

RESOLUCIÓN No. **5216** DE 2017

*"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A., y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** contra la Resolución CRC 5156 de 2017"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

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

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CRC 5156 del 8 de junio de 2017, esta Comisión resolvió el conflicto surgido entre **REDEBAN MULTICOLOR S.A.**, en nombre propio y en representación de **BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A.**, (en adelante **REDEBAN & OTROS**), y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** (en adelante **COLOMBIA MÓVIL**), relacionada con la determinación de las condiciones de remuneración por la utilización de la red de **COLOMBIA MÓVIL** cuando cursan mensajes cortos de texto.

El 12 de junio de 2017, mediante notificación personal, se le dio a conocer el contenido de la Resolución CRC 5156 de 2017 a **REDEBAN & OTROS**, y mediante diligencia de notificación por aviso de fecha 20 de junio de 2017 se le dio a conocer el contenido de la misma resolución a **COLOMBIA MÓVIL**.

Dentro del término previsto para tales efectos, **REDEBAN & OTROS** interpuso recurso de reposición contra la mencionada Resolución, según comunicación con radicado interno 201731857 del 28 de junio de 2017¹, y de la misma manera lo hizo **COLOMBIA MÓVIL**, mediante comunicación de radicado interno número 201731967 del 7 de julio de 2017².

Teniendo en cuenta que los recursos de reposición interpuestos tanto por **REDEBAN & OTROS** como por **COLOMBIA MÓVIL** cumplen con lo dispuesto en los artículos 76³ y 77⁴ del Código de

¹ Obrante en folios 288 a 291 del expediente administrativo No. 3000- 92-532.

² Obrante en folios 292 a 296 del expediente administrativo No. 3000- 92-532.

³ **Artículo 76. Oportunidad y presentación.** Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.

⁴ **"Artículo 77. Requisitos.** Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos. Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los mismos deberán admitirse y se procederá con su respectivo estudio, siguiendo para el efecto el mismo orden propuesto por los recurrentes.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2897 de 2010, debe mencionarse que el presente acto administrativo no requiere ser informado a la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de un acto de carácter particular y concreto al que hace referencia el numeral 3 del artículo antes citado.

2. RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS

2.1 ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR COLOMBIA MÓVIL

COLOMBIA MÓVIL solicita a la CRC que se modifique la decisión adoptada en el artículo segundo de la Resolución 5156 de 2017, en el sentido que se aplique la remuneración fijada para los elementos de red adicionales, desde el 14 de abril de 2014 y no desde la ejecutoria de dicho acto administrativo. Pretende el recurrente que la presente resolución revoque parcialmente el acto administrativo objeto de recurso, en su artículo segundo, argumentando que:

"1. Los elementos de red adicionales no contemplados por la CRC en el modelo o estudio para establecer la tarifa regulada siempre han existido en la prestación del servicio.

2. Establecer que la remuneración de los elementos de red adicionales será aplicable a partir de la ejecutoria de la Resolución 5156 de 2017 es desconocer que los mismos han estado presentes en la prestación del servicio y, por ende desconocer que Colombia Móvil debió hacer una inversión y mantenimiento de los mismos para poder prestar el servicio requerido y contratado por Redeban y Otros, lo que se traduce en:

- a. Un claro enriquecimiento sin justa causa a favor de Redeban y Otros.*
- b. La vulneración del principio de costos eficientes y,*
- c. La pérdida de la función del regulador en la determinación de precios como quiera que no se promueve el incentivo y la confianza para desarrollar y mantener la infraestructura necesaria para proveer el servicio"*

Para efectos de revisar los argumentos expuestos por el recurrente, la CRC procede a resumirlos bajo el mismo orden presentado, de la siguiente manera:

Respecto del enriquecimiento sin causa, el recurrente indica que el hecho que el modelo de costos que utilizó la CRC para la determinación del precio de los cargos de acceso no tuviera en cuenta la totalidad de los elementos de red "exclusivos" en la prestación del servicio de banca móvil, no puede implicar que la remuneración de dichos elementos adicionales sea a partir de la ejecutoria de la Resolución CRC 5156 de 2017 y no desde el 14 de abril de 2014, atendiendo a que los mismos siempre han estado presentes en la prestación del servicio. En este sentido, señala que esta situación genera el reconocimiento de un valor a favor de **REDEBAN & OTROS** sin que exista justificación.

En suma, el recurrente manifiesta que permitir con fundamento en la tesis general del acto administrativo y que **REDEBAN & OTROS** no paguen desde el 2014 los elementos de red necesarios y exclusivos para la prestación del servicio de banca móvil, le genera un enriquecimiento sin justa causa y un empobrecimiento en el patrimonio de **COLOMBIA MÓVIL** teniendo en cuenta la inversión en infraestructura y en su mantenimiento, lo cual no es remunerado bajo el cargo de acceso fijado por la regulación para el servicio.

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido. 2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad. 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer. 4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

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

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

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

En razón a lo anterior, solicita el recurrente que la CRC analice nuevamente el momento a partir del cual se deben remunerar los elementos adicionales en la prestación del servicio de banca móvil, los cuales siempre han estado presentes en la prestación de dicho servicio.

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de uso eficiente de la infraestructura -costos eficientes, **COLOMBIA MÓVIL** señala que, de conformidad con los numerales 4.3 y 4.4 del artículo 4 de la Resolución CRC 3101 de 2011, la remuneración de la infraestructura para la prestación del servicio debe ser a costos eficientes, incluyendo todos los costos de oportunidad de los PRST en aras de garantizar una utilidad razonable. Lo anterior, a juicio del recurrente, resulta contrario al desconocimiento del deber de pago de los elementos de red adicionales en la prestación del servicio de banca móvil a partir del 14 de abril 2014 por parte de **REDEBAN & OTROS**, dado que dichos elementos siempre han estado presentes en la prestación del mencionado servicio, pero no fueron contemplados por la CRC al momento de regular de manera general el valor del cargo de acceso. En línea con lo anterior, señala **COLOMBIA MÓVIL** que el desconocimiento de estos valores a su favor conlleva a una pérdida que supera los trescientos millones de pesos (\$300.000.000).

Manifiesta adicionalmente que la disposición contenida en el numeral 4.4. del artículo 4 en mención, según la cual "(...) no se debe pagar por elementos o instalaciones de red que no se necesiten para la prestación de los servicios", debe ser interpretada en su sentido negativo y positivo, esto es, que no se debe pagar por lo que no se encuentre asociado a la prestación del servicio, así como también se debe pagar en todo momento por aquello que se encuentre asociado a dicha prestación.

Indica **COLOMBIA MÓVIL** que la CRC no puede confundir su función como regulador al expedir una norma de carácter general, con su función de solución de controversias, puesto que en el último caso resuelve una situación de carácter particular, decisión que no puede encontrarse limitada al momento de expedición del respectivo acto administrativo, pues considera que esto podría vulnerar los principios generales y orientadores del sector TIC, así como la función de resolución de conflictos.

Finalmente, **COLOMBIA MÓVIL** sostiene que el acto recurrido incurre en falsa motivación, recordando que la misma se presenta cuando los hechos que sustentan una decisión de la administración no existieron, o no se presenta una concordancia entre la realidad fáctica con la analizada por parte de la Entidad, lo cual afirma se traduce en una expedición irregular del acto administrativo. Específicamente respecto del acto recurrido, señala **COLOMBIA MÓVIL** que se presenta una falsa motivación en tanto, "*pese a que se encuentra probado y demostrado en el expediente que los elementos de red adicionales siempre han estado presentes y de manera exclusiva en la prestación del servicio de Banca Móvil y que, además la remuneración sobre los mismos corresponde a \$1.55 según el modelo de costos de la CRC y que pese a ello Colombia Móvil solo exigió \$1.10 por cada mensaje de texto, sólo se reconoce desde la ejecución del acto administrativo recurrido lo que claramente desconoce la realidad expuesta en el expediente y la realidad económica del negocio*"

2.1.1 CONSIDERACIONES DE LA CRC

En relación con lo expuesto por el recurrente en su recurso, resulta importante tener en cuenta que cuando la CRC actúa en ejercicio de sus competencias de solución de controversias, lo hace mediante la expedición de actos administrativos, los cuales deben responder al principio de irretroactividad, es decir que sus efectos solo pueden producir efectos hacia el futuro, como lo ha explicado el propio el Consejo de Estado en Sentencia 1294 del 07 de septiembre 2000, donde señaló:

"Tanto nuestro ordenamiento jurídico, como nuestra doctrina y jurisprudencia, acogen el criterio general de que los actos administrativos tienen efectos hacia el futuro, con fundamento en el principio de la seguridad jurídica, que busca ante todo brindar la certeza y estabilidad de las situaciones jurídicas existentes".

La Corte Suprema de Justicia también se refirió a este asunto indicando que, la excepción a la aplicación irretroactiva, debía provenir directamente de la ley:

"El principio general que informa nuestra legislación positiva es el que las leyes han de tener efecto de aplicación para lo porvenir y no para el pasado, a menos que el legislador expresamente diga lo contrario, lo que equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La

irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencialmente en serios motivos de conveniencia y seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico”⁵.

Los anteriores pronunciamientos dejan ver que la petición de **COLOMBIA MÓVIL**, pretende que un acto administrativo particular y concreto declare hacia el pasado el pago por los elementos adicionales a los contemplados en la regulación general vigente por el cargo de acceso en la prestación del servicio de banca móvil, lo cual supondría la aplicación de manera retroactiva del acto administrativo de contenido particular objeto de recurso; el cual es un acto de carácter constitutivo respecto de la definición de la remuneración de dichos elementos.

Ahora bien, sobre lo indicado por **COLOMBIA MÓVIL** en relación con que los elementos adicionales siempre han estado presentes en la prestación del servicio de Banca Móvil, pero no fueron contemplados por la CRC al momento de regular de manera general el valor del cargo de acceso, es de mencionar que tal y como se indicó en el acto administrativo recurrido, el proyecto regulatorio que culminó con la expedición de la Resolución CRC 4458 de 2014 determinó el alcance y objetivo de la definición de la remuneración por vía general, acotándolo al tramo de uso de la red para la entrega de SMS al usuario final y dejando claro que, de existir elementos adicionales, los mismos deberían ser definidos por las partes adelantando para el efecto el trámite de negociación directa.

Al respecto, el documento de respuestas a comentarios⁶ que acompañó la expedición de la Resolución CRC 4458 de 2014, 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 cuanto 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". (Negrillas fuera del texto)*

Claro lo anterior, resulta necesario indicar que el hecho que esta Comisión, ante la ausencia de un acuerdo entre las partes, no pueda reconocer a partir del 14 de abril 2014 el pago correspondiente a los elementos de red adicionales a los contemplados por el valor del cargo de acceso regulado, no implica, como ya se mencionó, que desconozca que los mismos han estado presentes durante el tiempo en que se ha venido prestando el servicio y que **REDEBAN & OTROS** debe remunerarlos.

Así las cosas, y dado que la CRC en el numeral 5.2 de la Resolución objeto de recurso expuso el desarrollo del modelo de costos que sirvió de referencia para fijar el valor eficiente que debe ser cobrado por los elementos de red adicionales atribuibles al servicio de banca móvil prestado por **REDEBAN & OTROS** sobre la red de **COLOMBIA MÓVIL**, no resulta válido afirmar que en este caso no se tienen en cuenta los costos eficientes que deben ser remunerados, más aun cuando el valor final adoptado por la Comisión correspondió al declarado por **COLOMBIA MÓVIL** como el valor eficiente en el proceso de negociación directa con **REDEBAN & OTROS**.

Finalmente, vale la pena señalar que la Resolución 5156 de 2017 reconoce los costos eficientes que deben ser tenidos en cuenta por las partes para la remuneración de los elementos adicionales, en línea con los numerales 4.3 y 4.4 del artículo 4 de la Resolución CRC 3101 de 2011, pero a partir de la ejecutoria de la resolución recurrida y no de manera retroactiva, dadas las razones expuestas en el presente numeral.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 24 de 1976.

⁶ Sección 2.5 "Aspectos que cubre el precio regulado". Disponible para consulta en https://www.crcom.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2014/Actividades_Regulatorias/BancaMovil/Respuesta_ComentariosSFM.pdf

Teniendo en cuenta lo anterior, el cargo planteado por el recurrente no tiene vocación de prosperar.

2.2 ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR REDEBAN & OTROS

En el recurso de reposición interpuesto, **REDEBAN & OTROS** se refiere a dos temas puntuales, a saber: **(i)** la procedencia o no del reconocimiento del valor de dinero en el tiempo; y **(ii)** la contraprestación por las denominadas "transacciones administrativas".

Es así como **REDEBAN & OTROS** solicita aclarar y modificar la Resolución CRC 5156 de 2017 respecto de dichos temas, para lo cual presenta sus peticiones de la siguiente forma:

"1. En cuanto a la procedencia o no del reconocimiento del valor del dinero en el tiempo.

1.1 Sírvase pronunciarse respecto de si la CRC es o no competente para fijar lo correspondiente al valor del dinero en el tiempo para las cantidades que resulten a favor de REDEBAN"

1.2 En caso afirmativo sírvase pronunciarse respecto del siguiente asunto materia del conflicto al que se refiere la resolución recurrida: La procedencia o no del reconocimiento del valor del dinero en el tiempo respecto del servicio de bolsa de mensajes.

1.3 En caso de que la CRC considere que sí es competente, sírvase declarar que procede tal reconocimiento del valor en el tiempo y que, como consecuencia, COLOMBIA MÓVIL deberá restituir a REDEBAN las sumas de dinero pagadas de más y, adicionalmente, el reconocimiento del valor de dinero en el tiempo.

1.4 En caso de que la CRC considere que no es competente pronunciarse respecto de si es o no competente para fijar lo correspondiente al valor de dinero en el tiempo para las cantidades que resulten a favor de REDEBAN, sírvase modificar la resolución recurrida en el sentido de excluir todo pronunciamiento sobre la procedencia o no de intereses remuneratorio o moratorios.

2. En cuanto a la contraprestación por las denominadas "transacciones administrativas"

2.1 Sírvase declarar, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo primero de la resolución recurrida, que los valores pactados entre las partes para las denominadas "transacciones administrativas a \$0.00 cumplen para el componente de SMS "con lo previsto en la regulación vigente, conforme a la aplicación de valores de cargos de acceso", por tratarse dicho valor expresado en la regulación de un tope.

2.2 Sírvase declarar que el valor \$0.00 deberá agregarse en todo caso el valor de \$1.10 por cada SMS, correspondiente a los elementos adicionales de banca móvil.

2.3 Sírvase declarar que la obligación de REDEBAN consistente en pagar por concepto de las "transacciones administrativas" solo rige a partir de la ejecutoria de la presente resolución, debiendo aplicarse antes de dicha ejecutoria lo pactado verbalmente o por escrito"

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

2.2.1 Respetto de la procedencia o no del reconocimiento del valor del dinero en el tiempo

En primer lugar, el recurrente manifiesta que mediante la Resolución CRC 5156 de 2017, la CRC se pronunció respecto de un asunto que no es objeto del conflicto, esto es la procedencia de intereses, y no resolvió el asunto relacionado con el reconocimiento del valor de dinero en el tiempo el cual es uno de los cinco temas en que se centra la controversia con **COLOMBIA MÓVIL**.

Por otra parte, indica que las sumas que debe restituir **COLOMBIA MÓVIL** a **REDEBAN & OTROS** están relacionadas con el no cumplimiento oportuno de la regulación, y no son consecuencia de un

contrato comercial. Es así como señala que dichas sumas corresponden a los pesos pagados de más por **REDEBAN & OTROS** desde el 2014, año en el cual **COLOMBIA MÓVIL** debía ajustarse a los valores regulados de cargos de acceso para SMS.

Para reforzar su argumento, el recurrente señala que uno de los principios de la regulación de la CRC es mantener el valor de dinero en el tiempo a través de los factores de actualización monetaria, pues de no ser así se generaría un incentivo a no aplicar de manera inmediata la regulación general de la CRC, hasta que se resuelva un conflicto particular.

Finalmente, afirma sobre este punto que las sumas adicionales que cobró **COLOMBIA MÓVIL** a **REDEBAN & OTROS** deberán ser restituidas a este último por lo menos con el reconocimiento del valor del dinero en el tiempo.

2.2.2 Respetto a la contraprestación por las denominadas "transacciones administrativas"

Frente a este aspecto, el recurrente señala que de conformidad con el artículo tercero del acto administrativo objeto de recurso, en el caso de las denominadas "transacciones administrativas" deberá darse observancia a lo previsto en la regulación vigente, dando aplicación a los valores de cargos de acceso, y sumando a dicho concepto el valor por elementos adicionales.

En línea con lo anterior, manifiesta que *"respecto de la aplicación de la regulación vigente, la CRC corroboró en el artículo primero que: "los valores a los que se refiere el artículo 21 de la Resolución CRC 4458 de 2014, el cual fue compilado en el artículo 4.2.7.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 son topes tarifarios"*

Por lo anterior, el recurrente solicita que la CRC declare que los valores en \$0.00 pactados entre las partes para las denominadas "transacciones administrativas", cumplen para el componente de SMS con lo previsto en la regulación vigente, conforme a la aplicación de los valores de cargos de acceso, por corresponder dicho valor a un tope tarifario de acuerdo con la regulación de esta Entidad.

Adicionalmente pretende el recurrente que la CRC declare mediante el acto administrativo que resuelva el recurso interpuesto, que la obligación de **REDEBAN & OTROS** del pago de las sumas asociadas al concepto de "transacciones administrativas" solo rige a partir de la ejecutoria de la respectiva Resolución, por lo cual previo a este momento debe aplicarse lo pactado por las partes.

2.2.3 CONSIDERACIONES DE LA CRC

Frente a lo manifestado por **REDEBAN & OTROS** respecto de la procedencia o no del reconocimiento del valor del dinero en el tiempo, en primer lugar es de recordar que tal y como se mencionó en la Resolución 5156 de 2017, pese a que **REDEBAN & OTROS** solicitó a esta Comisión pronunciarse respecto a las cantidades y valores a aplicar en cada periodo, en el expediente también quedó probado que no existe divergencia frente a este aspecto⁷ dado que las partes de este trámite administrativo, de manera expresa reconocen que, en este aspecto, los elementos conceptuales se rigen por las conciliaciones previas sobre las cantidades de mensajes y lo previsto en la regulación.

Ahora bien, contrario a lo que afirma el recurrente respecto que esta Entidad, mediante el acto recurrido, se pronunció sobre un asunto que no es objeto del conflicto, esto es, la procedencia o no de intereses, es de recordar que la solicitud de conflicto allegada por **REDEBAN & OTROS** se refiere a determinar los elementos conceptuales para la actualización de los valores adeudados, con el siguiente propósito: *"de ser el caso con dicho pronunciamiento poder focalizar en posterior proceso la materia de intereses del capital resultante"*. Es así como la CRC concluyó que en aras de atender de manera integral la petición presentada, debía pronunciarse respecto de la procedencia o no de intereses, los cuales reconocen la remuneración del dinero en el tiempo.

Por otra parte, en relación con el argumento expuesto por **REDEBAN & OTROS** según el cual uno de los principios de la regulación es mantener el valor del dinero en el tiempo a través de los factores de actualización monetaria, es de mencionar que el reconocimiento de dicho valor atiende a considerar que con ocasión de la inflación a través del tiempo ocurre una pérdida del poder adquisitivo, siendo entonces la corrección monetaria o indexación *"uno de los instrumentos para*

⁷ Tal y como se evidencia en los folios 8 y 129 del expediente 3000-92-532.

*hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, de aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada*⁸.

Dicho lo anterior, la regulación contempla de manera general la forma a través de la cual se debe surtir la actualización de los valores objeto de regulación, de tal suerte que los mismos reconozcan el valor del dinero en el tiempo. En consecuencia, esta Entidad determinó en el artículo 4.3.2.10 de la Resolución CRC 5050 de 2016 que los valores de cargos de acceso para terminación de mensajes cortos de texto (SMS) deben ser actualizados atendiendo el Índice de Actualización Tarifaria (IAT), en los términos del Anexo 4.2. del Título de Anexos de la norma en mención. Así, es claro que la regulación prevé un mecanismo técnico para lograr reconocer el efecto que el paso del tiempo tiene en los valores definidos en la misma, mecanismo al que se hizo clara referencia en el acto objeto de recurso.

De esta manera, no es cierto que la CRC no se haya pronunciado sobre la aplicabilidad del reconocimiento del valor del dinero en el tiempo; dicho reconocimiento está inmerso en el valor del cargo de acceso definido en la regulación por cada SMS cursado, valor que ha de ser actualizado con el IAT. Ahora bien, la determinación de los valores a transferirse entre las partes, corresponderá definirlos a las mismas con fundamento en los criterios y condiciones establecidas en el acto recurrido y en la presente resolución, para lo cual la regulación general vigente previó la conformación y utilización del denominado Comité Mixto de Interconexión, instancia de administración y seguimiento de las relaciones de acceso, uso y/o interconexión.

Por otro lado, frente a lo manifestado por **REDEBAN & OTROS** respecto a la contraprestación por las denominadas "transacciones administrativas", vale la pena mencionar en primera medida que la CRC en el acto recurrido no desconoce en ningún momento la posibilidad que tienen las partes de pactar de mutuo acuerdo valores inferiores a los topes regulatorios establecidos. Es así como la CRC en el acto administrativo recurrido señaló que:

"(...) si bien la tarifa sobre las transacciones en discusión no supera los topes regulatorios previstos, y en efecto las partes de común acuerdo podían pactar, en virtud de la libertad contractual, esquemas de remuneración con valores inferiores a los previstos en la regulación, en este caso en particular resulta claro que existe divergencia entre las partes, y en consecuencia la misma se pone a consideración de la CRC en la presente actuación administrativa".

En línea con lo transcrito anteriormente, es de resaltar que la manifestación de ausencia de acuerdo entre las partes sobre este punto, fue lo que llevó a la CRC a revisar el efecto de la regulación frente al acuerdo suscrito antes de su expedición, así:

*"(...) es importante precisar que las condiciones que regían la relación entre las partes, tanto por acuerdo verbal como por acuerdo escrito, **se vieron modificadas al momento en que el marco regulatorio dio lugar al surgimiento de nuevos elementos que cambiaron el escenario jurídico en que se enmarcaban los acuerdos entre las partes.** A partir de lo anterior, surgió una divergencia que dio lugar al desaparecimiento del segundo requisito de validez de los contratos, referente al consentimiento o acuerdo de voluntades libre de vicio, toda vez que en la presente actuación administrativa las partes manifiestan la actual ausencia de acuerdo de voluntades sobre el punto acordado verbalmente.*

Teniendo claro lo anterior, esta Comisión deberá intervenir sobre el asunto que le ha sido puesto en conocimiento por voluntad propia de las partes, con el fin de lograr resolver la discrepancia y pronunciarse en el marco de la regulación vigente" NFT.

Así las cosas, si bien el valor pactado por las partes en un momento de la relación contractual es inferior al tope regulatorio establecido por la CRC, y dicha práctica está expresamente permitida por el Parágrafo Segundo del artículo 38 de la Resolución 4458 de 2014, **REDEBAN & OTROS** no puede desconocer que dicho acuerdo fue logrado antes de la expedición de la regulación general y que entre las partes es claro el desacuerdo sobre este punto¹⁰ en la solicitud de solución de controversias

⁸ Sentencia T 007 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretel Chaljub.

⁹ Resolución 4458 de 2014, artículo 38, parágrafo segundo.

¹⁰ La ausencia de acuerdo se puede evidenciar en folios 7 y 127 del expediente 3000-92-532.

presentada a esta Comisión, el cual desencadenó en el pronunciamiento emitido por esta Entidad en la Resolución CRC 5156 de 2017.

Al respecto, vale la pena traer a colación que **COLOMBIA MÓVIL** fue enfático en que, si la pretensión de **REDEBAN & OTROS** consiste en cambiar el modelo de tarifa contractual por la tarifa regulada y las condiciones aplicables a una relación de acceso, entonces el escenario a aplicar sería la conciliación de tráfico de SMS, y dado el caso que la CRC admitiera la combinación de escenarios, el cobro de las transacciones debería sujetarse a lo indicado en el contrato, es decir, efectuándose el pago por las transacciones administrativas.

Así, mal podría decirse que las condiciones pactadas antes de la expedición de la regulación general se mantuvieron inmutables en este aspecto, pues, la controversia sometida a consideración de la CRC, precisamente pretendía la aplicación de la regulación vigente a toda la relación de acceso existente entre los proveedores parte del presente trámite administrativo, esto es, a todos los SMS cursados en el desarrollo de la misma y, no, una aplicación parcial de la regulación, que versara única y exclusivamente sobre aquellos aspectos que resultaran del interés de una sola de las partes.

Finalmente, en relación con la pretensión de **REDEBAN & OTROS** según la cual solicita a la CRC que declare mediante el presente acto administrativo que la obligación del pago de las sumas asociadas al concepto de "transacciones administrativas" solo deben regir a partir de la ejecutoria de la Resolución CRC 5156 de 2017, y en consecuencia debe aplicarse lo pactado por las partes antes de la misma; es importante mencionar que dicha solicitud pretende que la CRC inaplique la regulación de carácter general vigente, la cual resulta imperativa tanto para los proveedores parte del presente trámite administrativo, como para la propia CRC.

De esta forma, acceder a la petición del recurrente implicaría desconocer que la remuneración de la provisión de SMS, debe darse desde el 14 de abril de 2014, según lo indicado textualmente en el artículo 4.2.7.1 del Capítulo 2 del Título 4 de la Resolución CRC 5050 de 2016, que dispone que la remuneración por la utilización de la red de los proveedores de redes y servicios móviles, en relación con la provisión de SMS, debe atender a los valores de cargos de acceso máximos vigentes, asunto explicado en el acto recurrido cuando se señaló que las condiciones acordadas entre los proveedores parte de este trámite, "*se vieron modificadas al momento en que el marco regulatorio dio lugar al surgimiento de nuevos elementos que cambiaron el escenario jurídico en que se enmarcaban los acuerdos entre las partes*".

Por las razones expuestas, los cargos propuestos no tienen vocación de prosperar.

En razón de lo expuesto, esta Comisión

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A.**, contra la Resolución CRC 5156 del 8 de junio de 2017.

ARTÍCULO SEGUNDO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, contra la Resolución CRC 5156 del 8 de junio de 2017.

ARTÍCULO TERCERO. Negar todas las pretensiones de **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A.** por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes la resolución recurrida.

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

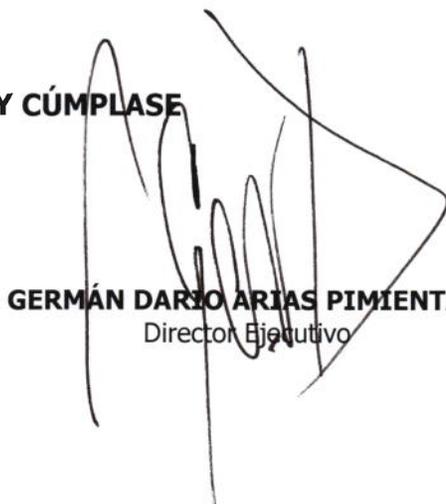
ARTÍCULO QUINTO. Notificar personalmente la presente Resolución a los representantes legales de **REDEBAN MULTICOLOR S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., BANCO CAJA SOCIAL S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, o a quienes hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndoles que contra la misma no procede recurso alguno.

Dada en Bogotá D.C. a los **06 SEP 2017**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA
Presidente



GERMÁN DARIO ARIAS PIMIENTA
Director Ejecutivo

Expediente 3000-92-532
C.C. 14/08/2017 Acta 1110
S.C. 24/08/2017 Acta 354

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