



RESOLUCIÓN No. **6335** DE 2021

*“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** en contra de la Resolución CRC 6217 de 2021”*

LA SESIÓN DE COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

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

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CRC 6217 del 11 de marzo de 2021, la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC puso fin al trámite de solución de controversias iniciado por solicitud de **HABLAME COLOMBIA S.A. E.S.P.**, en adelante **HABLAME**, en contra de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, en adelante **COLOMBIA MÓVIL**, relacionado con la limitación de envío de SMS por segundo.

El 12 de marzo de 2021, la CRC notificó la Resolución CRC 6217 de 2021 tanto a **HABLAME** como a **COLOMBIA MÓVIL** y, dentro del término previsto para tales efectos, **COLOMBIA MÓVIL** presentó recurso de reposición mediante comunicación con radicado interno 2021803791 del 29 de marzo de 2021, mientras que **HABLAME** no interpuso recurso alguno.

De acuerdo con lo anterior, **COLOMBIA MÓVIL** mediante escrito de fecha 29 de marzo de 2021, radicado bajo el número 2021803791 interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRC 6217 del 11 de marzo de 2021, solicitando la modificación de la decisión adoptada mediante la Resolución recurrida. En su recurso, **COLOMBIA MÓVIL** remitió las siguientes pruebas:

- Carta de **COLOMBIA MÓVIL** dirigida a **HABLAME**, en la que informa los resultados de las pruebas que realizaron en la plataforma del PRST.
- Respuesta de GLOBAL WAVENET a consulta técnica hecha por **COLOMBIA MÓVIL** respecto de las funcionalidades relativas al establecimiento de TPS con que cuenta la red propiedad de este operador.

Teniendo en cuenta que el recurso de reposición interpuesto por **COLOMBIA MÓVIL** cumple con lo dispuesto en los artículos 76¹ y 77² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, se le dará el trámite correspondiente, como se evidenciará en la parte resolutive del presente acto administrativo, y se procederá con su respectivo análisis de fondo.

Mediante radicado 2021509772 del 14 de mayo de 2021 en aras de preservar el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de comunidad de la prueba, la comisión trasladó a **HABLAME** las pruebas aportadas por **COLOMBIA MÓVIL**.

HABLAME en comunicación con radicado 20212806138 del 21 de mayo de 2021, dio respuesta al oficio de traslado, debatiendo los argumentos dados en el recurso presentado por **COLOMBIA MÓVIL**.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.2.30.4 del Decreto 1074 de 2015, debe mencionarse que el presente acto administrativo no requiere ser informado a la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de un acto de carácter particular y concreto al que hace referencia el numeral 3 del artículo antes citado.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Como se anotó en los antecedentes de la presente resolución, teniendo en cuenta que, con su recurso de reposición, **COLOMBIA MÓVIL** aportó pruebas documentales, esta Comisión corrió traslado de dichas pruebas a **HABLAME** en los términos del artículo 79 del CPACA, para que se pronunciara y pudiera formular sus consideraciones sobre las mismas antes de que se profiera una decisión sobre dicho recurso.

Así, **HABLAME** en la comunicación antes referenciada, presentó las siguientes consideraciones para que las pruebas fueran desestimadas en su totalidad:

- i. En su concepto, **COLOMBIA MÓVIL** "(...) *podía modificar dicha limitante de 20 mensajes por segundo si HABLAME hubiese firmado el contrato pretendido por COLOMBIA MOVIL, donde buscaba una mayor remuneración al cargo de acceso regulado.*"
- ii. En su entender **COLOMBIA MÓVIL** "(...) *pretendió forzar a HABLAME bajo presión, para firmar un contrato y así recibir mayores ingresos al no permitir eliminar la restricción al flujo de mensajes de texto*".

De lo anterior se evidencia que lo expuesto por **HABLAME** no contradice la prueba en sentido estricto, sino que entra a debatir los argumentos y justificaciones plasmadas por **COLOMBIA MÓVIL** en su recurso, siendo que la finalidad del traslado dado por esta Comisión era exclusivamente debatir las pruebas remitidas para poder controvertirlas, situación que no se refleja en el presente caso.

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

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

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

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.

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

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

Así, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 del CPACA el traslado de las pruebas se efectúa para que la otra parte tenga la posibilidad de debatirlas y dicho traslado no tiene como objetivo otorgar la posibilidad de refutar o atacar las consideraciones expuestas por quien haya formulado en tiempo el recurso de reposición, no corresponde a esta Comisión proceder a estudiar los argumentos esgrimidos por **HABLAME** para contradecir las argumentaciones presentadas por **COLOMBIA MÓVIL** en su recurso de reposición; pues hacerlo implicaría desconocer el debido proceso y darle al documento allegado por **HABLAME** el carácter de recurso de reposición, lo cual no es acorde con la realidad, pues el mismo no tiene como objeto contradecir la decisión adoptada.

Atendiendo a la anterior aclaración, la CRC analizará con el valor que la ley le otorga, únicamente las consideraciones expuestas por **COLOMBIA MÓVIL** en su recurso de reposición que, por demás fueron presentadas oportunamente, sin hacer valoración alguna sobre los argumentos y consideraciones presentados por **HABLAME**.

3. PETICIONES Y ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

A partir de los argumentos esgrimidos en su recurso, **COLOMBIA MÓVIL** solicita que se reponga la Resolución CRC 6217 de 2021 en el sentido de modificar la decisión adoptada en dicha resolución.

Para sustentar el recurso de reposición, **COLOMBIA MÓVIL** presenta varios argumentos que serán agrupados, según la materia y el asunto sobre el que versan, en tres cargos, los cuales se describen y resumen a continuación. Luego de la exposición de cada cargo, se presentan las consideraciones de la CRC al respecto.

3.1 CARGO PRIMERO: REITERACIÓN IMPROCEDENCIA DEL CONFLICTO POR TRATARSE DE UNA CONTROVERSIA RESUELTA.

Aduce el recurrente que la situación puesta en conocimiento de la Comisión a través del presente trámite administrativo ya fue decidida por parte del regulador a través de las resoluciones CRC 5817 y 5869 de 2019, donde se decidió que, al existir un acuerdo entre las partes, la situación entre los operadores no era dirimible por parte de la CRC al estar fuera del alcance de sus competencias.

Menciona que en el desarrollo de la relación de acceso objeto del trámite no ha ocurrido ninguna controversia nueva que amerite la intervención de la Comisión, y que **HABLAME** a través de la solicitud de solución de controversias sólo pretende insistir sobre los hechos ya discutidos en las mencionadas resoluciones.

En relación con lo anterior, menciona que la causa, tanto de la solicitud de inicio del trámite que culminó con la expedición de las Resoluciones CRC 5817 y 5869 de 2019, como la de este, tienen origen en los mismos hechos, y que como hechos ya presentados con anterioridad, fueron objeto de análisis a través del anterior trámite ya citado, y que de igual forma lo pretendido por **HABLAME** en ambos trámites es idéntico. Por lo anterior, concluye que mal haría la Comisión en modificar las decisiones ya tomadas en este caso, especialmente cuando las mismas tienen carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, y cuya modificación sólo podría hacerse a través de una revocación directa de esos actos particulares.

Por otro lado, menciona que la relación de acceso que surge entre las partes fue fruto de la aceptación pura y simple de la OBI de **COLOMBIA MÓVIL** por parte de **HABLAME**, cuestión que es conocida en ambos trámites iniciados por **HABLAME**, y que el conflicto tiene como único fin desconocer lo ya acordado por las partes y confirmado en el seno de los CMA's³ celebrados a lo largo de la relación.

Por último, aduce que no es posible aceptar que los acuerdos tienen una vigencia limitada a la posibilidad de manifestar un desacuerdo frente al mismo, y que precisamente, la Comisión verificó la existencia de un acuerdo entre las partes para así tomar una decisión en el trámite anterior al

³ Comité Mixto de Acceso que tiene la función de vigilar el desarrollo de la relación de acceso y servir de mecanismo de arreglo directo de conflictos. Está compuesto paritariamente por representantes del PRST y el PCA.

presente, y mal haría en aceptar, como se hizo en la resolución recurrida, la diferencia expresada por **HABLAME** en relación con el contrato, como motivo suficiente para desconocerlo.

CONSIDERACIONES CRC:

En primer lugar, si bien es cierto que **HABLAME** presentó solicitud para la solución de controversia en relación con la relación de acceso desarrollada con **COLOMBIA MÓVIL**, que terminó con la expedición de las Resoluciones CRC 5817 y 5869 de 2019, también es cierto que en dicha oportunidad esta Comisión en ningún momento tomó una decisión de fondo, y por el contrario rechazó dicho trámite por improcedente, al encontrar que la existencia de acuerdo entre las partes sustrajo el trámite de las competencias asignadas a esta Comisión.

Así, no resulta cierto lo afirmado por **COLOMBIA MÓVIL** en su recurso cuando indica que en la medida en que la CRC ya adoptó decisión de fondo sobre el tema en debate, solo podría intervenir nuevamente si revocara las resoluciones particulares antes referenciadas. Lo anterior se confirma con la simple lectura del artículo 94 de la Ley 1437 de 2011 que establece "*Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, **haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría**, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular*" (NFT).

El supuesto descrito, entonces, no cambia ni crea una situación jurídica, sino todo lo contrario: al rechazar la procedencia de dicho trámite la CRC se abstuvo de intervenir mediante regulación particular en la forma en la que la relación de acceso se había venido desarrollando, y en consecuencia la misma permaneció sin intervención alguna por parte de la Comisión hasta que se presentó una divergencia entre las partes que sí ameritó la intervención del regulador en el acto administrativo objeto de recurso.

Por otro lado, si bien es cierto que ambos trámites administrativos tienen en común algunos de los hechos que los fundamentan, estos no son iguales, pues a pesar de que tienen origen en la misma relación de acceso esto no significa que en el marco de la evolución natural de las relaciones contractuales que tienen origen en contratos de tracto sucesivo no se susciten conflictos regulatorios de distinta índole.

De forma que, para el presente trámite, es necesario recalcar que a través del CMA del 5 de mayo de 2020, fecha que en todo caso es posterior a la terminación del trámite anterior, **HABLAME** presentó una solicitud para la "*Eliminación de la limitación de 20 Transacciones por segundo (TPS) que realiza Tigo, sin cobro adicional para Háblame por aumento en las TPS*"⁴, donde no fue posible llegar a un acuerdo sobre el particular. Así, es evidente que, en relación con el presente trámite, existen hechos nuevos, posteriores a la decisión de rechazo sustentada en la existencia de acuerdo, que evidenciaron la existencia de un verdadero conflicto, no resuelto directamente por los proveedores parte de este trámite administrativo, que activa la competencia contenida en la ley.

En este punto, es importante recordar que el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, establece que corresponde a la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la CRC, "*Resolver las controversias, en el marco de sus competencias, que se susciten entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora. Ningún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, así como el principio de la libre competencia*". Así, ante la existencia de controversia, la CRC debe resolver esta, al punto, que según la propia ley ningún acuerdo entre las partes tiene la suficiente entidad para vaciar la competencia de la Comisión de solución de controversias.

Es decir, la intervención de la Comisión en el presente trámite no se extralimita, y por el contrario se ejerce en desarrollo de las competencias asignadas por la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, pues su intervención se presentó solo cuando se constató un desacuerdo respecto a las condiciones definidas por las partes en torno al no cobro de cargos adicionales por aumentar las transacciones por segundo, y en torno a que no se requerirían recursos adicionales por el mencionado aumento.

⁴ Expediente administrativo 3000-32-13-4, Solicitud de trámite. Acta CMA del 05 de mayo de 2020.

Por último, en lo relativo a la mención de que el único fin pretendido por **HABLAME** en el presente trámite es desconocer lo ya acordado en el contrato, y que la vigencia de los contratos está limitada a la posibilidad de manifestar un desacuerdo frente al mismo, pierde de vista que el propio **COLOMBIA MÓVIL** en diferentes relaciones de acceso, uso e interconexión⁵ ha acordado algunas condiciones, respecto de las cuales se presentan variaciones y discusiones a lo largo de las mismas, que han implicado la intervención del regulador en sede de solución de controversias. Si tal situación no fuera connatural al desarrollo de relaciones de acceso, uso e interconexión, el legislador no habría dispuesto dos tipos de funciones distintas a cargo del regulador de telecomunicaciones, como lo son aquellas tendientes a la definición de las condiciones de acceso, uso e interconexión e imposición de la servidumbre respectiva, como la de solución de las controversias que se presenten en desarrollo de dichas relaciones de acceso, uso e interconexión. Precisamente porque las relaciones de esta naturaleza están sometidas a variaciones, la ley contempla la posibilidad de intervenir para dirimir las controversias que se presentan, precisamente por la falta de acuerdo entre las partes.

En este caso, en los actos administrativos invocados por **COLOMBIA MÓVIL**, la CRC no ejerció su función de solución de controversias, porque precisamente constató la ausencia de una controversia, tal como se dejó evidencia en la resolución CRC 5817 de 2019 en la cual se indicó:

"(...) el acuerdo que de manera directa lograron las partes trae como consecuencia que esta Comisión ya no pueda emitir pronunciamiento alguno sobre la solicitud de controversia, pues la materia en discusión ya fue resuelta por mutuo acuerdo entre las partes, lo que llevaría a que la CRC tenga que abstenerse de emitir solución alguna, pues ya no hay objeto sobre el cual proveer. Por lo anterior, esta Comisión deberá rechazar por improcedente el trámite de solución de controversias solicitado por HABLAME contra COLOMBIA MÓVIL, en atención a la extinción de la controversia en el transcurso del trámite que inició esta Comisión".

En este caso, por el contrario, se constató que **HABLAME** adelantó el proceso de negociación directa al manifestar de manera clara que requería la modificación de las condiciones definidas por las partes en relación con el número de TPS a tramitar y el costo de los mismos, y solo ante la falta de acuerdo, la CRC en ejercicio de sus funciones intervino. Lo anterior, teniendo presente que, según lo explicado por la jurisprudencia Constitucional, "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"⁶.

En ese sentido, considerar que al regulador le está vedado analizar las controversias que se generan en desarrollo de las relaciones de acceso, uso e interconexión, contradice lo dispuesto por el legislador y desarrollado por el juez constitucional.

Así, no es dable concluir a través de los argumentos expuestos por el recurrente que esta Comisión no es competente para resolver el trámite propuesto, y en consecuencia se desestima el cargo esgrimido.

3.2 CARGO SEGUNDO: INOBSERVANCIA DE LA PRÁCTICA DE GESTION DE TRÁFICO DE RED DE COLOMBIA MÓVIL.

COLOMBIA MÓVIL argumenta que la decisión de la CRC es completamente desproporcionada y presuntamente deriva en cargas insostenibles para dicho operador, insistiendo en que la CRC desconoce que la limitación de las transacciones por segundo (TPS) que configuró **COLOMBIA MÓVIL** es una verdadera práctica de gestión de tráfico que previene el desbordamiento de la capacidad de la red, permitiéndole al operador administrar su recurso de forma eficiente.

En su argumentación **COLOMBIA MÓVIL** afirma que, con la finalidad de prevenir encolamientos y colapsos, este operador entiende como herramienta válida la limitación de las TPS para

⁵ Expediente Administrativo 3000-4-2-432 Conflicto Interconexión **COLOMBIA MÓVIL** – AVANTELE; Expediente Administrativo 3000-4-2-480 Conflicto Instalaciones Esenciales **COLOMBIA MÓVIL** – EMCALI, Expediente Administrativo 3000-86-4 Conflicto **COLOMBIA MÓVIL** – ETB

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2011.

administrar el tráfico de su red, y que además según **COLOMBIA MÓVIL**, en la resolución recurrida la misma CRC reconoce de manera indirecta que limitar la cantidad de TPS es de hecho un mecanismo para gestión de la red, teniendo en cuenta lo siguiente:

"si bien ha reconocido en sus pronunciamientos las limitaciones técnicas existentes para el envío de mensajes de texto SMS a través de cuentas SMPP y permite a los PRST que realicen gestión del tráfico con el fin de asegurar la integridad de sus plataformas y el envío de la totalidad de mensajes enviados por el PCA, esto no implica que los PRST puedan arbitrariamente limitar la cantidad de TPS cuando esto no obedece a ejercicios de gestión de red, utilizados para asegurar el buen funcionamiento de la red del PRST."

De igual manera, **COLOMBIA MOVIL** indica que acogiendo la disposición de la CRC en la Resolución CRC 5404 de 2018, mediante la cual se aprobó el contenido de la Oferta Básica de Interconexión de dicho operador, el mismo no realiza la administración y gestión del tráfico SMS de forma arbitraria, ya que considera que dicha disposición lo faculta para fijar limitaciones en la cantidad de mensajes de texto por segundo, siempre y cuando no limite la capacidad de recibir el volumen de mensajes que el PCA⁷ requiere para desarrollar su actividad.

En línea con lo anterior, **COLOMBIA MÓVIL** resalta que en su plataforma SMS cursa tanto el tráfico de los clientes propios, como el de todos los PCA que tienen contrato de acceso vigente y el tráfico derivado de las relaciones de interconexión vigentes. De esta manera, **COLOMBIA MÓVIL** presenta la Ilustración 1 que contiene el tráfico cursado por los PCA's que mostraban un volumen de tráfico de SMS similar al de **HABLAME** para el año 2020.

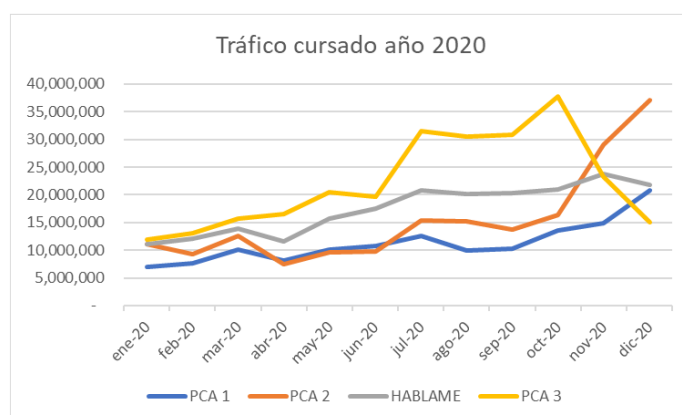


Ilustración 1. Tráfico de SMS cursado en 2020 (Fuente: Radicado 2021803791 Recurso COLOMBIA MÓVIL)

COLOMBIA MÓVIL resalta que todos los PCA's incluido **HABLAME** cuentan con las mismas condiciones contractuales y técnicas, y por tanto, la misma limitante de TPS, lo que para **COLOMBIA MÓVIL** demuestra que la cantidad de TPS establecida es suficiente para soportar el tráfico de SMS, resaltando la importancia que cada PCA realice una adecuada gestión del tráfico desde su propia plataforma, escenario que sigue siendo común al resto de PCA's, con los cuales no se han tenido divergencias o conflictos relacionados con la cantidad de TPS, y por tanto, para **COLOMBIA MÓVIL** no es comprensible que **HABLAME** solicite que el PRST desista de lo que al parecer para este último es su única herramienta de gestión de tráfico.

En línea con lo anterior, **COLOMBIA MÓVIL** indica que la decisión adoptada por la CRC en la resolución recurrida, lo obliga a ir en contra del "*PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN*", debido a que, actualmente **COLOMBIA MÓVIL** ofrece a todos los PCA's la misma condición en cuanto a cantidad de TPS, la cual se encuentra de acuerdo con la capacidad de procesamiento de los equipos de su red.

De igual manera, **COLOMBIA MÓVIL** indica que **HABLAME** no hace el control de su propio tráfico, tal y como si lo hacen otros PCA's, con la intención de "*(...) descargar en COLOMBIA MÓVIL una responsabilidad que es de su exclusiva competencia, exigiendo un trato discriminatorio que no está dado otorgarle ni por virtud de la regulación general del acceso, ni de la regulación particular entre las partes que previamente ya zanjo el asunto, ni mucho menos*

⁷ Proveedor de Contenidos y Aplicaciones: Son agentes responsables directos por la producción, generación y/o consolidación de contenidos y aplicaciones a través de redes de telecomunicaciones.

obligando a COLOMBIA MÓVIL a contrariar lo que la propia CRC le aprobó en la Oferta Básica de Acceso e Interconexión (...)".

Posteriormente, **COLOMBIA MÓVIL** indica que la limitación de TPS no puede ser realizada en línea o sobre el tráfico ya enviado, y tampoco puede realizarse de manera dinámica. Lo anterior, debido que técnicamente no es posible controlar el volumen de tráfico, sin previamente tener definidas las "reglas de gestión", como por ejemplo el "(...) límite de concurrencia en cada una de las cuentas SMPP, y esta no es una herramienta que pueda ser configurada en el momento en que se advierta la congestión (...)", y no respetar dicha regla puede ocasionar el colapso de la plataforma al superar la capacidad de la misma. Por lo anterior, **COLOMBIA MÓVIL** insiste que su definición de parámetros le permite gestionar de manera eficiente los recursos de su red cumpliendo con la gestión de tráfico de mensajes de texto de manera asincrónica, y evitando de esta manera cualquier posible situación de congestión o colapso de la plataforma, lo que le permite asegurar que todo el tráfico recibido es cursado y entregado.

CONSIDERACIONES CRC:

Sea lo primero indicar que, la decisión adoptada en la Resolución CRC 6217 de 2021 se puede analizar en las siguientes dos partes: i) Eliminar la limitación de 20 TPS que presenta la relación de acceso, bajo el entendido que esta limitación no responde al análisis de proyección de tráfico y capacidad de la red, y ii) permitir el establecimiento de un limitante de TPS que responda a las dos variables antes expuestas.

Lo anterior es claro al recordar que tal como se explicó en el numeral 3.2 de la Resolución CRC 5217 de 2021 lo siguiente:

"La Sección 2 del Capítulo 2 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016 establece las obligaciones de los agentes que participan en la provisión de contenidos y aplicaciones en las redes de servicios móviles a través de SMS/USSD. En este sentido, el artículo 4.2.2.1.10 de la citada Resolución indica que es obligación de los PRST "[g]arantizar los volúmenes de tráfico requeridos por los PCA en las proyecciones presentadas, siempre que sea técnica y económicamente viable, en concordancia con lo señalado en numeral 4.2.2.1.2 del ARTÍCULO 4.2.2.1 del CAPÍTULO 2 del TÍTULO IV". Por su parte, el artículo 4.2.2.2 indica que es obligación del PCA "[p]resentar al PRST las proyecciones de tráfico esperado del servicio que se pretende activar en concordancia con lo previsto en los numerales 4.2.2.1.2 y 4.2.2.1.10 del ARTÍCULO 4.2.2.1 del CAPÍTULO 2 del TÍTULO IV".

*De acuerdo con lo anterior, es claro que la relación de acceso debe ser dimensionada de acuerdo con la proyección de tráfico que **HABLAME** requiere activar y las capacidades propias de la red de **COLOMBIA MÓVIL**".*

Así las cosas, debe decirse que la CRC al mencionar que **COLOMBIA MÓVIL** "elimine la limitación **fija** del envío de mensajes SMS de 20 SMS por segundo", hace referencia al **valor fijo** establecido por el PRST antes de cualquier negociación, el cual ha sido evidenciado tanto en el contrato como en el anexo técnico del mismo, toda vez que esto no atiende el dimensionamiento del acuerdo descrito anteriormente.

Por lo anterior, es evidente que la decisión adoptada por la CRC no desconoce que las partes de una relación de acceso deben propender por un correcto dimensionamiento de sus necesidades de red, de manera tal que cada una de las partes intervinientes en el acceso debe cumplir sus obligaciones y en este caso dentro de las obligaciones del PCA está la obligación de realizar proyecciones de tráfico que deben ser presentadas al PRST, contando para esto con los Comités Mixtos de Acceso, los cuales se constituyen como el espacio de administración y seguimiento de la relación de acceso, en los que deben analizarse las necesidades de crecimiento o decrecimiento de dicha relación, facilitando la adecuada interacción entre las partes, y por ende, la intención de la decisión adoptada en la Resolución CRC 6217 de 2021 no tiene como propósito establecer una limitación dinámica como lo supone **COLOMBIA MÓVIL**, sino establecer limitantes de TPS que respondan a las proyecciones del PCA y la capacidad de la red del PRST. Esta limitación podrá ser acordada en los CMA, de acuerdo con la información de tráfico de periodos anteriores y las proyecciones presentadas por el PCA para dimensionar el acceso, la capacidad de red de **COLOMBIA MÓVIL** y por tanto, siempre debe dimensionarse el acuerdo de acceso teniendo en cuenta las condiciones vistas anteriormente.

Ahora bien, el principio de trato no discriminatorio previsto en el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, como uno de los principios vertebrales del régimen de acceso, uso e interconexión, fue definido en el numeral 4.1.1.3.2 del artículo 4.1.1.3 de la Resolución CRC 5050 de 2016 en los siguientes términos:

"4.1.1.3.2. Trato no discriminatorio con Acceso Igual - Cargo Igual. *Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán dar igual trato a todos los proveedores y no podrán otorgar condiciones menos favorables que las que se otorgan a sí mismos o a algún otro proveedor. Las condiciones de acceso e interconexión no deben ser menos favorables que las que utilice para sí mismo dicho proveedor o a las ofrecidas a otros proveedores que se encuentren en las mismas circunstancias técnicas e interconexión y a las que otorgan a empresas matrices, subordinadas, subordinadas de las matrices o empresas en las que sea socio el proveedor correspondiente o a las que utilice para sí mismo dicho proveedor. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán otorgar iguales ó similares condiciones de remuneración de su red, cuando de por medio se presentan condiciones de acceso e interconexión similares.*"(NSFT)

El análisis del principio antes transcrito no puede darse de manera aislada, sino por el contrario, de manera armónica con los demás principios de régimen de acceso, uso e interconexión. Así, al principio anteriormente descrito y enunciado por **COLOMBIA MÓVIL** en su comunicación deben sumarse los demás principios establecidos en la regulación general, como es el principio de eficiencia, el cual se encuentra en el numeral 4.1.1.3.7. del artículo 4.1.1.3 de la Resolución CRC 5050 de 2016, que dispone lo siguiente:

"4.1.1.3.7. Eficiencia. *Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deben proveer el acceso y la interconexión a otros proveedores en **condiciones eficientes** en términos de oportunidad, recursos, especificaciones técnicas, entre otros.*"(NSFT)

De lo anterior se puede inferir que las condiciones a establecer en una relación de acceso deben ser eficientes para las partes, y por tanto, las mismas deben responder a las necesidades de cada PCA y las capacidades de cada PRST involucrados en dicha relación de acceso, y en este caso particular, como lo ha desarrollado la Resolución CRC 6217 de 2021, el dimensionamiento del acuerdo en la relación de acceso entre **COLOMBIA MÓVIL** y **HABLAME** debe responder, a la proyección de tráfico que **HABLAME** desea activar y las capacidades propias de la red de **COLOMBIA MÓVIL**.

Así las cosas, debe resaltarse que los principios establecidos en la regulación general no resultan contradictorios con las disposiciones establecidas en la Resolución CRC 6217 de 2021 ya que la misma, contrario a lo que indica **COLOMBIA MÓVIL**, pretende que las condiciones de este acuerdo de acceso, y más exactamente la limitación de cantidad de mensajes de texto por segundo (TPS) reconozca tanto las circunstancias y necesidades de cada PCA, como las capacidades de la red del PRST.

Por lo tanto, tomando en consideración los elementos antes expuestos, el cargo propuesto por **COLOMBIA MÓVIL** no tiene vocación de prosperar y, en tal sentido, el mismo se desestima.

3.3 CARGO TERCERO: DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL.

En relación con el tercer cargo, aduce el recurrente que la resolución recurrida le impone cargas irresistibles al interior de la relación contractual, pues de permitir un tráfico indiscriminado terminará por colapsar su red.

Lo anterior especialmente por encontrar que la adecuación que debe hacerse en relación con la relación de acceso desarrollada con **HABLAME**, en virtud del principio de no discriminación, tendría que hacerse en relación con los demás operadores con los que se también se tenga una relación de acceso. Adicionalmente que obligaciones de este tipo relativas a el desarrollo de los acuerdos de acceso, es especialmente gravosa, sobre todo cuando se está frente a tarifas sujetas a tope, y donde no se encuentran incluidos los costos que generaría el cumplimiento de las obligaciones impuestas a través de la resolución recurrida.

Menciona igualmente que una implementación de esta naturaleza implicaría un incremento de 250% de los costos mensuales de licenciamiento en su plataforma de SMS, sin incluir los costos del desarrollo para el manejo dinámico del tráfico, los costos administrativos para la operación y los costos adicionales asociados a los servidores virtuales que se necesitarían.

Por último, aduce que las adecuaciones para soportar la concurrencia sin límites de velocidad a todos los PCA's con los que sostiene relaciones de acceso, se obliga a **COLOMBIA MÓVIL** a invertir recursos adicionales para tener una capacidad excesiva y un soporte técnico dedicado con el fin de atender a los requerimientos de todos los operadores con los que tiene una relación de acceso, lo que no se ajusta a la tarifa actual de SMS, que tendría que ser revisada por la Comisión, pues adicionalmente **COLOMBIA MÓVIL** modernizó su plataforma de SMS, cambiando su esquema de contratación que "*pasó de ser una plataforma física a un esquema de servidores virtuales por los que se realiza un pago mensual por el licenciamiento*".

CONSIDERACIONES CRC:

Como bien se mencionó en las consideraciones del segundo cargo, la resolución recurrida en ningún momento estableció ningún tipo de obligación de dimensionamiento dinámico. Por el contrario, se pretende que las condiciones de este acuerdo de acceso, y más exactamente la limitación de cantidad de mensajes de texto por segundo (TPS) reconozca tanto las circunstancias y necesidades de cada PCA, como las capacidades de la red del PRST, de forma que no es posible establecer la configuración de un desequilibrio económico en el contrato de acceso entre las partes.

En primer lugar, el equilibrio económico del contrato "*no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración*"⁸. Es decir que, en el marco del desarrollo de un contrato típicamente oneroso y conmutativo, como lo son los contratos comerciales sometidos a la competencia de intervención económica de la Comisión, puede ocurrir una ruptura de la equivalencia de cargas contractuales en cabeza de alguna de las partes, lo que generaría la pérdida de la causa del negocio jurídico al no presentar contraprestación equivalente a las obligaciones a cargo.

Este supuesto no ocurre en el presente trámite, pues como bien se explicó, a través de la resolución recurrida, no se integró al contrato obligación alguna que no permita la gestión de tráfico y que por lo tanto el mismo curse de manera indiscriminada a través de la red del operador móvil; en el mencionado acto administrativo se definió que, recordando lo establecido en la regulación general y más exactamente lo establecido en la Sección 2 del Capítulo 2 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, la cual establece las obligaciones de los agentes que participan en la provisión de contenidos y aplicaciones en las redes de servicios móviles a través de SMS/USSD, la relación de acceso debe ser dimensionada de acuerdo con la proyección de tráfico que **HABLAME** requiere activar y las capacidades propias de la red de **COLOMBIA MÓVIL**, y por tanto, una vez realicen este análisis las partes, se podrá determinar claramente la cantidad de TPS aplicable al acuerdo, sin que el mismo tenga que ser, por defecto, siempre de 20 TPS.

Y por otro lado, es necesario resaltar que las obligaciones dispuestas a través de la resolución recurrida, no tendrían los efectos desbordados que supone **COLOMBIA MÓVIL**, pues como bien se explicó en las consideraciones al segundo cargo, en relación a la aplicación del principio de trato no discriminatorio, los PRST deben ofrecer las mismas condiciones de acceso, que sean utilizadas con otros PCA sin perder de vista el dimensionamiento eficiente que cada operador haga de sus necesidades de tráfico.

Es decir, las obligaciones derivadas de la Resolución CRC 6217 de 2021 no tienen la entidad de afectar el comportamiento del tráfico de manera indiscriminada ni la relación de acceso bajo estudio, ni de manera agregada todas las relaciones de acceso de este tipo, pues dichas relaciones deben ser dimensionadas y ajustadas según las necesidades planteadas periódicamente. El aludido desequilibrio contractual parte de un entendimiento erróneo de la resolución recurrida, aclarado en el análisis del presente cargo y del cargo segundo de este acto administrativo.

⁸ Consejo de Estado, 2003, exp. 15.119.

Por esta razón, este cargo está llamado a no prosperar, tal como quedará consignado en la parte resolutoria del presente acto administrativo.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** en contra de la Resolución CRC 6217 de 2021.

ARTÍCULO SEGUNDO. Denegar las pretensiones formuladas por **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** en su recurso de reposición, en virtud de lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución y, en consecuencia, confirmar en todos sus apartes la Resolución CRC 6217 de 2021.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar la presente Resolución de forma electrónica a los representantes legales de **HABLAME COLOMBIA S.A. E.S.P.**, y de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** o a quienes hagan sus veces, tal como se establece en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, advirtiéndoles que contra la misma no procede ningún recurso.

Dada en Bogotá D.C. a los **21 días del mes de julio 2021.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PAOLA BONILLA CASTAÑO
Presidente

SERGIO MARTÍNEZ MEDINA
Director Ejecutivo

Expediente: 3000-32-13-4

S.C.C. 14/07/2021 Acta 413
C.C.C. 04/06/2021 Acta 1302

Revisado por: Lina María Duque del Vecchio – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias.
Elaborado por: Oscar García – Líder del Proyecto.