta al traslado de la solicitud de conflicto inicial de CREDIBANCO⁴⁶, en los cuales anuncia el apagado de los servidores y la detención

⁴¹ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 94.

⁴² Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 96.

⁴³ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 12.

⁴⁴ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 13.

⁴⁵ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 14.

⁴⁶ Los cuales tuvieron que ser aportados posteriormente por COMCEL mediante el requerimiento especial previsto en el artículo segundo del Auto del 27 de agosto de 2018, toda vez que no fueron allegados en su oportunidad ni con el

de los servicios asociados al servicio de banca móvil⁴⁷; y en segundo lugar, con ocasión de la respuesta dada por CREDIBANCO al requerimiento de proyecciones de tráfico de SMS asociado al servicio de banca móvil⁴⁸, en el que esta sociedad indica que "[n]o se han establecido proyecciones del servicio de Banca Móvil toda vez que el servicio de desmontó desde marzo de 2017, razón por la cual la proyección es cero"⁴⁹.

Habida cuenta de lo anterior, el presente pronunciamiento no se referirá a los servicios asociados a banca móvil, toda vez que estos ya no se encuentran activos, y en esa medida por sustracción de materia, esta cuestión metodológicamente no formará parte del objeto de controversia a resolver.

Cosa diferente ocurre en lo relacionado con el servicio de gestión operativa de reclamos, respecto de lo cual la CRC debe entrar a determinar si los mismos hacen parte de las facilidades suministradas por COMCEL a CREDIBANCO.

Bajo este contexto, y habiendo revisado los argumentos esgrimidos por las partes, a los que se hizo referencia en los numerales anteriores, y luego de llevar a cabo la audiencia de mediación en las instalaciones de la esta Comisión, resulta evidente que el centro de la controversia planteada entre las partes, se refiere a definir: **(i)** las condiciones generales que rigen la relación material de acceso; y **(ii)** las condiciones específicas de la remuneración que recibe COMCEL en función de los servicios que efectivamente este proveedor le presta a CREDIBANCO en el marco de la relación existente entre las dos sociedades.

En este estado de la cuestión, procede a continuación esta Comisión a pronunciarse sobre la referida controversia.

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

Para abordar este punto, debe recordarse que el Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, compiló por una parte el régimen general de acceso, uso de interconexión (Capítulo 1), y por otra las condiciones que definen el acceso por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones (Capítulo 2) a redes móviles, las cuales son aplicables en su integridad a la relación material de acceso bajo análisis, por lo que rigen, además de los aspectos remuneratorios de dicha relación, las demás dimensiones reguladas por las disposiciones contenidas en el régimen general de acceso.

Teniendo claro el régimen aplicable, por haber sido un asunto planteado dentro del presente trámite, resulta necesario pronunciarse frente a la preocupación manifestada por CREDIBANCO relacionada con el posible cierre de servicios o terminación de los contratos de servicios de contenido por parte de COMCEL, cuando éste último así lo sugirió en la comunicación del 28 de mayo de 2014⁵⁰ la suspensión del servicio Banca Móvil, situación que precipitó que CREDIBANCO acudiera a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) para solicitar unas medidas cautelares contra dicho proveedor, ante la inminente suspensión de los servicios a CREDIBANCO.

Al respecto, no puede perderse de vista, que en la medida en que entre CREDIBANCO y COMCEL existe una relación material de acceso, a la misma le son aplicables todas las condiciones regulatorias generales a las que se someten este tipo de relaciones, incluidas las contenidas en título IV de la

2018804604, remitido por correo electrónico del 17 de julio de 2018, ni junto con el radicado en soporte físico 2018302226 del 18 de julio del mismo año.

⁴⁷ -Correo electrónico del 30 de marzo de 2017, enviado desde la cuenta de un funcionario de CREDIBANCO en el que se lee "[m]uchas gracias por la confirmación de todos los operadores, informamos que la actividad de CredibanCo será el apagado de los servidores y la detención de servicios por lo cual el cambio no requiere soporte ya que no quedaran (sic) ningún banco disponible en la plataforma y CredibanCo dejara (sic) de responder la (sic) peticiones que lleguen del operador."

-Correo electrónico del 13 de marzo 2017 enviado desde la misma cuenta de CREDIBANCO en el que se lee: "[H]asta el 31 de marzo de 2017 se encontrará disponible el servicio de Banca Móvil Simbrowsing (sic) con Banco Agrario en la plataforma de CredibanCo, de acuerdo a lo anterior agradecemos a todos los operadores a (sic) que partir de este (sic) fecha se elimine de la lista de Bancos a Banco Agrario para que no recibamos solicitudes para esta entidad ya que se dejara (sic) de responder por esta plataforma y así no se nos generen costos en la facturación posterior a esta fecha.

Adicionalmente para el desmonte no es necesario ninguna configuración de mensaje asociado ya [que el] mensaje que devolverá la plataforma será "servicio bancario no disponible" para las transacciones que se intenten con el usuario que ya se encuentre registrado." Expediente Administrativo 3000-86-5, folios 191 a 193.

⁴⁸ Previsto en el numeral 5 del artículo 5, contenido en el Auto de Pruebas del 27 del agosto.

⁴⁹ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 213.

⁵⁰ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 112.

Resolución CRC 5050 de 2016, que recoge el régimen de acceso, uso de interconexión de redes. Así, los supuestos del artículo 4.1.7.5. de la referida resolución, también le resultan aplicables a la relación material de acceso existente entre CREDIBANCO y COMCEL, artículo que hace expresa la prohibición de desconexión en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 4.1.7.5. PROHIBICIÓN DE DESCONEXIÓN. Ninguna controversia, conflicto o incumplimiento de los acuerdos de acceso y/o de interconexión, podrá dar lugar a la desconexión de los proveedores, salvo que la CRC así lo autorice, en cuyo caso deberá dictar las medidas previas que se aplicarán con la finalidad de minimizar los efectos para los usuarios.

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

En el caso en concreto, frente a lo manifestado por CREDIBANCO, y teniendo en cuenta que junto con COMCEL, estas sociedades sostienen una relación material de acceso que se somete al régimen general de acceso e interconexión antes referido, se observa que la eventual desconexión del servicio derivado de cualquier controversia, conflicto o incumplimiento deberá ser notificado a la CRC tanto por CREDIBANCO como por COMCEL, con el fin de obtener la autorización de esta Comisión y, de ser el caso, permitirle dictar las medidas previas que esta entidad estime pertinente aplicar con la finalidad de minimizar los efectos para los usuarios.

5.2 El valor que remunera los servicios de Banca Móvil previstos en la relación existente entre COMCEL y CREDIBANCO

Como se mencionó en la sección de antecedentes de la presente resolución, COMCEL considera que la totalidad de los servicios prestados a CREDIBANCO en el contrato en ejecución no están contemplados en el precio fijado por la regulación. Por su parte, CREDIBANCO insiste en que no podría reconocerle a COMCEL "*suma o sumas adicionales a las previstas en las regulaciones a los precios por SMS que ha venido expidiendo la CRC desde la Resolución 4458 de 2014, inclusive, en adelante*", por los servicios que tiene derecho a percibir de este según el contrato suscrito, y agrega que COMCEL de manera contraria a derecho sostiene que algunos de los servicios que le debe prestar a CREDIBANCO en desarrollo del mencionado contrato, no están regulados en la normatividad.

Para resolver lo anterior, debe tenerse como punto de partida que el documento de respuestas a comentarios que acompañó la expedición de la Resolución CRC 4458 de 2014⁵¹, incluyó una referencia a los aspectos que cubre el cargo de acceso regulado para SMS contemplado en dicha resolución, según se transcribe a continuación:

*"Sobre este particular, debe señalarse que desde la publicación inicial del proyecto se indicó que el foco de atención del mismo se refería a las condiciones remuneratorias asociadas al uso de las redes de los PRST móviles **en cuando a la terminación en las mismas**. De este modo, la intervención tarifaria prevista en la resolución expedida se refiere únicamente a la remuneración por **el tramo de uso de la red para la entrega de SMS al usuario final a través de la extensión de las tarifas que ya existen en la regulación como referente para esta clase de terminación, quedando los demás rubros sometidos a la definición de las partes vía negociación, quienes para tal efecto deberán aplicar el principio de orientación a costos respecto del suministro de instalaciones esenciales y no esenciales**. Así las cosas, no es acertado indicar que la norma impediría recuperar los costos asociados a los servicios que deben ser prestados diferentes a [aquéllos] de terminación, pues nada impide que los mismos sean definidos por las partes, y en todo caso, de conformidad con lo previsto en la regulación". (NFT)*

De este modo, es claro que la regulación de la remuneración en materia de acceso, cuando este se sustente en mensajes cortos de texto, se refiere al costo a reconocer por la utilización del tramo de terminación⁵² de la red para el envío y la entrega de un SMS al usuario final –y en sentido inverso de

⁵¹ Sección 2.5 "Aspectos que cubre el precio regulado". Disponible para consulta en https://www.crcm.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/BancaMovil/Respuesta_ComentariosSFM.pdf

⁵² "Frente a los comentarios de TELEFÓNICA MÓVILES, donde este proveedor manifiesta que esta Comisión omite una revisión técnica detallada de los componentes de la relación entre los PRSTM y PCA limitando su análisis al servicio de terminación, se reitera que, en efecto, el análisis desarrollado por esta Comisión, tal y como ha sido plasmado en las secciones 2.2 y 2.3, correspondió a un análisis del segmento mayorista de la cadena de valor, donde la falla de mercado identificada se predica de todos los PRSTM (monopolio teórico en la terminación), sobre el uso, por parte de los PCA, del insumo fundamental de la **terminación** y su correspondiente tarificación a costos eficientes. En este orden de ideas, se ratifica que

la comunicación- bajo los valores establecidos por referencia al Artículo 4.3.2.10 del Capítulo 3 del Título IV de la citada Resolución CRC 5050 y aquellas normas que lo modifiquen o sustituyan, quedando la definición de los valores relativos a los servicios diferentes del de terminación, a lo que acuerden las partes bajo el principio de orientación a costos y de desagregación suficiente, de modo que el solicitante del acceso "no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio."⁵³

Así las cosas, en el caso concreto dada la divergencia que sostienen CREDIBANCO y COMCEL en cuanto a la remuneración por la utilización de la red de COMCEL con ocasión de la utilización de mensajes cortos de texto por parte de CREDIBANCO y los servicios que están llamados a ser cubiertos por dicho valor, resulta pertinente analizar las prestaciones sobre las que versa el contrato que actualmente se encuentran ejecutado las partes. En cuanto a este punto, se observa que la Cláusula Quinta del contrato mencionado, referida a las "Obligaciones y Responsabilidades del Operador", se dispuso que COMCEL se obligaba a:

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

b) Facturar y cobrar a EL CONTRATISTA, los importes que resulten de los SMS enviados y/o recibidos desde las Entidades vinculadas a EL CONTRATISTA a los Destinatarios, y los demás conceptos como sanciones o multas que llegaren a generarse.

c) Presentar a EL CONTRATISTA, mensualmente el registro de tarificación de los SMS enviados por las Entidades vinculadas a EL CONTRATISTA a los Destinatarios, y los SMS enviados por los Destinatarios a las entidades vinculadas al EL CONTRATISTA.

d) Tramitar la solicitud presentada por el CONTRATISTA de un nuevo servicio para el transporte de SMS. EL OPERADOR se reservará el derecho de aprobar o no la solicitud de nuevo servicio que pueden llegar a afectar de alguna manera a sus Usuarios y/ o la seguridad de las redes del Operador o que se encuentre en contravía con lo dispuesto en la normatividad vigente sobre la materia.

e) Garantizar la integridad y confidencialidad de la comunicaciones sobre su red."⁵⁴

De lo transcrito, se evidencia que con excepción del literal d) de la cláusula Quinta del referido contrato que establece una prerrogativa de COMCEL para aprobar o improbar el transporte de ciertos contenidos – lo que por cierto, no es propiamente una obligación a su cargo-, el núcleo de las obligaciones del proveedor de servicios móviles en este caso se contrae a: (i) la prestación relacionada con el transporte de SMS originados por CREDIBANCO con destino a sus clientes y viceversa *bajo los términos del contrato y sus anexos*, así como a (ii) labores conexas a la primera prestación, relacionadas con el registro, conciliación, facturación y cobro por el servicio prestado por parte de COMCEL

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

Ahora bien, en lo relativo a los anexos del contrato y la prestación principal vinculada al objeto pactado dentro del mismo, lo cierto es que del anexo que hace referencia a la "INFRAESTRUCTURA Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS" involucradas en los servicios prestados por COMCEL que fue objeto de extenso análisis en el apartado 4.1 de la presente resolución, así como de los otros ítems al referido contrato que reposan en el expediente, no hay evidencia alguna que demuestre la prestación de elementos, funcionalidades o servicios sujetos a una remuneración diferente a la cubierta a través de los valores tope previstos en la regulación anteriormente especificada, más aún cuando las mismas partes, coincidieron en que los servicios asociados a Banca Móvil, se encuentran finiquitados.

Lo expuesto evidencia que el servicio prestado por COMCEL se reduce al procesamiento y transporte de mensajes cortos de texto que sirve de soporte para la provisión de los servicios de notificaciones,

el análisis desarrollado se circunscribe a la terminación de SMS, insumo fundamental para prestar los servicios soportados en dicha infraestructura.

⁵³ Artículo 18 de la Resolución 432 de 2000 de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

⁵⁴ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 52.

recordatorios y envío de campañas de mercadeo a través de códigos cortos, sin que pueda decirse que entre las partes existan servicios adicionales que impliquen otro nivel de procesamiento y/o la prestación adicional de servicios de atención *necesarios y propios* para la clase de servicios que provee CREDIBANCO a sus clientes.

Precisamente atado a lo anterior, en lo que concierne a la prestación de servicios gestión operativa de reclamos que también fue materia de discusión, debe mencionarse que CREDIBANCO por conducto de su revisor fiscal certificó que *"con base en información suministrada por la Administración y el contrato de prestación servicios de transporte de mensajes cortos de texto de SMS No. 20709"* que dicho *«documento no hace referencia dentro del contenido del contrato a la gestión operativa de reclamos "PQRS"»*⁵⁵; por su lado, COMCEL identifica esta facilidad como uno de los ítems necesarios dentro del conjunto de servicios que se proveen a CREDIBANCO *"para soportar servicios financieros, cuyos precios no son sujetos a regulación de la CRC."*⁵⁶

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la gestión operativa de reclamos, según lo contempla la regulación vigente⁵⁷, comporta un servicio adicional, no esencial a la relación de acceso; ello en la medida en que el servicio puede ser atendido o bien por el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones con quien se tiene la relación de acceso, por un tercero, o directamente por el proveedor de contenidos y aplicaciones. Así, para la prestación y consecuente cobro de este servicio adicional en el caso en concreto, resulta indispensable que las partes hayan convenido su prestación, no siendo viable, por lo tanto, que una de las partes decida unilateralmente hacerlo.

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

A este respecto, esta Comisión reitera que en el contrato suscrito entre las partes, junto con sus diversos otrosí, que recoge las condiciones y términos sobre los cuales se estructuró la relación de relación de acceso que se encuentra en funcionamiento, no se involucraron tales servicios de gestión operativa de reclamos.

En tal sentido, esta Comisión observa que dentro del presente trámite administrativo no obra prueba alguna que demuestre que la activación de los servicios de gestión operativa de reclamos a la que alude COMCEL, fuera convenida con CREDIBANCO, por lo que dada la naturaleza del servicio de gestión operativa de reclamos, los mismos sólo pueden ser prestados previo acuerdo entre las partes⁵⁸, so pena de omitir el cumplimiento de la ley y la regulación sobre este tema.

De acuerdo con lo anterior, corresponde a la CRC determinar que con ocasión de la relación de acceso, las partes involucradas en esta actuación deben aplicar los valores señalados por remisión al Artículo 4.3.2.10 del Capítulo 3 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016 y aquellas normas que lo modifiquen o sustituyan, y en todo caso de conformidad con las reglas complementarias previstas en el artículo 4.2.7.1. de la misma resolución que rodean la aplicación de tales valores.

6 FECHA DE REMUNERACIÓN DE LA RED DE COMCEL

En lo que tiene que ver con la fecha a partir de la cual debe darse aplicación a los valores a los que remite el Artículo 38 de la Resolución CRC 3501 de 2011 (hoy compilado en el Artículo 4.2.7.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016), debe notarse que dicha norma estableció que aquellos acuerdos que a la entrada en vigencia de dicha disposición, contemplen condiciones de remuneración por el uso de las redes móviles a través de mensajes cortos de texto (SMS), que *"sean superiores a los topes regulatorios a los que hace referencia el presente artículo, deberán reducirse a dichos topes."*

⁵⁵ Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 188.

⁵⁶ Denomina el servicio como "GESTIÓN OPERATIVA DE RECLAMOS (PQR)" y lo describe como el "Manejo de las reclamaciones en respuesta al usuario final y trámite con el PCA." Expediente Administrativo 3000-86-5. Folio 149.

⁵⁷ Capítulo 9, Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016.

⁵⁸ **Artículo 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES.** "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."

De esta forma, la citada disposición, determinó como supuesto de hecho de la norma para la aplicación de los valores allí referenciados, la existencia en los contratos en ejecución de valores pactados por encima de los topes regulatorios al momento de su entrada en vigencia, para que se desate inmediatamente la consecuencia jurídica que consiste en la reducción de los valores pactados hasta los topes regulados. Las disposiciones contenidas en el Artículo 38 de la Resolución CRC 3501, se encuentran vigentes desde el 14 de abril de 2014, como consecuencia de la publicación en el Diario Oficial de la Resolución CRC 4458 de 2014 que adicionó esa disposición a la Resolución CRC 3501, por lo que la remuneración en comento debe darse, de acuerdo con lo dispuesto en la regulación, desde la publicación de dicha medida, aplicando posteriormente y desde la fecha de publicación en el Diario Oficial, las modificaciones introducidas en esta materia a su turno por la Resolución CRC 4660 del 31 de diciembre de 2014, la Resolución CRC 5108 del 23 de febrero de 2017, y las que a futuro regulen, modifiquen o sustituyan aquellos valores máximos previstos como cargos de acceso para remunerar la utilización de redes móviles por el tráfico de SMS.

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

*"La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual."*⁵⁹ (NFT).

Lo anterior implica que la relación material de acceso existente entre CREDIBANCO y COMCEL está afecta a la decisión adoptada por la regulación vigente desde la expedición de la Resolución CRC 4458 de 2014, que modificó la Resolución CRC 3501 de 2011, y que produjo efectos, como ya se anotó, desde el 14 de abril de 2014, así como de los subsiguientes actos administrativos de carácter general a los que se hizo referencia que fueron expedidos con posterioridad. Así, son dichos actos los que han tenido la virtud de producir el efecto jurídico sobre la relación de acceso objeto de análisis, situación que simplemente es reconocida en el presente acto administrativo. Lo anterior no implica la existencia de un efecto retroactivo del acto, pues sus efectos se producen a futuro desde la publicación en el Diario Oficial de la citada Resolución CRC 4458 de 2014.

Finalmente, se recuerda que la decisión adoptada en la presente resolución se define sin perjuicio de las medidas que pueda imponer el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones u otras entidades del Estado, en el marco de sus competencias de inspección, control y vigilancia, en el caso concreto, ante un presunto incumplimiento de las reglas complementarias establecidas en el Artículo 4.2.7.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016 [que compiló el Artículo 38 de la Resolución 3501 de 2011], para la efectiva aplicación de los valores a los que allí se hace alusión, a efectos de lo cual se remitirá la presente resolución, así como el Expediente Administrativo No. 3000-86-5 al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lo de su competencia.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Constatar la existencia de una relación material de acceso entre CREDIBANCO S.A. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

PARÁGRAFO. La remuneración por el acceso y uso de la red de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. para el envío y recepción de mensajes de texto asociados a notificaciones a cargo de CREDIBANCO S.A., debe darse, desde el 14 de abril de 2014, fecha de la publicación en el Diario Oficial de la Resolución CRC 4458 de 2014 que adicionó el Artículo 38 a la Resolución CRC 3501 de 2011, actualmente compilado en el Artículo 4.2.7.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016, de conformidad con las reglas de aplicación y los valores a los que hace referencia dicho artículo y sus respectivas modificaciones, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

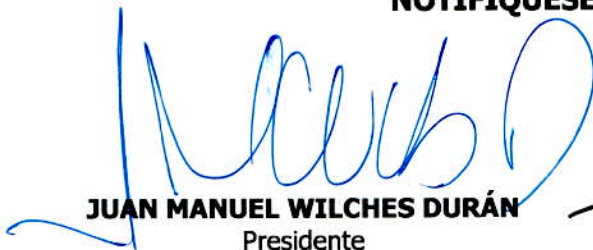
⁵⁹ Ver, Corte Constitucional, sentencia C-096 de 1995, Magistrado Ponente. Dr. Hernando Herrera Vergara.

ARTÍCULO SEGUNDO. En atención a lo expuesto en el párrafo del Artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, remitir copia de la presente resolución, así como del Expediente de la actuación administrativa a la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, para lo de su competencia.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente la presente Resolución a los representantes legales de CREDIBANCO S.A. y de COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A. o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma procede el recurso de reposición, dentro de los (10) días siguientes a su notificación.

Dada en Bogotá D.C., a los **10 ENE 2019**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN MANUEL WILCHES DURÁN
Presidente


CARLOS LUGO SILVA
Director Ejecutivo

Expediente Administrativo 3000-86-5

S.C. 28/12/18 Acta 369
C.C. 14/12/18 Acta 1185

Revisado por: Lina María Duque – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias.
Elaborado por: David Agudelo Barrios – Líder proyecto