



RESOLUCIÓN No. **6146** DE 2021

*"Por la cual se decide la actuación administrativa de carácter particular y concreto iniciada mediante Resolución CRC 5110 de 2017 respecto del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**"*

## **LA SESIÓN DE COMISIÓN DE COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las que le confiere la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, la Resolución CRC 5050 de 2016, y de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y

### **CONSIDERANDO**

#### **1. ANTECEDENTES GENERALES**

De conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, las actuaciones administrativas tienen por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

Conforme a lo consagrado en el artículo 3º del CPACA, las actuaciones administrativas se desarrollarán a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de dicho Código y en las leyes especiales, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad<sup>1</sup>.

En atención a lo establecido en el artículo 4º del CPACA, las actuaciones administrativas podrán iniciarse, entre otras maneras, de forma oficiosa por las autoridades.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del CPACA, las actuaciones administrativas se deben sujetar al procedimiento administrativo común y principal definido en el Título III del mencionado

<sup>1</sup> "De otra parte, también dentro del marco de las características generales del derecho administrativo colombiano, en particular, en relación con la importancia de la jurisprudencia en su construcción, debe hacerse notar que, además de los principios generales del derecho que han sido consagrados expresamente en normas positivas, existen otros que se encuentran implícitos dentro de las normas de derecho positivo o que surgen de la naturaleza misma y razón de ser del derecho administrativo. Se puede afirmar que estos principios realmente existen en el derecho administrativo colombiano en la medida en que han sido reconocidos por la jurisprudencia.

Así, por ejemplo, reconocidos por la jurisprudencia administrativa y constitucional encontramos, entre otros, el principio general del equilibrio entre las prerrogativas administrativas y las garantías de los ciudadanos, el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, el principio de prohibición de enriquecimiento sin justa causa, el principio de continuidad en los servicios públicos con carácter general, aunque en algunos servicios específicos tiene reconocimiento legal, el principio de venire contra factum proprium non valet (prohibición de volver contra el acto propio) y el principio de confianza legítima". Libardo Rodríguez, *Derecho Administrativo general y colombiano*, 20ª ed. Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 2017, pp. 100-101.

Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales<sup>2</sup>, y en lo no previsto en dichas leyes deben aplicar las disposiciones de la Parte Primera del precitado Código.

Según lo dispuesto en el artículo 35 del CPACA, cuando las autoridades procedan de oficio, los procedimientos administrativos únicamente podrán iniciarse mediante escrito, y por medio electrónico sólo cuando lo autorice dicho Código o la ley, debiendo informar de la iniciación de la actuación al interesado para el ejercicio del derecho de defensa.

Conforme el artículo 37 del CPACA, cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

De conformidad con el artículo 42 del CPACA, al haberse dado la oportunidad al interesado, para el caso, el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A (COMCEL)**, para expresar sus opiniones, la CRC debe tomar una decisión motivada con base en las pruebas e informes disponibles, así como en los análisis jurídicos, técnicos y económicos realizados, con lo cual se resolverán todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación.

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de redes y servicios de comunicaciones, con el fin de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad.

El 3 de junio de 2016, la CRC, en desarrollo de lo dispuesto en la Resolución CRT 2058 de 2009 (hoy compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016), publicó el documento denominado "Consulta Pública – Revisión de los mercados de servicios móviles" que tenía como objetivo realizar un diagnóstico de los mercados de "Voz Saliente Móvil", datos (acceso a Internet) por suscripción y datos (acceso a Internet) por demanda, para discusión con el sector. Así mismo, en el mencionado documento se plantearon algunas preguntas para que los interesados comentaran sobre todos los aspectos que consideraran pertinentes o que complementaran la información contenida, con el fin de enriquecer el proceso de discusión.

El 10 de noviembre de 2016, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.2.13.3.2. del Decreto 1078 de 2015, la CRC publicó el proyecto de resolución "*Por la cual se modifican la Resolución CRT 1763 de 2007, los Anexos 01 y 02 de la Resolución CRT 2058 de 2009, la Resolución CRC 3136 de 2011, y se dictan otras disposiciones*", junto con el documento soporte denominado "*Revisión de los mercados de servicios móviles*", un estudio de hábitos y usos de servicios móviles y un modelo de costos eficientes de redes móviles, que proponían un conjunto de definiciones de nuevos mercados relevantes y susceptibles de regulación ex ante, además de alternativas regulatorias, que a la luz de todos los análisis y debates adelantados, podrían tener un impacto positivo sobre los niveles de competencia de los mercados de servicios móviles, bien sea a nivel minorista, mayorista o ambos.

La Comisión expidió la Resolución CRC 5108 de 2017<sup>3</sup>, mediante la cual estableció las siguientes medidas regulatorias de carácter general para los mercados móviles: **(i)** incorporó al listado de

<sup>2</sup> Para el caso de la presente actuación de carácter particular y concreto, esta Comisión además de velar por la observancia de lo dispuesto en el procedimiento administrativo común y principal del CPACA, debe dar aplicación a las leyes y decretos que rigen aspectos procedimentales propios de su quehacer regulatorio, por ejemplo, a las disposiciones de Ley 1340 de 2009 y el Decreto 1074 de 2015 en lo relacionado con el procedimiento de Abogacía de la Competencia en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), o con las disposiciones contenidas en las resoluciones CRC 5917 y 5918 de 2020 que establecen la estructura y el funcionamiento de la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

<sup>3</sup> El Consejo de Estado en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, mediante auto de fecha 11 de abril de 2019, proferido dentro del trámite judicial adelantado bajo el expediente número 11001 03 24 000 2017 00195 00, denegó la solicitud de suspensión provisional presentada por COMCEL en contra de la Resolución CRC 5108 de 2017. Debe mencionarse, adicionalmente, que mediante auto proferido en audiencia inicial celebrada el 22 de noviembre de 2019, el Consejero Ponente del anotado expediente declaró probada la excepción previa de pleito pendiente por solicitud de la CRC y, en consecuencia, dio por terminado el proceso.

mercados relevantes, los minoristas de "Internet Móvil" (unificando los mercados de Internet Móvil por demanda y por suscripción), así como el de "Servicios Móviles", y el mayorista de "Acceso y originación móvil"; **(ii)** incorporó al listado de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante el minorista de "Servicios Móviles" y el mayorista de "Acceso y originación móvil"; **(iii)** actualizó el valor de cargos de acceso a redes móviles; e **(iv)** implementó medidas para el mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado "Acceso y originación móvil".

Si bien la Comisión puso de presente en el documento soporte de la Resolución CRC 5108 de 2017 que consideraba que las referidas medidas regulatorias de carácter general buscaban contribuir a la mejora de las condiciones de competencia en los mercados móviles, así como a incrementar el bienestar de los usuarios en los mismos, se indicó también que podría ser necesaria la revisión y adopción de medidas regulatorias particulares respecto del proveedor de redes y servicios cuya posición de dominio fuese constatada en alguno de dichos mercados, con el fin de garantizar una competencia efectiva en el corto y en el largo plazo, y de contrarrestar desde la perspectiva de la regulación ex ante, los efectos que sobre el mismo pudiera tener el comportamiento del proveedor con posición de dominio.

La CRC, en Sesión de Comisión llevada a cabo el día 22 de febrero de 2017, ordenó el inicio de una actuación administrativa de carácter particular y concreto respecto del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMCEL**, con el fin de constatar o no su posición dominante en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y adelantar la revisión y el análisis en relación con la posibilidad o no de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo.

En la misma Sesión, la CRC delegó en su Director Ejecutivo, previa aprobación del Comité de Comisionados, el inicio de la actuación administrativa, así como la expedición de todos los actos administrativos de trámite y preparatorios que se requiriera que fueran proferidos durante el trámite de la mencionada actuación administrativa de carácter particular y concreto, que tenga como objeto la constatación o no de la posición dominante de **COMCEL** en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y adelantar la revisión y el análisis en relación con la posibilidad o no de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo, tal y como consta en la Resolución CRC 5109 de 2017<sup>4</sup>.

El día 24 de febrero de 2017, el Director Ejecutivo de la Comisión, previa aprobación por parte del Comité de Comisionados, y con base en las facultades delegadas en él mediante la Resolución CRC 5109 de 2017, profirió la Resolución CRC 5110 de 2017, *"Por la cual se da inicio a una actuación administrativa de carácter particular y concreto tendiente a la constatación o no, de la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y la revisión y el análisis frente a la posibilidad de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo"*<sup>5</sup>, en la cual resolvió, entre otros puntos, dar inicio a una actuación administrativa de carácter particular y concreto, comunicar a **COMCEL** tal inicio en los términos del artículo 37 del CPACA, y otorgarle un plazo de quince (15) días hábiles, contados desde dicha comunicación, para que se hiciese parte en la actuación y remitiera sus comentarios, observaciones, solicitara pruebas y ejerciera su derecho de defensa y contradicción, respecto de los análisis preliminares contenidos en el "Documento Soporte - Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios Móviles"<sup>6</sup>. Ese mismo día le fue comunicado a **COMCEL** lo anterior mediante radicado 2017537286<sup>7</sup>, entregándosele copia de la Resolución CRC 5110 de 2017 y su documentación soporte.

Así mismo, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de auto del 12 de julio de 2018, proferido dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por COMCEL bajo el expediente 25000-23-41-000-2017-01367-00, también denegó la solicitud de suspensión provisional que la parte actora formuló en contra de la Resolución CRC 5108 de 2017.

<sup>4</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folio 1.

<sup>5</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 2-3.

<sup>6</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 4-40.

<sup>7</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folio 41.

## **2. ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. CONSIDERACIONES SOBRE EL TRÁMITE ADELANTADO**

En consideración del deber de acatar todos y cada uno de los mandatos establecidos en las disposiciones normativas relacionadas en el anterior acápite de antecedentes generales, tanto los establecidos en las leyes generales, como en los decretos reglamentarios aplicables, esta Comisión ha adelantado la actuación administrativa que se decide a través de la presente resolución, organizando todos los documentos, pruebas e informes disponibles, tanto los allegados, como los decretados y rendidos, en las secciones que se presentan a continuación.

Al inicio de cada una de las subsecciones que componente esta sección se explica el alcance de la clasificación que se le ha otorgado a las comunicaciones que reposan en el Expediente Administrativo de la actuación, de forma tal que sea posible identificar los argumentos que el proveedor **COMCEL** ha puesto de presente y reiterado a lo largo de la actuación administrativa mediante las diferentes peticiones y razones planteadas, así como los insumos de información y análisis que aborda esta Comisión para resolver y dar respuesta de fondo a cada uno de los mencionados argumentos del proveedor.

### **2.1. Comunicaciones a las que se dio respuesta durante el trámite de la presente actuación administrativa**

En este acápite se hará referencia a las solicitudes presentadas por **COMCEL** durante el trámite administrativo a las cuales la CRC dio respuesta, teniendo en cuenta la necesidad de hacerlo de manera previa a adoptar una decisión que pusiera fin a la actuación administrativa de carácter particular para así garantizar el derecho al debido proceso de ese proveedor. Las comunicaciones se relacionan en orden cronológico, excluyendo lo relativo a i) comunicaciones presentadas por proveedores o agentes que no son parte de la actuación administrativa, ii) comunicaciones sobre el ejercicio probatorio y iii) comunicaciones incorporadas al expediente sobre las cuales esta Comisión no se ha pronunciado y que se resuelven de fondo en esta resolución.

- i. El día 28 de febrero de 2017, mediante radicado 201730494<sup>8</sup>, **COMCEL** presentó un derecho de petición de información solicitando copia de *"todas las actas de Sesión de Comisión y de Comité de Comisionados llevados a cabo durante los años 2016 y 2017 en las cuales se trataron las Resoluciones CRC 5109 de 2017 (...) y la Resolución CRC 5110 de 2017"*. El día 3 de marzo de 2017, **COMCEL** presentó una solicitud idéntica a la anterior, identificada con el radicado 201730531<sup>9</sup>. El 14 de marzo de 2017, la CRC dio respuesta con radicado 2017550852<sup>10</sup> a los derechos de petición de información presentados por **COMCEL**, identificados con los radicados 201730494 y 201730531, informándole que se le enviarían los documentos solicitados, esto es, las actas de Sesión de Comisión y de Comité de Comisionados llevados a cabo durante los años 2016 y 2017 en los que se hubiesen tratado temas relacionados con las resoluciones CRC 5109 y 5110 de 2017, a más tardar el día 23 de marzo de 2017.
- ii. El 7 de marzo de 2017, **COMCEL** presentó derecho de petición ante la CRC, identificado con el radicado 201730565<sup>11</sup>, mediante el cual solicitó una prórroga en el plazo inicialmente concedido para hacerse parte de la actuación administrativa de carácter particular, por un término adicional de 30 días hábiles. El día 14 de marzo, la CRC mediante oficio con radicado 2017551410<sup>12</sup>, concedió un término adicional de 30 días calendario para hacerse parte, el cual vencía el 17 de abril de 2017.
- iii. El 24 de marzo de 2017, **COMCEL** presentó un derecho de petición con radicado 201730724<sup>13</sup> solicitando la información del modelo de costos *"Empresa Eficiente Móvil 2016"*, desarrollado por Dantzig Consultores para la CRC, *"con el detalle necesario para entender los valores de tarifas reguladas propuestas en la Resolución 5110 de 2017 (sic)"*. El 6 de abril de 2017, mediante radicado 2017559510<sup>14</sup> la CRC dio respuesta a

<sup>8</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folio 42.

<sup>9</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folio 43.

<sup>10</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 48.

<sup>11</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 44.

<sup>12</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 49-50.

<sup>13</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 52.

<sup>14</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 61-62

dicho derecho de petición manifestando que no era posible brindar acceso a la información detallada del modelo de costos, en virtud de que los PRST *"instaron a la CRC a mantener la confidencialidad de la información suministrada, en atención al alto nivel de detalle de la misma respecto de su operación comercial"* y así lo probaron, lo cual se constituye en una excepción al principio de publicidad en los términos de la Ley 1712 de 2014.

- iv. El 5 de abril de 2017, **COMCEL** presentó una solicitud con radicado 201730838<sup>15</sup>, consistente en una prórroga adicional de cuando menos quince (15) días hábiles para realizar un peritaje técnico que permitiera argumentar, controvertir las cifras, los análisis y las conclusiones del documento soporte que acompañó la expedición de la Resolución CRC 5110 de 2017. El 7 de abril de 2017, mediante radicado 2017560011<sup>16</sup>, la CRC dio respuesta al derecho de petición presentado por **COMCEL** negando la solicitud de plazo adicional en razón a que la CRC ya había hecho entrega de la totalidad de los análisis, cifras y elementos asociados a las conclusiones del documento soporte para que **COMCEL** pudiera ejercer debidamente su derecho de defensa.
- v. El 17 de abril de 2017, **COMCEL** radicó un escrito en la CRC, identificado con el número 201730976<sup>17</sup> y con el asunto "PRONUNCIAMIENTO DE COMCEL S.A. - COMENTARIOS – OBSERVACIONES – SOLICITUD DE PRUEBAS, EN 661 FOLIOS". El día 15 de mayo de 2017 la CRC, atendiendo a la solicitud de **COMCEL**, a través de su Director Ejecutivo, envió sendas copias del documento identificado como "PRONUNCIAMIENTO DE COMCEL S.A. - COMENTARIOS – OBSERVACIONES – SOLICITUD DE PRUEBAS, EN 661 FOLIOS" con radicado 2017574083<sup>18</sup> a los doctores David Luna Sánchez, Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Simón Gaviria Muñoz, Director del Departamento Nacional de Planeación, Juan Manuel Wilches Durán y Germán Bacca Medina, Expertos Comisionados de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.
- vi. El día 11 de julio de 2017, mediante comunicación con radicado 201732020<sup>19</sup>, **COMCEL** presentó un derecho de petición de información solicitando la información reportada por los proveedores móviles en el Formato 5 de la Resolución CRC 3496 de 2011, para los años 2015 y 2016. El 28 de julio de 2017, la CRC mediante comunicación de radicado 2017591799<sup>20</sup> dio respuesta, manifestando que se le entregaría aquella información que no fuera confidencial, una vez los operadores hiciesen las precisiones a que hubiera lugar. Es así como, ese mismo día, la CRC mediante oficio con radicado 2017591788<sup>21</sup>, solicitó a los operadores ALMACENES ÉXITO S.A., UFF MÓVIL S.A.S., VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., AVANTEL S.A.S., TIGO-UNE, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y **COMCEL S.A.**, que manifestaran antes de 8 de agosto de 2017 si la información reportada en el Formato 5 -en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución CRC 3496 de 2011- era de carácter público, y en caso negativo, las razones y pruebas que sustentaran la clasificación o reserva de la misma de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014. En caso de no darse respuesta en el plazo y en los términos antes indicados, la CRC daría aplicación a la presunción que se desprende del principio de transparencia contenido en el artículo 3 de la Ley 1712 de 2014.
- vii. El 19 de julio de 2017, **COMCEL** presentó derecho de petición identificado con radicado 201732137<sup>22</sup>, solicitando a la CRC que, en el marco de la presente actuación, diera aplicación a las recomendaciones de análisis de impacto normativo siguiendo los lineamientos del CONPES 3816 de 2014. El día 4 de agosto de 2017, la CRC mediante comunicación de radicado 2017592326<sup>23</sup> dio respuesta a **COMCEL**, manifestando que no correspondía dentro del presente trámite dar aplicación a la metodología AIN señalada en su comunicación, toda vez que los análisis de esa naturaleza se predicen únicamente de los procesos de elaboración, expedición y revisión de reglamentos técnicos, según lo

<sup>15</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folio 53.

<sup>16</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folio 63.

<sup>17</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1-4. Folios 64-726.

<sup>18</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 4. Folios 783-786.

<sup>19</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folio 861.

<sup>20</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folio 1021.

<sup>21</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 1005-1020.

<sup>22</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 926-933.

<sup>23</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1064.

establece el artículo 2.2.1.7.3.15 del Decreto 1074 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo), el cual no es aplicable a la presente actuación administrativa.

El 2 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732369<sup>24</sup>, el representante legal de VIRGIN MOBILE S.A.S. manifestó que la información reportada en el Formato 5 era de carácter reservado por tratarse de un "secreto comercial", y solicitó no divulgarla a **COMCEL**.

- viii. El 8 de agosto de 2017, ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. solicitó una prórroga para responder sobre el carácter de la información reportada en el Formato 5 (identificada con radicado 2017811583<sup>25</sup>). El 10 de agosto de 2017, mediante comunicación con radicado 2017592797<sup>26</sup>, la CRC dio respuesta manifestando que la prórroga solicitada le fue concedida.
- ix. El 8 de agosto de 2017, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., mediante radicado 2017811581<sup>27</sup>, manifestó que las variables contenidas en el Formato 5 de la Resolución CRC 3496 de 2011, como, por ejemplo, pero sin limitarse a estas, número de usuarios por plan tarifario, acceso por municipio, por estrato y por tecnología, tiene carácter sensible y confidencial conforme con la Ley, toda vez que el acceso a terceros competidores "afectaría el secreto comercial revelando datos sobre la estructura de costos de cada agente de mercado, que se ve afectada por las decisiones empresariales de diseño de red".
- x. El día 9 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732477<sup>28</sup>, la representante legal de AVANTEL S.A.S. manifestó que la información reportada en el Formato 5 era de carácter reservado "por tratarse de información comercial estratégica de la compañía y no consiente en que sea revelada a un competidor, como es el proveedor Comcel".
- xi. El mismo 9 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732479<sup>29</sup>, la representante legal suplente de UFF MÓVIL S.A.S. manifestó que la información contenida en el Formato 5 no tenía el carácter de reservada, y por lo tanto "se considera que la información allí contenida es pública".
- xii. También el 9 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732486<sup>30</sup>, la Profesional Especializada de la Gerencia de Regulación y Responsabilidad Social Empresarial de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ (ETB) manifestó que la información contenida en el Formato 5 "no debe ser compartida de manera pública ni mucho menos a una (sic) operador de la competencia, lo que implicaría poner en una situación de desventaja a los otros operadores que carecen de este tipo de información de sus competidores", razón por la cual insistieron "en la necesidad de que se mantenga en reserva la información solicitada por COMCEL".
- xiii. El 10 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732500<sup>31</sup>, el Vicepresidente de Regulación de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. manifestó que la información reportada en el Formato 5 era clasificada "dado que muestra todos los planes tarifarios individuales y empaquetados asociado (sic) al número de suscriptores por cada uno, lo cual representa sensibilidad en materia de estrategia comercial de las compañías".
- xiv. El 10 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732507<sup>32</sup>, el apoderado sustituto de **COMCEL**, JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ autorizó a MARÍA ALEJANDRA GUTIÉRREZ PARRA para que "vigile, tenga acceso, solicite copias, consulte, y en general, despliegue las tareas propias de dependiente judicial en todos los asuntos en los que el

<sup>24</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1058-1063.

<sup>25</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1096.

<sup>26</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1101-1102.

<sup>27</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1071-1073.

<sup>28</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1074-1075.

<sup>29</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1076.

<sup>30</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1077-1083.

<sup>31</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1097.

<sup>32</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1098.

*suscrito actúe como apoderado”.*

xv. El 14 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732544<sup>33</sup>, la apoderada especial de ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. manifestó a la CRC que no autorizaba levantar la reserva de confidencialidad de la información reportada mediante el Formato 5, *"en la medida en que se trata de datos que son inherentes a su modelo de negocio, y que podrían dar lugar a desventajas competitivas"*.

xvi. El 10 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733260<sup>34</sup>, **COMCEL** solicitó incorporar al expediente el documento proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), identificado con el radicado 17-347326-0-0, mediante el cual se solicitaba a la CRC remitir el proyecto de resolución producto de la presente actuación administrativa.

El día 12 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733279<sup>35</sup>, la SIC solicitó a la CRC remitir el proyecto de resolución producto de la presente actuación administrativa *"por tratarse de una regulación con efectos en todo el mercado (...) por lo tanto, debe surtir el trámite de abogacía de la competencia"*. El 25 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017598997<sup>36</sup>, la CRC dio respuesta a la SIC, manifestando que el proyecto de resolución sería remitido para su revisión una vez se hubiesen surtido las respectivas instancias al interior de la Comisión. De esta comunicación se remitió copia a **COMCEL** para su información.

xvii. El día 9 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733645<sup>37</sup>, **COMCEL** manifestó que toda la información entregada por dicha empresa *"tiene el carácter de confidencial al versar sobre documentos o papeles del comerciante que se encuentran sometidos a reserva, de conformidad con lo establecido en el artículo 61 del Código del Comercio"*. Además, manifestó que estaban provistos de especial reserva y confidencialidad *"los radicados 201732605<sup>38</sup> de fecha 16 de agosto de 2017 y 2017733530 del 31 de octubre de 2017 en los que se entregaron los documentos que hacen parte del dictamen de la señora Marcela Meléndez; el documento con radicado 201732605 del 16 de agosto de 2017, por medio del cual se entregó el dictamen de Juan Carlos Calderón, y aquellos relacionados con el dictamen financiero presentado por Mauricio Santamaría radicado bajo el No. 201730976 de abril de 2017"*. Adicionalmente, solicitó copia de la información que hubiese sido entregada a terceros ajenos a la actuación particular, que no hubiesen sido reconocidos como terceros interesados.

El día 28 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017606696<sup>39</sup>, la CRC solicitó a **COMCEL** el diligenciamiento de un cuadro contentivo de datos respecto del tipo de información (pública, clasificada, reservada, etc.), razones de hecho y derecho por las cuales la consideraba de esa categoría, daño o amenaza de daño por su divulgación, y prueba de su dicho, con el fin de establecer cuál de toda la información aportada por **COMCEL** al expediente administrativo debía tener un tratamiento diferente. En dicha comunicación se puso de presente que toda la información divulgada con anterioridad lo fue de acuerdo con un deber legal y con la presunción constitucional de publicidad de la información, debido a que la misma no fue clasificada o identificada como confidencial o reservada. Finalmente, se puso de presente que a los proveedores COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. se les entregó la información contenida en el expediente de la presente actuación, sin incluir la información confidencial y, a la par, se le entregó a **COMCEL** copia digital de la información entregada.

El día 6 de diciembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201734048<sup>40</sup>, **COMCEL** dio respuesta a la solicitud que hiciera la CRC mediante radicado 2017606696 relativa a la supuesta confidencialidad de la información presentada por dicha empresa

<sup>33</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1122.

<sup>34</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1464-1465.

<sup>35</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1472.

<sup>36</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1486.

<sup>37</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1516-1517.

<sup>38</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1138-1198.

<sup>39</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1585-1590.

<sup>40</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1598-1609.

dentro de la presente actuación administrativa.

**COMCEL** identificó específicamente como confidencial la siguiente información:

No.	Nombre de la Información
1	Documento de fecha 17 de abril de 2017 Radicado 201730976, Página 18. Tabla I. Valores Mayoristas del RAN por separación contable y propuesta de CRC.
2	Documento de fecha 17 de abril de 2017 Radicado 201730976. Página 80. Ilustración 1, Acceso a la red de <b>COMCEL</b> .
3	Documento de fecha 17 de abril de 2017 Radicado 201730976, Página 97. Tabla 11. Valores Mayoristas del RAN por separación contable y propuesta de CRC.
4	Documento del 16 de agosto 2017. Radicado 201732606. Contiene el cumplimiento del Punto 9 del Decreto de Pruebas del 7 de julio.
5	Comunicaciones del 10 y 31 de octubre de 2017, por las cuales se entrega la información soporte del peritaje de Marcela Meléndez, ordenada en el numeral 8 de la parte motiva del auto de decreto de pruebas de fecha 2 de octubre de 2017.
6	Comunicación del 18 de octubre de 2017, por la cual se entrega la información soporte del peritaje de Juan Carlos Calderón, ordenada en el numeral 9 de la parte motiva del auto de decreto de pruebas de fecha 2 de octubre de 2017.
7	Dictamen pericial económico Marcela Meléndez. Radicado 201732605 del 16 de agosto de 2017. Cuadro No. 16.
8	Dictamen pericial de Juan Carlos Calderón, Radicado 201732605 de 16 de agosto de 2017. Página 9. Valor costo mayorista aplicación RAN por minuto.
9	Dictamen pericial Juan Carlos Calderón. Radicado 201732605 de 16 de agosto de 2017. Página 10. Costos por MB de ofrecer el servicio de la instalación esencial de RAN para <b>COMCEL</b> .
10	Dictamen pericial Juan Carlos Calderón. Figura 10, Figura 11, Figura 12 y Figura 13, en las cuales se ilustra cómo, manteniendo las mismas condiciones de espectro, cuando se presentan aumentos leves de tráfico, indicadores como el Drop Call en la red pueden verse afectados, degradando el servicio a los usuarios actuales (páginas 22, 23, 24 y 25 del dictamen).
11	Dictamen pericial Juan Carlos Calderón. Figura 10, Figura 7 (evolución tráfico de datos UMTS en la red de <b>COMCEL</b> ) (página 18 del dictamen).
12	Dictamen pericial Juan Carlos Calderón. Figura 10, Figura 8 (comportamiento de tráfico de voz 3G en la red de <b>COMCEL</b> ) (página 19 del dictamen).
13	Dictamen pericial Juan Carlos Calderón. Figura 15 (arquitectura de la implementación de la instalación esencial de RAN entre <b>COMCEL</b> y AVANTEL) (página 29 del dictamen).

El 22 de diciembre de 2017, mediante comunicación con radicado 2017610966<sup>41</sup>, la CRC, advirtió que parte de la información no rotulada por **COMCEL** como confidencial al momento de aportarla a la actuación, ya había sido publicada, lo cual imposibilitaba negar su acceso. Así mismo, esta Comisión le manifestó a **COMCEL** que *"toda aquella información que al momento de ser presentada fue calificada como confidencial, tuvo dicho tratamiento y así seguirá tratándose. La información a la que se hace referencia es la siguiente:*

1. *Valores contenidos en la Tabla 1 de la página 18 del documento de comentarios, observaciones y solicitud de pruebas radicado el día 17 de abril de 2017, bajo el número 201730976.*
2. *Información contenida en la Ilustración 1 de la página 80 del documento de comentarios, observaciones y solicitud de pruebas radicado el día 17 de abril de 2017, bajo el número 201730976.*
3. *Valores contenidos en la Tabla 11 de la página 97 del documento de comentarios, observaciones y solicitud de pruebas radicado el día 17 de abril de 2017, bajo el número 201730976.*
4. *Valores contenidos en la página 10 del peritaje rendido por Juan Carlos Calderón, radicado el día 16 de agosto de 2017, bajo el número 201732605.*
5. *Remisión de información de capacidad de la red de COMCEL, radicado el día 16 de agosto de 2017 bajo el número 201732606.*
6. *Soportes (Do files) del peritaje rendido por Marcela Meléndez, radicados el día 10 de octubre de 2017, bajo el número 201733261.*
7. *Remisión de información de anchura de banda, radicado el día 18 de octubre de*

<sup>41</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1637-1640.



*2017 bajo el número 201733344.*

*8. Remisión de información peritaje Marcela Meléndez, radicado el día 31 de octubre de 2017 bajo el número 201733530."*

- xviii. El 2 de febrero de 2018, mediante comunicación 2018300244<sup>42</sup>, **COMCEL** solicitó que le fuera notificado el momento en que se remitiera el proyecto de Resolución a la SIC con el fin que esta emita su concepto en materia de Abogacía de la Competencia.

Mediante oficio con radicado de salida 2018539448<sup>43</sup> del 21 de diciembre de 2018, la CRC le comunicó a **COMCEL** la remisión del proyecto de acto definitivo de la actuación administrativa a la SIC para efectos del procedimiento en materia de Abogacía de la Competencia.

- xix. El día 18 de julio de 2019, mediante radicado 2019302347<sup>44</sup>, la representante legal suplente de **COMCEL** solicitó una cita con la Directora Ejecutiva (E. F.) de la CRC, con el propósito de tratar asuntos relacionados con las radicaciones de dicha compañía en torno a la interpretación prejudicial ante el TJCA, y los conceptos de los expertos Dr. Jaime Parra Quijano y Dr. Jaime Córdoba Triviño.

En relación con tal solicitud, mediante radicado 2019520283<sup>45</sup> del 23 de agosto de 2019, la CRC solicitó a **COMCEL** que explicara las razones por las cuales era necesaria realizar esa reunión, es decir, la razones por las cuales las inquietudes no se pueden formular por escrito.

Mediante el radicado 2019302931<sup>46</sup> del 29 de agosto del año 2019, **COMCEL** expresó la necesidad de una reunión presencial en la medida que algunos de sus competidores han iniciado una campaña de desprestigio contra **COMCEL**. *"Ante este ataque mediático, consideramos necesario dar a conocer, de primera mano a la CRC, las razones que legítimamente motivaron, de un lado, la solicitud de interpretación judicial y, del otro, la solicitud de conceptos a terceros imparciales, a fin de que la CRC tuviera plena seguridad de que ninguna de las actuaciones de COMCEL está por fuera de su derecho constitucional a la defensa"*.

En respuesta, mediante el radicado 2019522090<sup>47</sup> del 10 de septiembre de 2019, la CRC determinó innecesaria la realización de la mencionada reunión toda vez que no hace falta una audiencia para saber que los conceptos jurídicos aportados por **COMCEL** en el marco de la presente actuación administrativa hacen parte del derecho constitucional de defensa, así como tampoco es necesaria para explicar documentos que se explican por sí solos y mucho menos se justifica una reunión que de acuerdo con el solicitante *"no tiene como propósito incidir en modo alguno en las decisiones que sobre el particular adopte la CRC"*.

- xx. Mediante radicado 2020300980<sup>48</sup> del 17 de marzo de 2020, **COMCEL** solicitó copia del acta del Comité de Comisionados No. 1223 del 12 de marzo de 2020. Con documento del 26 de marzo de 2020<sup>49</sup>, la Comisión atendió la solicitud elevada por **COMCEL**.

- xxi. El 18 de marzo de 2020, a través del correo electrónico radicado con el número 2020802542<sup>50</sup>, **COMCEL** solicitó copia de las comunicaciones que se hubieren recibido en las dos últimas semanas dentro del actuación administrativa por otros operadores, por la Procuraduría General de la Nación o por cualquier persona. La CRC dio respuesta a esta solicitud mediante comunicación con radicado 2020507006<sup>51</sup> del 30 de marzo de 2020, con la cual acompañó los documentos solicitados por el petionario.

<sup>42</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1733-1734.

<sup>43</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2289.

<sup>44</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2865.

<sup>45</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2872.

<sup>46</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2873.

<sup>47</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2877-2878.

<sup>48</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2921.

<sup>49</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2926.

<sup>50</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2923.

<sup>51</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2927.

xxii. El 30 de marzo de 2020, mediante correo electrónico radicado con el número 2020802860<sup>52</sup>, **COMCEL** solicitó copia de todos los documentos recibidos dentro de la actuación desde el 15 de marzo de 2020. La CRC dio respuesta a tal solicitud mediante radicado de salida 2020507897<sup>53</sup> del 13 de abril de 2020 en el que se le indicó que la información requerida había sido remitida a través de la comunicación con radicado 2020507006 del 18 de marzo de 2020.

xxiii. Por vía de los radicados 2020810119<sup>54</sup> del 3 de septiembre de 2020 y 2020810760<sup>55</sup> del 16 de septiembre de 2020, **COMCEL** solicitó copia de todo el expediente de la presente actuación y, particularmente, de los autos proferidos al interior de la misma.

La CRC atendió las mencionadas solicitudes a través de los radicados de salida 2020518364<sup>56</sup> del 23 de septiembre de 2020, 2020518951<sup>57</sup> del 1º de octubre de 2020 y 2020519590 del 9 de octubre de 2020<sup>58</sup>.

## **2.2. Comunicaciones relativas al recurso de insistencia adelantado por COMCEL dentro del presente trámite administrativo**

Desde una etapa muy temprana del presente trámite administrativo, a través del radicado 201730565 del 7 de marzo de 2017, **COMCEL** intentó tener acceso a la información relativa al modelo de costos elaborado por Dantzig Consultores para la CRC, con base en el cual la Comisión adoptó decisiones que fueron plasmadas en las resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017, actos administrativos de carácter general y abstracto en relación con los cuales, durante el trámite previsto en el Capítulo 2 del Título 13 del Decreto 1078 de 2015, dicho proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones no discutió el anotado modelo de manera alguna. En respuesta a la anotada comunicación, con el radicado de salida 2017551410 del 14 de marzo de 2017, la CRC le manifestó a **COMCEL** que ya le había remitido toda la información que fundamentó la presente actuación administrativa; la Comisión agregó que en su página web se encontraba la información pública que sustentó la expedición de las resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017.

Posteriormente, el 24 de marzo de 2017, a través del radicado 201730724, **COMCEL** solicitó la información del modelo de costos "Empresa eficiente móvil 2016", desarrollado por Dantzig Consultores. Ante ello, la CRC manifestó, mediante comunicación 2017559510, la imposibilidad de satisfacer su exigencia, toda vez que la información técnica detallada que alimentó dicho modelo fue entregada por los PRST advirtiendo su calidad de confidencial. En la mencionada comunicación, afirmó esta Comisión que *"la información contenida en el modelo de costos y requerida por COMCEL, constituye, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, información pública clasificada, razón por la cual la CRC tiene el deber legal de denegar el acceso a la misma"*.

Como respuesta a dicha negativa, el 11 de abril de 2017, mediante radicado 201730923, **COMCEL** presentó un recurso de insistencia en contra de la comunicación 2017559510, mediante la cual se le negó el acceso a información confidencial, en el cual manifestó que consideraba la información solicitada como necesaria y relevante para poder ejercer en debida forma su derecho de defensa y contradicción dentro de la presente actuación administrativa.

El 12 de abril de 2017, mediante radicado 2017561310, la CRC dio respuesta a la anterior solicitud advirtiendo que se enviaría el recurso de insistencia a la autoridad competente, reiterando que ya se había hecho entrega de la totalidad de los análisis, cifras y elementos que sustentaban el inicio y desarrollo de la actuación particular.

El 20 de abril de 2017, la CRC radicó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca un memorial mediante el cual ponía en conocimiento el recurso de insistencia interpuesto por **COMCEL**.

<sup>52</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2928.

<sup>53</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2930.

<sup>54</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3146.

<sup>55</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3160.

<sup>56</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3190.

<sup>57</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3257.

<sup>58</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3259.

Mediante auto del 5 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó conocimiento del recurso de insistencia interpuesto por **COMCEL**, y requirió al Director Ejecutivo de la CRC para que aportara al expediente la comunicación mediante la cual **COMCEL** interpuso dicho recurso y el oficio mediante el cual la CRC le dio alcance.

El día 10 de mayo de 2017, el Director Ejecutivo de la CRC remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la información solicitada.

El día 17 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia en relación con el recurso de insistencia presentado por **COMCEL**, en la que despachó negativamente decidiendo no acceder a la solicitud de dicho operador, por considerar que la información contenida en el modelo de costos y requerida por **COMCEL** constituía, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, información pública clasificada.

Debe mencionarse, a su vez, que en el proceso judicial con expediente 25000-23-41-000-2017-01321-00 que se tramita ante la Subsección B de la sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual **COMCEL**, accediendo al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la Resolución CRC 5107 de 2017, el Magistrado Ponente resolvió, mediante auto dictado en la audiencia inicial celebrada el 3 de mayo de 2019, decretar que se oficiara a la CRC para que aportara como prueba el modelo de costos previamente mencionado. No obstante, a través de memorial presentado el 7 de mayo de 2019, **COMCEL** desistió de la mencionada prueba documental. Dicho desistimiento fue aceptado por el Magistrado Ponente en auto del 20 de mayo de 2019.

Por otro lado, **COMCEL** mediante radicado 2019303167<sup>59</sup> del 12 de septiembre de 2019, insiste nuevamente en la solicitud de una reunión, en cabeza del señor Juan Carlos Archila, presidente de AMX Colombia, aduciendo que la mencionada audiencia "*no tiene como propósito incidir de alguna manera en las decisiones que vaya a adoptar la CRC*". En tal virtud, la CRC reitera los argumentos expuestos mediante el radicado 2019522090, en donde por demás no se encontraron razones que soportaran la pertinencia de la reunión que como objetivo tenía transmitirle a la CRC los fundamentos fácticos y jurídicos de su solicitud probatoria y que se explican por sí mismos tanto en el escrito de la comunicación con radicado 2019301670, como en su alcance de radicado 2019301763.

### **2.3. Comunicaciones remitidas por proveedores o agentes que no son parte de la presente actuación administrativa**

En la presente sección se relacionan en orden cronológico todas aquellas solicitudes presentadas por proveedores o agentes que son ajenos a la presente actuación administrativa, que no son parte de ella, o por organismos o entidades que no son proveedores. En todo caso, se advierte que, en respeto al debido proceso y derecho de defensa, aquellos documentos en que se formularon comentarios o consideraciones sobre el trámite adelantado no pueden ser tenidos en consideración dentro del análisis del asunto bajo revisión, en la medida en que los mismos fueron remitidos por agentes del sector que no ostentan la calidad de parte dentro del trámite administrativo.

- i. El día 8 de marzo de 2017, la Directora de Regulación de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., presentó derecho de petición mediante escrito con radicado 201730575<sup>60</sup> formulando tres (3) solicitudes, a saber: (i) copia del acto administrativo por el cual se inició la presente actuación administrativa; (ii) en caso de que sea negada la petición, informar las razones por las que dicha información esté categorizada como información pública sensible, reservada o clasificada en virtud de lo dispuesto en el Decreto Nacional 103 de 2015; (iii) informar el acto administrativo que aprueba que la información solicitada por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. se encuentra en alguna de las categorías referidas en el numeral anterior, y por el tiempo en que se encuentra sometido a reserva. Ese mismo día fue recibido por la CRC un correo electrónico enviado por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., identificado con el radicado 2017805273<sup>61</sup>, en el que se reiteró la anterior solicitud.

<sup>59</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2879.

<sup>60</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folio 45.

<sup>61</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 46-47.

El 15 de marzo de 2017, se dio respuesta con radicado 2017551643<sup>62</sup> a la solicitud elevada por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. el 8 de marzo de 2017, adjuntando el documento requerido.

El 26 de abril de 2017, mediante radicado 2017566825<sup>63</sup>, la CRC dio respuesta al correo electrónico de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. de fecha 8 de marzo de 2017, en el que se manifestó que ya se había dado respuesta a la solicitud elevada.

- ii. El día 12 de mayo de 2017, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. presentó ante la CRC el documento titulado "*Solicitud de constitución como parte e intervención de Colombia Móvil como tercero interesado, dentro de la actuación administrativa definida en la Resolución No. 5110 del 24 de febrero de 2017 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones*", identificado con el radicado 201731329<sup>64</sup>.

El día 7 de junio de 2017, mediante oficio identificado con radicado 2017583237<sup>65</sup>, la CRC dio respuesta negativa a la solicitud de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. de formar parte de la presente actuación como tercero interesado, en virtud de que no se considera titular de un derecho subjetivo afectado con la decisión, en tanto las medidas que resultaren de la misma en todo caso estarían orientadas a mantener condiciones adecuadas de mercado, y eventualmente solo comprometerían derechos subjetivos de **COMCEL**.

- iii. El 8 de septiembre de 2017, la apoderada especial de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., mediante comunicación de radicado 201732866<sup>66</sup>, solicitó a la CRC que "*sean expedidas copias de los documentos que reposan en el expediente relacionado en el asunto desde el Decreto de Pruebas con fecha de 20 de julio de 2017 a la fecha. De la misma manera se adjunta CD para que de manera atenta se nos sean remitidos los testimonios que se han practicado hasta la fecha*".

El 21 de septiembre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017595959<sup>67</sup>, la CRC dio respuesta a la solicitud de copias del expediente elevada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., adjuntando la información solicitada.

- iv. El 3 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733580<sup>68</sup>, la apoderada general de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó copia de los documentos que reposaban en el expediente, a partir del oficio de 20 de julio a la fecha.

El día 21 de noviembre de 2017, mediante comunicación con radicado 2017604542<sup>69</sup>, la CRC dio respuesta a la solicitud de copias presentada por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., manifestando que se respondería a la misma una vez se hubiera agotado respecto de **COMCEL** el procedimiento para que explicara cuál información de la que había aportado a la presente actuación era confidencial, y por qué motivo así lo consideraba.

El 26 de diciembre de 2017, mediante comunicación con radicado 2017611191<sup>70</sup>, la CRC adjuntó la información pública solicitada.

- v. El día 10 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733653<sup>71</sup>, la apoderada especial de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitó a la CRC copia de los documentos que reposan en el expediente, desde las pruebas practicadas el 9 de septiembre de 2017 a la fecha.

El día 22 de noviembre de 2017, mediante comunicación con radicado 2017604757<sup>72</sup>, la CRC dio respuesta a la solicitud de copias presentada por COLOMBIA

<sup>62</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folio 51.

<sup>63</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 4. Folio 759.

<sup>64</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 4. Folios 760-781.

<sup>65</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 4. Folios 787-788.

<sup>66</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1336-1352.

<sup>67</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1415.

<sup>68</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1499-1514.

<sup>69</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1581.

<sup>70</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1643.

<sup>71</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1518.

<sup>72</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1582.

TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., manifestando que se respondería a la misma una vez se hubiera agotado respecto de **COMCEL** el procedimiento para que explicara cuál información de la que había aportado a la presente actuación era confidencial, y por qué motivo así lo consideraba.

El 26 de diciembre de 2017, mediante comunicación con radicado 2017611191<sup>73</sup>, la CRC adjuntó la información pública solicitada.

- vi. El 18 de enero de 2018, mediante radicado 2018300090<sup>74</sup>, AVANTEL S.A.S. solicitó copia simple del expediente. El día 29 de enero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018504529<sup>75</sup>, la CRC dio respuesta, adjuntando la información pública solicitada.
- vii. El 31 de enero de 2018, mediante radicado 2018800941<sup>76</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitó copia de los documentos contenidos en las carpetas 8 y 9 del expediente administrativo No. 2000-74-18-1-1. El 7 de febrero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018505924<sup>77</sup>, la CRC dio respuesta, adjuntando la información pública solicitada.
- viii. El 21 de junio de 2018, mediante radicado 2018804082<sup>78</sup>, la Procuraduría General de la Nación, en atención a la solicitud de vigilancia preventiva de la presente actuación administrativa presentada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., requirió a la CRC información relativa a: i) la exposición de motivos de la Resolución CRC 5110 de 2017; ii) el análisis de los últimos 15 meses adelantados por la CRC sobre la posible existencia de posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles"; iii) el papel de la CRC durante la estructuración de la subasta de espectro radioeléctrico para la asignación de bandas 700 MHz y 1900 MHz; y iv) la situación de calidad de los servicios móviles por parte de los operadores. El 26 de junio de 2018, mediante comunicación con radicado 2018523078, la CRC dio respuesta a la Procuraduría General de la Nación, adjuntando la información solicitada.

El 9 de julio de 2018, mediante radicado 2018804407<sup>79</sup>, la Procuraduría General de la Nación, solicitó a la CRC un espacio de reunión para el 18 de julio de 2018 con el objeto de exponer las actividades y resultados obtenidos en relación con la expedición de la Resolución CRC 5110 de 2017 y sus deberes de promoción de la competencia en el mercado de "Servicios Móviles". El 11 de julio de 2018, la CRC mediante radicado 2018524393<sup>80</sup>, solicitó a la Procuraduría General de la Nación reprogramar la fecha de la reunión del 18 de julio de 2018, dado que para la señalada por dicha autoridad ya se tenía prevista la realización del "13 Taller Internacional de Regulación" en la ciudad de Cartagena. Mediante comunicación electrónica de radicado 2018804486<sup>81</sup> del 12 de julio de 2018, la Delegatura para la Vigilancia Preventiva de la Procuraduría General de la Nación reprogramó la reunión solicitada para el 16 de julio de 2018.

- ix. El 28 de junio de 2018, a través del radicado 2018301974<sup>82</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. presentó un documento elaborado por la firma Brigard Urrutia, el cual, según COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., "*ahonda en los argumentos que ha tenido en cuenta la CRC en el trámite de la referencia*".
- x. El día 11 de julio de 2018, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. presentó ante la CRC el documento titulado "*Solicitud de intervención como terceros interesados dentro de la actuación administrativa de que trata la Resolución CRC 5110 de 2017*", identificado con el radicado 2018302133<sup>83</sup>.

<sup>73</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1644.

<sup>74</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1684.

<sup>75</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1728.

<sup>76</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1732.

<sup>77</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1735.

<sup>78</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1938.

<sup>79</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1962.

<sup>80</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1987.

<sup>81</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1988-1990.

<sup>82</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1939-1950.

<sup>83</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1964-1986.

El día 31 de julio de 2018, mediante oficio identificado con radicado 2018526100<sup>84</sup>, la CRC dio respuesta negativa a la solicitud de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. de formar parte de la presente actuación como tercero interesado, en virtud a que tal actuación fue iniciada de oficio y a que no se considera a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. como titular de un derecho subjetivo afectado con la decisión, en tanto las medidas que resultaren de la misma en todo caso estarían orientadas a mantener condiciones adecuadas de mercado, y eventualmente solo comprometerían derechos subjetivos de **COMCEL**.

- xi. El 13 de julio de 2018, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. presentó ante la CRC el documento titulado "*Solicitud de constitución como parte e intervención de Colombia Móvil como tercero interesado dentro de la actuación administrativa definida en la Resolución CRC 5110 de 2017*", identificado con el radicado 2018302166<sup>85</sup>.
- xii. El 16 de julio de 2018, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. radicó el documento con número 2018302180<sup>86</sup> en el cual hizo referencia al concepto de abogacía de la competencia rendido por la SIC en la subasta del espectro radioeléctrico en las bandas 1900 y 700 Mhz.
- xiii. El 26 de julio de 2018, con escrito de radicado 2018302306<sup>87</sup>, **COMCEL** manifestó su oposición a las solicitudes de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. para que se les reconociera como terceros interesados en la presente actuación administrativa.
- xiv. El 31 de julio de 2018, mediante comunicación de radicado 2018526095<sup>88</sup>, la CRC dio respuesta negativa a la solicitud de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. de formar parte de la presente actuación como tercero interesado, considerando que no se podía dar una aplicación analógica al artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, menos de manera concomitante con los artículos 37 y 38 del CPACA; adicionalmente, recordó que la actuación particular fue iniciada de oficio y que no se comprobó que COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. fuera titular de un derecho subjetivo afectado con la decisión.
- xv. El día 9 de agosto de 2018, mediante radicado 2018302480<sup>89</sup>, la Procuraduría General de la Nación, remitió para el trámite respectivo la solicitud presentada por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. mediante radicado 2018302166 del 13 de julio de 2018 para su intervención como tercero interesado en la presente actuación administrativa. La CRC informó a la Procuraduría General de la Nación, mediante oficio de radicado 2018527680<sup>90</sup>, que ya había dado respuesta a la solicitud de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. mediante comunicación de radicado 2018526095 de la cual se anexó copia.
- xvi. El 13 de agosto de 2018, mediante radicado 2018804868<sup>91</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitó copias del expediente de la presente actuación. La CRC dio respuesta con el radicado de salida 2018527176<sup>92</sup> del 13 de agosto de 2018 entregando lo solicitado.
- xvii. El día 21 de agosto de 2018, mediante comunicación de radicado 2018302642<sup>93</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitó a la CRC copia de los documentos que reposan en el Expediente Administrativo N° 2000-3-11. El día 27 de agosto de 2018, mediante comunicación con radicado 2018528423<sup>94</sup>, la CRC dio respuesta a la solicitud de copias presentada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y adjuntó la información pública solicitada.

<sup>84</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 2069-2078.

<sup>85</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1994-2034.

<sup>86</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 2035-2040.

<sup>87</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 2041-2047.

<sup>88</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 2079-2084.

<sup>89</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2095-2101.

<sup>90</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2106.

<sup>91</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 2068.

<sup>92</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2104.

<sup>93</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2107.

<sup>94</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2114.

- xviii. El 18 de enero de 2019, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., mediante comunicación de radicado 2019300106<sup>95</sup>, solicitó a la CRC que le fueran "*expedidas copias de todos los documentos que hayan sido incorporados al expediente desde el 1 de octubre de 2018 a la fecha*". La CRC, atendió esta solicitud de información mediante comunicación de radicado 2019502529<sup>96</sup> en la que se remitieron sendas copias del Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1 en medio magnético.
- xix. El día 31 de enero de 2019, mediante comunicación de radicado 20193002018<sup>97</sup>, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC, realizó traslado por competencia de la petición de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., en la que solicitaba a ese Despacho intervenir para dar celeridad a la actuación administrativa particular que se adelanta respecto de **COMCEL**. La CRC, a través de escrito con radicado de salida 2019505711<sup>98</sup>, respondió al operador su petición indicándole la complejidad y magnitud del acervo probatorio con que cuenta el expediente de la actuación particular, y el estado del trámite a la fecha.
- xx. El día 26 de febrero de 2019, mediante documento con radicado 2019300492<sup>99</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitó a la CRC copia de los conceptos emitidos por la SIC, dentro de la Actuación Administrativa Particular, el proyecto de "*Ajustes de las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017*". La CRC atendió la solicitud del operador mediante comunicación de radicado 2019505692<sup>100</sup>, señalando que la información plasmada en el concepto emitido por la SIC contenía disposiciones y argumentos de motivación que solo podían ser conocidos en detalle cuando **COMCEL** fuera notificado del acto administrativo particular que ponga fin a la actuación. Adicionalmente, la CRC explicó que la información contenida en el concepto hace parte del proceso deliberativo de la actuación, por lo que dicha información se encuentra amparada por la excepción de acceso dispuesta en el literal k) del artículo 6 y del parágrafo del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014.
- xxi. Mediante escrito con radicado 2019300502<sup>101</sup> del 26 de febrero de 2019, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó a la CRC copia del concepto de abogacía de competencia expedido por la SIC, bajo el Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1, requiriendo que se cubriera cualquier información confidencial contenida en el mismo para que se pudiera concretar el acceso a la información pública solicitada. La CRC respondió al requerimiento de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. a través de comunicación de radicado 2019505701<sup>102</sup>, indicando que la información plasmada en el concepto emitido por la SIC, contenía disposiciones y argumentos de motivación que solo podían ser conocidos en detalle cuando **COMCEL** fuera notificado del acto administrativo particular que pone fin a la actuación. Adicionalmente, la CRC explicó que la información contenida en el concepto es parte del proceso deliberativo de la actuación, por lo que dicha información se encuentra amparada por la excepción de acceso dispuesta en el literal k) del artículo 6 y del parágrafo del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014.
- xxii. A través de comunicación de radicado 2019300786<sup>103</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitó copias de las actas de Sesión de Comisión realizadas durante 2018 y lo que va de 2019, requerimiento que fue atendido por esta Comisión mediante comunicación de radicado 2019505871<sup>104</sup> con la información anexa en un (1) CD.
- xxiii. El 24 de abril de 2019, a través de comunicación de radicado 2019301155<sup>105</sup>, el MinTIC, trasladó por competencia la petición del Presidente y demás Concejales del Concejo Municipal de la ciudad de Medellín, en la que solicitaban la intervención de la Presidencia de la República para que la CRC culminara la actuación administrativa particular que se

<sup>95</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2309.

<sup>96</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2327.

<sup>97</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2252.

<sup>98</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2281 - 2282.

<sup>99</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2350.

<sup>100</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2357.

<sup>101</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2351.

<sup>102</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2354-2356.

<sup>103</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2352.

<sup>104</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2358.

<sup>105</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2382-2385.

adelanta respecto de **COMCEL**. La CRC, a través de escrito con radicado de salida 2019511704<sup>106</sup>, respondió al organismo municipal indicándole el estado del trámite a la fecha, la complejidad y magnitud del acervo probatorio con que cuenta el expediente, así como la necesaria aplicación de los principios que rigen la función administrativa y que ha observado la Comisión.

- xxiv. Mediante radicado 2019301720<sup>107</sup> del 13 de junio de 2019, el MinTIC, trasladó por competencia el escrito allegado por el proveedor COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. en el que solicitó a la señora Ministra una intervención urgente en el mercado de Servicios Móviles dada "*la dominancia del operador CLARO*"; así como celeridad en la actuación administrativa particular que se adelanta en relación con esta situación. En el mismo escrito COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. realizó diferentes apreciaciones sobre las limitaciones del concepto de abogacía rendido por la SIC en el marco de la presente actuación, y refirió la persistencia de los problemas de competencia que permiten que el operador dominante en servicios de voz móvil, apalque y contagie dichos problemas hacia los servicios móviles y fijos. Para soportar sus afirmaciones COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. aportó con su escrito el concepto elaborado por el Dr. CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR, en el que se analizan las condiciones competitivas del mercado de Servicios Móviles en el marco de la actuación administrativa particular.

La CRC otorgó respuesta a esta comunicación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. mediante escrito con radicado de salida 2019515647<sup>108</sup>.

- xxv. El 21 de junio de 2019, a través del radicado 2019301856<sup>109</sup>, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo trasladó a la CRC una comunicación proveniente de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. en la que dicha empresa manifestó que tenía la "expectativa legítima" de que esta Comisión declarara la posición dominante de **COMCEL**.

- xxvi. El 27 de junio de 2019, mediante comunicación con radicado 2019301968<sup>110</sup>, el MinTIC, trasladó por competencia la carta suscrita por el señor FABIÁN ANDRÉS HERNÁNDEZ RAMÍREZ, CEO del proveedor COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. en la que manifestó a la señora Ministra las expectativas legítimas que tiene dicho proveedor para que sea declarada la dominancia de **COMCEL**; asimismo reiteró la necesidad de celeridad que requiere esta decisión.

- xxvii. El día 2 de julio de 2019, mediante comunicación con radicado 2019302065<sup>111</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitó a la CRC adoptar las decisiones procesales que conforme a la Ley resultaran pertinentes para evitar que **COMCEL** siga realizando las conductas que, en su sentir, han entorpecido y dilatado el proceso administrativo y la toma de una decisión definitiva mediante la constante radicación de memoriales, derechos de petición, acciones de tutela y solicitudes probatorias impertinentes, repetitivas, inútiles y superfluas. Además de poner en duda mediante manifestaciones públicas la probidad o motivos del regulador para tomar la decisión.

A través de comunicación con radicado de salida 2019517247 del 22 de julio de 2019<sup>112</sup>, la CRC respondió esta solicitud de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

- xxviii. A través de comunicación de radicado 2019302314<sup>113</sup> del 16 de julio de 2019, **COMCEL** solicitó que se le informara la fecha de la próxima Sesión de Comisión y su respectivo orden del día. A esta solicitud la CRC dio respuesta mediante comunicación del 6 de agosto con radicado de salida 2019518614<sup>114</sup>.

<sup>106</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2392-2394.

<sup>107</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2530-2573.

<sup>108</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2635-2638.

<sup>109</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2587-2589.

<sup>110</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2612-2616.

<sup>111</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2630-2633.

<sup>112</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2866.

<sup>113</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2864.

<sup>114</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2867.



xxix. Teniendo en cuenta que en julio de 2019 había sido expedida la Ley 1978 de 2019, el 15 de agosto de 2019, mediante radicado 2019302739<sup>115</sup> la Procuraduría General de la Nación solicitó **(a)** información sobre el estado de la presente actuación administrativa; **(b)** copias de las actas de las Sesiones de Comisión del 30 de mayo y 12 de junio de 2019; **(c)** un plan de acción y los criterios que se aplicarían *"para determinar el orden en que continuar[á]n adelantándose las actuaciones administrativas que se encuentran pendientes de decisión a partir de la primera Sesión de Comisión de Comunicaciones"*; y **(d)** comunicar cuando se encontraran designados los tres miembros de la Sesión de Comisión de Comunicaciones.

A esta comunicación la CRC le dio respuesta con el radicado de salida 2019521040<sup>116</sup> del 30 de agosto de 2018 en el cual atendió cada una de las solicitudes elevadas por el Ministerio Público.

xxx. El 15 de agosto de 2019, la CRC recibió, mediante radicado 2019302751<sup>117</sup>, copia de una comunicación que COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. dirigió a la Procuraduría General de la Nación en la que ponía de presente que **COMCEL** había solicitado a esta Comisión una reunión para hablar de algunos asuntos asociados a la presente actuación administrativa. COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. indicó que tal solicitud y la eventual reunión que se pudiera realizar atentaban contra los principios de imparcialidad y transparencia. Bajo las anteriores afirmaciones, solicitó la intervención del Ministerio Público.

La CRC dio respuesta a la referida comunicación con el radicado 2019521128<sup>118</sup> del 2 de septiembre de 2019 en la cual advirtió que ningún funcionario de la Comisión sostuvo reuniones con **COMCEL** para tratar asuntos relacionados con la presente actuación. Esta Entidad agregó que, en cumplimiento de los principios de imparcialidad y transparencia, le solicitó a **COMCEL** que señalara las razones por las cuales no podía formular sus inquietudes por escrito.

xxxi. El 11 de octubre de 2019, a través del radicado 2019303562<sup>119</sup>, la Procuraduría General de la Nación trasladó una solicitud elevada por **COMCEL** en la que le solicitaba que oficiara a esta Comisión para que informara si había sostenido reuniones con COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.

La CRC dio respuesta a **COMCEL**, mediante el radicado 2019525492<sup>120</sup> del 22 de octubre de 2019, en el que, además de recordar que de manera constante se reúne con todos los agentes regulados dentro de los diferentes trámites y proyectos regulatorios, advirtió que con COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. no se realizó ninguna reunión para tratar asuntos relacionados con la presente actuación administrativa y, en todo caso, la CRC no accedería a una reunión en la que se aborde tal temática con ningún proveedor, incluyendo **COMCEL**.

xxxii. Mediante documento del 1º de noviembre de 2019 con radicado 2019303819<sup>121</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. remitió un estudio realizado por la consultora BACKHAUL ADVISORY, el cual, según dicho proveedor, señala la necesidad de implementar medidas asimétricas sobre **COMCEL**, *"por la evidencia numérica del apalancamiento de la posición de dominio de voz móvil al mercado de servicios móviles (...)"*.

xxxiii. El 19 de noviembre de 2019, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. remitió el documento con radicado 2019303988<sup>122</sup> en el que hizo referencia a estudios de la OCDE en los que, según su opinión, se evidenciaba una alta concentración del mercado de Servicios Móviles. Además, solicitó que se le diera traslado urgente al Comisionado Sergio Martínez Medina del expediente de la presente actuación a fin de que se tomaran decisiones de manera inmediata.

<sup>115</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2868.

<sup>116</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2874-2875.

<sup>117</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2869-2871.

<sup>118</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2876.

<sup>119</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2884-2888.

<sup>120</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2889.

<sup>121</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2890-2892.

<sup>122</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2893-2894.

A esta comunicación la CRC le dio respuesta el 5 de diciembre de 2019 con el radicado de salida 2019528679<sup>123</sup>. En este documento, la Comisión aclaró que no se podían incorporar pruebas aportadas por quienes no eran parte dentro de la presente actuación. En lo relativo a la solicitud de traslado del expediente al Comisionado Sergio Martínez Medina, se informó que no era necesario por cuanto todos los expedientes estaban a disposición de los funcionarios de la CRC para adelantar los trámites de rigor. Se agregó que en reunión de comisionados efectuada el 29 de noviembre de 2019 se dieron instrucciones para que el equipo de trabajo de la presente actuación se reuniera con el citado Comisionado con el objetivo de suministrarle la información necesaria sobre el desarrollo de la misma.

xxxiv. Mediante escrito con radicado 2020300259<sup>124</sup> del 30 de enero de 2020, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitó copias de las actuaciones consignadas en el expediente desde el 1º de noviembre de 2019 al 29 de enero de 2020. La CRC atendió tal solicitud mediante la comunicación con radicado 2020503098<sup>125</sup> del 7 de febrero de 2020, a la cual se acompañó la información solicitada.

xxxv. Mediante documentos con radicados 2020300622<sup>126</sup> y 2020300623<sup>127</sup> del 26 de febrero de 2020, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó a la CRC que informara las actuaciones desplegadas en el presente trámite administrativo y que tomara una decisión cuanto antes frente al mismo. La CRC respondió a dichas comunicaciones con el documento con radicado 2020505715<sup>128</sup> del 6 de marzo de 2020.

xxxvi. El 18 de marzo de 2020, en la comunicación con radicado 2020301005<sup>129</sup>, la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública de la Procuraduría General de la Nación requirió a la CRC para que informara las acciones que adelantaría dentro de la presente actuación administrativa, teniendo en cuenta que el 3 de febrero de 2020 culminó el proceso de conformación de la Sesión de Comisión de Comunicaciones.

La CRC dio respuesta al requerimiento de la Procuradora mediante comunicación del 24 de marzo de 2020 con radicado 2020506835<sup>130</sup>, en el cual se informó sobre las actividades desplegadas por la Comisión desde finales de 2019 e inicios de 2020 dentro de la actuación.

xxxvii. El 19 de marzo de 2020, con el radicado 2020301028<sup>131</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó copia de los documentos incluidos en el expediente de la presente actuación desde enero de 2020. A esta solicitud la CRC dio respuesta entregando la información a través del radicado 2020507116<sup>132</sup> del 31 de marzo de 2020.

xxxviii. El 12 de junio de 2020, por medio del radicado 2020806014<sup>133</sup>, la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal solicitó copia del expediente administrativo de la presente actuación administrativa. Con la comunicación con radicado de salida 2020513385<sup>134</sup> del 8 de julio de 2020, la CRC dio respuesta a tal solicitud, remitiendo copia de la información pública del expediente.

xxxix. A través del correo electrónico del 24 de junio de 2020 con radicado 2020806519<sup>135</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó a la CRC que tomara una decisión en la presente actuación administrativa. La Comisión respondió a tal solicitud mediante la comunicación del 8 de julio de 2020 con radicado de salida 2020513429<sup>136</sup>.

<sup>123</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2895.

<sup>124</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2896.

<sup>125</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2897.

<sup>126</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2898.

<sup>127</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2899.

<sup>128</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2900.

<sup>129</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2922.

<sup>130</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2925.

<sup>131</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2924.

<sup>132</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2929.

<sup>133</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2937.

<sup>134</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 2981.

<sup>135</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 2977-2979.

<sup>136</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 2980.

- xi. Mediante correo electrónico del 8 de julio de 2020 con radicado 2020807249<sup>137</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó a la CRC que levantara la suspensión de términos decretada mediante la Resolución CRC 5957 de 2020<sup>138</sup> respecto de la presente actuación administrativa. La CRC dio respuesta a tal solicitud en comunicación del 23 de julio de 2020 con radicado 2020514301<sup>139</sup>, en la que indicó, de una parte, que COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. no cuenta con legitimación para hacer ese tipo de solicitudes toda vez que no es parte ni tercero dentro de la actuación y, de otra parte, que la suspensión de términos decretada en la Resolución CRC 5957 de 2020 fue levantada para todas las actuaciones de competencia de la Sesión de Comisión de Comunicaciones mediante la Resolución CRC 6013 de 2020<sup>140</sup>, a partir del 21 de julio de 2020.
- xli. El 24 de agosto de 2020, por medio del radicado 2020809113<sup>141</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó a la CRC que le remitiera copia de los estudios de la Contraloría General de la República y de la Contraloría General de Medellín mencionados por **COMCEL** en su escrito del 4 de junio de 2020 en el que insistió en las pruebas que fueron denegadas por esta Comisión en la presente actuación. A esta solicitud la CRC le dio respuesta el 16 de septiembre de 2020 a través del radicado de salida 2020517854<sup>142</sup>.
- xlii. El 24 de agosto de 2020, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. remitió el radicado 2020809603<sup>143</sup> en el que solicitó a la CRC que se declarara la dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles". Así mismo aportó nuevamente el estudio realizado por la firma BACKHAUL ADVISORY, titulado "*Análisis complementarios para solicitar la implementación de medidas regulatorias asimétricas sobre COMCEL S.A.*", el archivo con las bases de datos que nutrió el estudio y los archivos del modelo usado en el estudio junto con el archivo de ejecución del modelo.
- xliii. El 25 de agosto de 2020, por medio del radicado 2020809617<sup>144</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitó copia de los documentos incluidos en el expediente de la presente actuación desde enero de 2020 hasta la fecha de la solicitud.
- La CRC atendió dicha solicitud con el radicado 2020517636<sup>145</sup> del 14 de septiembre de 2020.
- xliv. El 28 de agosto de 2020, por vía del radicado 2020809818<sup>146</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó copias de los documentos incluidos en la presente actuación desde el 22 de julio de 2020 hasta la fecha de la petición.
- La CRC atendió tal solicitud con el radicado 2020517637<sup>147</sup> del 14 de septiembre de 2020.
- xlv. El 1º de septiembre de 2020, por medio del radicado 2020810021<sup>148</sup>, PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. solicitó copia de todo el expediente de la presente actuación y que se le informara el estado actual de la misma, para lo cual señaló que tiene "*interés directo en el resultado de esta actuación administrativa de carácter particular y concreto*".

<sup>137</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 2982-2983.

<sup>138</sup> "*Por la cual se decreta la suspensión de términos en algunas de las actuaciones administrativas de carácter particular tramitadas ante la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones y se realiza una delegación*".

<sup>139</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3106.

<sup>140</sup> "*Por la cual se levanta la suspensión de términos de las actuaciones administrativas de carácter particular tramitadas ante la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, se establecen el procedimiento y los protocolos para la revisión de los expedientes y para la realización de audiencias dentro de estas actuaciones administrativas y se dictan otras disposiciones*".

<sup>141</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3119.

<sup>142</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3159.

<sup>143</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3131.

<sup>144</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3133.

<sup>145</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3151.

<sup>146</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3136.

<sup>147</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3155.

<sup>148</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3145.

A tal solicitud, la CRC le dio respuesta con los radicados 2020518950<sup>149</sup> del 1º de octubre de 2020 y 2020519591<sup>150</sup> del 9 de octubre de 2020, con los que se remitió la información pública del expediente. En estas, la CRC le aclaró a PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. que el único que ha sido reconocido como parte en la actuación administrativa es el proveedor **COMCEL**, toda vez que las medidas que resultaren de la misma en todo caso estarían orientadas a mantener condiciones adecuadas de mercado y, eventualmente, solo comprometerían derechos subjetivos de dicha empresa.

- xlvi. El 16 de octubre de 2020, a través del radicado 2020812258<sup>151</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó copias de los documentos incluidos en la presente actuación desde el 7 de septiembre de 2020 hasta la fecha de la petición.

A esta petición la CRC dio respuesta con el radicado 202052208<sup>152</sup> del 13 de noviembre de 2020.

- xlvii. Con el radicado 2020812618<sup>153</sup> del 23 de octubre de 2020, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó a la CRC que decidiera cuanto antes la presente actuación declarando a **COMCEL** operador dominante y estableciendo medidas asimétricas a fin de asegurar un mercado competitivo.

A la anotada comunicación la CRC le dio respuesta mediante el radicado 2020522556<sup>154</sup> del 20 de noviembre de 2020, en el que le recordó a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. que, al no ser parte en la presente actuación, no estaba legitimada para realizar ese tipo de solicitudes.

- xlviii. A través del radicado 2020812639<sup>155</sup> del 23 de octubre de 2020, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. presentó el estudio realizado por la firma Analysys Mason sobre *"las condiciones de competencia colombianas"*. Dicho estudio, a su vez, fue trasladado por competencia por el Consejero Presidencial para Asuntos Económicos y Transformación Digital mediante el radicado 2020814491<sup>156</sup> del 1º de diciembre de 2020.

Es de destacar mediante comunicación con radicado 2020814304<sup>157</sup> del 27 de noviembre de 2020, **COMCEL** solicitó que no se tuviera en cuenta las comunicaciones del 23 de octubre de 2020 remitidas por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. por no ser dicho proveedor parte de la actuación administrativa.

- xliv. Por medio del radicado 2020812966<sup>158</sup> del 29 de octubre de 2019, la ASOCIACIÓN DE OPERADORES DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES DE COLOMBIA - ASOTIC, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., SUMA MÓVIL S.A.S., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. solicitaron a esta Comisión que tomara *"medidas urgentes respecto respecto de la dominancia del operador [COMCEL] en los mercados de telecomunicaciones fijas y móviles del país"*.

Esta comunicación, a su vez, fue remitida por competencia a la CRC por parte del Consejero Presidencial para Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través del radicado 2021800290<sup>159</sup> del 12 de enero de 2021, y por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC a través del radicado 2021800716<sup>160</sup> del 21 de enero de 2021 y del radicado 2021800752<sup>161</sup> del 22 de enero de 2021.

<sup>149</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3256.

<sup>150</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3260.

<sup>151</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3269-3270.

<sup>152</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3333.

<sup>153</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3276-3301.

<sup>154</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3381.

<sup>155</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3306-3309.

<sup>156</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3440-3445.

<sup>157</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3430-3439.

<sup>158</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3310-3312.

<sup>159</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3488-3492.

<sup>160</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3493-3498.

<sup>161</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3503-3508.

- i. Mediante el radicado 2020814137<sup>162</sup> del 23 de noviembre de 2020, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC remitió por competencia una comunicación proveniente de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. en la que dicho proveedor solicitaba al Ministerio que interviniera para que la presente actuación fuera decidida.

A la mencionada comunicación la CRC dio respuesta mediante el radicado 2020524690<sup>163</sup> del 17 de diciembre de 2020 en la que se recordó a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. que no es parte de la presente actuación y, por ende, no está legitimada para hacer una solicitud como la planteada en su escrito.

- ii. Con el radicado 2020814197<sup>164</sup> del 25 de noviembre de 2020, los Honorables Representantes a la Cámara León Fredy Muñoz Lopera y María José Pizarro Rodríguez solicitaron a la CRC *"que en ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de los principios propios de la función administrativa tales como el de la celeridad, intervenga oportunamente en el mercado de servicios móviles colombiano, en procura de lograr un mayor bienestar social, el cierre de brechas tecnológicas, la transformación digital del país y la democratización de las telecomunicaciones, para así beneficiar de manera directa a los usuarios finales, actores fundamentales para la consolidación de la economía digital"*.

La CRC dio respuesta a dicha comunicación mediante el radicado 2020523969<sup>165</sup> del 9 de diciembre de 2020, en la cual expuso el trámite surtido en la presente actuación administrativa hasta ese momento.

Posteriormente, mediante comunicación del 2020814629<sup>166</sup> del 3 de noviembre de 2020, la Procuraduría General de la Nación trasladó la comunicación remitida por los Honorables Representantes a la Cámara León Fredy Muñoz Lopera y María José Pizarro Rodríguez, antes mencionada.

A dicha comunicación la CRC dio respuesta a través del radicado 2020524271<sup>167</sup> del 11 de diciembre de 2020, en el que, además de informar que ya se había dado respuesta a los Honorables Representantes a la Cámara, se puso de presente cuándo se estimaba estudiar el proyecto de acto administrativo que resolvería la presente actuación por parte de la Sesión de Comisión de Comunicaciones.

- iii. Mediante el radicado 2020814219<sup>168</sup> del 25 de noviembre de 2020, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitó copias de los documentos incluidos en la presente actuación desde enero de 2020 hasta la fecha de la petición.

A esta petición la CRC dio respuesta con el radicado 2020525121<sup>169</sup> del 23 de diciembre de 2020.

- iiii. Mediante el radicado 2020815197<sup>170</sup> del 15 de diciembre de 2020, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó copias de los documentos incluidos en la presente actuación desde EL 5 de noviembre de 2020 hasta la fecha de la petición.

A esta petición la CRC dio respuesta con el radicado 2020525114<sup>171</sup> del 23 de diciembre de 2020.

- liv. Mediante el radicado 2021800751<sup>172</sup> del 22 de enero de 2021, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MinTIC remitió por competencia a la CRC una

<sup>162</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3382-3386.

<sup>163</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folio 3485.

<sup>164</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3396-3398.

<sup>165</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3449-3450.

<sup>166</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3447-3448.

<sup>167</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folio 3451.

<sup>168</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3399-3426.

<sup>169</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folio 3486.

<sup>170</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3455-3456.

<sup>171</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folio 3487.

<sup>172</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3509-3510.

comunicación proveniente de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. en la que dicho proveedor solicitaba al Ministerio que interviniera para que la presente actuación fuera decidida.

#### **2.4. Comunicaciones sobre el ejercicio probatorio**

A continuación, se hará referencia a las comunicaciones relativas a la presentación y solicitud de pruebas por parte de **COMCEL** dentro del presente trámite, como manifestación del ejercicio de su derecho de defensa y contradicción:

- i. **COMCEL** radicó un escrito en la CRC, identificado con el número 201730976 del 17 de abril de 2017 y con el asunto *"PRONUNCIAMIENTO DE COMCEL S.A. - COMENTARIOS - OBSERVACIONES - SOLICITUD DE PRUEBAS, EN 661 FOLIOS"*.
- ii. El 7 de julio de 2017, en respuesta al documento que fue radicado el 17 de abril de 2017, fue expedido un Auto de pruebas mediante el cual se decretó lo siguiente<sup>173</sup>:
  - a. Otorgar un plazo de cinco (5) días hábiles a **COMCEL** para que aportara la traducción oficial al idioma castellano de la totalidad de los documentos en idioma inglés remitidos con su escrito de comentarios y observaciones, para que los mismos pudieran ser incorporados al expediente como prueba documental.
  - b. Decretar como prueba e incorporar al expediente los documentos aportados por **COMCEL** con su escrito de 17 de abril (las cuatro (4) páginas del libro de J. Tirole), documento de fecha 27 de abril de 2017, identificado con el radicado interno 201731149<sup>174</sup>, mediante el cual **COMCEL** adjuntó copia de las respuestas enviadas el 19 de abril de 2017 a este por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al cuestionario remitido por la Comisión Sexta del Senado de la República, en el marco de la Audiencia de Control Político Proposición No. 36 de 2017, relacionada con la participación del Estado en la empresa Colombia Telecomunicaciones y la eventual capitalización de esa empresa; documento de fecha 12 de junio de 2017, identificado con el radicado 201731671<sup>175</sup>, mediante el cual **COMCEL** remitió información sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente del comportamiento de Telefónica Colombia – Movistar; documento de fecha 15 de junio de 2017, identificado con el radicado 201731735<sup>176</sup>, mediante el cual **COMCEL** remitió información sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente del comportamiento de Telefónica Colombia – Movistar y los demás documentos en idioma castellano, o traducción oficial si el original es en otro idioma distinto del castellano, que **COMCEL** aportare dentro del presente trámite administrativo.
  - c. En calidad de prueba por informe, librar oficio al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que identificara con claridad cuáles son los operadores de telecomunicaciones con cobertura en 2G, 3G y 4G, y cuál es el alcance geográfico de cada una de ellas.
  - d. Decretar la inspección oficial de las páginas web de los siguientes reguladores: Estados Unidos de Norteamérica – Federal Communications Commission, Bélgica – Belgian Institute for Postal Services and Telecommunications (BIPT), Argentina – Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), Chile – Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (STC), México – Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), Costa Rica – Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) y la Comisión Europea. Lo anterior, con el objetivo de constatar si en dichos lugares existe el test de replicabilidad económica ex ante para servicios móviles minoristas.
  - e. Decretar como prueba los siguientes testimonios: SIMÓN LEE, en su calidad de representante legal de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A., XIONG YIHUI, en su calidad de representante legal de HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA

<sup>173</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 4. Folios 797-812.

<sup>174</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 4. Folios 727-758.

<sup>175</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 4. Folios 789-792.

<sup>176</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 4. Folios 793-796.

S.A.S., JUAN PABLO GUZMÁN, en su calidad de representante legal de NOKIA COLOMBIA S.A., JUAN CARLOS CALDERÓN, ANDRÉS CARLÉSIMO REY, en su calidad de Director de Producto, o a quien haga sus veces, de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**

- f. Decretar como prueba e incorporar al expediente el dictamen pericial titulado "RESOLUCIÓN 5110 DE 2017 DE LA CRC: POR EL CAMINO EQUIVOCADO", elaborado por Mauricio Santamaría.
  - g. Se concedió un término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación del auto de pruebas, para que **COMCEL** aportara los dictámenes periciales anunciados, acerca de -pero sin limitarse a ello-: i) *"las medidas que la CRC indica podrán imponerse al finalizar la actuación administrativa y sus impactos. Además, lo relativo a los montos indemnizatorios que por expropiación podría reclamar COMCEL al Estado Colombiano."*; y ii) *"si existe posición de dominio en el mercado de servicios móviles. Además, para que determine si los elementos que la CRC ha tenido en cuenta para determinar la supuesta posición dominante de COMCEL son suficientes y económicamente sustentables."*
  - h. Decretar de oficio los testimonios de CAROLINA MARGARITA PRIETO SARABIA en su calidad de representante legal de MOTOROLA MOBILITY COLOMBIA S.A.S., RODRIGO LUNA DURÁN en su calidad de representante legal de APPLE COLOMBIA S.A.S., CARLOS ALBERTO PEÑA PÉREZ en su calidad de representante legal de ALCATEL LUCENT DE COLOMBIA S.A., SHIN HWA SEOK, en su calidad de representante legal de LG ELECTRONICS COLOMBIA LIMITADA., JORGE LUIS GONZÁLEZ MONTENEGRO, en su calidad de representante legal de SONY COLOMBIA S.A.
  - i. Oficiar a **COMCEL** para que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del auto de pruebas remitiera a esta entidad información técnica relacionada con la capacidad instalada y utilizada de su red.
  - j. Denegar el decreto de las demás pruebas solicitadas por **COMCEL**.
- iii. El 10 de julio de 2017, mediante comunicación con radicado 2017588939<sup>177</sup> se informó a **COMCEL** de la notificación del auto de fecha 7 de julio de 2017. Ese mismo día, la CRC mediante oficios con radicado 2017588966<sup>178</sup>, libró comunicaciones para la práctica de las siguientes pruebas:

No.	Medio de prueba	Objeto de la Prueba	Responsable	Fecha o término de práctica de pruebas
1	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Simón Lee (Samsung Electronics Colombia S.A.)	31 de julio de 2017 a las 9:00 horas.
2	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Xiong Yihui (Huawei Technologies Colombia S.A.S.)	31 de julio de 2017 a las 14:30 horas.
3	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Juan Pablo Guzmán (Nokia Colombia S.A.)	1 de agosto de 2017 a las 09:00 horas.

<sup>177</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 814-846.

<sup>178</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 847-860.

No.	Medio de prueba	Objeto de la Prueba	Responsable	Fecha o término de práctica de pruebas
4	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Carolina Margarita Prieto Sarabia (Motorola Mobility Colombia S.A.S.)	1 de agosto de 2017 a las 14:30 horas.
5	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Rodrigo Luna Durán (Apple Colombia S.A.S.)	2 de agosto de 2017 a las 09:00 horas.
6	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Carlos Alberto Peña Pérez (Alcatel Lucent de Colombia S.A.)	2 de agosto de 2017 a las 14:30 horas.
7	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Shin Hwa Seok (LG Electronics Colombia LTDA.)	3 de agosto de 2017 a las 9:00 horas.
8	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Jorge Luis González Montenegro (Sony Colombia S.A.)	3 de agosto de 2017 a las 14:30 horas.
9	Testimonial	Deponer respecto de la afectación que tendría en <b>COMCEL</b> las medidas propuestas por la CRC en los siguientes aspectos: 1. Factibilidad técnica. 2. Efectos sobre la calidad del servicio ofrecida a usuarios actuales y terceros. 3. Efectos sobre la prestación de los propios servicios. 4. Capacidad suficiente de infraestructura	Juan Carlos Calderón	11 de septiembre de 2017 a las 09:00 horas.
10	Testimonial	Deponer respecto del mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos con dos o más operadores al mismo tiempo.	Andrés Carlésimo Rey	11 de septiembre de 2017 a las 14:30 horas.
11	Por Informe	Informe de cobertura en 2G, 3G y 4G de los PRST y alcance geográfico.	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	10 días hábiles.
12	Por Informe	Información técnica de capacidad instalada y utilizada en 2G, 3G y 4G.	<b>COMCEL</b>	15 días hábiles
13	Pericial	Acreditación de idoneidad, explicación de metodología y conclusiones de dictamen pericial.	Mauricio Santamaría	12 de septiembre de 2017 a las 9:00 horas.

iv. El 17 de julio de 2017, mediante comunicación de radicado 201732078<sup>179</sup>, el MinTIC remitió a la CRC copia del traslado que hiciera el Director de Industria de Comunicaciones, NICOLÁS SILVA CORTÉS, al Jefe de la Oficina Asesora de Planeación y Estudios Sectoriales, JUAN DAVID OLARTE TORRES, de la solicitud de remisión de información derivada del auto de pruebas de fecha 7 de julio de 2017.

---

<sup>179</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 862.



- v. Mediante comunicación con radicado 201732100<sup>180</sup>, de fecha 17 de julio de 2017, **COMCEL** presentó la traducción oficial de los apartes de los documentos que había presentado anteriormente en idioma inglés.
- vi. El 19 de julio de 2017, la CRC profirió un auto modificando las fechas para la práctica de algunas pruebas<sup>181</sup>, el cual fue notificado por estado el 21 de julio de 2017<sup>182</sup>.
- vii. Mediante comunicación identificada con radicado 2017590281<sup>183</sup>, de fecha 19 de julio de 2017, se le informó a **COMCEL** que la citación a audiencia de interrogatorio del perito MAURICIO SANTAMARÍA había sido devuelta por desconocerse el remitente en la dirección que se había indicado.
- viii. El mismo 19 de julio de 2017, **COMCEL** solicitó plazo adicional para presentación de dictámenes e información técnica mediante comunicación con radicado 201732136<sup>184</sup>. Mediante comunicación 2017591165<sup>185</sup> de fecha 25 de julio de 2017, la CRC dio respuesta a la solicitud de plazo adicional concediendo 15 días hábiles para lo pertinente.
- ix. El 21 de julio de 2017, la CRC profirió un auto designando al Comisionado Experto Germán Enrique Bacca Medina para la práctica de las pruebas testimoniales y la prueba pericial decretadas mediante auto de fecha 7 de julio de 2017<sup>186</sup>. Dicho auto fue notificado el 24 de julio de 2017<sup>187</sup>.
- x. Ese mismo día, la CRC mediante oficios con radicado 2017591100<sup>188</sup>, libró comunicaciones para la modificación de fecha para la práctica de las siguientes pruebas:

No.	Medio de prueba	Responsable	Fecha o término de práctica de pruebas
1	Testimonial	Simón Lee (Samsung Electronics Colombia S.A.)	15 de agosto de 2017 a las 14:00 horas.
2	Testimonial	Xiong Yihui (Huawei Technologies Colombia S.A.S.)	15 de agosto de 2017 a las 16:00 horas.
3	Testimonial	Juan Pablo Guzmán (Nokia Colombia S.A.)	16 de agosto de 2017 a las 08:00 horas.
4	Testimonial	Carolina Margarita Prieto Sarabia (Motorola Mobility Colombia S.A.S.)	16 de agosto de 2017 a las 10:00 horas.
5	Testimonial	Rodrigo Luna Durán (Apple Colombia S.A.S.)	16 de agosto de 2017 a las 14:00 horas.
6	Testimonial	Carlos Alberto Peña Pérez (Alcatel Lucent de Colombia S.A.)	16 de agosto de 2017 a las 16:00 horas.
7	Testimonial	Shin Hwa Seok (LG Electronics Colombia LTDA.)	17 de agosto de 2017 a las 08:00 horas.
8	Testimonial	Jorge Luis González Montenegro (Sony Colombia S.A.)	17 de agosto de 2017 a las 10:00 horas.

- xi. El 24 de julio de 2017, mediante comunicación con el radicado 201732078<sup>189</sup>, el MinTIC informó a la CRC del enlace de Internet dispuesto por la entidad, para que de manera exclusiva realizara la descarga de los archivos solicitados mediante auto de 7 de julio de 2017 *"para su uso interno"*.
- xii. El mismo 24 de julio de 2017, mediante comunicación de radicado 201732215<sup>190</sup>, **COMCEL** presentó una solicitud de reconsideración a la negativa sobre el decreto de pruebas del auto de fecha 7 de julio de 2017.

Adicionalmente, mediante comunicación de radicado 201732216<sup>191</sup>, **COMCEL** solicitó la práctica de una prueba adicional consistente en que los operadores MOVISTAR y TIGO

<sup>180</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 863-916.

<sup>181</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 917-919.

<sup>182</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 920.

<sup>183</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 921-922.

<sup>184</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 923-925.

<sup>185</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 949.

<sup>186</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 934-935.

<sup>187</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 936.

<sup>188</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 938-948.

<sup>189</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folio 937.

<sup>190</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 940-959.

<sup>191</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 960-962.

reportaran la información relativa a su capacidad técnica en los mismos términos en que le fue solicitada a **COMCEL**.

- xiii. Entre el 27 de julio y el 31 de julio de 2017, esta Comisión llevó a cabo las siguientes diligencias de inspección oficial a páginas Web, con la colaboración del Laboratorio Forense de la SIC:

No.	Fecha	Página Web	Entidad
1	27 de julio de 2017	<a href="http://www.subtel.gob.cl/">http://www.subtel.gob.cl/</a>	Subsecretaría de Telecomunicaciones (Chile) <sup>192</sup>
2	27 de julio de 2017	<a href="http://www.ift.org.mx/">http://www.ift.org.mx/</a>	Instituto Federal de Telecomunicaciones (México) <sup>193</sup>
3	28 de julio de 2017	<a href="https://sutel.go.cr/">https://sutel.go.cr/</a>	Superintendencia de Telecomunicaciones (Costa Rica) <sup>194</sup>
4	28 de julio de 2017	<a href="https://ec.europa.eu/commission/index_es">https://ec.europa.eu/commission/index_es</a>	Comisión Europea <sup>195</sup>
5	31 de julio de 2017	<a href="https://www.fcc.gov/">https://www.fcc.gov/</a>	Federal Communications Commission (Estados Unidos) <sup>196</sup>
6	31 de julio de 2017	<a href="http://www.bipt.be/en">http://www.bipt.be/en</a>	Belgian Institute for Postal services and Telecommunications (Bélgica) <sup>197</sup>
7	31 de julio de 2017	<a href="https://www.enacom.gob.ar/">https://www.enacom.gob.ar/</a>	Ente Nacional de Comunicaciones (Argentina) <sup>198</sup>

- xiv. Mediante comunicación identificada con radicado 2017591771<sup>199</sup> de fecha 28 de julio de 2017, la CRC citó de nuevo al perito MAURICIO SANTAMARÍA a diligencia de interrogatorio.

- xv. El día 2 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732359<sup>200</sup>, el apoderado especial de la sociedad SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A. solicitó modificar el auto de fecha 7 de julio de 2017, modificado a su vez por el auto del 19 de julio del mismo año, en el sentido de que en vez de citar a SIMÓN LEE o a cualquiera de los representantes legales de SAMSUNG, citara a JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA, PATRICIA VELÁSQUEZ MARTÍNEZ o WALID GONZÁLEZ HENAO, para rendir el testimonio al que se refería dicha providencia.

- xvi. El mismo 2 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 2017592388<sup>201</sup>, la CRC informó a **COMCEL** del documento radicado por el apoderado especial de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A. (de radicado 201732359) y le solicitó definir si deseaba practicar la prueba como fue decretada, solicitar una prueba nueva o desistir de la prueba solicitada y decretada.

- xvii. El 4 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732405<sup>202</sup>, **COMCEL** presentó un derecho de petición solicitando lo siguiente:

*"a. Realizar un análisis pormenorizado y actualizado de todas las variables que componen el mercado de "Voz saliente móvil", a raíz de la creación del mercado "Servicios Móviles" por cuenta de la Resolución 5108.*

*b. Determinar qué porcentaje del tráfico de internet desde el terminal móvil se cursa por la red fija de Wi-Fi.*

*c. Calcular y determinar la "Escala" a nivel global/regional (américa latina), considerando la operación de los tres principales grupos económicos en materia de telecomunicaciones que concurren al mercado colombiano (Movistar, Claro y Tigo).*

<sup>192</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 967-974 más 1 DVD.

<sup>193</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 975-987 más 1 DVD.

<sup>194</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 988-995 más 1 DVD.

<sup>195</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 996-1003 más 1 CD.

<sup>196</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 1022-1029 más 1 DVD.

<sup>197</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 1030-1039 más 1 CD.

<sup>198</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folios 1040-1049 más 1 DVD.

<sup>199</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 5. Folio 1004.

<sup>200</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1050-1057.

<sup>201</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1065.

<sup>202</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1066-1070.

*d. Evaluar la dinámica del mercado y particularmente la contestabilidad de ofertas a partir de la realización de una depuración y corrección del Formato 5 de la Resolución 3496 de 2011 y su resultado compararlo con el estudio de TARIFICA.*

*e. Que los resultados de dicho análisis, se den a conocer a los interesados dentro de la actuación administrativa de carácter particular mencionada, con el fin de que los puedan conocer y tengan oportunidad de presentar comentarios y observaciones.*

*f. Que los resultados de dicho análisis se incorporen a la actuación administrativa carácter particular y concreto, pendiente a la constatación o no de la posición dominante de COMCEL en el mercado susceptible de regulación ex ante "servicios móviles" y la revisión y el análisis frente la posibilidad de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo. Expediente administrativo: No 2000-74-18".*

xviii. El 9 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732491<sup>203</sup>, **COMCEL** solicitó el decreto de un dictamen pericial de naturaleza técnica para responder los siguientes interrogantes:

- *"¿Cuál es el número y porcentaje de los terminales móviles con facilidad Dual SIM que se están comercializando en Colombia?"*
- *¿Qué modelos de terminales móviles con facilidad Dual SIM se están comercializando en el país?"*
- *Información histórica de la evolución del número de equipos terminales con la funcionalidad Dual SIM comercializados en Colombia".*

xix. También el 9 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732492<sup>204</sup>, el apoderado especial de SONY COLOMBIA S.A. solicitó la modificación del auto de pruebas de 7 de julio de 2017, modificado a su vez por el auto de 19 de julio del mismo año, en el sentido de que en vez de citar a JORGE LUIS GONZÁLEZ MONTENEGRO se citara al señor FELIPE ANDRÉS BEHAR RODRÍGUEZ, por ser la persona encargada de la línea de negocios en Colombia por parte de SONY MOBILE COMMUNICATIONS AB desde antes del proceso de liquidación y reorganización de la sociedad en Colombia, y a la fecha.

xx. El día 10 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732508<sup>205</sup>, **COMCEL** solicitó lo siguiente:

*"1. Que se proceda a oficiar a SAMSUNG (sic) ELECTRONICS COLOMBIA S.A. para que conforma (sic) a la prueba ordenada por la CRC, proceda a informar quien (sic) o quienes (sic) serían las personas con idoneidad técnica suficiente para absolver los testimonios en el sentido de informar: "Que el testigo deponga respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM y el sistema WI-FI. Además, sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder planes de datos". En los términos del auto de pruebas del pasado 7 de julio de 2017*

*2. Que una vez SAMSUNG (sic) ELECTRONICS COLOMBIA S.A informe quien (sic) es la persona idónea para absolver el testimonio ordenado, se proceda por parte de la CRC a fijar fecha y hora para la práctica del mismo.*

*3. Como quiera que el fundamento de la solicitud elevada por SAMSUNG (sic) ELECTRONICS COLOMBIA S.A es que su representante legal "no estarían calificados para declarar de manera completa y detallada acerca de la tecnología Dual SIM y Wi-Fi ni sobre los aspectos técnicos de los dispositivos que se comercializan en el mercado colombiano" Solicitamos (sic) que conforme al principio de economía se libren oficios a los representantes legales de Huawei y Nokia, para que informen de la persona o personas idóneas para declarar de manera completa y detallada sobre los aspectos solicitados en el testimonio.*

*4. En igual sentido, que se oficie a las siguientes compañías y personas para que informen si personalmente pueden absolver la prueba de oficio ordenada por la CRC, o si es necesario que se cite y fije nueva fecha para rendir testimonio por parte de la persona idónea a juicio de las mismas empresas; así: CAROLINA MARGARITA PRIETO SANABRIA (...) RODRIGO LUNA DURÁN (...) CARLOS ALBERTO PEÑA PÉREZ (...) SHIN HWA SEOK (...) JORGE LUIS GONZÁLEZ MONTENEGRO*

<sup>203</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1084-1085.

<sup>204</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1086-1095.

<sup>205</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1099-1100.

(...):

- xxi. El 11 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732539<sup>206</sup>, **COMCEL** solicitó la entrega de la información de los demás operadores contenida en el Formato 5 y la prórroga del plazo para la presentación del dictamen pericial de un *"experto en análisis de mercado economía"*. El 18 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 2017593613<sup>207</sup>, la CRC dio respuesta a la solicitud de **COMCEL** de entrega de información de los demás operadores contenida en el Formato 5, manifestando que la respuesta de los operadores, salvo UFF MÓVIL S.A.S., fue que dicha información era reservada y confidencial. Por lo tanto, solo se envió la información de este último operador.
- xxii. El día 11 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732540<sup>208</sup>, **COMCEL** solicitó copia de todas las actas de inspección y CD/DVD de las diligencias de inspección oficial de página web adelantadas por la CRC. El día 28 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 2017594254<sup>209</sup>, la CRC dio respuesta a la solicitud de **COMCEL** de entrega de copias de las actas, CD y DVD de las inspecciones oficiales a páginas web adelantadas en el presente trámite.
- xxiii. También ese día, mediante comunicación de radicado 201732541<sup>210</sup>, el apoderado especial de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A. manifestó que el señor SIMÓN LEE estaría por fuera del país el día programado para la diligencia que fue citado, por lo cual solicitó modificar la fecha de la misma.
- xxiv. En atención a las solicitudes recibidas hasta el 11 de agosto de 2017<sup>211</sup>, la CRC profirió un auto -notificado el 14 de agosto de 2017<sup>212</sup>- en el que se decide lo siguiente:
  - a. Incorporar al expediente la información relativa al uso del espectro asignado a los proveedores MOVISTAR y TIGO, identificando la cantidad de usuarios por MHz asignados;
  - b. Incorporar al expediente la información relativa al CHURN de cada operador y de la industria -hasta el primer trimestre de 2017-, y al índice de uso del espectro radioeléctrico de telecomunicaciones por parte de los proveedores de redes y servicios de dicho sector en el país;
  - c. Negar la solicitud de librar oficio a los operadores Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (MOVISTAR) y Colombia Móvil S.A. E.S.P. (TIGO) con el fin de que allegaran la información relativa a su capacidad técnica presentada por el apoderado sustituto de **COMCEL**, en razón a que la actuación administrativa no estaba orientada a imponer eventuales regulaciones sobre tales agentes, y además las cifras sobre la capacidad técnica de los operadores MOVISTAR y TIGO no guardaban relación alguna con la sustentación de las eventuales medidas a adoptar en relación con **COMCEL**;
  - d. Negar la solicitud de oficiar a SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A. para que procediera a informar quién o quiénes serían las personas con idoneidad técnica suficiente para absolver el testimonio decretado, pues la Comisión consideró que **COMCEL** ya contaba con dicha información, y en todo caso era él quien solicitó el testimonio de las personas que después pretendió cambiar;
  - e. Negar la solicitud de proceder a fijar fecha y hora para la práctica del anterior testimonio, en los términos solicitados por el apoderado sustituto de **COMCEL**;
  - f. Prescindir de la práctica de las pruebas testimoniales de SIMÓN LEE, en su calidad de representante legal de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A., o

<sup>206</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1103-1105.

<sup>207</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1315.

<sup>208</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1106-1107.

<sup>209</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1318.

<sup>210</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1108-1109.

<sup>211</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1110-1115.

<sup>212</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1116.

quien haga sus veces y JORGE LUIS GONZÁLEZ MONTENEGRO, en su calidad de representante legal de SONY COLOMBIA S.A., por haberse demostrado que no eran idóneos para rendir dicho testimonio;

- g. Negar la solicitud presentada por el apoderado sustituto de **COMCEL** de que se libranan oficios a los representantes legales de HUAWEI y NOKIA para que informaran de la persona o personas idóneas para declarar de manera completa y detallada sobre los aspectos solicitados en el testimonio, por las mismas razones expuestas en el literal anterior;
  - h. Negar la solicitud presentada por el apoderado sustituto de **COMCEL** de que se oficiara a los representantes legales de las empresas MOTOROLA, APPLE COLOMBIA, ALCATEL LUCENT, LG ELECTRONICS y SONY COLOMBIA, para que informaran si podían absolver personalmente la prueba de oficio decretada por la CRC, o si era necesario fijar nuevas fechas y horas para que la persona idónea a juicio de las mismas empresas rindiera el testimonio.
- xxv. Mediante comunicación de 14 de agosto de 2017, identificada con el radicado 2017593189<sup>213</sup>, la CRC comunicó a SIMÓN LEE de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A. que en el auto de fecha 11 de agosto de 2017 se decidió prescindir de su testimonio por la imposibilidad de que este se rindiera en idioma español y por la no asunción de alternativas para el efecto que le fueron planteadas previamente a **COMCEL**.
- xxvi. Mediante comunicación de esa misma fecha, identificada con el radicado 2017593173<sup>214</sup>, la CRC comunicó a JORGE LUIS GONZÁLEZ MONTENEGRO de SONY COLOMBIA S.A. que en el auto de fecha 11 de agosto de 2017 se dispuso prescindir de su testimonio por no estar ejerciendo las funciones de representación legal de la empresa.
- xxvii. Mediante comunicación de esa misma fecha, identificada con el radicado 2017593165<sup>215</sup>, la CRC solicitó al MinTIC allegar al expediente la información relativa a abonados en servicio y líneas retiradas a partir del año 2012 hasta la fecha, con base en el reporte realizado por el operador **COMCEL** en el Formato 1 de la Resolución MinTIC 3484 de 2012.
- xxviii. Mediante comunicación de esa misma fecha, identificada con el radicado 2017593195<sup>216</sup>, la CRC solicitó a la Agencia Nacional del Espectro (ANE) allegar al expediente la información relativa a los topes de espectro radioeléctrico asignados en ese momento a los diferentes proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles en el país, indicando el enlace Web en donde se podía consultar públicamente esa información.
- xxix. Mediante comunicación de esa misma fecha, identificada con el radicado 2017593183<sup>217</sup>, la CRC informó a **COMCEL** que había sido proferido y notificado el auto de fecha 11 de agosto de 2017.
- xxx. Como había sido anunciado en los autos de pruebas proferidos hasta la fecha, la Comisión llevó a cabo las siguientes audiencias de testimonios:
- a. El día 15 de agosto de 2017 se celebró audiencia de recepción de testimonio de RICARDO TRIANA RUBIANO de HUAWEI TECHNOLOGIES S.A.S., la cual fue fallida, pues en la audiencia se hizo presente su apoderado, JUAN DIEGO POSADA BOTERO, y no fue a él a quien se citó como testigo; por tal razón el apoderado de **COMCEL** desistió del anotado testimonio. A su vez, en dicha audiencia el apoderado sustituto de **COMCEL** solicitó el decreto de los testimonios de JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA, PATRICIA VELÁSQUEZ MARTÍNEZ y WALID GONZÁLEZ HENAO, todos de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A., manifestando que daría alcance de manera posterior a su solicitud, con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 212 del

<sup>213</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1117.

<sup>214</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1118.

<sup>215</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1119.

<sup>216</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1120.

<sup>217</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folio 1121.

Código General del Proceso (CGP)<sup>218</sup>.

- b. El día 16 de agosto de 2017 se celebró audiencia de recepción de testimonio de JUAN PABLO GUZMÁN de NOKIA COLOMBIA S.A., la cual fue fallida, pues en la audiencia se hizo presente su apoderado, LUIS GONZALO ROJAS DUQUE, quien además fungía como representante de ALCATEL LUCENT DE COLOMBIA S.A., y no fue a él a quien se citó como testigo. El señor Rojas manifestó en audiencia que ninguna de las personas de las empresas que representaba podía pronunciarse sobre el objeto de la prueba, por lo cual la CRC decidió prescindir de los testimonios técnicos de JUAN PABLO GUZMÁN de NOKIA COLOMBIA S.A., y de CARLOS ALBERTO PEÑA PÉREZ de ALCATEL LUCENT DE COLOMBIA S.A.<sup>219</sup>.
  - c. El mismo 16 de agosto de 2017 se celebró audiencia de recepción de testimonio de CAROLINA MARGARITA PRIETO SARABIA de MOTOROLA MOBILITY COLOMBIA S.A.S., en la cual la testigo manifestó que aportaría dentro de los cinco (5) días siguientes el estudio y las cifras relacionadas con IDC que utilizó para ilustrar su testimonio<sup>220</sup>.
  - d. También el 16 de agosto de 2017 se celebró audiencia de recepción de testimonio de RODRIGO LUNA DURÁN de APPLE COLOMBIA S.A.S., haciéndose presente el representante legal suplente, MIGUEL EDUARDO RONDEROS CORREDOR<sup>221</sup>.
  - e. Ese mismo 16 de agosto de 2017, mediante comunicaciones de radicados 201732604<sup>222</sup> y 201732605<sup>223</sup>, **COMCEL** aportó al expediente los dictámenes periciales rendidos por MARCELA MELÉNDEZ ARJONA y JUAN CARLOS CALDERÓN MARTÍNEZ, solicitando expresamente que, en aras de garantizar el debido proceso, se les escuchara en audiencia.
  - f. El mismo 16 de agosto de 2017 se celebró audiencia de recepción de testimonio de SHIN HWA SEOK de LG ELECTRONICS COLOMBIA LTDA., la cual fue fallida, pues en la audiencia se hizo presente el segundo suplente del presidente, CARLOS ORLANDO FORERO UJUETA<sup>224</sup>.
  - g. El día 18 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732630<sup>225</sup>, MOTOROLA MOBILITY S.A.S. presentó la información que se había comprometido a entregar la representante legal de dicha empresa en la audiencia de testimonio.
- xxxi. El 16 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732606, **COMCEL** allegó la información técnica asociada a la capacidad instalada y utilizada de **COMCEL** para las tecnologías 2G, 3G y 4G, solicitada en el artículo 9 del auto de pruebas de 7 de julio de 2017.
- xxxii. El día 23 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732654<sup>226</sup>, la ANE dio respuesta a la solicitud de información elevada por la CRC en virtud de lo dispuesto en el auto de pruebas de 7 de julio de 2017.
- xxxiii. Ese mismo 23 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732652<sup>227</sup>, el MinTIC dio respuesta a la solicitud de información elevada por la CRC el 14 de agosto de 2017, relativa al número de abonados en servicio y líneas retiradas a partir del año 2012 hasta el primer trimestre de 2017, con base en el reporte realizado por el operador **COMCEL** en el Formato 1 de la Resolución MinTIC 3484 de 2012.

<sup>218</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1123-1142 más 1 CD.

<sup>219</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1204-1216 más 1 CD.

<sup>220</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1217-1226 más 1 CD.

<sup>221</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1227 más 1 CD.

<sup>222</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1228-1306.

<sup>223</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1143-1203.

<sup>224</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1309-1312 más 1 CD.

<sup>225</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1313-1314.

<sup>226</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1316.

<sup>227</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1317.

xxxiv. El día 31 de agosto de 2017, mediante comunicación de radicado 201732751<sup>228</sup>, **COMCEL** solicitó lo siguiente:

*3.1. Ruego se reitere el oficio librado al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones para que de un "reporte de cobertura" en el que identifique con claridad cuáles son los operadores de telecomunicaciones con cobertura en 2G, 3G y 4G y cuál es el alcance geográfico en cada una de ellas. El plazo de diez (10) días que otorgó la CRC está vencido.*

*3.2. Se reitera la solicitud de incorporación al expediente administrativo de cualquier información en poder de la CRC referente o relacionada con reporte de cobertura de los operadores Movistar y Tigo en el que identifiquen con claridad cuál es su cobertura geográfica en 2G, 3G y 4G. Igualmente para que indiquen el uso del espectro asignando a cada uno de ellos, identificando específicamente la cantidad de usuarios por MHz asignado.*

*3.3. Solicito que, conforme lo ordenado por la misma CRC, se incorpore al expediente de la actuación administrativa la información referente a la cantidad total de usuarios que cada año cambian o elige nuevo operador (CHURN de cada operador y de la Industria), a partir del año 2012 a la fecha.*

*3.4. Solicito con todo respeto, se decida acerca de las nuevas solicitudes de recepción de testimonios efectuadas por el suscrito en audiencia, de los funcionarios de Samsung y Huawei, para que rinda declaración acerca de los equipos con tecnología dual sim y wifi, de los equipos que tienen en el mercado.*

*3.5. Solicito se decida acerca de la solicitud de recibir testimonio a los peritos Marcela Meléndez y Juan Carlos Calderón, quienes elaboraron los dictámenes de parte arrimados por COMCE al expediente".*

xxxv. El día 8 de septiembre de 2017 fue proferido el auto "**MEDIANTE EL CUAL SE DECIDEN UNAS SOLICITUDES DENTRO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO (...)**"<sup>229</sup>, el cual fue notificado el día 11 de septiembre de 2017<sup>230</sup>, mediante el cual se decidió:

- a. Rechazar la solicitud de **COMCEL** realizada mediante el radicado 201732405 del 4 agosto de 2017;
- b. Decretar el dictamen pericial elaborado por la señora Marcela Meléndez y presentado por **COMCEL** denominado "*Intervención de carácter particular en el Mercado de servicios móviles. Concepto económico*";
- c. Decretar el dictamen pericial de naturaleza técnica elaborado por el señor Juan Carlos Calderón Martínez y aportado por **COMCEL**;
- d. Prescindir de testimonio del señor Juan Carlos Calderón;
- e. Decretar el testimonio del señor Ricardo Triana Rubiano, Gerente de Producto de HUAWEI TECHNOLOGIES S.A.S.;
- f. Decretar el testimonio del señor Julián Andrés Burbano Vela, Senior Manager de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A.;
- g. Decretar el testimonio de la señora Patricia Velásquez Martínez, Directora de la Unidad de Negocio Productos Móviles de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A.;
- h. Decretar el testimonio del señor Walid González Henao, IM Senior Manager de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A.; y
- i. Ordenar a la Coordinación Ejecutiva de la CRC fijar fecha y hora para que el señor Mauricio Santamaría acreditara su idoneidad como perito, explicara la

<sup>228</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1319-1320.

<sup>229</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1329-1334.

<sup>230</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1335.

metodología utilizada para realizar el peritaje aportado por **COMCEL** y resolviera los interrogantes de **COMCEL** y la CRC.

- xxxvi. El día 8 de septiembre de 2017, mediante comunicación con radicado 201732865<sup>231</sup> **COMCEL** allegó excusa del perito MAURICIO SANTAMARIA, para no asistir a la diligencia programada el 12 de septiembre de 2017.
- xxxvii. El día 11 de septiembre de 2017 se celebró la audiencia de recepción de testimonio del señor ANDRÉS CARLÉSIMO REY, en su calidad de Director de Producto de **COMCEL**, en la que se comprometió a hacer entrega de la información relativa al número de terminales Dual SIM activos en la red de dicho operador<sup>232</sup>.
- xxxviii. Ese mismo 11 de septiembre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017595203<sup>233</sup>, la CRC comunicó al perito MAURICIO SANTAMARÍA que había sido citado para el día 13 de septiembre de 2017 para llevar a cabo la respectiva audiencia de interrogatorio.
- xxxix. También ese día, mediante comunicaciones de radicados 2017595207<sup>234</sup> y 2017595209<sup>235</sup>, la CRC informó al perito JUAN CARLOS CALDERÓN y a **COMCEL** que había sido expedido y notificado el auto de fecha 8 de septiembre de 2017.
- xl. El día 12 de septiembre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017595355<sup>236</sup>, la CRC informó a **COMCEL** de la recepción de la excusa del perito MAURICIO SANTAMARÍA para asistir a la audiencia de interrogatorio, y que la misma sería reprogramada.
- xli. El día 14 de septiembre de 2017, mediante comunicaciones de radicado 2017595525<sup>237</sup>, la CRC citó a audiencia de interrogatorio a los peritos JUAN CARLOS CALDERÓN, MAURICIO SANTAMARÍA y MARCELA MELÉNDEZ ARJONA para conocer su pronunciamiento sobre el dictamen rendido, y a audiencia de testimonio a JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA, PATRICIA VELÁSQUEZ MARTÍNEZ, WALID GONZÁLEZ HENAO y RICARDO TRIANA RUBIANO, en los términos contemplados en el auto de fecha 8 de septiembre de 2017.
- xlii. El día 18 de septiembre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017595700<sup>238</sup>, la CRC informó a JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA que la fecha y hora de la audiencia a la cual fue citado, fueron modificadas.
- xliii. El día 19 de septiembre de 2017 se celebró audiencia de recepción de testimonio de RICARDO TRIANA RUBIANO de HUAWEI TECHNOLOGIES S.A.S. En dicha audiencia, el testigo se comprometió a remitir al expediente información relativa a cifras de ventas de equipos discriminadas por operador y un listado de las referencias de los equipos que comercializa la empresa en Colombia, junto con la información de si son Dual o Single SIM<sup>239</sup>.
- xliv. El día 20 de septiembre de 2017 se celebró audiencia de recepción de testimonio de PATRICIA VELÁSQUEZ MARTÍNEZ de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A.<sup>240</sup>.
- xlv. El día 21 de septiembre de 2017 se celebró audiencia de recepción de testimonio de WALID GONZÁLEZ HENAO de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A.<sup>241</sup>.
- xlvi. El día 26 de septiembre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017596063<sup>242</sup>, la CRC citó a audiencia de testimonio al señor JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA.

<sup>231</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1321-1323.

<sup>232</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1357 más 1 DVD.

<sup>233</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1353.

<sup>234</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1354.

<sup>235</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1355.

<sup>236</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1356.

<sup>237</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1387-1410.

<sup>238</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1411.

<sup>239</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1412 más 1 DVD

<sup>240</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1413 más 1 DVD.

<sup>241</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1414 más 1 DVD.

<sup>242</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1416-1417.



- xlvi. El mismo 26 de septiembre de 2017, mediante memorando interno de radicado 201721246<sup>243</sup>, la Coordinadora Ejecutiva de la CRC solicitó a la Coordinadora de Análisis y Gestión de la Información de esta Comisión la remisión al expediente de la información relativa al uso de espectro asignado a los proveedores COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., identificando la cantidad de usuarios por MHz asignados, el CHURN de cada operador de la industria y el índice de uso de espectro radioeléctrico de telecomunicaciones por parte de los proveedores de redes y servicios de dicho sector en el país.
- xlviii. El día 28 de septiembre de 2017 se celebró audiencia de recepción de testimonio de JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A.<sup>244</sup>.
- xlix. El día 29 de septiembre de 2017, mediante memorando interno de radicado 201721252<sup>245</sup>, la Coordinadora de Análisis y Gestión de la Información de la CRC dio respuesta a la solicitud de la Coordinadora Ejecutiva de la misma entidad de fecha 26 de septiembre de 2017.
- i. El día 2 de octubre de 2017 fue proferido el auto "*MEDIANTE EL CUAL SE DECIDEN UNAS SOLICITUDES Y SE HACEN UNAS DESIGNACIONES DENTRO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER PARTICULAR (...)*"<sup>246</sup>, el cual fue notificado el día 3 de octubre de 2017, mediante el cual se decidió<sup>247</sup>:
- a. Decretar un dictamen pericial técnico a cargo de GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA con el fin de determinar el estado actual de la comercialización de equipos terminales Uni y Dual SIM en Colombia;
  - b. Rechazar la solicitud de **COMCEL** de reiterar los oficios librados al MinTIC para allegar información de cobertura y CHURN, por cuanto dicha información ya se había incorporado al expediente; rechazar la solicitud de recepción de testimonios de funcionarios de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA S.A. y HUAWEI por haberse pronunciado respecto de esta solicitud mediante auto de fecha 8 de septiembre de 2017, notificado por estado el día 11 de septiembre de 2017, ordenando su decreto y práctica; y rechazar la solicitud de recibir testimonio a los peritos Marcela Meléndez y Juan Carlos Calderón por los mismos motivos que se rechazó la anterior solicitud; vale decir que los peritos Meléndez y Calderón depusieron en calidad de peritos como se describe más adelante.
  - c. Oficiar a **COMCEL** para que allegara al expediente los soportes del peritaje de Marcela Meléndez y una información técnica relacionada con la utilización del espectro asignado por parte de **COMCEL** (anchura de banda ocupada);
  - d. Incorporar al expediente la información relativa al resultado del cálculo de usuarios por MHz asignados; el CHURN de cada operador y de la industria; y el índice de uso de espectro radioeléctrico de telecomunicaciones por parte de los proveedores de redes y servicios de dicho sector en el país, obtenido a partir de la información allegada por la ANE y MinTIC-, a los que hace referencia el memorando interno radicado bajo el número 201721252; y
  - e. Realizar unas designaciones para la práctica de pruebas.
- ii. El día 3 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017596526<sup>248</sup>, la CRC informó a **COMCEL** de la expedición y notificación del anterior auto, y se le solicitó allegar al expediente la información técnica solicitada en el mismo.
- iii. El día 4 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017596610<sup>249</sup>, la CRC

<sup>243</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1418.

<sup>244</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1419 más 1 DVD.

<sup>245</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1423-1424.

<sup>246</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1425-1432.

<sup>247</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folio 1433.

<sup>248</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1442-1445.

<sup>249</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1446-1447.

informó a la empresa GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. que había sido designada como perito dentro de la presente actuación administrativa y la citó a diligencia de posesión.

- liii. El día 9 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017596973<sup>250</sup>, la CRC informó al perito MAURICIO SANTAMARÍA que su audiencia había sido reprogramada.
- liv. Ese mismo día, mediante comunicaciones de radicados 201733250<sup>251</sup> y 201733251<sup>252</sup>, **COMCEL** solicitó lo siguiente:

*"Solicito se decrete la práctica de la siguiente prueba pericial, con el fin de que un experto en análisis económico y telecomunicaciones y designado por usted, para que (sic) determine el estado actual de los mercados mayoristas de acceso y originación móvil. El perito deberá responder las siguientes preguntas:*

**1. Remuneración del RAN de los servicios de Voz e Internet móvil:** Con base en los reportes trimestrales del Ministerio de TIC desde enero de 2013 hasta el más reciente y con base en las disposiciones generales contempladas en las Resoluciones CRC 4122 de 2013 y sus modificaciones incluyendo la Resolución 5107 de 2017 absuelva el siguiente cuestionario:

1. ¿Si las disposiciones de carácter general de RAN prevén tarifas reguladas para servicios de voz, SMS y datos, tanto para operadores entrantes como para operadores establecidos?
2. ¿Cuáles son las tarifas reguladas de RAN para servicios de voz, SMS y datos tanto para operadores entrantes como para operadores establecidos?
3. ¿Determine cuál es la relación de comparación entre las tarifas reguladas de RAN para voz, SMS y datos para operadores entrantes y operadores establecidos, y el precio promedio de mercado para estos mismos servicios?
4. Determine si la tarifa regulada de RAN para voz, SMS y datos le permitiría a otro operador que haga uso del RAN, hacer uso de las tarifas reguladas para realizar ofertas contestables.
5. ¿Si las disposiciones de carácter general de RAN garantizan el acceso de todos los operadores a todo el territorio nacional donde algún operador tenga cobertura?

**2. Remuneración para por (sic) el acceso a las redes móviles por la provisión de servicios bajo la figura de OMV:**

*Con base en los reportes trimestrales del Ministerio de TIC desde enero de 2013 hasta el más reciente absuelva el siguiente cuestionario:*

1. Si las disposiciones de carácter general de OMV prevén tarifas reguladas para servicios de voz, SMS y datos?
2. ¿Cuáles son las tarifas reguladas de OMV para servicios de voz, SMS y datos?
3. ¿Determine cuál es la relación de comparación entre las tarifas reguladas de OMV para voz, SMS y datos, y el precio promedio de mercado para estos mismos servicios? (sic)
4. Determine si la tarifa regulada de OMV para voz, SMS y datos le permitiría a otro operador, hacer uso de las tarifas reguladas para realizar ofertas contestables."

En la comunicación de radicado 201733251 **COMCEL** solicitó adicionalmente:

*"Solicito se decrete la práctica de la siguiente prueba pericial, con el fin de que un experto en análisis económico y telecomunicaciones y designado por usted, que teniendo en cuenta la información reportada por todos los PRST a la CRC y a MinTIC, realice una evaluación rigurosa de la dinámica competitiva y comercial del mercado "Servicios Móviles" con una visión dinámica del mercado y de la contestabilidad de las ofertas comerciales, además de responder una serie de interrogantes, de acuerdo con los siguientes considerandos:*

**1. Dinámica competitiva servicios móviles:** Con base en la información reportada por los prestadores desde el primer trimestre de 2015, realice un análisis de contestabilidad de ofertas para los servicios móviles, en el cual detalle entre otros:

- Características principales de los planes
- Fecha de lanzamiento del plan
- Precio total del servicio de voz
- Precio total del servicio de Internet Móvil

<sup>250</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1448.

<sup>251</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1449-1454.

<sup>252</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1455-1459.

- Precios del MB de acuerdo con las características de los planes discriminando qué precios aplican a cuáles destinos (on/net – off/net, todo destino)
- Precio de servicios adicionales
- Representatividad del plan en términos de usuarios y su evolución en el tiempo

*Con la información reportada y el detalle descrito, el Peritaje deberá determinar si existe una dinámica competitiva para los servicios móviles, si existe algún operador que lidere las ofertas para los servicios de voz y si existe un patrón de líder – seguidores, además de señalar si los operadores están en condiciones de contestar las ofertas realizadas en el mercado”.*

- lv. El día 10 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017597175<sup>253</sup>, la CRC informó al perito GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. que se reprogramó la fecha para la diligencia de posesión.
- lvi. También el 10 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733262<sup>254</sup>, **COMCEL** presentó una corrección de información por error mecánico del Cuadro 5 del peritaje presentado por MARCELA MELÉNDEZ.
- lvii. El día 11 de octubre de 2017 el representante legal de la empresa GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. se hizo presente en las instalaciones de la CRC para posesionar a la empresa como perito dentro del presente trámite<sup>255</sup>.
- lviii. El mismo 11 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733266<sup>256</sup>, **COMCEL** solicitó adicionar el cuestionario planteado inicialmente al perito.
- lix. El día 18 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733344, **COMCEL** remitió la información técnica solicitada mediante auto de pruebas de fecha 3 de octubre de 2017.
- lx. El día 19 de octubre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de interrogatorio al perito JUAN CARLOS CALDERÓN MARTÍNEZ<sup>257</sup>.
- lxi. El día 20 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733379<sup>258</sup>, **COMCEL** solicitó fijar nueva fecha para la audiencia de interrogatorio del perito MAURICIO SANTAMARÍA.
- lxii. Ese mismo día, mediante comunicación de radicado 2017598267<sup>259</sup>, la CRC informó al perito MAURICIO SANTAMARÍA que se reprogramaba la fecha de audiencia de interrogatorio.
- lxiii. El día 23 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017598365<sup>260</sup>, la CRC solicitó a **COMCEL** remitir la información faltante relativa a los soportes que sustentaron el peritaje elaborado por MARCELA MELÉNDEZ, y reprogramó la audiencia de su interrogatorio.
- lxiv. El día 25 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733442<sup>261</sup>, **COMCEL** solicitó una ampliación del término concedido por la CRC mediante comunicación de radicado 2017598365.
- lxv. El día 27 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017600356<sup>262</sup>, la CRC accedió a conceder el plazo adicional solicitado por **COMCEL** para la entrega de la información relativa al peritaje de MARCELA MELÉNDEZ.

<sup>253</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1460-1463.

<sup>254</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1468-1469.

<sup>255</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1470.

<sup>256</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1471.

<sup>257</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1475-1476 más 1 DVD.

<sup>258</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1478-1480.

<sup>259</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1481-1482.

<sup>260</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1483-1484.

<sup>261</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1485.

<sup>262</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1487-1488.

- lxvi. El día 31 de octubre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733531<sup>263</sup>, **COMCEL** solicitó que se fijara nueva fecha para la audiencia de interrogatorio de MAURICIO SANTAMARÍA.
- lxvii. El día 1 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 2017601091<sup>264</sup>, la CRC dio respuesta a la anterior solicitud, manifestando que no se accedería a la misma por cuanto la audiencia ya había sido aplazada con anterioridad por el mismo motivo, y los tiquetes del señor SANTAMARÍA habían sido adquiridos con posterioridad a la notificación de la nueva fecha de audiencia.
- lxviii. El día 2 de noviembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de interrogatorio del perito MAURICIO SANTAMARÍA, dejándose constancia de la inasistencia del mismo<sup>265</sup>.
- lxix. El día 3 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733571<sup>266</sup>, **COMCEL** solicitó nueva fecha para audiencia de interrogatorio al perito MAURICIO SANTAMARÍA, alegando que la dilación no había sido injustificada.
- lxx. El día 8 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733622<sup>267</sup>, la perito MARCELA MELÉNDEZ manifestó a la CRC que la información de los soportes entregados por ella era de carácter confidencial.
- lxxi. Ese mismo 8 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733656<sup>268</sup>, el perito GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. presentó su dictamen pericial a la CRC.
- lxxii. El día 15 de noviembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de interrogatorio de la perito MARCELA MELÉNDEZ<sup>269</sup>.
- lxxiii. El día 16 de noviembre de 2017 fue proferido el auto "*MEDIANTE EL CUAL SE DECIDE UNA SOLICITUD DENTRO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER PARTICULAR (...)* "<sup>270</sup>, notificado el 17 de noviembre de 2017<sup>271</sup>, mediante el cual se decidió (i) rechazar parcialmente la solicitud de **COMCEL** de adicionar preguntas al cuestionario de GFK porque ya se habían practicado siete testimonios en los que se interrogó a los testigos respecto de los temas sobre los cuales se iban a hacer nuevos interrogantes al perito, esto es, por la funcionalidad de Dual SIM en los terminales móviles y otras particularidades referentes a dicha tecnología; y (ii) remitir a GFK tres de las preguntas elevadas por **COMCEL** relativas al ingreso de la tecnología Dual SIM en Colombia y la cantidad de usuarios con teléfonos de dicha tecnología, por considerarlas pertinentes, conducentes y útiles.
- lxxiv. El 17 de noviembre de 2017, la CRC por medio de comunicación 2017603913<sup>272</sup> informó al perito GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. y a **COMCEL** mediante radicado 2017603914<sup>273</sup>, que a través del auto de pruebas del 16 de noviembre de 2017 se adicionaron tres (3) preguntas al cuestionario inicial.
- lxxv. El día 17 de noviembre de 2017 se llevó a cabo la diligencia de interrogatorio al perito MAURICIO SANTAMARÍA, en la que aportó al expediente copia en físico de la presentación preparada para tal fin<sup>274</sup>.
- lxxvi. El 22 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733807<sup>275</sup>, el perito GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. dio respuesta a la adición de preguntas

<sup>263</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1490-1492.

<sup>264</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1493-1494.

<sup>265</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1495.

<sup>266</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1496.

<sup>267</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1515.

<sup>268</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1519-1551.

<sup>269</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1552 más 1 DVD.

<sup>270</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1553-1554.

<sup>271</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folio 1555.

<sup>272</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1556-1557.

<sup>273</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1560-1561.

<sup>274</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1562-1580.

<sup>275</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 8. Folios 1583-1584.

que se hiciera al peritaje con ocasión del auto de fecha 17 de noviembre de 2017.

- lxxvii. El día 8 de diciembre de 2017 fue proferido el auto "*MEDIANTE EL CUAL SE DECIDEN UNAS SOLICITUDES Y SE DECRETAN PRUEBAS DENTRO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER PARTICULAR (...)*"<sup>276</sup>, notificado el 13 de diciembre de 2017<sup>277</sup>, mediante el cual se decidió:
- a. Rechazar las solicitudes de decreto y práctica de dictámenes periciales de naturaleza económica, uno relativo a la remuneración de RAN y OMV, y otro relativo a dinámica competitiva del mercado "Servicios Móviles", por considerar que el primero no guardaba relación con la presente actuación administrativa, y el segundo porque lo que pretendía **COMCEL** era que se nombrara un perito para que hiciera el trabajo de la Comisión, ya que es esta el ente técnico por excelencia en esta materia, por lo cual era innecesario su decreto;
  - b. Requerir a GFK para que allegara al expediente los soportes de su dictamen pericial;
  - c. Correr traslado a **COMCEL** del peritaje de GFK para su respectiva contradicción; y
  - d. Requerir a los operadores ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., **COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL S.A.**, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S., UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. para que rindieran un informe respecto del número de usuarios con equipos Uni, Dual y Multi SIM.
- lxxviii. El día 13 de diciembre de 2017, mediante comunicaciones con radicado 2017609214<sup>278</sup>, se libraron las solicitudes de información y oficios contenidos en el auto de fecha 8 de diciembre de 2017 a GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA., ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., **COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL S.A.**, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S., UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., y se le corrió traslado a **COMCEL** del dictamen pericial rendido por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA.
- lxxix. El día 20 de diciembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201734289<sup>279</sup>, el perito GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. dio respuesta a la solicitud que se hiciera por medio de auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- lxxx. El día 26 de diciembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201734341<sup>280</sup>, **COMCEL** dio respuesta a la solicitud que se hiciera por auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- lxxxi. El día 26 de diciembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201734344<sup>281</sup>, VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- lxxxii. El día 27 de diciembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201734357<sup>282</sup>, UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- lxxxiii. El día 28 de diciembre de 2017 fue proferido el auto<sup>283</sup>, notificado el 4 de enero de 2018<sup>284</sup>, mediante el cual se corrió traslado de la información allegada por los operadores

<sup>276</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1610-1616.

<sup>277</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1617.

<sup>278</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1618-1634.

<sup>279</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1635-1636 más 1 DVD.

<sup>280</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1631.

<sup>281</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1642.

<sup>282</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1645-1667.

<sup>283</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1668-1669.

<sup>284</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1670.

- UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. y se decretaron honorarios de un perito.
- lxxxiv. El día 28 de diciembre de 2017, por medio de comunicación con radicado 201734376<sup>285</sup>, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- lxxxv. El día 29 de diciembre de 2017, mediante comunicación con radicado 201734377<sup>286</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., dio respuesta a la solicitud que se hiciera en auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- lxxxvi. El día 29 de diciembre de 2017, mediante comunicación con radicado 201734380<sup>287</sup>, VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., dio respuesta a la solicitud que se hiciera en auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- lxxxvii. El día 29 de diciembre de 2017, mediante comunicación con radicado 201734385<sup>288</sup>, UFF MÓVIL S.A.S., dio respuesta a la solicitud que se hiciera en auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- lxxxviii. El día 2 de enero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018300004<sup>289</sup>, ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. dio respuesta a la solicitud que se hiciera en auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- lxxxix. El día 2 de enero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018300007<sup>290</sup>, AVANTEL S.A.S., dio respuesta a la solicitud que se hiciera en auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- xc. El día 2 de enero de 2018, en comunicación con radicado 2018300009<sup>291</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 8 de diciembre de 2017.
- xci. El día 4 de enero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018500476<sup>292</sup> se remitió a **COMCEL** el CD con la información allegada por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA., y se informó que **COMCEL** debía pagar sus honorarios dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de la misma.
- xcii. El día 10 de enero de 2018, mediante radicado 2018501526<sup>293</sup>, se le recordó a **COMCEL** controvertir las pruebas decretadas y practicadas dentro de la actuación administrativa de la referencia.
- xciii. El 16 de enero de 2018, mediante radicado 2018300075<sup>294</sup>, GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. remitió factura de venta por concepto de honorarios causados por la elaboración del peritaje rendido en la presente actuación administrativa.
- xciv. El 19 de enero de 2018, mediante radicado 2018300106<sup>295</sup>, **COMCEL** se pronunció en relación con el dictamen pericial de GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. solicitando aclaraciones y complementaciones.
- xcv. El 25 de enero de 2018, mediante radicado 2018300153<sup>296</sup>, **COMCEL** solicitó aclarar y complementar la información remitida por los operadores COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S. y ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S.

<sup>285</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1671.

<sup>286</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1672-1673.

<sup>287</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1674.

<sup>288</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1675.

<sup>289</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1676.

<sup>290</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1677.

<sup>291</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1679.

<sup>292</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1678.

<sup>293</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1681-1682.

<sup>294</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1683.

<sup>295</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1685-1688.

<sup>296</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1689-1692.

- xcvi. El 26 de enero de 2018, mediante radicado 2018300164<sup>297</sup>, **COMCEL** solicitó que se le concediera un plazo para presentar un peritaje realizado por un experto en economía y telecomunicaciones, respecto de, pero sin limitarse a ello, el análisis de impacto normativo de las medidas propuestas en la presente actuación administrativa.
- xcvii. El 31 de enero de 2018, mediante radicado 2018300200<sup>298</sup>, **COMCEL** solicitó fijación de fecha y hora para llevar a cabo una audiencia en la que pudieran exponer los argumentos que sustentan sus solicitudes de pruebas.
- xcviii. El día 9 de febrero de 2018, en respuesta a las solicitudes con radicado 2018300106<sup>299</sup>, 2018300153 y 2018300164, fue expedido un auto de pruebas<sup>300</sup>, notificado el 12 de febrero de 2018<sup>301</sup>, mediante el cual se decretó lo siguiente:
- a. Correr traslado a GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. de las solicitudes de aclaraciones y complementaciones presentada por **COMCEL**.
  - b. Fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de interrogatorio a GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. en su calidad de perito.
  - c. Librar oficios a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S. y ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. para que aclararan la información remitida a la Comisión en virtud del Auto del 8 de diciembre de 2017.
- xcix. El 13 de febrero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018507074<sup>302</sup> se informó a **COMCEL** de la notificación del auto de fecha 9 de febrero de 2018. Ese mismo día, la CRC mediante oficios con radicado 2018507074, libró comunicaciones a fin de informar de lo decidió en el anotado auto a GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S. y ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S.
- c. El 16 de febrero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018300396<sup>303</sup>, **COMCEL** solicitó la modificación de la fecha de audiencia programada para el interrogatorio de GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA.
- ci. El 20 de febrero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018508165<sup>304</sup>, se dio respuesta modificando la fecha de la audiencia para el interrogatorio de GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. a fin de realizarse el jueves 22 de febrero de 2018 a las 14:30 horas.
- cii. El 19 de febrero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018300400<sup>305</sup>, GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. solicitó la modificación de la fecha de audiencia programada para su interrogatorio.
- ciii. El 21 de febrero de 2018, mediante radicado 2018300438<sup>306</sup>, UFF MÓVIL S.A.S. solicitó un plazo adicional para dar respuesta a la solicitud de información de que trataba el auto de fecha 8 de febrero de 2018.
- civ. El 22 de febrero de 2018, se llevó a cabo la audiencia de interrogatorio a GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. en las instalaciones de la CRC<sup>307</sup>.
- cv. El 22 de febrero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018300445<sup>308</sup> COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. dio respuesta a la solicitud de información de que trataba

<sup>297</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1693-1727.

<sup>298</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1729-1731

<sup>299</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1679-1682.

<sup>300</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1736-1742.

<sup>301</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1743.

<sup>302</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1744-1748.

<sup>303</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1749-1750.

<sup>304</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1752-1753.

<sup>305</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1751.

<sup>306</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1754.

<sup>307</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1755 más 1 DVD.

<sup>308</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1756.

el auto de pruebas de fecha 8 de febrero de 2018.

- cvi. El 22 de febrero de 2018, mediante radicado 2018300449<sup>309</sup>, GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. presentó el documento de respuesta a la solicitud de aclaraciones y complementaciones solicitado por **COMCEL**.
- cvii. El 23 de febrero de 2018, mediante comunicación 2018300453<sup>310</sup>, **COMCEL** presentó constancia de pago de los honorarios del perito GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA.
- cviii. El 26 de febrero de 2018, mediante comunicación con radicado 2018300476<sup>311</sup> ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. dio respuesta a la solicitud de información de que trataba el auto de pruebas de fecha 8 de febrero de 2018.
- cix. El 1 de marzo de 2018, mediante comunicación con radicado 2018300527<sup>312</sup> UFF MÓVIL S.A.S. dio respuesta a la solicitud de información de que trataba el auto de pruebas de fecha 8 de febrero de 2018.
- cx. El 2 de marzo de 2018, mediante comunicación con radicado 2018300551<sup>313</sup>, **COMCEL** solicitó el decreto de un dictamen pericial de impacto normativo denominado "*Medidas Asimétricas: Origen Injustificado, Impacto Indeseado*".
- cxi. El 5 de marzo de 2018, mediante comunicación 2018509896<sup>314</sup>, se corrió traslado a **COMCEL** de las aclaraciones y complementaciones presentadas por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. y de la información aclaratoria remitida por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S. y ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S.
- cxii. El 14 de marzo de 2018, mediante comunicación con radicado 2018300671<sup>315</sup>, **COMCEL** solicitó a su costa complemento adicional del dictamen pericial rendido por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA.
- cxiii. Mediante auto del 6 de abril de 2018<sup>316</sup>, se decretó la prueba solicitada por **COMCEL** mediante radicado 2018300641 en relación con la complementación de información de GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. y se rechazó por improcedente, inconducente e inútil el decreto del dictamen pericial titulado "*Medidas Asimétricas: Origen Injustificado, Impacto Indeseado*". El 12 de abril de 2018, mediante comunicación con radicado 2018513523<sup>317</sup> se informó a **COMCEL** de la notificación del auto del 6 de abril.
- cxiv. El 19 de abril de 2018, mediante comunicación con radicado 2018301071<sup>318</sup>, GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. manifestó que la actualización de la información tendría un costo de \$19.779.500 sin IVA, a lo cual **COMCEL** manifestó en radicado 2018301144<sup>319</sup>, que no tenía objeción alguna frente a la suma a pagar. Por tal motivo, la CRC comunicó a GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. esta situación el 3 de mayo de 2018, mediante radicado 2018516251<sup>320</sup>.
- cxv. El 16 de mayo de 2018, mediante radicado 2018301377<sup>321</sup>, GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. envió la información actualizada y con radicado 2018301369<sup>322</sup> remitió la factura correspondiente. Por lo cual, mediante radicado 2018518465<sup>323</sup>, la CRC remitió

<sup>309</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1757-1760.

<sup>310</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1761-1762.

<sup>311</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1763.

<sup>312</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folio 1764.

<sup>313</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1765-1817.

<sup>314</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1818.

<sup>315</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1893.

<sup>316</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1894-1895.

<sup>317</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1896-1898.

<sup>318</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1899-1901.

<sup>319</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1902-1903.

<sup>320</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1904-1905.

<sup>321</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1911-1913.

<sup>322</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1906-1910.

<sup>323</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1914-1915.



a **COMCEL** la factura de venta F645 por un valor de \$23.537.605.

- cxvi. El 7 de junio de 2018, mediante comunicación con radicado 2018301641<sup>324</sup> **COMCEL** allegó soporte del pago de los honorarios del perito.
- cxvii. El 18 de junio de 2018 fue expedido un auto<sup>325</sup>, notificado el 20 de junio de 2018<sup>326</sup>, mediante el cual se solicitó a los operadores ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., **COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL S.A.**, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S., y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. actualizar la información reportada previamente con ocasión del auto del 8 de diciembre de 2017 respecto del número de usuarios con equipos Uni, Dual y Multi SIM.
- cxviii. El día 20 de junio de 2018, mediante comunicaciones con radicado 2018522143<sup>327</sup>, se libraron las solicitudes de información contenidas en el auto del 18 de junio de 2018 a ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., **COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL S.A.**, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S., y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S.
- cxix. El 29 de junio de 2018, a través del radicado 2018301975<sup>328</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. le solicitó a la CRC la aclaración de algunos puntos asociados a la información que debía ser entregada por cuenta de lo decidido en el auto del 18 de junio de 2018.
- cxx. El 29 de junio de 2018, mediante comunicación con radicado 2018301995<sup>329</sup> **COMCEL** solicitó correrle traslado de todas las respuestas que se allegaran a la CRC respecto de las pruebas decretadas mediante el auto del 18 de junio de 2018.
- cxxi. El 3 de julio de 2018, mediante comunicación con radicado 2018523606<sup>330</sup>, la CRC aclaró a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP el alcance de la prueba decretada mediante el auto de pruebas del 18 de junio de 2018.
- cxxii. El 4 de julio de 2018, mediante comunicación con radicado 2018302021<sup>331</sup>, **COMCEL** dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 18 de junio de 2018.
- cxxiii. El 4 de julio de 2018, mediante comunicación de radicado 2018302023<sup>332</sup>, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 18 de junio de 2018.
- cxxiv. El 6 de julio de 2018, mediante comunicación de radicado 2018302061<sup>333</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 18 de junio de 2018.
- cxxv. El 6 de julio de 2018, mediante comunicación de radicado 2018302077<sup>334</sup>, VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 18 de junio de 2018.
- cxxvi. El 6 de julio de 2018, mediante comunicación de radicado 2018302063<sup>335</sup>, ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 18 de junio de 2018.

<sup>324</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1916-1917.

<sup>325</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1918-1819.

<sup>326</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1920.

<sup>327</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1921-1937.

<sup>328</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1951.

<sup>329</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1952.

<sup>330</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1953.

<sup>331</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1954.

<sup>332</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1955.

<sup>333</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1957.

<sup>334</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1958.

<sup>335</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1959.

- cxxvii. El 6 de julio de 2018, mediante comunicación con radicado 2018804356<sup>336</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó que la CRC le ampliara el plazo para la entrega de la información requerida en el auto del 18 de junio de 2018. Ante ello, la CRC, mediante comunicación del mismo día con radicado 2018523954<sup>337</sup>, le otorgó un plazo adicional a fin de que la información fuera entregada a más tardar el 12 de julio de 2018.
- cxxviii. El 9 de julio de 2018, por medio de comunicación electrónica de radicado 2018804403<sup>338</sup>, AVANTEL S.A.S. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 18 de junio de 2018.
- cxxix. El 13 de julio de 2018, por medio de comunicación electrónica de radicado 2018804502<sup>339</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 18 de junio de 2018.
- cxx. El 13 de julio de 2018, mediante comunicación de radicado 2018302157<sup>340</sup>, UFF MÓVIL S.A.S. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 18 de junio de 2018.
- cxxxi. El 13 de julio de 2018, la CRC a través del oficio de radicado 2018524618<sup>341</sup> corrió traslado a **COMCEL** de la información allegada por ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S., y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. en cumplimiento de lo decretado en el auto del 18 de junio de 2018.
- cxxxii. El 27 de julio de 2018, mediante escrito de radicado 2018302342<sup>342</sup>, **COMCEL** se pronunció respecto de la información allegada con ocasión de lo decretado en el auto del 18 de junio de 2018, indicando que evidenciaba inconsistencias en la información remitida por los operadores de acuerdo con los reportes realizados por estos a corte de septiembre de 2017 y con los resultados del dictamen realizado por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA para 2017 y 2018. Por ello **COMCEL** solicitó que se remitiera nuevamente la información decretada en el auto del 18 de junio de 2018 por parte de cada uno de los operadores, esta vez en comunicación suscrita por el representante legal de cada empresa y certificada por el respectivo revisor fiscal.
- En respuesta a esta comunicación, la CRC mediante oficio de radicado 2018526219<sup>343</sup> del 1º de agosto de 2018, solicitó a **COMCEL** que se pronunciara sobre la confidencialidad de la información respecto de los usuarios con funcionalidad DUAL SIM activos en RAN, en la que sustentaron las presuntas inconsistencias en la información reportada por los demás operadores con ocasión del auto del 18 de junio de 2018 a efectos de dar traslado y requerir a estas empresas las aclaraciones correspondientes.
- cxxxiii. El día 6 de agosto de 2018, mediante comunicación de radicado 2018302431<sup>344</sup>, **COMCEL** solicitó a la CRC una audiencia con los Expertos Comisionados para exponer inquietudes respecto de la información remitida por algunos operadores con ocasión del auto del 18 de junio de 2018. A través de comunicación de radicado 2018302459<sup>345</sup> del 8 de agosto de 2018, **COMCEL** reiteró esta solicitud de audiencia.
- cxxxiv. El día 9 de agosto de 2018, mediante escrito con radicado 2018302497<sup>346</sup>, **COMCEL** dio respuesta a la comunicación de radicado 2018526219 reiterando el carácter confidencial de la información en la que sustentó las presuntas inconsistencias en la información reportada con ocasión del auto del 18 de junio de 2018. A su vez, solicitó nuevamente a

<sup>336</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1956.

<sup>337</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1960.

<sup>338</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1961.

<sup>339</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1891.

<sup>340</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folio 1991.

<sup>341</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1992-1993.

<sup>342</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 2048-2067.

<sup>343</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2091.

<sup>344</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2092.

<sup>345</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2093-2094.

<sup>346</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2102-2103.

la CRC que oficiara a estas empresas a efectos de que entreguen la información corregida en comunicación suscrita por el representante legal de cada empresa y certificada por el respectivo revisor fiscal, solicitando además que se designara un perito para verificar la información que se allegase.

- cxxxv. El día 17 de agosto de 2018, mediante comunicación de radicado 2018527671<sup>347</sup>, la CRC dio respuesta a la solicitud de audiencia elevada por **COMCEL**. En comunicación del 27 de agosto de 2018 con radicado 2018528429<sup>348</sup>, la CRC remitió a dicho operador copia de la respuesta a la solicitud de audiencia presentada.
- cxxxvi. El 27 de agosto de 2018, mediante oficio de radicado 2018302702<sup>349</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. dio alcance a la respuesta otorgada a la CRC frente a la solicitud de información decretada con el auto de pruebas del 18 de junio de 2018, remitiendo información actualizada y argumentando yerros involuntarios en algunos apartes de la información ya remitida.
- cxxxvii. El día 10 de septiembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018302917<sup>350</sup>, **COMCEL** reiteró a la CRC su solicitud de que se decrete la designación de un perito para verificar la veracidad de las cifras reportadas por los operadores en atención a lo decretado en el auto del 18 de junio de 2018.
- cxxxviii. El día 10 de septiembre de 2018 fue proferido el auto<sup>351</sup> mediante el cual se solicitó a los operadores ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., **COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL S.A.**, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S., y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. reafirmar o corregir, de ser necesario, la información reportada en virtud del auto del 18 de junio de 2018 respecto del número de usuarios con equipos Uni, Dual y Multi SIM. El auto fue notificado el 12 de septiembre de 2018<sup>352</sup>.
- cxxxix. El día 13 de septiembre de 2018, mediante comunicaciones con radicado 2018530131<sup>353</sup>, se remitieron las solicitudes de información contenidas en el auto de fecha 10 de septiembre de 2018 a ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., **COMUNICACIÓN CELULAR – COMCEL S.A.**, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S., y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S.
- cxl. El 17 de septiembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018530368<sup>354</sup>, la CRC respondió a **COMCEL** su solicitud de oficiar a los operadores para que reafirmen o corrijan la información reportada con ocasión del auto del 18 de junio de 2018, informándole la expedición y alcance del auto de pruebas proferido el 10 de septiembre de 2018.
- cxli. El 18 de septiembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018303001<sup>355</sup>, ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2018.
- cxlii. El día 19 de septiembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018303020<sup>356</sup>, **COMCEL** insistió a la CRC en la necesidad de que se designe un perito que verifique y valide la información del número de usuarios con equipos Uni, Dual y Multi SIM reportada por los operadores en atención de los autos de pruebas decretados en este sentido. El 25 de septiembre de 2018, remitió comunicación de radicado 2018303059<sup>357</sup>, aclarando y reiterando su solicitud de decretar la mencionada prueba.

<sup>347</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2105.

<sup>348</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2112-2113.

<sup>349</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2108-2111.

<sup>350</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2115.

<sup>351</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2116-2117.

<sup>352</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2118.

<sup>353</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2119-2152.

<sup>354</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2153.

<sup>355</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2154-2161.

<sup>356</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2162-2168.

<sup>357</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2171.

- cxliii. El 24 de septiembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018303048<sup>358</sup>, VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2018.
- cxliv. El 25 de septiembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018303050<sup>359</sup>, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2018.
- cxlv. El día 27 de septiembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018303099<sup>360</sup>, **COMCEL** remitió un oficio titulado "*Análisis Contestabilidad de Ofertas*", con información relacionada con las ofertas en el mercado de "Servicios Móviles", para ser tenida en cuenta en la presente actuación administrativa.
- cxlvi. El 28 de septiembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018303119<sup>361</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2018.
- cxlvii. El 28 de septiembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018303132<sup>362</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2018.
- cxlviii. El 28 de septiembre de 2018, mediante comunicación electrónica de radicado 2018806236<sup>363</sup>, AVANTEL S.A.S. dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2018.
- cxlix. El 3 de octubre de 2018, mediante comunicación electrónica de radicado 2018303175<sup>364</sup>, **COMCEL** dio respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2018.
- cl. El día 11 de octubre de 2018, mediante escrito con radicado 2018303262<sup>365</sup>, **COMCEL** solicitó a la CRC que se decretara la actualización de su información referente a: i) la capacidad instalada para los servicios de voz y datos sobre las redes 2G, 3G y 4G de **COMCEL**; ii) promedio de la anchura de banda ocupada del espectro para los servicios Pre-IMT (GRAN, GERAN), IMT-2000 (UTRAN) y EUTRAN, información requerida en los términos del auto del 3 de octubre de 2017.
- cli. El día 18 de octubre de 2018 la CRC libró auto<sup>366</sup> mediante el cual se denegó el decreto de prueba pericial solicitado por **COMCEL** en la comunicación de radicado 2018302917, y se le requirió para que actualizara la información reportada en virtud de la prueba decretada a través de los autos del 7 de julio de 2017 referente a capacidad instalada y del 3 de octubre de 2017. El auto en mención fue notificado el 19 de octubre de 2018<sup>367</sup>.
- clii. El día 19 de octubre de 2018, mediante comunicaciones con radicado 2018532871<sup>368</sup>, se remitió el requerimiento contenido en el auto de fecha 18 de octubre de 2018 a **COMCEL**.
- cliii. El día 24 de octubre de 2018, mediante escrito con radicado 2018303376<sup>369</sup>, **COMCEL** solicitó a la CRC que se decretara un requerimiento de información a todos los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones Móviles sobre la implementación y utilización de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional (RAN), y que se oficiara al MinTIC para actualizar la información de cobertura reportada por dichos operadores.

<sup>358</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2169.

<sup>359</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2170.

<sup>360</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2172-2178.

<sup>361</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2179.

<sup>362</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2180-2182.

<sup>363</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2183.

<sup>364</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2184.

<sup>365</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2185-2187.

<sup>366</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2188-2192.

<sup>367</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2193.

<sup>368</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2194-2198.

<sup>369</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2199-2203.

- cliv. El 25 de octubre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018806794<sup>370</sup>, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. afirmó complementar la respuesta a la solicitud que se hiciera mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2018.
- clv. El 26 de octubre de 2018, la CRC a través del oficio de radicado 2018533535<sup>371</sup> corrió traslado a **COMCEL** de la información allegada por ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., UFF MÓVIL S.A.S., y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. en cumplimiento de lo decretado en el auto de pruebas del 10 de septiembre de 2018.
- clvi. El 2 de noviembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018303511<sup>372</sup>, **COMCEL** allegó la actualización de información relacionada con su capacidad utilizada y ancho de banda, conforme lo decretado en el auto de pruebas del 18 de octubre de 2018.
- clvii. El día 15 de noviembre de 2018, mediante comunicación de radicado 2018303624<sup>373</sup>, **COMCEL** se pronunció sobre la información que le fue trasladada mediante el radicado 2018533535 respecto de los usuarios con equipos Dual SIM, y solicitó a la CRC que evaluara de manera detallada las presuntas inconsistencias que encontró en la información reportada por los operadores, puntualmente por AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.
- clviii. El 7 de diciembre de 2018, la CRC a través de comunicación con radicado de salida 2018537951<sup>374</sup> realizó un requerimiento de información a los proveedores ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., **COMCEL**, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. solicitando aclaraciones respecto de la información allegada por estos operadores en cumplimiento de lo decretado en los autos de prueba del 8 de diciembre de 2017, 18 de junio y 10 de septiembre de 2018.
- clix. El día 11 de diciembre de 2018 la CRC libró auto<sup>375</sup> mediante el cual se denegó el decreto de prueba en relación con la utilización e implementación de la instalación esencial de RAN solicitado por **COMCEL** en la comunicación de radicado 2018303376, y se ofició al MinTIC, con el radicado 2018538466<sup>376</sup> del 12 de diciembre de 2018, para que en calidad de prueba por informe actualizara la información de cobertura 2G, 3G y 4G de los operadores de telecomunicaciones y su alcance geográfico. El auto fue notificado a **COMCEL** el 12 de diciembre de 2018<sup>377</sup> y remitido con el radicado anotado previamente.
- clx. En respuesta al requerimiento del 7 de diciembre de 2018, **COMCEL** mediante comunicación radicada internamente bajo el número 2018304101<sup>378</sup> del 14 de diciembre de 2018 procedió a aclarar la información remitida, indicando que la misma proviene de los formatos 1 y 2 de la Resolución MinTIC 3484 de 2012 y, por otra parte, del informe de abonados de la concesión y no de los presentados en virtud del régimen de reportes de información. Considera que la *"aparente diferencia evidenciada (...) no se presenta, dado que la información obtenida es de distinta naturaleza, dado que las condiciones para su emisión son diferentes"*.
- clxi. Por su parte, VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. mediante comunicación radicada el 17 de diciembre de 2018 con radicado número 2018304124<sup>379</sup> dio respuesta a cada uno de los puntos referenciados por la CRC explicando detalladamente el alcance de la información reportada.

<sup>370</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2204-2206.

<sup>371</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2207.

<sup>372</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2208-2210 más un (1) CD.

<sup>373</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2211-2228.

<sup>374</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2229-2254.

<sup>375</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2255-2256.

<sup>376</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2258 - 2260.

<sup>377</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2257.

<sup>378</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folio 2262.

<sup>379</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2263-2272.

- clxii. Así mismo, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. mediante comunicaciones radicadas bajo los números 2018809049<sup>380</sup> y 2018304200<sup>381</sup> procedió a explicar las diferencias en las cifras de Multi SIM y Uni SIM.
- clxiii. En atención a esta misma solicitud de aclaración formulada por la CRC, AVANTEL S.A.S. mediante escrito radicado el 17 de diciembre de 2018 bajo el número 2018809046<sup>382</sup> presentó sus consideraciones sobre el particular. Lo propio hizo COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., mediante comunicación de radicación interna 2018809055<sup>383</sup> de fecha 17 de diciembre de 2018.
- clxiv. Adicionalmente, ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., mediante correo electrónico con número de radicado 2018809051<sup>384</sup> del 17 de diciembre de 2018, solicitó que fuera extendido el plazo para responder el requerimiento formulado, petición a la que esta Comisión no accedió, lo cual fue informado debidamente al representante legal de la empresa en comento mediante comunicación de radicación número 2018539045<sup>385</sup> del 18 de diciembre de 2018. En este mismo sentido se pronunció COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., solicitud a la que se le dio respuesta mediante oficio de radicación número 2018539044<sup>386</sup>, negando la solicitud de ampliación de plazo solicitada.
- clxv. A través de comunicación de radicado 2018809221<sup>387</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. realizó las aclaraciones correspondientes en atención al requerimiento del 7 de diciembre de 2018.
- clxvi. El día 18 de enero de 2019, mediante escrito con radicado 2019300103<sup>388</sup>, **COMCEL** aportó un documento denominado "*¿Qué tan eficientes son las empresas de servicios de comunicaciones móviles?*" suscrito por la señora Marcela Meléndez, y solicitó a la CRC en el mismo escrito que se analice tal documento como medio de prueba dentro de la actuación y se le dé el valor de dictamen pericial o, en su defecto, el de prueba documental. Dentro de la misma comunicación, **COMCEL** solicitó citar a la señora Marcela Meléndez a rendir declaración como testigo técnico respecto de lo que calificó como "nuevos hechos" consignados en el documento aportado. Adicionalmente, **COMCEL** manifestó que, debido a que no podía acceder a la información confidencial de otros operadores para realizar un análisis de eficiencia, solicitaba a la CRC que: i) decretara un dictamen pericial para establecer la eficiencia o ineficiencia en el mercado de los operadores MOVISTAR y TIGO con la información confidencial correspondiente, o que realizara ella misma un estudio sobre el asunto; ii) subsidiariamente, solicitó que se ordenara a los mencionados operadores suministrar la información que requiere la perito Marcela Meléndez para que sea ella quien realice el correspondiente análisis en calidad de dictamen a costa de **COMCEL**.
- clxvii. A través de comunicación de radicado 2019300157<sup>389</sup>, **COMCEL** solicitó copias de las actas de Sesión de Comisión realizadas durante 2018, requerimiento que fue atendido por esta Comisión mediante comunicación de radicado 2019502401<sup>390</sup> con la información anexa en un (1) CD.
- clxviii. Mediante comunicación de radicado 2019800505<sup>391</sup>, ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. realizó las aclaraciones correspondientes en atención al requerimiento del 7 de diciembre de 2018.
- clxix. El día 12 de febrero de 2019, mediante comunicación con radicado 2019300359<sup>392</sup>, **COMCEL** solicitó a la CRC que se decrete un dictamen a su costa en el que se designe

<sup>380</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2276.

<sup>381</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2281.

<sup>382</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2274-2275.

<sup>383</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2277-2279.

<sup>384</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2280.

<sup>385</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2283.

<sup>386</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2282.

<sup>387</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2288.

<sup>388</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2310-2322.

<sup>389</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2323.

<sup>390</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2325.

<sup>391</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2324.

<sup>392</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2328-2347.

un experto en el mercado nacional colombiano que evalúe la evolución de las ofertas comerciales y el actual nivel de contestabilidad de las ofertas en el mercado de "Servicios Móviles", teniendo en cuenta algunos análisis que presentó en el escrito de la solicitud y considerando que los análisis en la materia que obran en la actuación fueron realizados con información con corte a junio de 2016. Subsidiariamente, **COMCEL** solicitó que se le conceda un plazo para aportar dicho dictamen por sí mismo.

- clxx. El día 13 de febrero de 2019, mediante solicitud de radicado 2019300377<sup>393</sup>, **COMCEL** insistió en su solicitud de radicado 2019300157, puesto que afirmó que en la respuesta de la CRC a tal requerimiento no se aportaron las copias de las actas de Sesión de Comisión de los meses de noviembre y diciembre de 2018. La CRC respondió mediante radicado 2019503955<sup>394</sup> la solicitud de **COMCEL** indicándole que, en efecto, se habían remitido las actas de Sesión de Comisión aprobadas y debidamente firmadas a la fecha de su solicitud de copias inicial, motivo por el cual, una vez las actas correspondientes a los meses de noviembre y diciembre estuvieran listas, le sería remitida copia de las mismas. Finalmente, mediante comunicación de radicado 2019505369<sup>395</sup>, la CRC remitió a **COMCEL** copia de las actas de Sesión de Comisión restantes.
- clxxi. El día 5 de abril de 2019 mediante comunicación de radicado 2019301012<sup>396</sup>, **COMCEL** solicitó copias de las actas de Sesión de Comisión realizadas durante 2019, así como copias de las actas del Comité de Comisionados realizadas durante 2019, junto con sus anexos. Mediante comunicación de radicado de salida 2019508806<sup>397</sup>, la CRC remitió a **COMCEL** copia de las actas correspondientes.
- clxxii. El día 7 de mayo de 2019, a través de escrito con radicado 2019301312<sup>398</sup>, **COMCEL** insistió en su solicitud de radicado 2019301012, pues indicó que no se le habían remitido las actas posteriores al 18 de marzo de 2019. Con comunicación de radicado de salida 2019511538<sup>399</sup>, la CRC remitió a **COMCEL** copia de las actas correspondientes.
- clxxiii. Mediante comunicación del 27 de mayo de 2019, con radicado 2019301494<sup>400</sup>, **COMCEL** allegó escrito que denominó "solicitud probatoria", documento en el que solicitó a la CRC decretar y practicar todas las pruebas que señaló en el numeral 1º de dicha comunicación y en la que listó los medios de prueba cuyo decreto había sido rechazado en la presente actuación administrativa, aduciendo, en sustento de tal solicitud, la existencia de "*hechos nuevos, principalmente los surgidos con ocasión del pronunciamiento previo de abogacía de la competencia proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio (...)*", que a su juicio hacen "absolutamente necesario" el decreto y práctica de los medios de prueba previamente rechazados.
- En concordancia con ello, **COMCEL** solicita que "*se decreten y practiquen todas las demás pruebas pertinentes, conducentes y útiles para efectos de acreditar los fundamentos fácticos que echa de menos la SIC en la presente actuación (...)*".
- clxxiv. El día 7 de junio de 2019, a través de comunicación con radicado 2019301636<sup>401</sup>, el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá, notificó a la CRC la admisión de la acción de tutela radicada bajo el consecutivo 2019-372, promovida por **COMCEL** por la presunta vulneración al debido proceso por parte de la CRC al no haber decretado las pruebas anteriormente rechazadas y solicitadas nuevamente por **COMCEL** con ocasión de lo que consideró "hechos nuevos" dado el concepto de abogacía de competencia rendido por la SIC. El 10 de junio de 2019, dentro de los términos concedidos por el Despacho, la CRC radicó escrito<sup>402</sup> de contestación a la acción promovida por **COMCEL**. El 17 de junio de 2019, el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá profirió fallo negando por improcedente la acción de tutela invocada por **COMCEL**.

<sup>393</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2348.

<sup>394</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2349.

<sup>395</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2352.

<sup>396</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2380 - 2381.

<sup>397</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2378.

<sup>398</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2390.

<sup>399</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2391.

<sup>400</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2421-2435.

<sup>401</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2442-2490.

<sup>402</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2491-2512.

El 27 de junio de 2019, mediante Oficio N° 0378 el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, radicado en la Entidad con consecutivo 2019301993<sup>403</sup>, informó a la CRC sobre la decisión contenida en la providencia del 17 de junio de 2019, mediante la cual ese Despacho negó por IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por **COMCEL**. Con posterioridad, la CRC obtuvo copia del fallo de tutela<sup>404</sup>.

- clxxv. A través de comunicación con radicado 2019302042<sup>405</sup> del 2 de julio de 2019, **COMCEL** remitió copia a los Comisionados de la CRC de su pronunciamiento ante el Secretario General de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), respecto de la carta remitida por los demás proveedores móviles a dicha organización en razón de las condiciones de competencia de los mercados móviles en Colombia.
- clxxvi. El 3 de julio de 2019, mediante comunicación de radicado 2019302072<sup>406</sup>, **COMCEL** solicitó informar la fecha de programación de la próxima Sesión de Comisión y su respectivo orden del día. Mediante comunicación con radicado de salida 2019516288<sup>407</sup> la CRC respondió la solicitud de información de **COMCEL**.
- clxxvii. El día 9 de julio de 2019, mediante comunicación con radicado 2019302207<sup>408</sup>, **COMCEL** aportó un Concepto Técnico rendido por los expertos Marcela Meléndez y Alfonso Miranda, donde se identifican como asesores de dicho proveedor; en este, concluyen que los supuestos de la actuación no han sido acreditados. **COMCEL** solicitó que incorpore este Concepto Técnico al expediente en calidad de dictamen pericial.
- clxxviii. Mediante Auto de pruebas proferido el 12 de marzo de 2020<sup>409</sup>, la CRC resolvió las solicitudes probatorias efectuadas por **COMCEL** en los radicados 2018303099 del 27 de septiembre de 2018, 2019300103 del 18 de enero de 2019, 2019300359 del 12 de febrero de 2019, 2019301494 del 27 de mayo de 2019 y 2019302207 del 9 de julio de 2019. Este Auto fue notificado el 13 de marzo de 2020<sup>410</sup> y remitido a **COMCEL** a través del radicado de salida 2020506130<sup>411</sup>. En el proveído en mención, la CRC resolvió, de manera motivada:
- a. Decretar e incorporar al expediente como prueba documental la comunicación contenida en el radicado 2018303099;
  - b. Rechazar por ilícito, ilegal e inconducente el dictamen pericial solicitado mediante radicado 2019300359, con el objeto de que un tercero evalúe el actual nivel de contestabilidad de ofertas en el mercado de "Servicios Móviles" a efectos de evidenciar la dinámica de competencia en dicho mercado;
  - c. Rechazar por impertinente el dictamen pericial de parte de naturaleza económica realizado por la señora MARCELA MELÉNDEZ, y presentado mediante radicado 2019300103, denominado "*¿Qué tan eficientes son las empresas de servicios de comunicaciones móviles? Nota Técnica*";
  - d. Rechazar por impertinente la solicitud encaminada a que se decrete un dictamen pericial que establezca la eficiencia o ineficiencia de los proveedores MOVISTAR y TIGO;
  - e. Rechazar por impertinente la solicitud de ordenar a los proveedores MOVISTAR y TIGO suministrar información confidencial a la perito de parte de **COMCEL** para que elabore un dictamen pericial relacionado con la eficiencia de estos proveedores;

<sup>403</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folio 2617.

<sup>404</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2618-2620.

<sup>405</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2621-2629.

<sup>406</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2556.

<sup>407</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2862-2863.

<sup>408</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2765-2861.

<sup>409</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2901-2918.

<sup>410</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2919.

<sup>411</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2920.



- f. Rechazar por ilícita la solicitud del radicado 2019301494 relativa al decreto y practica de todas las pruebas previamente rechazadas por parte de la CRC dentro de la presente actuación administrativa;
- g. Rechazar por impertinente e inútil el dictamen pericial de parte rendido por los expertos Marcela Meléndez y Alfonso Miranda, denominado "INEXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO DE COMCEL EN LOS MERCADOS DE SERVICIOS MÓVILES", aportado mediante radicado 2019302207. El anotado proveído fue fijado en lista y remitido a **COMCEL** el 13 de marzo de 2020.

clxxix. Mediante documento con radicado 2020805695<sup>412</sup> del 4 de junio de 2020, **COMCEL** insistió a la CRC en la solicitud relativa a que decretaran las pruebas previamente pedidas en la presente actuación y que fueron denegadas por esta Entidad por vía del auto del 12 de marzo de 2020.

clxxx. En Auto del 19 de junio de 2020<sup>413</sup>, notificado en la misma fecha<sup>414</sup> y remitido a **COMCEL** a través del radicado 2020512180<sup>415</sup>, la CRC, de manera motivada, decretó oficiosamente la prueba consistente en requerir a ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., **COMCEL**, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S., SUMA MÓVIL S.A.S. y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. para que allegaran información, con corte al cuarto trimestre de 2018, cuarto trimestre de 2019 y primer trimestre de 2020, relacionada con (i) el número de usuarios con equipos Dual Sim o Multi Sim total; (ii) el número de usuarios con equipos Uni Sim total; (iii) el número de usuarios con equipos Dual Sim o Multi Sim; y (iv) el número de usuarios con equipos Uni Sim.

Adicionalmente, el 25 de junio de 2020, mediante sendos oficios con radicado 2020512391<sup>416</sup>, la CRC comunicó del requerimiento consignado en el Auto del 19 de junio de 2020 a los proveedores ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., **COMCEL**, EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S., SUMA MÓVIL S.A.S. y VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S.

clxxxi. A través de documento con radicado 2020806819<sup>417</sup> del 19 de junio de 2020, **COMCEL** aportó dos archivos, uno en formato PDF y el otro en Power Point con el título "Seguimiento de Campaña Movistar". En su comunicación, el solicitante expone las razones por las cuales considera que dichos documentos deben ser incorporados al expediente de la presente actuación. Adicionalmente, reitera varios de los argumentos inicialmente vertidos en el escrito del 4 de junio de 2020 con los que reprocha las decisiones que la CRC ha tomado en materia probatoria.

clxxxii. Con escrito del 16 de julio de 2020, allegado a través del radicado 2020807642<sup>418</sup>, complementado por medio del radicado 2020808912<sup>419</sup> del 11 de agosto de 2020, **COMCEL** solicitó la revisión del mercado "Servicios Móviles". Con estos escritos, **COMCEL** remitió los siguientes documentos a fin de que fueran tenidos como prueba de su solicitud:

(a) Un documento titulado "*LA NUEVA TELEFÓNICA (...) Carta de José María Álvarez Pallete a los grupos de interés de Telefónica*", del 27 de noviembre de 2019;

(b) El dictamen pericial con el título "*Mercado de voz saliente móvil: bajo las condiciones actuales de competencia, ya no se justifica la existencia de medidas asimétricas*" elaborado por el señor Andrés Escobar Arango;

<sup>412</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2931-2936.

<sup>413</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2938-2942.

<sup>414</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2943.

<sup>415</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folio 2944.

<sup>416</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 2968-2976.

<sup>417</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2945-2966.

<sup>418</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 2985-3096.

<sup>419</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3116-3118.

(c) El dictamen pericial elaborado por el señor Mauricio Santamaría bajo el título "*RESOLUCIÓN 5110 DE 2017 DE LA CRC: POR EL CAMINO EQUIVOCADO*";

(d) El dictamen pericial elaborado por los señores Mauricio Santamaría y Andrés Escobar Arango denominado "*Medidas asimétricas: Origen Injustificado, Impacto Indeseado*";

(e) El dictamen pericial elaborado por la señora Marcela Meléndez bajo el título "*Intervención de carácter particular en el Mercado de servicios móviles. Concepto económico*";

(f) El dictamen pericial denominado "*INEXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO DE COMCEL EN LOS MERCADOS DE SERVICIOS MÓVILES*", elaborado por la señora Marcela Meléndez y el señor Alfonso Miranda;

(g) El dictamen pericial elaborado por los señores Alfonso Miranda y Jorge Flórez Acosta con el título "*ANÁLISIS TÉCNICO, JURÍDICO Y ECONÓMICO DEL MERCADO DE VOZ SALIENTE MÓVIL*"; y

(h) El documento elaborado por la CRC bajo el título "*REVISIÓN DE LAS CONDICIONES REMUNERACIÓN DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL. OBJETIVOS Y ALTERNATIVAS*".

clxxxiii. Las solicitudes que **COMCEL** efectuó en los radicados 2020805695 y 2020806819 fueron resueltas por la CRC en Auto del 17 de julio de 2020<sup>420</sup>, en el cual se decidió, de manera motivada:

- a. Denegar por improcedente la solicitud de revocación del auto de pruebas del 12 de marzo de 2020;
- b. Decretar e incorporar al expediente como prueba documental, con el valor probatorio que legalmente corresponda, la comunicación contenida en el radicado 2020806819;
- c. Rechazar la solicitud para que se decrete una inspección judicial sobre las páginas web [www.movistar.co](http://www.movistar.co) y [www.movistar.co/portabilidad](http://www.movistar.co/portabilidad), por los motivos expuestos en la parte motiva del mismo acto administrativo; y
- d. Rechazar la solicitud para que se decrete una exhibición de documentos y papeles de comercio respecto de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. en relación con la estrategia comercial "ILIMIDATOS".

El auto en mención fue notificado<sup>421</sup> y remitido a **COMCEL** el 22 de julio de 2020 a través del radicado de salida 2020514258<sup>422</sup>.

clxxxiv. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles aportaron la información requerida en el auto del 19 de junio de 2020, de acuerdo con lo que a continuación se detalla:

AVANTEL S.A.S. a través del radicado 2020807394<sup>423</sup> del 1º de julio de 2020;

La EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. con el radicado 2020808410<sup>424</sup> del 31 de julio de 2020;

**COMCEL** a través del radicado 2020808504<sup>425</sup> del 3 de agosto de 2020;

<sup>420</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3097-3103.

<sup>421</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3104.

<sup>422</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3105.

<sup>423</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 2984.

<sup>424</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3108-3109.

<sup>425</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3110.

COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. por vía del radicado 2020808529<sup>426</sup> del 3 de agosto de 2020;

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. por medio del radicado 2020808626<sup>427</sup> del 4 de agosto de 2020;

VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. con el radicado 2020808905<sup>428</sup> del 10 de agosto de 2020.

SUMA MÓVIL S.A.S. con el radicado 2020808917<sup>429</sup> del 10 de agosto de 2020, con el alcance aportado el 19 de agosto de 2020 con el radicado 2020809329<sup>430</sup>;

FLASH COLOMBIA S.A.S. por medio del radicado 2020809276<sup>431</sup> del 18 de agosto de 2020;

ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. por vía del radicado 2020809505<sup>432</sup> del 21 de agosto de 2020;

clxxxv. EL 24 de agosto de 2020, a través del radicado 2020516216<sup>433</sup> la CRC le solicitó a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. que aclarara la información reportada con ocasión de lo decidido en el auto del 19 de junio de 2020.

clxxxvi. El mismo 24 de agosto de 2020, por medio del radicado de salida 2020516302<sup>434</sup>, la CRC, en los términos del artículo 40 del CPACA, le corrió traslado a **COMCEL** de la información aportada por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles con ocasión del requerimiento plasmado en el auto de pruebas del 19 de junio de 2020.

Fue así como el 8 de septiembre de 2020, con el radicado 2020810336<sup>435</sup>, replicado en el radicado 2020810340<sup>436</sup>, **COMCEL** se pronunció sobre la información aportada por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles.

clxxxvii. El 1º de septiembre de 2020, mediante el radicado 2020809989<sup>437</sup>, reiterada a través del radicado 2020810336 del 8 de septiembre de 2020, **COMCEL** le solicitó a la CRC la actualización de la información entregada por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA como consecuencia de la prueba decretada en el auto del 2 de octubre de 2017.

clxxxviii. El mismo 1º de septiembre de 2020, por medio de radicado 2020809988<sup>438</sup>, **COMCEL** solicitó que la CRC requiriera a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. para que aclarara la información allegada en virtud del requerimiento efectuado en el Auto del 19 de junio de 2020.

clxxxix. Mediante auto<sup>439</sup> del 14 de septiembre de 2020 la CRC accedió a la solicitud de **COMCEL** relativa a que GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA actualizara la información entregada por cuenta de lo decidido en el auto del 2 de octubre de 2017. Este auto fue notificado el 15 de septiembre de 2020<sup>440</sup>. Así mismo, fue remitido a **COMCEL** y a GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA a través del radicado 2020517760<sup>441</sup> de la misma fecha.

<sup>426</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3111.

<sup>427</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3112.

<sup>428</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3113.

<sup>429</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3114-3115.

<sup>430</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3121.

<sup>431</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3120.

<sup>432</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3122-3127.

<sup>433</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3128-3129.

<sup>434</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3130.

<sup>435</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3147-3148.

<sup>436</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3149-3150.

<sup>437</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3137.

<sup>438</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3138.

<sup>439</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3152-3154.

<sup>440</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3156.

<sup>441</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3157-3158.

- cx. El 16 de septiembre de 2020, por medio del radicado 2020810834<sup>442</sup>, GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA remitió a la CRC la propuesta de honorarios que cobraría a **COMCEL** por la actualización de la información aceptada en el auto del 14 de septiembre de 2020.
- cxci. El 18 de septiembre de 2020, a través del radicado 2020518138<sup>443</sup>, esta Comisión le solicitó aclaración a AVANTEL S.A.S., en relación con la información reportada por cuenta de lo establecido en el auto del 19 de junio de 2020.
- cxcii. El 18 de septiembre de 2020, a través del radicado 2020518032<sup>444</sup>, esta Comisión le solicitó aclaración a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., en relación con la información reportada por cuenta de lo establecido en el auto del 19 de junio de 2020.
- cxci. El 18 de septiembre de 2020, a través del radicado 2020518028<sup>445</sup>, esta Comisión le solicitó aclaración a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., en relación con la información reportada por cuenta de lo establecido en el auto del 19 de junio de 2020.
- cxziv. El 18 de septiembre de 2020, a través del radicado 2020518026<sup>446</sup>, esta Comisión le solicitó aclaración a **COMCEL**, en relación con la información reportada por cuenta de lo establecido en el auto del 19 de junio de 2020.
- cxcv. Con el radicado 2020810992<sup>447</sup> del 21 de septiembre de 2020, **COMCEL** solicitó la ampliación del término concedido para rendir las aclaraciones de la información requerida en el auto del 19 de junio de 2020.
- cxcvi. Mediante el radicado 2020518191<sup>448</sup> del 21 de septiembre de 2020, la CRC remitió a **COMCEL** la propuesta de honorarios formulada por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA a efectos de realizar la actualización de la información avalada en el auto del 14 de septiembre de 2020.
- cxcvii. El 23 de septiembre de 2020, con el radicado 2020811097<sup>449</sup>, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. solicitó a la CRC que le concediera un plazo adicional para enviar las aclaraciones solicitadas respecto de la información aportada por el requerimiento plasmado en el auto del 19 de junio de 2020.
- cxcviii. El 23 de septiembre de 2020, a través del radicado 2020518407<sup>450</sup>, esta Comisión le solicitó aclaración a LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S., en relación con la información reportada por cuenta de lo establecido en el Auto del 19 de junio de 2020.
- cxcix. El 23 de septiembre de 2020, a través del radicado 2020518406<sup>451</sup>, esta Comisión le solicitó aclaración a SUMA MÓVIL S.A.S., en relación con la información reportada por cuenta de lo establecido en el auto del 19 de junio de 2020.
- cc. El 23 de septiembre de 2020, a través del radicado 2020518401<sup>452</sup>, esta Comisión le solicitó aclaración a ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., en relación con la información reportada por cuenta de lo establecido en el auto del 19 de junio de 2020.
- cci. El 23 de septiembre de 2020, a través del radicado 2020518395<sup>453</sup>, esta Comisión le solicitó aclaración a VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., en relación con la información reportada por cuenta de lo establecido en el auto del 19 de junio de 2020.

<sup>442</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3161-3176.

<sup>443</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3177-3178.

<sup>444</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3179-3180.

<sup>445</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3181-3183.

<sup>446</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3184-3186.

<sup>447</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3187.

<sup>448</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3188.

<sup>449</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3189.

<sup>450</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3191-3192.

<sup>451</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3193-3195.

<sup>452</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3196.

<sup>453</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3197-3199.

- ccii. Con el radicado 2020518394<sup>454</sup> del 23 de septiembre de 2020 accedió a la solicitud de **COMCEL** consistente en otorgar un plazo adicional, hasta el 30 de septiembre de 2020, para que allegara las aclaraciones solicitadas en relación la información requerida en el auto del 19 de junio de 2020.
- cciii. Por medio del radicado 2020518445<sup>455</sup> del 24 de septiembre de 2020, la CRC le comunicó a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. que accedía a la solicitud de ampliación del plazo para la entrega de las aclaraciones en torno a la información allegada por cuenta del auto del 19 de junio de 2020, a fin de que fuera entregada a más tardar el 30 de septiembre de 2020.
- cciv. A través del radicado 2020811157<sup>456</sup> del 24 de septiembre de 2020, **COMCEL** le comunicó a la CRC que aceptaba el valor de los honorarios ofertados por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA para realizar la actualización de la información inicialmente aportada en virtud del Auto del 2 de octubre de 2017.
- ccv. Con el radicado 2020811246<sup>457</sup> del 25 de septiembre de 2020, AVANTEL S.A.S. dio respuesta a las solicitudes de aclaración realizadas por la CRC con ocasión de la información reportada por dicho proveedor en virtud del Auto del 19 de junio de 2020.
- ccvi. Teniendo en cuenta lo anterior, mediante el radicado 2020518670<sup>458</sup> del 28 de septiembre de 2020, la CRC le informó a GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA que **COMCEL** aceptaba el valor de los honorarios ofertados y, por ende, le indicó que debía entregar el dictamen dentro de los 10 días siguientes.
- ccvii. Con el radicado 2020811340<sup>459</sup> del 29 de septiembre de 2020, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. dio respuesta a las solicitudes de aclaración realizadas por la CRC con ocasión de la información reportada por dicho proveedor en virtud del Auto del 19 de junio de 2020.
- ccviii. Con el radicado 2020811393<sup>460</sup> del 29 de septiembre de 2020, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. dio respuesta a las solicitudes de aclaración realizadas por la CRC con ocasión de la información reportada por dicho proveedor en virtud del Auto del 19 de junio de 2020.
- ccix. Con el radicado 2020811425<sup>461</sup> del 30 de septiembre de 2020, **COMCEL** dio respuesta a las solicitudes de aclaración realizadas por la CRC con ocasión de la información reportada por dicho proveedor en virtud del Auto del 19 de junio de 2020.
- ccx. Por medio de los radicados 2020811429 y 2020811433<sup>462</sup> del 30 de septiembre de 2020, ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. dio respuesta a las solicitudes de aclaración realizadas por la CRC con ocasión de la información reportada por dicho proveedor en virtud del Auto del 19 de junio de 2020.
- ccxi. A través del radicado 2020811428<sup>463</sup> del 30 de septiembre de 2020, VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. dio respuesta a las solicitudes de aclaración realizadas por la CRC con ocasión de la información reportada por dicho proveedor en virtud del Auto del 19 de junio de 2020.
- ccxii. Mediante el radicado 2020811461<sup>464</sup> del 30 de septiembre de 2020, LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S. dio respuesta a las solicitudes de aclaración realizadas por la CRC con ocasión de la información reportada por dicho proveedor en virtud del Auto del 19 de junio de 2020.

<sup>454</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3200.

<sup>455</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3202.

<sup>456</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3203.

<sup>457</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3204-3205.

<sup>458</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3206.

<sup>459</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3207-3209.

<sup>460</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3210-3234.

<sup>461</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3235-3238.

<sup>462</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3239-3245.

<sup>463</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3246-3248.

<sup>464</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3249-3251.

- ccxiii. Con el radicado 2020811463<sup>465</sup> del 30 de septiembre de 2020, SUMA MÓVIL S.A.S. dio respuesta a las solicitudes de aclaración realizadas por la CRC con ocasión de la información reportada por dicho proveedor en virtud del Auto del 19 de junio de 2020.
- ccxiv. Por medio del radicado 2020519173<sup>466</sup> del 5 de octubre de 2020, la CRC le corrió traslado a **COMCEL** de las aclaraciones rendidas por todos los proveedores a los que se les realizó el requerimiento contenido en el auto del 19 de junio de 2020.
- ccxv. Por medio de radicado 2020812085<sup>467</sup> del 14 de octubre de 2020 GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA, en observancia de lo decidido en el Auto del 14 de septiembre de 2020, remitió la actualización del dictamen pericial rendido con ocasión de lo decidido por la CRC en el Auto del 2 de octubre de 2017. Así mismo, con el radicado 2020811969<sup>468</sup> del 9 de octubre de 2020, GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA remitió la factura expedida con el fin de cobrar a **COMCEL** el valor de los honorarios causados con la referida actualización.
- ccxvi. Con el radicado 2020812440<sup>469</sup> del 20 de octubre de 2020, **COMCEL** descorrió el traslado de las aclaraciones rendidas por todos los proveedores a los que se les realizó el requerimiento contenido en el auto del 19 de junio de 2020. En la citada comunicación, a su vez, solicitó algunas aclaraciones respecto de la información reportada por VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.
- ccxvii. A través del radicado 2020520333<sup>470</sup> del 21 de octubre de 2020, la CRC le corrió traslado a **COMCEL** de la actualización del dictamen pericial rendido por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA. Con dicha comunicación, del mismo modo, se remitió a **COMCEL** la factura contentiva del valor de los honorarios que este proveedor debía pagar a GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA por tal actualización.
- ccxviii. Mediante comunicación del 5 de noviembre de 2020 con radicado 2020813296<sup>471</sup> del 5 de noviembre de 2020, **COMCEL** solicitó aclaraciones y/o complementaciones del dictamen pericial rendido por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA; remitió copia de la factura pagada a dicha empresa; y presentó sus conclusiones en relación con el dictamen en mención.
- ccxix. Mediante Auto de pruebas del 13 de noviembre de 2020<sup>472</sup>, la CRC decidió sobre **(a)** las pruebas aportadas por **COMCEL** con los radicados 2020807642 del 16 de julio de 2020 y 2020808912 del 11 de agosto de 2020, en los que solicitó la revisión del mercado de "Servicios Móviles" al interior de esta actuación; **(b)** las solicitudes de aclaración elevadas por **COMCEL**, en relación con la información aportada por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles por cuenta de la prueba de oficio decretada por la CRC en el Auto del 19 de junio de 2020; y **(c)** las solicitudes de aclaración y/o complementación respecto del dictamen pericial actualizado por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA por cuenta de lo decidido en el Auto del 14 de septiembre de 2020. En específico, en el Auto del 13 de noviembre de 2020, la CRC adoptó las siguientes decisiones:
- a. Rechazar la solicitud de decreto del dictamen pericial titulado "RESOLUCIÓN 5110 DE 2017 DE LA CRC: POR EL CAMINO EQUIVOCADO", elaborado por Mauricio Santamaría, por haber sido dicho medio de prueba decretado previamente y formar ya parte del expediente.
  - b. Rechazar la solicitud de decreto del dictamen pericial titulado "*Intervención de carácter particular en el Mercado de servicios móviles. Concepto económico*",

<sup>465</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3252-3255.

<sup>466</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3258.

<sup>467</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3264-3268.

<sup>468</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3261-3263.

<sup>469</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3272 - 3274.

<sup>470</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3275.

<sup>471</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3313-3316.

<sup>472</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3334-3346.

elaborado por la señora Marcela Meléndez, por haber sido dicho medio de prueba decretado previamente y formar ya parte del expediente.

- c. Estarse a lo resuelto en el auto del 6 de abril de 2018, en el que se rechazó el decreto del dictamen pericial titulado "*Medidas asimétricas: Origen Injustificado, Impacto Indeseado*", elaborado por los señores Mauricio Santamaría y Andrés Escobar Arango, el cual fue nuevamente aportado por **COMCEL** a través del radicado 2020807642.
- d. Estarse a lo resuelto en el auto del 12 de marzo de 2020, en el que se rechazó el dictamen pericial titulado "*INEXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO DE COMCEL EN LOS MERCADOS DE SERVICIOS MÓVILES*", elaborado por la señora Marcela Meléndez y el señor Alfonso Miranda, el cual fue nuevamente aportado por **COMCEL**.
- e. Decretar como prueba el documento con el título "*LA NUEVA TELEFÓNICA (...) Carta de José María Álvarez Pallete a los grupos de interés de Telefónica*", el cual fue aportado por **COMCEL** a través del radicado 2020807642 del 16 de julio de 2020.
- f. Rechazar por impertinente el dictamen pericial titulado "*Mercado de voz saliente móvil: bajo las condiciones actuales de competencia, ya no se justifica la existencia de medidas asimétricas*" elaborado por Andrés Escobar Arango.
- g. Rechazar por impertinente el documento titulado "*ANÁLISIS TÉCNICO, JURÍDICO Y ECONÓMICO DEL MERCADO DE VOZ SALIENTE MÓVIL*" elaborado por los señores Alfonso Miranda y Jorge Flórez Acosta.
- h. Rechazar por inútil el documento "*REVISIÓN DE LAS CONDICIONES REMUNERACIÓN DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL. OBJETIVOS Y ALTERNATIVAS*", elaborado por la CRC.
- i. Rechazar la petición de **COMCEL** consistente en que se le requiera a ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. las aclaraciones solicitadas a los demás proveedores de redes de servicios y telecomunicaciones móviles relacionadas con la información reportada en virtud del Auto de pruebas del 19 de junio de 2020.
- j. Rechazar la petición de **COMCEL** plasmada en el radicado 2020812440 consistente en que se le requiera a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. las aclaraciones solicitadas a los demás proveedores de redes de servicios y telecomunicaciones móviles relacionadas con la información reportada en virtud del Auto de pruebas del 19 de junio de 2020.
- k. Requerir a AVANTEL S.A.S. para que aclarara si la información suministrada en virtud del Auto de pruebas del 19 de junio de 2020 mediante el radicado 2020807394, la cual fue explicada a través del oficio 2020811246, tuvo en cuenta, al generarse, los eventos de todo el trimestre o solo del último día de este. Se decidió a su vez que, en caso tal de que solo se hubiera tenido en cuenta el último día del trimestre, AVANTEL S.A.S. debía allegar la información correspondiente a todo el periodo solicitado, tal y como se ordenó en el Auto de pruebas del 19 de junio de 2020.
- l. Requerir a ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. a fin de que aclararan si la información suministrada en virtud del Auto del 19 de junio de 2020 corresponde a todo el trimestre o al corte del último día del mismo. Se ordenó asimismo que, en caso tal de que solo se hubiera tenido en cuenta el último día del trimestre, dichos proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles debían allegar la información correspondiente a todo el periodo solicitado, tal y como se ordenó en el Auto de pruebas del 19 de junio de 2020.

- m. Rechazar las solicitudes de aclaración y/o complementación de la actualización del dictamen pericial rendido por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA, requeridas por **COMCEL** que a continuación se enlistan: **(a)** la aclaración referente a las razones por las cuales, para el segundo trimestre del año 2020, más de la mitad de los celulares vendidos en el país fueron equipos tipo Dual Sim; **(b)** la aclaración referente a si existe una tendencia creciente en el número de equipos Dual Sim vendidos en el país y si esa tendencia de crecimiento es acorde al comportamiento natural del mercado; **(c)** la complementación de la información a fin de que se precise la evolución de número de equipos terminales con la funcionalidad Dual Sim comercializados en Colombia en términos porcentuales; **(d)** la aclaración en relación con la Gráfica 2 del punto 1 del dictamen en la que se determina el número de referencias, a fin de responder si respecto de las 472 referencias del 2Q-2020, el restante 2% de las referencias no informadas comprende las 368 referencias que no fueron enlistadas, o, en su defecto, la aclaración de esta diferencia; y **(e)** la complementación del numeral 4 del dictamen a fin de incluir la representación porcentual de los equipos Dual Sim.
- n. Ordenar a GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA realizar las siguientes aclaraciones respecto de la actualización del dictamen pericial rendido: **(a)** si el número de equipos representado en la gráfica titulada "Número de equipos Dual Sim (Histórico)" es en miles y no en unidades; y **(b)** la razón por la cual en la gráfica titulada "Venta en Unidades (Miles)", se afirma que para el 2Q 2020 se vendieron 979 mil equipos Dual Sim, pero esta cifra no coincide con la sumatoria reportada para 2020 en la gráfica "Número de equipos Dual Sim (Histórico)" y, menos aún, para el 2Q de 2020.

A través del radicado de salida 2020522226<sup>473</sup> del 17 de noviembre de 2020 se le comunicó a **COMCEL** el contenido del auto en mención y se informó a AVANTEL S.A.S., ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA de las aclaraciones que debían efectuar dentro de los tres (3) días siguientes.

- ccxx. Mediante el radicado 2020813854<sup>474</sup> del 18 de noviembre de 2020, GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA remitió las aclaraciones solicitadas en el Auto del 13 de noviembre de 2020.
- ccxxi. Por medio del radicado 2020813929<sup>475</sup> del 19 de noviembre de 2020, ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. remitió las aclaraciones solicitadas en el Auto del 13 de noviembre de 2020.
- ccxxii. Por medio del radicado 2020814216<sup>476</sup> del 25 de noviembre de 2020, AVANTEL S.A.S. remitió las aclaraciones solicitadas en el Auto del 13 de noviembre de 2020.
- ccxxiii. Por medio del radicado 2020814242<sup>477</sup> del 26 de noviembre de 2020, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. remitió las aclaraciones solicitadas en el Auto del 13 de noviembre de 2020.
- ccxxiv. Por medio del radicado 2020814272<sup>478</sup> del 26 de noviembre de 2020, VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S. remitió las aclaraciones solicitadas en el Auto del 13 de noviembre de 2020.
- ccxxv. A través del radicado de salida 2020523511<sup>479</sup> del 2 de diciembre de 2020, la CRC la corrió traslado a **COMCEL**, por el término de 10 días, de las aclaraciones allegadas por

<sup>473</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3363-3370.

<sup>474</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3371-3372.

<sup>475</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3373-3380.

<sup>476</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3393-3395.

<sup>477</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folio 3427.

<sup>478</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3428-3429.

<sup>479</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folio 3446.



AVANTEL S.A.S., ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA con ocasión de lo dispuesto en el Auto del 13 de noviembre de 2020.

ccxxvi. Mediante el radicado 2020815076<sup>480</sup> del 14 de diciembre de 2020, **COMCEL** recorrió el traslado de las aclaraciones allegadas por AVANTEL S.A.S., ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S., VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA con ocasión de lo dispuesto en el Auto del 13 de noviembre de 2020. El documento radicado por COMCEL a su vez fue remitido por competencia a la CRC por el MinTIC, a través del radicado 2021800715<sup>481</sup>, en la medida en que el descrito proveedor también lo radicó ante dicha entidad.

**En síntesis, durante el presente trámite administrativo se han decretado y practicado las siguientes pruebas tanto de oficio como a solicitud de parte:**

No.	Medio de prueba	Objeto de la Prueba	Responsable
1	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Simón Lee (Samsung Electronics Colombia S.A.)
2	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Xiong Yihui (Huawei Technologies Colombia S.A.S.)
3	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Juan Pablo Guzmán (Nokia Colombia S.A.)
4	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Carolina Margarita Prieto Sarabia (Motorola Mobility Colombia S.A.S.)
5	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Rodrigo Luna Durán (Apple Colombia S.A.S.)
6	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Carlos Alberto Peña Pérez (Alcatel Lucent de Colombia S.A.)
7	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Shin Hwa Seok (LG Electronics Colombia LTDA.)
8	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Jorge Luis González Montenegro (Sony Colombia S.A.)
9	Testimonial	Deponer respecto de la afectación que tendría en <b>COMCEL</b> las medidas propuestas por la CRC en los siguientes aspectos: 1. Factibilidad técnica. 2. Efectos sobre la calidad del servicio ofrecida a usuarios actuales y terceros. 3. Efectos sobre la prestación de los propios servicios. 4. Capacidad suficiente de infraestructura	Juan Carlos Calderón
10	Testimonial	Deponer respecto del mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en	Andrés Carlésimo Rey

<sup>480</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3452-3454.

<sup>481</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3499-3502.

No.	Medio de prueba	Objeto de la Prueba	Responsable
		Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos con dos o más operadores al mismo tiempo.	
11	Informe	Informe de cobertura en 2G, 3G y 4G de los PRST y alcance geográfico.	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
12	Informe	Información técnica de capacidad instalada y utilizada en 2G, 3G y 4G.	<b>COMCEL</b>
13	Pericial	Dictamen pericial. Acreditación de idoneidad, explicación de metodología y conclusiones de dictamen pericial.	Mauricio Santamaría
14	Informe	Información relativa al uso de espectro asignado a los proveedores MOVISTAR y TIGO, identificando la cantidad de usuarios por MHz asignados y al índice de uso del espectro radioeléctrico de telecomunicaciones por parte de los proveedores de redes y servicios de dicho sector en el país.	Agencia Nacional del Espectro
15	Informe	Información relativa al churn de cada operador y de la industria.	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MINTIC
17	Inspección oficial a página Web	Subsecretaría de Telecomunicaciones (Chile)	CRC
18	Inspección oficial a página Web	Instituto Federal de Telecomunicaciones (México)	CRC
19	Inspección oficial a página Web	Superintendencia de Telecomunicaciones (Costa Rica)	CRC
20	Inspección oficial a página Web	Comisión Europea	CRC
21	Inspección oficial a página Web	Federal Communications Commission (Estados Unidos)	CRC
22	Inspección oficial a página Web	Belgian Institute for Postal services and Telecommunications (Bélgica)	CRC
23	Inspección oficial a página Web	Ente Nacional de Comunicaciones (Argentina)	CRC
24	Pericial	Dictamen pericial. Acreditación de idoneidad, explicación de metodología y conclusiones de dictamen pericial.	Marcela Meléndez
25	Pericial	Dictamen pericial. Acreditación de idoneidad, explicación de metodología y conclusiones de dictamen pericial.	Juan Carlos Calderón
26	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Ricardo Triana (Huawei)
27	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Julián Andrés Burbano (Samsung)
28	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Patricia Velásquez Martínez (Samsung)
29	Testimonial	Deponer respecto a la tecnología de los equipos Dual SIM, el sistema Wi-Fi, y sobre el mercado de los aparatos celulares y demás dispositivos que se comercializan en Colombia y las posibilidades de estos de acceder a planes de datos.	Walid González Henao (Samsung)
30	Pericial	Dictamen pericial. Acreditación de idoneidad, explicación de metodología y conclusiones de dictamen pericial.	GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA
31	Informe	Información relativa a anchura de banda ocupada para todas las redes de <b>COMCEL</b> .	<b>COMCEL</b>

No.	Medio de prueba	Objeto de la Prueba	Responsable
32	Informe	Información relativa al número de usuarios con equipos DUAL SIM o MULTI SIM total, número de usuarios con equipos UNI SIM total, número de usuarios con equipos DUAL SIM o MULTI SIM con un plan prepago y/o postpago de servicios móviles y número de usuarios con equipos UNI SIM con un plan prepago y/o postpago de servicios móviles.	ALMACENES ÉXITO AVANTEL, COLOMBIA MÓVIL, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, <b>COMCEL</b> , ETB, UFF MÓVIL, UNE EPM, y VIRGIN MOBILE
33	Informe	Actualización con corte a primer trimestre de 2018 de la información relativa al número de usuarios con equipos DUAL SIM o MULTI SIM total, número de usuarios con equipos UNI SIM total, número de usuarios con equipos DUAL SIM o MULTI SIM con un plan prepago y/o postpago de servicios móviles y número de usuarios con equipos UNI SIM con un plan prepago y/o postpago de servicios móviles.	ALMACENES ÉXITO AVANTEL, COLOMBIA MÓVIL, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, <b>COMCEL</b> , ETB, UFF MÓVIL, UNE EPM, y VIRGIN MOBILE
34	Informe	Actualización para el año 2018 de la información reportada en virtud de la prueba decretada a través de los autos del 7 de julio y 3 de octubre de 2017 referente a capacidad instalada y utilizada y anchura de banda ocupada.	<b>COMCEL</b>
35	Informe	Informe con actualización de información de cobertura en 2G, 3G y 4G de los PRST y alcance geográfico.	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
36	Documental	La totalidad de documentos aportados por <b>COMCEL</b> durante la presente actuación administrativa.	<b>COMCEL</b>
37	Informe	Información relativa al número de usuarios con equipos DUAL SIM o MULTI SIM total, número de usuarios con equipos UNI SIM total, número de usuarios con equipos DUAL SIM o MULTI SIM con un plan prepago y/o postpago de servicios móviles y número de usuarios con equipos UNI SIM con un plan prepago y/o postpago de servicios móviles, con corte al cuarto trimestre de 2018, cuarto trimestre de 2019 y primer trimestre de 2020.	ALMACENES ÉXITO INVERSIONES, AVANTEL, COLOMBIA MÓVIL, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, <b>COMCEL</b> , EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA, SUMA MÓVIL y VIRGIN MOBILE COLOMBIA.

**2.5. Comunicaciones a las que se dará respuesta en aplicación de los artículos 40 y 42 del CPACA**

En este acápite se hará referencia a las solicitudes presentadas por **COMCEL** durante el trámite administrativo a las cuales la CRC ofrece respuesta de fondo en los diferentes apartados conformantes de la parte motiva del presente acto administrativo, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 40 y 42 del CPACA.

- i. El 5 de abril de 2017, **COMCEL** mediante radicado 201730843<sup>482</sup> hizo llegar copia de una comunicación dirigida al MinTIC en donde manifiesta su posición respecto del proceso de capitalización de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.
- ii. El 27 de abril de 2017, **COMCEL** radicó un documento en la CRC, identificado con el número 201731149, adjuntando copia de las respuestas enviadas el 19 de abril de 2017 a **COMCEL** por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MINHACIENDA) al cuestionario remitido por la Comisión Sexta del Senado de la República, en el marco de la Audiencia de Control Político Proposición No. 36 de 2017, relacionada con la participación del Estado en la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la eventual capitalización de esa empresa. Lo anterior, para que fuera tenido en cuenta dicho documento dentro de la presente actuación administrativa.
- iii. El 15 de mayo de 2017, mediante comunicación 2017574046<sup>483</sup> la CRC remitió a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República el documento fechado 27 de abril de 2017, identificado con el radicado 201731149, presentado por **COMCEL** dentro del presente trámite, mediante el cual dicha empresa solicitó tener en cuenta en el presente trámite la respuesta del MINHACIENDA al cuestionario remitido por la Comisión Sexta del Senado de

<sup>482</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 54-60

<sup>483</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 4. Folio 782.

la República, en el marco de la Audiencia de Control Político Proposición No. 36 de 2017, relacionada con la participación del Estado en la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la eventual capitalización de esa empresa.

- iv. El día 12 de junio de 2017, **COMCEL** radicó un documento en la CRC, identificado con el número 201731671, remitiendo información sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente del comportamiento de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. Lo anterior, para que fuera tenida en cuenta dicha información dentro de la presente actuación administrativa.
- v. El día 15 de junio de 2017, la apoderada especial de **COMCEL** para el presente trámite administrativo, Olga Mélida Valle de la Hoz, radicó el mismo documento mencionado en el numeral anterior, el cual quedó identificado con el radicado interno 201731735.
- vi. El día 13 de septiembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201732917<sup>484</sup>, **COMCEL** remitió a la CRC información sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la decisión de capitalización de la misma por parte del Gobierno Nacional.
- vii. El 28 de septiembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733116<sup>485</sup>, **COMCEL** remitió información sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente del operador COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.
- viii. El día 29 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733917<sup>486</sup>, **COMCEL** remitió información relacionada con el desempeño del mercado de "Servicios Móviles", específicamente de la actividad de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., para ser tenida en cuenta en la presente actuación administrativa.
- ix. El 7 de marzo de 2018, mediante comunicación con radicado 2018300607<sup>487</sup>, **COMCEL** presentó un documento que tituló "*Alegatos de Conclusión*".
- x. El 31 de diciembre de 2018, a través de comunicación de radicado 2018304336<sup>488</sup>, **COMCEL** allegó una solicitud para que le fueran remitidas las Actas del Comité de Comisionados en donde se propuso "*el acto administrativo por medio del cual se decidió la actuación administrativa de carácter particular y concreto contra Comcel*", así como la decisión en la cual la CRC acogió la propuesta del Comité de Comisionados en atención a lo dispuesto en los artículos 3 y 6 del Decreto 089 de 2010. En esta solicitud **COMCEL** requirió además que se le informaran las razones por las cuales la CRC le había dado el trámite de información confidencial a todos los documentos remitidos a la SIC para efectos del procedimiento de expedición de concepto en materia de abogacía de la competencia.
- xi. Con solicitud de información de radicado 2019300083<sup>489</sup> del 15 de enero de 2019, **COMCEL** requirió que, en relación con la actuación administrativa que reposa en el Expediente 2000-74-18-1-1, se le informara el procedimiento que se le estaba dando a la misma y su fundamento normativo; se le informara si el período probatorio ya se había agotado y, de ser así, el momento en que se le informaría a **COMCEL** esta situación a fin de presentar sus alegatos de conclusión. También solicitó se le informara si el proyecto de acto administrativo enviado a la SIC en la actuación es el definitivo y cuáles y dónde se encuentran establecidas las garantías al debido proceso de dicho procedimiento. Conforme lo anterior, **COMCEL** solicitó además a la CRC que corrigiera las irregularidades que en su sentir posee la actuación administrativa dando aplicación al artículo 41 del CPACA.
- xii. A través de comunicación de radicado 2019300998<sup>490</sup> del 4 de abril de 2019, **COMCEL** solicitó copia de los documentos que fueron presentados como soporte del Proyecto de Resolución enviado a la SIC dentro del trámite de Abogacía de la Competencia, específicamente el análisis desarrollado por la CRC respecto de la dominancia de **COMCEL** en el mercado de

<sup>484</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1358-1386

<sup>485</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 7. Folios 1420-1422.

<sup>486</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 9. Folios 1591-1597 más 1 CD.

<sup>487</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 10. Folios 1819-1892.

<sup>488</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2290-2303.

<sup>489</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2306-2308.

<sup>490</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2379.

"Servicios Móviles", así como el análisis empírico con base en el modelo desarrollado por Ergas.

- xiii. Mediante derecho de petición con radicado 2019301268<sup>491</sup> del 3 de mayo de 2019, **COMCEL** solicitó que, en relación con la actuación administrativa que reposa en el Expediente 2000-74-18-1-1 y el Concepto de Abogacía de la Competencia rendido por la SIC en torno al proyecto de acto decisorio de la actuación, se le informara: i) el estado actual de la actuación administrativa y las acciones que va a adelantar la CRC al interior de la misma; ii) si en consideración del Concepto de la SIC, la CRC va a archivar la actuación o, por el contrario, va a ajustarla en los términos exigidos por la SIC y cómo lo va a hacer; iii) si la CRC envió o va a enviar a la SIC una nueva propuesta regulatoria en la que se incluyan todas y cada una de las recomendaciones de dicha autoridad; y iv) si la CRC va a acatar todas y cada una de las recomendaciones expuestas en el concepto de la SIC y la forma en que lo va a hacer.

El 20 de mayo de 2019, **COMCEL** dio alcance a este derecho de petición mediante comunicación de radicado 2019301450<sup>492</sup>, solicitando que se tuviera en cuenta lo considerado y decidido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia del 30 de abril de 2018 en el marco del Expediente N° 11001-03-24-000-2016-00481-00, providencia relacionada con la importancia del trámite de Abogacía de Competencia ante la SIC, asunto que según **COMCEL** es idéntico y de plena relevancia para la actuación administrativa particular adelantada bajo el Expediente CRC N° 2000-74-18.

- xiv. El día 31 de mayo de 2019, mediante radicado 2019301564<sup>493</sup>, **COMCEL** reiteró y solicitó una respuesta inmediata para los radicados 2018304336, 2019300998, 2019301012 y 2019301268.

La misma solicitud de **COMCEL** fue trasladada por competencia a la CRC por parte del MinTIC el 13 de junio de 2019 mediante comunicación de radicado 2019301718<sup>494</sup>.

- xv. El día 5 de junio de 2019, mediante radicado 2019301626<sup>495</sup>, **COMCEL** insistió en una respuesta a la petición de radicado 2019301012 relativa a las mesas de trabajo realizadas con ocasión de la actuación particular.

- xvi. Mediante comunicación de radicado 2019301631<sup>496</sup> del 7 de junio de 2019, **COMCEL** reiteró sus solicitudes de radicados 2019301494<sup>497</sup> y 2019301564.

- xvii. El 11 de junio de 2019, con radicado 2019301670<sup>498</sup>, **COMCEL** solicitó a la CRC proceder con el trámite de interpretación prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCA, a fin de que este se pronuncie sobre la interpretación de las normas jurídicas de la Comunidad Andina que puedan resultar aplicables en el proceso de la presente actuación, lo anterior, con fundamento en el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA y en el artículo 123 de la Decisión 500 de este organismo. Con su comunicación **COMCEL** solicitó además la suspensión de la actuación mientras se tramita la interpretación prejudicial solicitada y se recibe sentencia del TJCA. Las normas de la Comunidad Andina sobre las cuales **COMCEL** requirió el trámite de interpretación prejudicial son: los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 8, 28, 30 y 36 de la Decisión 462 de 1999; los artículos 3, 4, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 23, 27, 28, 29, 31 y 34 de la Resolución 432 de 2000; y los artículos 18, 20 y 32 de la Resolución 1922 de 2017.

- xviii. El 17 de junio de 2019 con radicado 2019301763<sup>499</sup>, **COMCEL** dio alcance a su solicitud de radicado 2019301670, y requirió nuevamente un pronunciamiento en relación con el trámite de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – TJCA.

<sup>491</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2386-2389.

<sup>492</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2395-2420.

<sup>493</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2436-2437.

<sup>494</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2526-2529.

<sup>495</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2438-2439.

<sup>496</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2440-2441.

<sup>497</sup> Cabe aclarar que las solicitudes del radicado 2019301494 ya fueron analizadas y decididas en el auto del 12 de marzo de 2020 previamente mencionado.

<sup>498</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2513-2525.

<sup>499</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2574-2582.

- xix. Con derecho de petición con radicado 2019301845<sup>500</sup> del 20 de junio de 2019, **COMCEL** solicitó que, en relación con la actuación administrativa que reposa en el Expediente 2000-74-18-1-1, se le indicara: i) si el proyecto de decisión de la actuación contiene alguna, algunas o todas las medidas regulatorias de que trata el artículo 1° de la Resolución CRC 5110 de 2017 y; ii) si el proyecto de decisión de la actuación contiene alguna otra medida regulatoria distinta a las señaladas en el artículo 1° de la Resolución CRC 5110 de 2017.
- xx. El día 21 de junio de 2019 mediante comunicación de radicado 2019301855<sup>501</sup>, **COMCEL** presentó derecho de petición en el que solicitó que, en relación con la actuación administrativa de carácter particular y concreto, se le indicara: i) si el proyecto de decisión de la actuación tiene como fundamento la acreditación de la falla de mercado que sirvió de fundamento de la CRC para el inicio de la actuación y; ii) si el proyecto de decisión de la actuación tiene como fundamento la existencia de alguna(s) otra(s) falla(s) de mercado distinta(s) a aquella que sirvió de fundamento de la CRC para el inicio de la actuación.
- xxi. El 25 de junio de 2019, con radicado 2019301879<sup>502</sup>, **COMCEL** presentó derecho de petición dentro de la actuación administrativa de carácter particular y concreto, en el que, considerando lo manifestado por la SIC en su concepto de Abogacía de la Competencia, requirió que se le indicara: i) *"si la CRC ha evaluado el impacto de la redefinición de mercados propuesta sobre la estimación del total de usuarios del mercado de "voz saliente" y si con ello se generaría a su vez una especie de decaimiento de la declaratoria de dominancia en este mercado (...)"*; *"[a]sí mismo qué y cómo lo ha hecho junto con los soportes"* y; ii) en caso contrario indicar las razones por las cuáles no lo ha hecho y si lo pretende hacer y cómo.
- xxii. A través de escrito con radicado 2019301948<sup>503</sup>, **COMCEL** aportó el concepto rendido por el Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO en relación con la presunta vulneración del debido proceso y del derecho a la defensa de **COMCEL** por cuenta del proceso adelantado por la CRC en la actuación administrativa de carácter particular y concreto. Con el escrito **COMCEL** solicitó que el mencionado concepto fuera incorporado al expediente y, a su vez, pidió subsanar los defectos constitucionales que aduce para la actuación.
- xxiii. El día 3 de julio de 2019, mediante radicado 2019302089<sup>504</sup>, **COMCEL** reiteró y solicitó una respuesta inmediata para los radicados 2018304336, 2019300998, 2019301012, 2019301268, 2019301564, 2019301626 y 2019301631, pues en su entender el término máximo para dar respuesta a cada uno de ellos era de quince (15) días hábiles.
- xxiv. El 4 de julio de 2019, con radicado 2019302129<sup>505</sup>, **COMCEL** reiteró su solicitud de adelantar el trámite de interpretación prejudicial obligatoria ante el TJCA, a fin de que este se pronuncie sobre la interpretación de las normas jurídicas de la Comunidad Andina que puedan resultar aplicables en el proceso de la presente actuación. En esta oportunidad **COMCEL** citó jurisprudencia adicional de interpretación prejudicial del TJCA en relación con el concepto de "Autoridad Nacional de Telecomunicaciones", e hizo alusión al Acuerdo N° 08 de diciembre de 2017, Reglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud y emisión de Interpretaciones Prejudiciales, para solicitar que se le pregunte al TJCA sobre si a la CRC le es aplicable la figura de "Juez Nacional" a la luz de la Resolución 432 de la Comunidad Andina.
- xxv. Con comunicación de radicado 2019302159<sup>506</sup> del 6 de julio de 2019, **COMCEL** presentó escrito en el que solicitó: i) que se le informe si los reiterados derechos de petición y solicitudes probatorias que ha radicado le serán resueltas antes de que *"se produzca una determinación sobre el tema"* pues en su concepto no se le están ofreciendo las garantías de defensa y derecho a contradicción; ii) que la comunicación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. con radicado 2019302065 no sea tenida en cuenta en la actuación toda vez que dicho proveedor no es parte de la misma y, en su sentir, está confundiendo el ejercicio de los derechos de **COMCEL** con la figura de temeridad; iii) que

<sup>500</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2583-2584.

<sup>501</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2585-2586.

<sup>502</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2590-2591.

<sup>503</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2592-2611.

<sup>504</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 13. Folios 2639-2641.

<sup>505</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2642-2688.

<sup>506</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2689-2713.

se le responda su solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; y iv) que se corrijan todas las irregularidades de las que adolece la actuación administrativa de carácter particular y concreto.

- xxvi. Mediante comunicación de radicado 2019302189<sup>507</sup> del 9 de julio de 2019, **COMCEL** aportó el concepto rendido por el Dr. Jairo Parra Quijano en el cual concluyó que la actuación adelantada por la CRC adolece de "graves vicios procesales" que conllevan la nulidad del acto que se profiera. Con el escrito **COMCEL** solicitó que el mencionado concepto fuera incorporado al expediente, así como subsanar los defectos procesales y probatorios que aduce para la actuación.
- xxvii. Mediante radicado 2019303265<sup>508</sup> del 20 de septiembre de 2019, **COMCEL** solicitó a la nueva Sesión de Comisión que evaluara los argumentos que ha esgrimido a lo largo de la presente actuación, con el objetivo de acreditar, en su entender, que los supuestos bajo los cuales la Comisión inició la actuación no son reales y, adicionalmente, que no existe dominancia en el mercado de Servicios Móviles.
- xxviii. En el documento con radicado 2020805695 del 4 de junio de 2020, **COMCEL** argumentó que la presente actuación administrativa, en su sentir, está viciada defectos que dan lugar a su nulidad. En dicha comunicación, así mismo, **COMCEL** expuso las consideraciones bajo las cuales entiende que no tiene posición de dominio en el mercado de "Servicios Móviles".
- xxix. El 16 de julio de 2020, a través del radicado 2020807642, posteriormente complementada con el radicado 2020808912 del 10 de agosto de 2020, **COMCEL** solicitó a la CRC la revisión del mercado susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles" invocando para ello el artículo 9 de la Resolución CRT 2058 de 2009, compilado en la Resolución CRC 5050 de 2016. Adicionalmente, solicitó que la CRC **(i)** realizara los análisis solicitados por la Superintendencia de Industria y Comercio en el concepto de Abogacía de la Competencia rendido en el presente trámite; **(ii)** revisara el impacto que en el mercado de "Servicios Móviles" hubieran tenido diversas medidas regulatorias y de política pública, así como sobre la ausencia de dominancia en el mismo; y **(iii)** pusiera en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio los análisis realizados para que rindiera concepto de Abogacía de la Competencia y al mismo **COMCEL** en garantía de su debido proceso.

Es de anotar que, **COMCEL** señaló que las solicitudes plasmadas en el escrito del 16 de julio de 2020 se efectuaban por fuera de la presente actuación administrativa de carácter particular. Sin embargo, de acuerdo con lo relatado, lo cierto es que varias de las solicitudes eran propias de la citada actuación. Por tal razón, mediante el radicado de salida 2020516215<sup>509</sup> del 24 de agosto de 2020, la CRC, en consonancia con lo establecido en el artículo 19 del CPACA, le solicitó a **COMCEL** que aclarara su solicitud en el sentido de indicar si se realizaba al interior de la presente actuación o al margen de la misma.

A la solicitud de la CRC, **COMCEL** respondió por vía del radicado 2020809727<sup>510</sup> del 26 de agosto de 2020, en el que expresó que la petición de revisión del mercado "Servicios Móviles" se realizaba tanto al interior de la presente actuación, como por fuera de ella. Ante esto, la CRC, en comunicación del 24 de septiembre de 2020 con radicado 2020518440<sup>511</sup>, le indicó a **COMCEL**, en lo que respecta a la solicitud de revisión del mercado de "Servicios Móviles" al interior de esta actuación, que a la misma se le imprimiría el trámite de rigor.

- xxx. En comunicación del 25 de julio de 2020 con radicado 2020808059<sup>512</sup>, **COMCEL** solicitó que no se tomara una decisión que definiera la presente actuación hasta tanto no se realizara el estudio del mercado de "Servicios Móviles" solicitado en el documento del 16 de julio de 2020.
- xxxi. A través del radicado 2020810008<sup>513</sup> del 1º de septiembre de 2020, **COMCEL** solicitó el archivo de la presente actuación. Para tal propósito mencionó que la información remitida

<sup>507</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2715-2764.

<sup>508</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2880-2883.

<sup>509</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3132.

<sup>510</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3135.

<sup>511</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folio 3201.

<sup>512</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3107.

<sup>513</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3139-3144.

por la CRC con el propósito de responder el cuestionario formulado por los Honorables Representantes a la Cámara Emeterio José Montes de Castro, Milton Hugo Angulo Viveros, Óscar Camilo Arango Cárdenas y Oswaldo Arcos Benavides, en sede control político, resulta en su parecer incompleta y, en esa medida, agrega **COMCEL**, transmite una visión parcial del mercado que puede dar lugar a conclusiones erradas y sesgadas.

- xxxii. Con el radicado 2020813526<sup>514</sup> del 10 de noviembre de 2020, **COMCEL** solicitó que no se tuviera en cuenta el estudio de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. elaborado por el Centro de Estudios Económicos de la Universidad de los Andes y tampoco el estudio "Analysis Mason" de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.

A través de los radicados 2020301325, 2020301326, 2020301327, 2020301328 del 13 de noviembre de 2020<sup>515</sup>, **COMCEL** remitió a cada uno de los Comisionados de la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la CRC, copia del pronunciamiento que dicho proveedor remitió al Secretario General de la OCDE en relación con la carta remitida por varios operadores en la que se solicita a dicho organismo que intervenga con el objetivo de que el Estado colombiano tome medidas para combatir la concentración del mercado de telecomunicaciones. Dicha comunicación también fue remitida a la señora Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y, a su vez, dicha Entidad la remitió por competencia a esta Comisión, mediante el radicado 2020814135<sup>516</sup> del 23 de noviembre de 2020.

- xxxiii. Mediante los radicados 2020301399 y 2020815260<sup>517</sup> del 16 de diciembre de 2020, **COMCEL** allegó el documento que denominó "*Alegatos de conclusión. Expediente Administrativo No. 2000-74-18-1-1*".

## **2.6. Remisión a la Superintendencia de Industria y Comercio con ocasión del trámite de Abogacía de la Competencia**

Mediante comunicación de radicación número 2018539073<sup>518</sup>, el Director Ejecutivo de la CRC previa aprobación del Comité de Expertos Comisionados, tal y como consta en Acta 1185 del 17 de diciembre de 2018, remitió a la SIC en los términos dispuestos en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, y según lo establecido en el Decreto 2897 de 2010, compilado en el Decreto 1074 de 2015, y en la Resolución SIC 44649 de 2010, el proyecto de acto definitivo por el cual se decide sobre la constatación o no de la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMCEL**, en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y se determina la procedencia o no de medidas regulatorias particulares respecto del mercado mencionado.

Para tales efectos, se diligenció el cuestionario contenido en la Resolución SIC 44649 de 2010 y se remitió el documento soporte denominado "*Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios móviles"*", a través del cual se plantean las posibles medidas regulatorias que podría adoptar la Comisión y que contiene los presupuestos preliminares de análisis de la posible posición de dominio de **COMCEL** en el mercado "Servicios Móviles" y tres potenciales medidas de intervención, así como los estudios técnico-económicos adelantados por la CRC. Así mismo, se adjuntó la respuesta dada por **COMCEL** a las cuestiones planteadas en dicho documento soporte, el documento denominado como "Alegatos de Conclusión", copia de los autos de pruebas dictados, y la correspondencia que reposa en el expediente, tanto la enviada por **COMCEL** como por la CRC. En la comunicación remitida se aclaró que dentro de la información enviada se encuentra información reservada o confidencial, por lo que se solicitó dar tratamiento confidencial y reservado a la totalidad de la documentación allegada, incluida la carta remisoría y el proyecto de resolución remitido.

En atención a lo anterior, la SIC mediante comunicación radicada bajo el número 2019300047<sup>519</sup>, solicitó a la CRC que confirmara si el proyecto de acto administrativo remitido mediante la comunicación de radicado 2018539073 era la versión definitiva de conformidad con el trámite

<sup>514</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3317-3332.

<sup>515</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folios 3347-3362.

<sup>516</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 16. Folios 3387-3397.

<sup>517</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 17. Folios 3457-3484.

<sup>518</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2284-2287.

<sup>519</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2304.



interno que debe adelantar la CRC para la adopción de decisiones. A través de oficio con radicado de salida 2019501004<sup>520</sup>, la CRC informó a la SIC que la documentación remitida mediante el radicado 2018539073 del 19 de diciembre de 2018 correspondía a la versión definitiva del proyecto de acto administrativo aprobado por el Comité de Comisionados de la CRC tal como consta en el Acta 1185 del 17 de diciembre de 2018.

Mediante comunicación con radicado 2019300479 del 25 de febrero de 2019 la SIC emitió el Concepto de Abogacía de la Competencia sobre el mencionado proyecto de resolución. Si bien la CRC hará referencia de manera detallada a las consideraciones presentadas por la SIC en las secciones 8.1.9 y 8.2.4 del presente acto administrativo, debe anticiparse que al revisar en detalle este documento no se identifica de manera específica pronunciamiento alguno de parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia en torno a si las medidas previstas en el proyecto de resolución tienen incidencia sobre la libre competencia económica en el mercado sujeto a regulación *ex ante* de "Servicios Móviles", o si tienen una incidencia negativa sobre el mismo, o sobre otro de los mercados sometidos a la regulación de la CRC<sup>521</sup>, bajo el marco de las competencias de dicha entidad. Por el contrario, el concepto la SIC se centra en formular recomendaciones asociadas al ejercicio de su facultad de Abogacía de la Competencia, y otras ajenas a la misma, como se explicará más adelante en las secciones 8.1.9 y 8.2.4.

Luego de que esta Comisión conociera a través de algunos proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que la SIC había emitido una "versión pública" del concepto rendido en el marco de la actuación administrativa que adelanta la CRC respecto de **COMCEL**, y después de revisar y considerar que esta denominada "versión pública" revelaba aspectos que dicho operador debería conocer en detalle una vez expedido el acto definitivo que pone fin a la actuación, la CRC solicitó a la SIC mediante comunicación de radicado 2019505981<sup>522</sup> información respecto de lo que consideró la divulgación de información pública reservada propia del proceso deliberativo de la actuación, cuyo acceso está restringido en virtud del parágrafo del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014. A través de comunicación de radicado 2019300910<sup>523</sup> del 26 de marzo de 2019, dicha autoridad respondió a la solicitud de la CRC informando que, en su consideración, la denominada "versión pública" del concepto no había revelado información reservada, y que la SIC había actuado dentro del marco de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias.

**2.7. Expedición de la Ley 1978 de 2019, conformación de la Sesión de Comisión de Comunicaciones y suspensión de términos decretada por la Resolución CRC 5957 de 2020**

El 25 de julio de 2019 fue expedida la Ley 1978 que tuvo como propósito modernizar el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), distribuir competencias entre entidades del mencionado sector y crear un regulador único. Para tal fin, entre otras cosas, la Ley 1978 de 2019 modificó diversos apartados de la Ley 1341 de 2009. Es así como, en relación con el último propósito identificado, el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019, determina que ese regulador único es la CRC, a quien le corresponde, en los términos de la disposición en cita, *"promover la competencia en los mercados, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios"*, con el objetivo de que la prestación de los servicios de telecomunicaciones *"sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad"*.

El artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 17 de la Ley 1978 de 2019, establece que la CRC tiene dos sesiones: la Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales y la Sesión de Comisión de Comunicaciones. En cuanto a la distribución de funciones, la disposición legal en cita prevé que a la Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales le corresponde ejercer las funciones descritas en los numerales 25, 26, 27, 28 y 30 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019. De este modo, a la Sesión de Comisión de Comunicaciones le corresponde ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico le otorga a la CRC, a excepción de las delimitadas en los numerales antes citados.

<sup>520</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2305.

<sup>521</sup> Según lo señalado en el Artículo 2.2.2.30.9 del Decreto 1074 de 2015.

<sup>522</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2359-2370.

<sup>523</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2371-2377.

Lo descrito permite concluir que la Sesión de Comisión de Comunicaciones es la Sesión que, en el seno de la CRC, es competente para continuar con el trámite de la presente actuación administrativa, como quiera que, de acuerdo con lo que se explicará detalladamente más adelante, la decisión que en esta actuación se profiere se fundamenta en diversas disposiciones constitucionales y legales diferentes a los numerales 25, 26, 27, 28 y 30 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019.

Ahora bien, en cuanto a la conformación de la Sesión de Comisión de Comunicaciones, el artículo 17 de la Ley 1978 de 2019, al modificar el artículo 20 de la Ley 1978 de 2019, señaló que harían parte de esta el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, quien podrá delegar en el Viceministro de Conectividad y Digitalización, y cuatro Comisionados de dedicación exclusiva para períodos institucionales fijos.

En el párrafo transitorio del artículo 20 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 17 de la Ley 1978 de 2019, se fijaron las reglas para la conformación de la primera Sesión de Comisión de Comunicaciones. Es de resaltar que el numeral 6º del párrafo transitorio de la disposición en cita señala que hasta que no se entendiera conformada la primera Sesión de Comisión de Comunicaciones se suspenderían los términos de todas las actuaciones administrativas que debieran ser decididas, a la fecha de entrada en vigor de la Ley 1978 de 2019, por la Sesión de Comisión de Comunicaciones. Tal suspensión, por lo tanto, aplicó respecto de la presente actuación administrativa. Debe destacarse que, una vez fueron posesionados los integrantes de la Sesión de Comisión de Comunicaciones que hacían falta para su conformación total, dichos Comisionados adelantaron las actividades internas pertinentes para enterarse de los pormenores jurídicos, económicos y técnicos objeto de análisis en la presente actuación.

De otra parte, con ocasión de la emergencia generada en todo el territorio nacional por cuenta de la propagación del coronavirus COVID-19, la Sesión de Comisión de Comunicaciones, en desarrollo de lo establecido en el Decreto Legislativo 491 de 2020<sup>524</sup> -proferido en el marco de la emergencia económica social y ecológica declarada con el Decreto 417 de 2020<sup>525</sup>, suspendió los términos de las actuaciones administrativas de carácter particular de su competencia mediante la Resolución CRC 5957 de 2020<sup>526</sup>, aclarando que dicha suspensión aplicaría respecto de las partes e intervinientes de dichas actuaciones, pero no supondría la paralización de las actividades a cargo de los funcionarios de la Entidad. De esta manera, aun cuando los términos de la presente actuación administrativa fueron suspendidos, la CRC continuó con el adelantamiento de los análisis y estudios necesarios para continuar con su tramitación. Por último, es de mencionar que la suspensión de términos decretada a través de la Resolución CRC 5957 de 2020 fue levantada mediante la Resolución CRC 6013 de 2020<sup>527</sup>, a partir del 21 de julio del mismo año.

### **3. SUPUESTOS BAJO LOS CUALES LA CRC DIO INICIO A LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. OBJETO DE LA ACTUACIÓN**

El artículo 1 de la Resolución CRC 5108 de 2017, modificó el Anexo 3.2. del TÍTULO DE ANEXOS "ANEXOS TÍTULO III" para adicionar un nuevo mercado relevante minorista susceptible de regulación ex ante con alcance nacional denominado "Servicios Móviles", que incluye el servicio de voz saliente móvil, la originación de mensajes cortos de texto (SMS) y de mensajes multimedia (MMS), y el servicio de Internet móvil.

Posteriormente, esta Comisión expidió la Resolución CRC 5110 de 2017, "*Por la cual se da inicio a una actuación administrativa de carácter particular y concreto tendiente a la constatación o no, de la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones*

<sup>524</sup> "*Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*".

<sup>525</sup> "*Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*".

<sup>526</sup> "*Por la cual se decreta la suspensión de términos en algunas de las actuaciones administrativas de carácter particular tramitadas ante la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones y se realiza una delegación*".

<sup>527</sup> "*Por la cual se levanta la suspensión de términos de las actuaciones administrativas de carácter particular tramitadas ante la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, se establecen el procedimiento y los protocolos para la revisión de los expedientes y para la realización de audiencias dentro de estas actuaciones administrativas y se dictan otras disposiciones*".

*COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y la revisión y el análisis respecto de la posibilidad de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo", acompañada del documento denominado "Documento Soporte – Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios Móviles"", en el que se explicaron y detallaron los hallazgos y análisis preliminares de la CRC, en relación con la posible constatación, o no, de la posición de dominio del proveedor **COMCEL** y la posibilidad de adoptar, o no, medidas regulatorias ex ante.*

En dicho documento esta Entidad advirtió que la constatación de la posición de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles", se realizaría en esta actuación bajo la óptica de la definición de posición dominante desarrollada en la Resolución CRT 2058 de 2009, con fundamento en la cual se establecen los criterios a ser tenidos en cuenta para definir la posición dominante en mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante*. Por lo anterior, esta Comisión afirmó que: *"los criterios económicos para la determinación de posición dominante de un operador, corresponden a un grupo de indicadores que de manera conjunta conforman evidencia de que el operador fija condiciones económicas a sus usuarios de manera independiente a sus competidores. Los indicadores y su aplicación se encuentran directamente relacionados con el mercado "Servicios Móviles" a partir de las condiciones de competencia observadas en el mismo".*

En este sentido, la CRC consideró procedente analizar los siguientes criterios para el análisis de dominancia de **COMCEL**, a partir de lo establecido en la Resolución CRT 2058 de 2009 y sus documentos soporte:

- i. Tamaño relativo:** El tamaño relativo del operador en el mercado, calculado a partir de su participación en términos de tráfico, ingresos y usuarios, se utiliza con el fin de evaluar la posición de **COMCEL** en el mercado. Debido a que estos indicadores no son determinantes de las condiciones de competencia *per se*, a su vez se estudia su evolución en el tiempo y tendencia.
- ii. Tamaño absoluto:** El tamaño absoluto del mercado, y en particular de **COMCEL**, se estudia con el fin de analizar consideraciones de economías de escala, estructura de costos y poder de compra que implican menores costos por minuto o por megabyte en los que incurre el operador y sus efectos sobre los precios finales y condiciones de competencia en el mercado.
- iii. Barreras a la entrada:** Se examinan los factores que inciden en la limitación a la entrada de un nuevo operador en el mercado en el corto o mediano plazo, el cual pueda ejercer una presión competitiva en el mercado. Estas barreras pueden ser de tipo tecnológicas, económicas, legales o administrativas. En ese sentido, barreras estructurales a la entrada resultan de los costos originales o condiciones de demanda que crean condiciones asimétricas, entre incumbentes y nuevos entrantes u operadores de menor escala, que impiden o previenen la entrada al mercado o el crecimiento de los últimos.
- iv. Fallas de mercado y/o problemas de competencia:** Las fallas de mercado pueden tener implicaciones en las decisiones de afiliación de los usuarios y esto, a su vez, genera efectos sobre la competencia en el mismo. Se estudian los efectos que tiene para la competencia que un usuario perciba beneficios adicionales por motivos diferentes a los precios, calidad, etc.
- v. Conducta de la firma:** Se analiza la incidencia del comportamiento de **COMCEL** en las decisiones de los usuarios, las cuales pueden tener efectos sobre la competencia.

Del análisis de los mencionados criterios, esta Comisión preliminarmente consideró que las características del mercado, de los servicios y de **COMCEL**, evidenciaban una potencial distorsión de la competencia con fundamento en un posible traslado del entorno competitivo del mercado de "Voz Saliente Móvil" al mercado de "Servicios Móviles", con ocasión del empaquetamiento de servicios, que le habrían permitido al operador replicar su participación de mercado en "Voz Saliente Móvil" a "Servicios Móviles", por lo que era necesario analizar esta situación.

Para la Comisión, las ventajas competitivas con las que cuenta **COMCEL**, en principio, le podrían permitir actuar con independencia del mercado. Sumado a lo anterior, la concatenación de la posición de **COMCEL** en el mercado y sus ventajas competitivas, junto con los resultados de su

estrategia comercial de los últimos años, habrían llevado a que no enfrente presiones competitivas efectivas en el mercado de "Servicios móviles" y a que se generen distorsiones en este mercado lesivas para la competencia efectiva del mismo, limitando los beneficios que podrían obtener los usuarios en un mercado con mejores condiciones de competencia.

Lo anterior, a juicio de la Comisión, se veía reflejado en el volumen de tráfico y usuarios, así como el tamaño de su cobertura y despliegue de infraestructura de acceso, que le permiten a **COMCEL** explotar mayores economías de escala, lo que redundaría en una ventaja en costos frente a los demás operadores. Sumado a lo anterior, la Comisión consideró que **COMCEL** cuenta con una ventaja competitiva en costos al estar en capacidad de explotar sus economías de escala al tener la mayor parte de su tráfico concentrado en su propia red (*on-net*), con lo cual puede hacer uso de su capacidad instalada ociosa y producir a un costo marginal de corto plazo significativamente bajo que le permite aprovechar las eficiencias de su red, situación a la que no se enfrentan los operadores móviles virtuales (OMV) ni los demás operadores móviles de red (OMR).

Por otra parte, partía la Comisión del hecho de que, gracias a su tamaño, **COMCEL** es capaz de lograr descuentos importantes en elementos tales como equipos de red, terminales móviles y en negociaciones con proveedores de acceso de contenidos y aplicaciones (PCA).

En el documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, esta Comisión consideró también que **COMCEL** disfrutaba de una ventaja competitiva importante a la hora de adquirir nuevos usuarios debido al tamaño de su red de distribución a nivel nacional y la interacción entre diferentes canales de venta. En ese sentido, **COMCEL** había logrado establecer una red de puntos de venta sustancialmente superior a la de sus competidores, lo que implicaba para la CRC a su vez una diferencia proporcional en los costos asociados a replicar dicha red de distribución, tanto para operadores establecidos como para entrantes.

Ahora bien, los resultados presentados mostraban que a través del empaquetamiento de servicios era posible que **COMCEL** hubiera apalancado su posición en el mercado de "Servicios Móviles" a partir de su posición en el mercado de "Voz Saliente Móvil", lo cual se veía reflejado en participaciones de mercado similares en los diferentes servicios, y un traslado del entorno competitivo del servicio de voz al servicio de datos móviles.

En el documento que acompañó la mencionada Resolución CRC 5110 de 2017, esta Comisión explicó que el resultado del apalancamiento de la participación de mercado de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil" al mercado de "Servicios Móviles" se traducía en la creación de nuevas barreras de entrada a nuevos proveedores que pretendan prestar servicios en los mercados en donde se evidencie la anterior práctica, en la medida en que las ventajas competitivas que pueda tener un operador en un mercado, que de por sí presenta problemas de competencia, se trasladarían al nuevo mercado. De igual forma, otro de los resultados que esta Comisión consideraba posibles, eran la eventual exclusión de competidores o comportamientos que finalmente perjudicaran más aún la competencia y el bienestar de los usuarios.

En este sentido, la posible falla de mercado a la que se refería la CRC surgía como consecuencia del empaquetamiento de servicios móviles, a pesar de que en sí misma dicha práctica no es una falla de mercado. Esta práctica podría generar entonces un mecanismo de apalancamiento entre el mercado de "Voz Saliente Móvil" y el mercado de "Servicios Móviles", lo que a su vez constituiría un vehículo que promueve el traslado de los problemas de competencia identificados previamente por la CRC desde el primer mercado hacia el segundo.

La suma de los factores que se acaban de describir constituyen la base para identificar preliminarmente que **COMCEL**, en gran medida, puede actuar de manera independiente de sus competidores, proveedores y consumidores, por lo que esta Entidad consideró posible, de manera preliminar, que **COMCEL** cumpliera con las condiciones de un operador dominante en el mercado minorista de "Servicios Móviles" y se señaló que solo en caso de constatar dicha situación, se requeriría la eventual implementación de medidas particulares respecto del mencionado operador.

Las posibles medidas que se propusieron en la Resolución CRC 5110 de 2017, y que fueron descritas en el documento que la acompañó fueron las siguientes:

- i. Eventual reducción acelerada de la remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de voz, en donde **COMCEL** debería ofrecer a sus competidores el valor final de la tabla del numeral 4.7.4.1.1. del artículo 4.7.4.1. del CAPÍTULO 7 TÍTULO IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual sería aplicable en todo el territorio nacional<sup>528</sup>. Es importante resaltar que el esquema de remuneración propuesto se encuentra orientado a costos eficientes -por lo que incluye una utilidad razonable-, y así mismo incluye costos de oportunidad eficientes. En este caso la Comisión partía de la base de que **COMCEL**, al contar con una estructura de costos más favorable y mayores economías de escala, tiene las condiciones técnicas para cumplir con la senda propuesta, sin que exista detrimento del principio de remuneración orientada a costos eficientes establecido en la Ley y en la regulación.
- ii. Posible implementación de una senda creciente de remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de datos, en donde el valor de la remuneración cobrado por **COMCEL** en todo el territorio nacional<sup>529</sup> no podría ser superior al obtenido de acuerdo con lo siguiente:

- a. Para el primer año, el proveedor debería cobrar por el servicio de RAN de datos el valor al que hace referencia la tabla del artículo 4.7.4.2.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016. Esto se ve reflejado de la siguiente forma:

$$CRANDatos_{t=1} = Cmg$$

Donde:

*Cmg*: Corresponde al valor al que hace referencia la tabla del artículo 4.7.4.2.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016

- b. A partir del año 2, el cálculo se realizaría teniendo en cuenta la siguiente formula:

$$CRANDatos_t = \left( \frac{Cme - Cmg}{5} \right) + CRANDatos_{t-1}$$

Donde:

*CRANDatos<sub>t</sub>* = Valor máximo a cobrar por la remuneración de la instalación esencial de RAN para datos en el año *t*.

*Cme*: Corresponde al valor al que hace referencia la tabla del artículo 4.7.4.2.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016.

*Cmg*: Corresponde al valor al que hace referencia la tabla del artículo 4.7.4.2.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016

*CRANDatos<sub>t-1</sub>*: Valor máximo a cobrar por la remuneración de la instalación esencial de RAN para datos del año inmediatamente anterior.

*t*: Año para el cual se calcula el valor máximo a cobrar por la remuneración de la instalación esencial de RAN, que varía entre 2 y 5 años

- iii. Eventual implementación de test de replicabilidad económica, que permitiría a la CRC evidenciar si los distintos agentes del mercado de "Servicios Móviles", pueden o no replicar una oferta minorista de **COMCEL**. Este test se constituiría en un mecanismo para evitar prácticas de reducción de precios que pudieran tener eventuales efectos anticompetitivos.
- iv. Posible prohibición de discriminación tarifaria por razón geográfica o tipo de usuario. En caso de que la dominancia de **COMCEL** sea constatada, este debería poner a disposición de todos los usuarios toda su oferta comercial, de tal suerte que no se discrimine por ubicación geográfica y tipo de usuario (nuevos, antiguos, portados, etc.) y se prevenga la depredación o descreme de diferentes segmentos de mercado.

Después de haber presentado de manera resumida los argumentos con base en los cuales se dio inicio a la presente actuación, y de establecer el objeto de la misma, se pone de presente que,

<sup>528</sup> Ello quiere decir que el Parágrafo del artículo 4.7.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 201 será inaplicable en el presente caso.

<sup>529</sup> Lo cual implica que el Parágrafo del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, no resulta aplicable en el presente caso.

durante el trámite adelantado, en desarrollo del derecho fundamental al debido proceso, **COMCEL** ha tenido la oportunidad de presentar sus argumentos en distintas oportunidades, además de aportar y solicitar pruebas para soportarlos, o desvirtuar los de esta Comisión.

Por lo anterior, a continuación, se procederá a analizar los argumentos esgrimidos por **COMCEL** dentro de esta actuación administrativa de carácter particular, además de realizar la valoración del acervo probatorio que fue recaudado e incorporado desde su inicio.

#### **4. ARGUMENTOS DE COMCEL**

En el presente acápite se hace un breve recuento de los argumentos esgrimidos por **COMCEL** en el documento de fecha 17 de abril de 2017, en el mismo orden propuesto en el documento ya referido:

##### **I. ASPECTOS GENERALES Y PROCEDIMENTALES**

###### **1. Oportunidad y procedencia**

**COMCEL** aduce que presentó el escrito oportunamente dentro del plazo concedido, y que la CRC, al rechazar la petición de plazo adicional que se había formulado, continúa negando injustificadamente la información que se requiere para cuestionar el inicio de la actuación administrativa. Agrega que posteriormente expondrá argumentos asociados a la violación de su debido proceso y respecto de la imposibilidad jurídica de continuar con la actuación.

###### **2. Del contenido de la Resolución CRC No. 5110 de 2017**

**COMCEL** se refiere a la Resolución CRC 5110 de 2017, *"Por la cual se da inicio a una actuación administrativa de carácter particular y concreto tendiente a la constatación o no, de la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y la revisión y el análisis frente a la posibilidad de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo"*, y al Documento Soporte de dicha resolución.

Cita algunos apartes del documento soporte y, posteriormente, describe el inicio del presente trámite administrativo, además de enunciar las posibles medidas que eventualmente podrían adoptarse en caso de constatarse la posición dominante de **COMCEL** en el mercado "Servicios Móviles".

Señala que en la Sesión de Comisión del 22 de febrero de 2017 se decidió iniciar la actuación particular para definir la posición de dominio y definir la necesidad de adoptar medidas regulatorias.

Manifiesta que la Resolución CRC 5108 de 2017 fue expedida el 23 de febrero, y publicada en el Diario Oficial del 24 de febrero, por lo cual se cuestiona cómo es posible que desde el día 22 de febrero se ordene el inicio de la actuación administrativa para establecer una posición dominante respecto de un mercado relevante que solo fue creado un día después. Afirma que ello demuestra la voluntad inequívoca de declarar en dominancia a **COMCEL** a como dé lugar.

Vale señalar que **COMCEL** ha reiterado este argumento en distintas comunicaciones presentadas a lo largo del trámite de la actuación.

###### **3. Vicios de la actuación administrativa que impiden su continuidad**

**COMCEL** hace un recuento de las solicitudes de información -específicamente el modelo de costos- que realizó a la CRC, y afirma que, ante la negativa de esta entidad de entregar dicho modelo, interpuso un recurso de insistencia para tratar de conseguirla (artículo 26 de la Ley 1437). Teniendo en cuenta que al momento de la presentación del documento que aquí se resume no se había resuelto el recurso de insistencia interpuesto, señala que al margen de lo que decida la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la negativa de la CRC constituye una violación al debido proceso y en particular al derecho de defensa que impide la continuidad de dicha actuación, y la vicia por completo por desatención del artículo 29 de la Constitución Política.

Plantea que la CRC sólo tiene dos opciones: **i)** entregar los insumos para que sus expertos los analicen, o **ii)** renunciar a servirse de los estudios que se hicieron con información que no se puede revelar.

**COMCEL** menciona diferentes principios contenidos en la Ley 1341 de 2009, de los cuales se destaca la remuneración orientada a costos de oportunidad, principio del cual, en su entender, no se encuentra exceptuada la provisión de la instalación esencial de RAN. Se refiere a tres aspectos específicos en relación con la actuación: **i)** La carga de verificar el cumplimiento de las condiciones exigidas en la ley para la implementación o imposición de medidas es de la autoridad -en este caso la CRC- y no de los destinatarios. En este punto menciona que la medida de RAN propuesta por la CRC implicaría una operación por debajo de costos, una degradación de la calidad y afectación de los servicios que **COMCEL** viene prestando a sus usuarios y a terceros, y además, el cumplimiento de una obligación imposible al no contar **COMCEL** con suficiente infraestructura para ello; **ii)** en la medida en que no se cumpla con el requisito de prever la remuneración con base en costos de oportunidad, analizados desde la óptica del prestador, la CRC estaría expropiando a **COMCEL** y debería prever un modo adecuado de indemnización; **iii)** no se ha dado ninguna de las condiciones que exige la ley, aspecto sobre el cual reitera que los valores no reconocen el costo de oportunidad que exige la ley, y que permitir el acceso por debajo de costos implica un subsidio en favor de sus competidores, lo que conlleva a una expropiación y la necesaria indemnización por parte del Estado a **COMCEL**; también afirma que no se cumplirán las condiciones de no degradación de la calidad de los servicios y que no cuenta con suficiente infraestructura para proveer el RAN.

Adicionalmente, **COMCEL** afirma que haber enunciado anticipadamente las posibles medidas (que a su entender no son solamente posibles medidas, porque la CRC sí las implementará) necesariamente debió pasar un *"control previo de procedencia"* a la luz de lo establecido en la Ley 1341 de 2009, *so pena de viciar el trámite administrativo de marras, lo cual impide la continuidad de la actuación"*.

**COMCEL** afirma que las condiciones de mercado que llevaron a la CRC a imponer las medidas de la Resolución CRC 4002 de 2012<sup>530</sup>, desaparecieron o han variado ostensiblemente (concentración en el mercado, precios promedio, impacto de la portabilidad numérica, entrada de nuevos actores, concentraciones de tráfico, entre otras). También aduce que la CRC debe analizar las condiciones de competencia de los mercados de "Voz Saliente Móvil" y "Servicios Móviles" luego de la creación de este último, y que no puede suponerse que la posición dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil" le traiga participaciones similares y un traslado del entorno competitivo de un mercado a otro. Señala que la suposición de la CRC es temeraria y vicia las conclusiones y hallazgos que pretende construir el regulador. Manifiesta que resulta irresponsable que, incluso luego de que haya sido alertada por la SIC, la CRC no haya efectuado el análisis de competencia luego de la definición del mercado relevante de "Servicios Móviles". Además, considera que debe analizarse el decaimiento del acto administrativo que calificó de dominante a **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil".

Indica también **COMCEL** que comprometió su patrimonio al participar en la subasta de espectro 4G de 2013, y que se están introduciendo cambios sorpresivos que afectan la estabilidad de la empresa. Afirma que el Estado invita a invertir en las redes de 4G para luego, una vez concretada la inversión, decida que esa inversión que propició el Estado ahora resulta lesiva del mercado y convierte a quien la realizó en destinatario de gravosas medidas que afectan notoriamente el retorno de sus inversiones.

## II. ASPECTOS SUSTANCIALES

### A. Análisis del documento soporte "desde el punto de vista de la regulación"

**COMCEL** señala que el mercado se ha comportado positivamente, por lo que es innecesaria una intervención regulatoria en un mercado en pleno crecimiento, porque puede restarle dinamismo, desincentivar la inversión y reducir el bienestar del usuario final.

<sup>530</sup> "Por la cual se decide una actuación administrativa de carácter particular y concreto y se establecen medidas regulatorias particular respecto del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones con posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado "Voz Saliente Móvil" **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**"

**COMCEL** también identifica fallas en la justificación del mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* de "Servicios Móviles", aduciendo que la afirmación según la cual es técnicamente imposible consumir a través de un mismo terminal y una misma SIM distintos servicios con distintos operadores, obvia una realidad del mercado y es la existencia de teléfonos de doble SIM. Manifiesta que la afirmación de la CRC en este aspecto es *"en el mejor de los casos infundada y carente de sustento"*. Destaca que la mayoría de los accesos a Internet desde el terminal se efectúa haciendo uso de la interfaz WiFi (según se evidenció en el Conjoint) y dice que los análisis de sustituibilidad y de problemas de competencia son frágiles e inconsistentes.

Considera una contradicción que se diga que en el mercado de "Internet Móvil" no hay problemas de competencia, pero que, con la creación artificial del nuevo mercado de "Servicios Móviles", se convierta al servicio de Internet móvil en susceptible de regulación *ex ante*, soportado en una suposición que carece de fundamento. . Dice que el usuario de servicios de voz y datos no puede estar a la vez en tres mercados, y reitera que debe efectuarse el análisis de competencia en los mercados de "Voz Saliente Móvil" y "Servicios Móviles" antes de continuar con la actuación, señalando que el estudio que acompaña la Resolución CRC 5110 de 2017 *"es una falacia"*.

**COMCEL** presenta diferentes cifras y análisis de mercado para soportar su posición según la cual no existe posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles" (aborda cinco aspectos: tamaño relativo, tamaño absoluto, barreras a la entrada, posible falla de mercado y/o problema de competencia, conducta de la firma). En términos generales, en criterio de **COMCEL**, su participación de mercado ha disminuido, su tenencia de más infraestructura no tiene que ver con una ventaja de escala sino con el compromiso de la empresa, y la información empleada para los análisis de la CRC no es suficiente. De manera especial, **COMCEL** critica el uso de la información de TARIFICA por encima de la reportada por las empresas en el Formato 5 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

**COMCEL** plantea su posición respecto de las medidas contenidas en las resoluciones de carácter general y las propuestas en la presente actuación, dándoles una hipotética aplicación de manera simultánea, frente a lo cual manifiesta que dicho ejercicio puede traer efectos no deseados, contrarios al de promover la competencia y el bienestar de los usuarios.

Afirma **COMCEL** que la actuación particular (iniciada mediante la Resolución CRC 5110 de 2017) contempla la aplicación de contenido normativo incluido en las resoluciones generales (Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017), razón por la cual no es posible, en su parecer, analizar el acto particular sin abordar las resoluciones de carácter general.

**COMCEL** considera que la actuación particular genera una intervención innecesaria en un mercado que no presenta fallas y que debería regirse por las fuerzas del mismo. Señala que: i) las modificaciones propuestas no responden a una visión realista del sector y se basan en información parcial, carente de sustento y en muchos casos incorrecta; ii) la regulación planteada tiene el riesgo de generar resultados contrarios a los buscados, incluyendo afectaciones negativas a los usuarios, reducción de la inversión en el sector y eliminación del dinamismo y la competitividad; iii) la propuesta de medidas particulares desconoce la recomendación regulatoria de la Comunidad Europea y de la misma CRC de abarcar únicamente el mercado mayorista siempre y cuando se demuestre que con estas medidas se eliminan los eventuales problemas de competencia, y que sólo cuando se demuestre que la regulación mayorista es ineficaz, se puede evaluar con extrema precaución la regulación del segmento minorista, pero en ningún momento sobre las dos a la vez; y iv) controlar simultáneamente los segmentos mayorista y minorista, junto con las obligaciones de cobertura, calidad y prestación de servicios, supone una usurpación injustificada por parte de la CRC del derecho de **COMCEL** a gestionar y administrar su empresa.

Cuestiona que, mediante un pie de página, y sin mayor explicación, se obligue a **COMCEL** a proporcionar RAN a un precio asimétrico a cualquier operador que lo solicite, sin importar si el solicitante tiene o no cobertura en la zona en que solicita el servicio, y además a precios determinados a través de un modelo LRIC puro, pese a que en la propuesta regulatoria se había anunciado un modelo de costos medios, el cual fue modificado de manera arbitraria y sin posibilidad de controvertir.

**COMCEL** afirma que: i) la asimetría en tarifas de RAN para **COMCEL** desincentiva la inversión tanto del operador regulado como del resto de los operadores arriesgando la innovación y el desarrollo tecnológico del sector; ii) el modelo empleado para determinar las tarifas asimétricas



de RAN carece de transparencia, validez y soporte, además que propone tarifas inviables por debajo de los costos reales tanto para datos como para voz; iii) la obligación de proveer RAN debe estar limitada a aquellos sitios en donde el solicitante no cuente con cobertura; y iv) la eventual medida debe estar acompañada de un elemento de temporalidad que incentive e imponga al resto de los operadores la obligación de desplegar su propia infraestructura, debiendo también revisarse de manera dinámica las tarifas.

**COMCEL** asevera que debe emplearse un modelo RETAIL MINUS y no un modelo LRIC puro, de modo que se garantice el retorno económico de la inversión del operador que desplegó infraestructura, y que la obligación debería limitarse únicamente a entrantes, pues las tarifas reguladas no son procedentes entre operadores establecidos y con escala, porque se traducen en desincentivos a la inversión y eliminan la diferenciación en calidad y cobertura, reduciendo la competencia y el bienestar al usuario. **COMCEL** menciona que TIGO y MOVISTAR parecen haber evadido obligaciones de cobertura que se desprenden de la subasta de 4G, y que por eso tienen menores índices de despliegue de cobertura que él. Señala que la Resolución CRC 5107 de 2017 viola el principio de sustituibilidad técnica de la instalación esencial de RAN.

Sostiene que la eventual medida con tarifas asimétricas crearía una sobredemanda en la red del operador regulado, y no se consideran las restricciones de capacidad que se pueden tener. Asegura que **COMCEL** ya tiene desafíos de congestión por el volumen de tráfico que cursa por su red 2G/3G, y que el solicitante podría en efecto solicitar el RAN en donde tenga problemas de calidad o congestión, trasladando esta situación a **COMCEL**.

Por otro lado, menciona que estas medidas podrían suponer un desinterés posterior por parte de **COMCEL** en adquirir espectro en la banda de 700 MHz, lo cual podría afectar el proceso de subasta.

También indica que, ante la negativa de la CRC de suministrar el modelo de costos empleado, optó por hacer uso del modelo de separación contable para obtener valores que, en su opinión, sí remuneran adecuadamente la red, y concluye que se estaría obligando a dicho proveedor a ofrecer precios por debajo de costo.

Menciona que una medida como el Test de Replicabilidad Económica - TRE impondrá una carga regulatoria para la CRC, relacionada con el proceso de revisión, que al aplicarse al número de ofertas que presenta **COMCEL** difícilmente podrá ser atendida oportunamente, lo cual frenará aún más la dinámica comercial de forma innecesaria y excesiva.

Adicionalmente, manifiesta que su aplicación afecta la competencia, la libre concurrencia y con ello a los usuarios finales, y que la aplicación de la medida generará daños y perjuicios irreparables a la competencia, los cuales serán reclamados a la CRC en el momento procesal oportuno.

En este sentido, considera que carece de justificación objetiva, pues no se ha demostrado la necesidad de regular procesos competitivos de determinación de precios en mercados competidos, como los servicios móviles, que funcionan libremente y de forma eficiente, y resalta lo siguiente sobre las consecuencias de la medida:

- Elimina los incentivos a la búsqueda de eficiencia de cada competidor.
- Puede facilitar la colusión (advertida o inadvertida) entre los operadores y resultar en un mercado menos competitivo.
- El sesgo de la CRC sobre la participación de mercado y las subvenciones explícitas e implícitas confirma que la eventual medida busca transferir usuarios y beneficios económicos a los competidores, reduciendo el bienestar de los consumidores finales, que percibirán un incremento de precios y una reducción en la diferenciación de ofertas.
- La metodología propuesta para llevar a cabo la revisión de la eventual medida no solo carece de transparencia objetiva, sino que también tiene fallas importantes que pueden derivar en tarifas superiores o inferiores a las tarifas óptimas.
- La regulación específica propuesta se contrapone a los lineamientos que prevalecen en más de uno de los ordenamientos relacionados con competencia económica que relaciona eficiencia con capacidad de innovación.

Finalmente, en lo que respecta a esta medida, advierte que la metodología propuesta por la CRC admite como costo base para la definición del precio mínimo de una oferta el cargo de acceso para voz y SMS, y el valor de remuneración de RAN para datos aplicable a entrantes, aplicando a esos costos un margen minorista, los cuales son predeterminados con base en un modelo de CRC, al cual **COMCEL** nunca ha tenido acceso para hacer una verificación detallada de sus supuestos y metodología.

Ahora bien, respecto de la medida de discriminación tarifaria, **COMCEL** señala que va en contra de las recomendaciones internacionales de la sana competencia y del beneficio al usuario final, y que carece de justificación objetiva, pues la CRC no ha demostrado la necesidad de prohibir la discriminación tarifaria, y únicamente parece responder a peticiones de los competidores. Adicionalmente, en Colombia ya existe un marco normativo – Decreto 2153 de 1992, que sirve para corregir ese tipo de falla, si es que la hay.

Según **COMCEL** la medida tiene los siguientes efectos:

- Previene el lanzamiento de ofertas al mercado por parte del operador regulado, afectando la innovación en detrimento de los usuarios finales al no permitir que ofertas que cumplan las preferencias particulares de cada usuario.
- Prohíbe al operador regulado reaccionar con ofertas particulares por clase de usuario o zonas geográficas, imposibilitándole competir con el resto de los operadores que sí podrán discriminar tarifas.
- Puede facilitar la colusión (advertida o inadvertida) entre operadores para ciertos nichos de mercado y/o zonas geográficas y resultar en un mercado menos competido.

Para **COMCEL**, el efecto final de la propuesta puede generar un impacto en precios a la baja en detrimento de la competencia efectiva y a la sustentabilidad de los mismos operadores en el largo plazo.

**B. La CRC no demostró que existan las condiciones para imponer una medida regulatoria a COMCEL.**

**COMCEL** afirma que el documento soporte contiene consideraciones sin fundamento técnico y cifras aisladas, que fueron suficientes para que la CRC considerara que existe un nuevo mercado relevante de “Servicios Móviles”, que surgió del empaquetamiento de los servicios de voz saliente móvil e Internet móvil, que según la CRC no es posible prestar de manera independiente.

Sobre este punto, resalta que la posición de dominio es una condición de hecho, una situación fáctica, una realidad. Tiene que ver con la capacidad de una empresa de ejercer poder de mercado, de efectivamente determinar las condiciones en que opera el mercado en que participa y que se analiza.

Por lo tanto, considera que lo mínimo que debe hacer la CRC es demostrar cuáles son efectivamente los servicios que sean sustitutos perfectos o imperfectos de los que ofrece el operador que se analiza y cuál es el ámbito geográfico real en que se da la competencia en ese preciso momento en el tiempo.

Para efectos de saber si existe o no una posición de dominio, son el mercado producto y el mercado geográfico los que se deben tener en cuenta y no el que la CRC haya señalado como sujeto de sus regulaciones. Por lo que **COMCEL** considera que la CRC falló en todo el proceso, tanto en la determinación del mercado producto y el mercado geográfico, como en la aplicación para concluir si tiene posición de dominio.

En este contexto, dice **COMCEL**, cuando en el documento se discute que la CRC no está aplicando una metodología correcta para la identificación del mercado relevante no se analiza la actividad de la CRC en la Resolución CRC 5108 de 2017 que definió el mercado sujeto a regulación, sino que no lo está haciendo bien ahora, para este caso particular de **COMCEL**, y para ello es este el momento procesal oportuno.

Finalmente, afirma **COMCEL** que la CRC confundió los mercados o los servicios o actividades que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, con un mercado relevante y es necesario aplicar la

metodología adecuada que permita concluir si estos servicios pertenecen al mismo mercado relevante, cosa que no hizo la CRC para dar inicio al presente trámite administrativo.

En lo que respecta a la participación en el mercado de **COMCEL**, este considera que no puede concluirse que ostenta posición dominante. Todos los problemas que considera la CRC existen en el nuevo mercado, los fundamenta en la participación de **COMCEL**.

Agrega que se debe determinar por parte de la CRC que **COMCEL** tiene la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de un mercado, precios y/o cantidades ofrecidas. Al respecto, en su parecer, la CRC debe:

- i. Probar una participación en el mercado que pudiera ser indicativa de otorgarle poder de mercado.
- ii. Determinar que está en capacidad de modificar significativa y unilateralmente cualquier variable relevante del mercado, siempre y cuando pueda mantener su decisión y la modificación de las condiciones del mercado durante un periodo significativo y durante el cual la reacción de sus competidores no sea suficiente para disuadir a dicho agente de la realización de tal conducta.
- iii. Descartar varias situaciones para el caso: (a) firmas Maverick; (b) la existencia de un mercado contestable; (c) la dinámica del mercado; (d) competencia potencial.

Para **COMCEL**, existen elementos de juicio que hacen pensar que, a pesar de esto, no ejerce su actividad de manera independiente en el mercado. La participación de **COMCEL** ha ido disminuyendo. Por lo tanto, lo que debe interesar al regulador es la tendencia decreciente de los indicadores, y no que un operador tenga una participación mayoritaria. A pesar de la disminución en la participación, lo único que preocupa a la CRC es el tamaño de **COMCEL**.

**COMCEL** indica que el análisis de la CRC contiene diferentes aspectos que rodean la prestación de los servicios de voz saliente móvil e Internet móvil, pero realmente, todo se fundamenta en la participación de **COMCEL** en la prestación de dichos servicios. Esto, según **COMCEL**, es ilegal.

Considera **COMCEL** que la CRC no realizó ningún tipo de actividad relacionada con tratar de establecer la capacidad de modificar significativa y unilateralmente cualquier variable de mercado. Sin embargo, afirma que en el documento soporte se evidencian indicios de que existió una reacción de los competidores.

Ahora bien, **COMCEL** señala que brilla por su ausencia un análisis respecto a competencia potencial, teniendo en cuenta que no existen barreras legales, y de igual forma, la CRC omite analizar el creciente rol de los operadores OTT que ofrecen servicios sustitutos y complementarios a los identificados en los diferentes mercados relevantes, que inciden materialmente en las condiciones de competencia en el corto y mediano plazo.

Adicionalmente, afirma que brilla por su ausencia en el documento soporte cualquier caracterización de los usuarios de los servicios relacionados. La CRC optó por no valorar el comportamiento de los competidores en el mercado, incluidos los OMV, y la presión competitiva que ellos pueden ejercer frente a **COMCEL**.

Finalmente, advierte que el hecho de que exista un competidor con participación mayor que la de sus competidores, no implica que no exista una competencia o que la estructura de ese mercado impida una competencia efectiva. La naturaleza asimétrica de los mercados sirve para neutralizar la posibilidad que una empresa como **COMCEL** eleve los precios.

De otro lado, **COMCEL** deja de presente que el principio de carga de la prueba también se aplica en trámites administrativos. Si la CRC no cumple con la carga que le corresponde, no podría entender que se haya cumplido con el deber de demostrar que este ostenta una posición dominante, ya sea porque la metodología utilizada no apuntó a que existiera un operador con dicha característica, o porque la metodología utilizada no cumplió con los estándares aceptados comúnmente por los economistas y las autoridades que se encargan de vigilar los mercados.

Sobre este punto, señala que no se puede entender que la actividad que derivó en la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, así como el informe que presentó la CRC como sustento de

la Resolución CRC 5110 de 2017, haya cumplido con su carga de demostrar que existe una posición dominante por parte de **COMCEL**.

Ahora bien, **COMCEL** afirma que solo a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, se califica su posición dominante por el porcentaje de participación en el mercado. En este sentido, la definición que utiliza la CRC no describe posición de dominio. Agrega que la definición de posición dominante respecto a los usuarios es apenas una de las aristas que se deben tener en cuenta para determinar si el operador investigado tiene libertad de actuación. De esta manera, en sentir de **COMCEL**, la definición utilizada por la CRC se quedó corta en su alcance.

**COMCEL** estima que la CRC no definió el mercado relevante debiendo hacerlo. Afirma que mercado relevante regulable no es mercado relevante para posición de dominio. La CRC confundió el señalamiento de un mercado regulable con la delimitación de un mercado relevante para efectos de determinar posición dominante. Una cosa es que exista un mercado que la regulación haya señalado como susceptible de regulación *ex ante* y otra que estos equivalgan a un mercado relevante debidamente delimitado.

Por su parte, la CRC dice que va a considerar un mercado relevante definido, el cual según el regulador son "*los servicios móviles*"; pero el documento soporte nada dice respecto a cómo se llegó a la conclusión de que ese es un mercado relevante.

**COMCEL** afirma que el documento que sirve de soporte a la CRC para concluir que existe un "nuevo" mercado relevante, y que en dicho nuevo mercado relevante **COMCEL** ostenta posición dominante, adolece de un soporte metodológico que permita otorgarle algún tipo de credibilidad.

Para el operador no es posible, a partir de teorías no concluyentes, que quien ostenta posición dominante en un mercado automáticamente transfiera esta condición sobre otro mercado al que pertenece otro bien o servicio que tiene la posibilidad de ofrecer en conjunto o empaquetado. Es necesario realizar profundos estudios de mercado que respalden la tesis empleada por la CRC, cosa que no se encuentra demostrada en el documento soporte que anexa la autoridad regulatoria.

Sobre la teoría de mercados dependientes o conexos, **COMCEL** afirma que no ostenta posición dominante, ni en el mercado de "Voz Saliente Móvil" ni en el mercado de "Servicios Móviles".

**COMCEL** considera que la CRC está desconociendo la Constitución, pues la misma lo que prohibió fue conductas en el mercado (abuso de posición dominante), mas no estructuras (economías de escala), por lo que el constituyente permitió que un agente tuviera posición dominante en el mercado. Por lo tanto, reprimir a **COMCEL** cuando ha logrado su posición compitiendo, es decir, reprimirlo para beneficiar a los demás, genera beneficios a los competidores, pero no a la competencia ni a los consumidores.

En este punto, **COMCEL** deja claro que aún en el hipotético caso en que tenga una posición de dominio, ello no puede ser objeto de prohibición. Si bien la CRC puede intervenir en la economía, no existe norma alguna que lo faculte para forzar la estructura del mercado al considerar que aún no existe la cantidad suficiente de oferentes.

Ahora bien, señala **COMCEL** que de los "fundamentos" para la posible imposición de medidas regulatorias, se aprecia que están contruidos a partir de hipótesis que no tienen un sustento concreto en pruebas, estadísticas o análisis de mercados. Lo anterior, se concluye del uso de las palabras que utiliza la CRC, tales como "posible", "puede", "hipótesis", "inferir". Entonces, la CRC está restringiendo derechos de carácter constitucional a partir de elucubraciones, y lo peor de todo, es que, a falta de datos, está acudiendo a páginas web de las que no se conoce la experiencia, ni los soportes, ni el método de recopilación de datos, ni la confiabilidad, ni los conocimientos de quienes elaboran esos estudios, como es el caso de Tarifica.

**COMCEL** aclara que:

- i. No está impidiendo la participación de ninguno de los oferentes en el mercado, como tampoco la posibilidad de aumentar su participación en el mismo.

- ii. Las empresas que compiten o pretenden competir con **COMCEL** están en la capacidad de competir en igualdad de condiciones bajo el esquema de economía de mercado, pues se trata de empresas con presencia en varios países, y con capacidad de endeudamiento, tecnológica y financiera.
- iii. Dada la capacidad de los competidores de **COMCEL**, la CRC no está protegiendo la libre competencia sino el desinterés de algunos empresarios de querer desembolsar más recursos en el país. Casi que se les está obligando a que aumenten su participación en el mercado.
- iv. Los competidores de **COMCEL** se encuentran en el mejor de los escenarios: la CRC pretende que los demás oferentes aumenten su participación en el mercado, sin mayores esfuerzos, sin tener que invertir, sin el riesgo que ha tenido que asumir **COMCEL**, y en detrimento de los intereses de este último.
- v. **COMCEL** no ostenta posición de dominio, luego las medidas propuestas no deben ser implementadas.
- vi. En el caso hipotético, y esto con carácter ilustrativo, que **COMCEL** tuviese una posición de dominio, este simple hecho de por sí no es violatorio de la libre competencia.

**COMCEL** considera que la regulación propuesta pretende impedir que tenga posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles". Es más que claro que esto se trata de una decisión ilegal, ilícita, y que desborda por completo las funciones que se le han otorgado a la Comisión.

Adicionalmente, **COMCEL** señala que la calificación de operador dominante no puede ser un calificativo permanente, debe ser temporal, ya que requiere del análisis de diversos factores delimitados dentro de un espacio de tiempo, y que con el paso del tiempo esas condiciones pueden ir sufriendo distintas modificaciones que impliquen que en un momento se determine que cierta empresa goza de una dominancia en el mercado y que al cabo de un tiempo la situación haya cambiado.

Lo lógico según **COMCEL** es, entonces, la implementación de medidas regulatorias temporales. Sería completamente injusto, innecesario, injustificado e ilógico implementar medidas por seis (6) años o más para remediar una situación que por definición no es permanente.

Por otro lado, **COMCEL** afirma no poseer una facilidad esencial. Para que un agente en el mercado deba otorgar acceso a sus facilidades esenciales deben darse varias circunstancias, ninguna de las cuales se han demostrado para el caso de ese operador. Estas condiciones son:

- i. Que la empresa investigada controle una facilidad esencial: Según **COMCEL**, no existe prueba dentro del documento soporte de la Resolución 5110 de 2017 que indique cuál es la facilidad que este maneja.
- ii. Que la facilidad a la que se busca acceder sea indispensable u objetivamente necesaria para un competidor actual o potencial en el sentido que no puede ser razonablemente duplicada por el competidor. Según **COMCEL**, no existe prueba de ello en el documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017.
- iii. Que no exista una justificación objetiva para denegar el acceso a la facilidad esencial: Según **COMCEL**, no existe ninguna queja al respecto.
- iv. Que negar el acceso a la facilidad esencial conlleve a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado relevante: Según **COMCEL**, no existe prueba del documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017 que demuestre que en caso de no darse la intervención que pretende la CRC, se vaya a eliminar la competencia.

Por último, solicitó que, dada la magnitud y trascendencia de las medidas que se anuncian como posibles al concluir la presente actuación administrativa, el documento y sus anexos fuesen remitidos de forma inmediata a todos los miembros de la Sesión de Comisión de la CRC (Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Director de Planeación Nacional y los Comisionados restantes).

Los anteriores argumentos fueron reiterados por **COMCEL** en el documento de fecha 7 de marzo de 2018, titulado "ALEGATOS DE CONCLUSIÓN", y sobre el cual se vuelve más adelante en cada aparte específico de esta resolución.

## 5. COMPETENCIA DE LA CRC

### 5.1. Fundamento constitucional de la regulación estatal de los servicios públicos. La regulación como modalidad de intervención del Estado en la economía.

De conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y por tanto es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, a efectos de lo cual [el Estado] mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Respecto del alcance del artículo 365 de la Constitución, ha dicho la Corte Constitucional:

*"Así, es claro que la prestación de los servicios públicos puede ser realizada tanto por las autoridades públicas como por los particulares o comunidades organizadas, pero en todo caso el Estado siempre tendrá bajo su cargo la regulación, control y vigilancia de estos servicios, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines que le competen (CP art. 365). Esta regulación, control y vigilancia de tales servicios armoniza además con la facultad general que la Carta atribuye al Estado de dirigir la economía e intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, obviamente sin perjuicio del reconocimiento de la libre iniciativa privada (CP arts. 333 y 334). Por consiguiente, la Carta, a pesar de que reconoce la posibilidad de que los particulares presten servicios públicos, reserva funciones esenciales al Estado en esta materia, y en especial le atribuye una competencia general de regulación (CP art. 365). Nótese que esta norma atribuye genéricamente esa función de regulación al Estado, sin señalar explícitamente que ésta corresponde a una determinada institución específica. Ahora bien, esta Corte ha señalado que en general la palabra Estado se emplea en la Carta para designar al conjunto de órganos que realizan las diversas funciones y servicios estatales, ya sea en el orden nacional, o ya sea en los otros niveles territoriales. Por ende, cuando una disposición constitucional se refiere al Estado, y le impone un deber, o le confiere una atribución, debe entenderse prima facie que la norma constitucional habla genéricamente de las autoridades estatales de los distintos órdenes territoriales. Por ende, la competencia de regulación de los servicios públicos es genéricamente estatal, lo cual obviamente no significa que esa facultad pueda ser atribuida por la ley a cualquier entidad estatal, por cuanto la Constitución delimita, en materia de servicios públicos domiciliarios, algunas órbitas específicas de actuación de las distintas ramas de poder, las cuales deben ser respetadas"<sup>531</sup>.*

En concordancia con el artículo 365 de la Constitución Política, el artículo 333 dispone que, aunque la actividad económica y la iniciativa privada son libres, lo son **dentro de los límites del bien común**. Añade que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social **que implica obligaciones**, y que el Estado, por mandato de la Ley, **impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional**, ordenando al legislador delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

De esta manera, si bien los operadores que prestan servicios públicos de telecomunicaciones se encuentran amparados por el principio de libertad económica, ello no obsta para que el Estado, a través del organismo regulador, y con fundamento en la Ley, establezca condiciones encaminadas a la protección del interés general en aras de cumplir con los objetivos antes descritos<sup>532</sup>. En relación con los límites a los que se encuentra sometida la libertad económica, la Corte Constitucional desde hace más de 20 años, en sentencia C-560 de 1994, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, señaló lo siguiente:

*"El artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero advierte que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común.*

<sup>531</sup> Sentencia C-221 de 1997. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamentos Jurídicos No 8 y 9. (Pie de página original corresponde al No 4)

<sup>532</sup> "(...) la Constitución Política (CP) de 1991 creó las condiciones necesarias para permitir el paso de un Estado intervencionista, que participaba de manera directa en la actividad económica, hacia un modelo de economía de mercado, con amplia participación del sector privado, y donde el Estado interviene sólo en aquellos casos en que las fallas del mercado así lo exigen". LIZARAZO RODRÍGUEZ, Liliana y Marcela ANZOLA GIL, *Regulación, autorregulación y desregulación* en LIZARAZO RODRÍGUEZ, Liliana y Marcela ANZOLA GIL (eds.), *La regulación económica: tendencias y desafíos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, p. 26.

*La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social.*

*Así, en materias como las que tratan las normas demandadas, la Corte estima indispensable recalcar que, a la luz de la preceptiva constitucional vigente y siguiendo el criterio de la prevalencia del interés público en ella consagrado, no puede permitirse que aspectos tales como los límites de endeudamiento de las instituciones financieras, los topes de los créditos que ellas otorgan, las clases y requisitos de las garantías exigidas a los deudores, o los niveles de patrimonio mínimo de quienes ejercen la gestión financiera, queden librados a la más absoluta discreción de los entes participantes o dependan en forma exclusiva de las fuerzas del mercado y del incontrolado juego de la oferta y la demanda. La presencia estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto<sup>533</sup>.*

Así mismo, la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-043 de 1998, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, estableció que la libre iniciativa privada no es un límite para las actividades de intervención y regulación a cargo del Estado:

*"[E]n un Estado Social de Derecho donde el Poder Público asume responsabilidades tales como la dirección general de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, la libre iniciativa privada no puede erigirse como un derecho absoluto ni como un obstáculo insuperable para la actividad de intervención del Estado, particularmente en materia económica y de servicios públicos. Es así como el propio artículo 333 de la Carta permite el desarrollo de dicha iniciativa privada, pero "... dentro de los límites del bien común" y, a su vez, faculta a la ley para delimitar su alcance "... cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación"<sup>534</sup>.*

Así, el derecho a la libertad económica puede y ha de ser limitado por el Estado, en virtud del interés general:

*"11.-Es pues claro que la Carta reconoce la libertad de empresa y de contratación en el campo económico. Sin embargo, igualmente es claro que una de las finalidades de la Asamblea Constituyente fue "mantener y profundizar un equilibrio entre los derechos a la propiedad privada y la libertad económica, de una parte, y, de la otra, garantizar la función social de la propiedad y la intervención del Estado en la economía.". Por ello la Constitución no se limita a asegurar la libertad de empresa y la libre iniciativa privada de manera absoluta, sino que pretende igualmente otorgar al Estado y a la comunidad mecanismos para prevenir abusos y garantizar la equidad en las relaciones económicas. Por ello, la búsqueda de transparencia, la solidaridad, la interacción de los diferentes agentes y unidades económicas dentro de esquemas que promuevan la prosperidad general, la limitación en el ejercicio del poder monopolístico y del abuso de la posición dominante en el mercado, entre otros, son elementos que permiten limitar la libertad económica y de empresa."<sup>535</sup> (SFT)*

A su turno, en sentencia C-616 de 13 de junio de 2001, señaló la Corte que el Estado, para preservar los valores superiores puede regular cualquier actividad libre "introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia".

Ahora bien, en consonancia con los artículos 365 y 333 de la Constitución, el artículo 334 adopta el principio de intervención del Estado en la economía, según el cual aquel intervendrá, por mandato de la Ley, en los servicios públicos, entre otros, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

En efecto, para la realización efectiva de los cometidos previstos en su artículo 2, la Constitución acogió lo que se ha llamado un modelo de "economía social de mercado", que propende por armonizar el derecho a la propiedad privada y el reconocimiento de libertades económicas, como la libertad de empresa, la libre competencia y la iniciativa privada, con la intervención del Estado en la economía, de manera que confluyen "la mano invisible del mercado y el brazo visible del Estado"<sup>536</sup>.

<sup>533</sup> Corte Constitucional, sentencia C-560 de 6 de diciembre de 1994, exp.: D-640, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>534</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 25 de febrero de 1998, exp.: D-1754, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>535</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-624 de 1998

<sup>536</sup> Corte Constitucional, sentencia C-263 de 2013

En sentencia C-197 de 2012, la Corte señaló lo siguiente:

*"La Constitución de 1991, especialmente al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social (artículo 333 superior), y por esta vía, se reconoce la importancia de una economía de mercado y de la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social (artículos 333, 334 y 335 constitucionales)<sup>537</sup>".*

En sentencia C-176 de 1996, la Corte se pronunció acerca del grado de intervención que puede tener el Estado en las libertades económicas y la regulación de los servicios públicos:

*"Este fundamento múltiple de la intervención del Estado en la medicina prepagada es importante, pues la Constitución no otorga el mismo grado de protección a la iniciativa privada en todos los campos económicos. Así, el contenido esencial de la libertad económica varía según los tipos de actividades; por ejemplo, una ocupación económica ordinaria no requiere de permiso especial pues es por regla general de libre iniciativa (CP art. 333), pero en cambio no son de libre ejercicio las profesiones que impliquen riesgos sociales (CP art. 26) y los servicios financieros. Por ser de interés público, requieren de permiso previo para poder ser adelantados (CP art. 335). Es más, la Constitución prohíbe que los particulares puedan consagrarse a ciertas industrias, como la fabricación de armas y explosivos, que es un monopolio estatal (CP art. 223).*

*Igualmente, la intensidad de la intervención del Estado puede ser mayor en unos campos que en otros. Así, como consecuencia de la protección de la libertad económica, por regla general la Constitución prohíbe que la ley establezca monopolios -salvo que se trate de arbitrios rentísticos (CP art. 336)- pero la Carta autoriza la constitución de monopolios estatales cuando se trata de servicios públicos o de actividades estratégicas (CP art. 365). Es más, en ciertas actividades, la Constitución no sólo autoriza, sino que exige una importante intervención estatal y gubernamental, pues si bien permite la prestación de los servicios públicos por los particulares y las comunidades, ordena que el Estado mantenga la regulación, el control y la vigilancia de los mismos (CP art. 365)".*

En ese contexto, la Corte Constitucional, seguida por el Consejo de Estado<sup>538</sup>, ha señalado que la regulación expedida por las comisiones de regulación de servicios públicos **constituye una modalidad de intervención del Estado en la economía**, que limita tanto la autonomía de la voluntad privada como la libertad económica de los prestadores de dichos servicios.

Es así como en sentencia C-1162 de 2000, la Corte señaló que **"...la potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación es una manifestación de la intervención estatal en la economía -una de cuyas formas es precisamente la regulación- cuya finalidad es corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios."** (NSFT)

En sentencia C-615 de 2002, la Corte señaló que, por cuanto los servicios públicos son una actividad económica que compromete la satisfacción de las necesidades básicas de la población, y por ello mismo la eficacia de ciertos derechos fundamentales, **"la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control."** (NFT)

<sup>537</sup> Ver sentencias C-865 de 2004, C-352 de 2009 y C-228 de 2010. En la sentencia C-865 de 2004, la Corte definió la "economía social de mercado", como el modelo "(...) según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación". En el mismo sentido, en la sentencia C-228 de 2010, la Corporación afirmó: "Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribió la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general." Sobre el fundamento de este modelo, la Corte en la sentencia C-352 de 2009 explicó: "(...)el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal".

Pie de página original corresponde al No 9

<sup>538</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR Bogotá, D.C, once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009) Radicación No.: 11001032600020010003701 (20691)



También ha señalado la Corte que la regulación de los servicios públicos **es un tipo de intervención del Estado en la economía** que tiene por objeto, de una parte, garantizar la efectividad de los principios sociales establecidos en la Constitución, y de otro, la corrección de las fallas de los mercados<sup>539</sup>.

En sentencia C-1120 de 2005, advirtió la Corte que las competencias regulatorias de las comisiones de regulación de servicios públicos son funciones de intervención del Estado en las actividades económicas con fundamento en lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución.

En sentencia C-392 de 2007, reiterada en la sentencia C-1041 de 2007, la Corte señaló que **"existen unas potestades de restricción reforzadas en determinadas materias, principalmente aquéllas en las cuales el constituyente consagró mandatos específicos de intervención del Estado en la economía, como por ejemplo en el ámbito de los servicios públicos<sup>540</sup>, o de la medicina prepagada<sup>541</sup>, la televisión<sup>542</sup>, o de la actividad financiera, bursátil y aseguradora<sup>543</sup>".**

## **5.2. Desarrollo legal del principio de intervención del Estado en la economía en la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones**

El artículo 10 de la Ley 1341 de 2009<sup>544</sup>, modificado por el artículo 7 de la Ley 1978 de 2019<sup>545</sup>, dispone que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público bajo la titularidad del Estado, que se habilita de manera general, y causa una contraprestación periódica a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Que dicho servicio sea calificado como público implica que le sea aplicada toda la teoría del servicio público, en particular **(i)** el hecho de que esté sometido a un régimen jurídico especial definido por el legislador, **(ii)** que su prestación puede ser realizada por el Estado en gestión directa o indirecta o por los particulares o comunidades organizadas, y **(iii)** que su regulación, control y vigilancia está a cargo del Estado.

En cuanto al desarrollo legal del principio de intervención del Estado en la economía en materia de telecomunicaciones, el numeral 5 del artículo 4 de la Ley 1341 de 2009 dispone que, en desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, el Estado intervendrá en el sector las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para, entre otros fines, **"[p]romover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia"**.

A su turno, el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019, establece que CRC 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 de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad.

Concordantemente, el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019, determinó como funciones de la CRC, entre otras, las siguientes:

- Establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios.
- Promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado.

<sup>539</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003

<sup>540</sup> Que tiene fundamento en el artículo 365 de la C. P. Ver entre otras la sentencia C-579/99.

<sup>541</sup> Cuya justificación es el artículo 49 de la Carta, ver por ejemplo la sentencia C-176/96.

<sup>542</sup> Con base en el artículo 77 de la Carta. Ver la sentencia C-333/99.

<sup>543</sup> Que tiene por fundamento el artículo 335 de la Carta, en este sentido la C-332/00.

<sup>544</sup> "Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-".

<sup>545</sup> "Por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones".

- Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes; los parámetros de calidad de los servicios; los criterios de eficiencia del sector y la medición de indicadores sectoriales para avanzar en la sociedad de la información; y en materia de solución de controversias.
- Definir las instalaciones esenciales.
- Señalar las condiciones de oferta mayorista y la provisión de elementos de red desagregados, teniendo en cuenta los lineamientos de política del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, garantizando la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura y los incentivos adecuados a la inversión, así como el desarrollo de un régimen eficiente de comercialización de redes y servicios de telecomunicación.

Adicionalmente, el artículo 23 de la citada Ley estableció que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones podrán fijar libremente los precios al usuario y que, haciendo énfasis en la regulación de mercados mayoristas, la CRC sólo podrá regular estos precios cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla de mercado o cuando la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos.

El artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, a su turno, asignó a la CRC la función para establecer los términos y condiciones bajo los cuales los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor que lo solicite, para asegurar, entre otros objetivos, la promoción de la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante.

### **5.3. El carácter normativo de la regulación a cargo de las comisiones de regulación de servicios públicos**

Ha sido de pleno reconocimiento legal y jurisprudencial, de otra parte, el carácter normativo de la regulación a cargo de las comisiones de regulación. En efecto, desde la Ley 142 de 1994, inicialmente aplicable a los servicios domiciliarios de telecomunicaciones, se definió la "Regulación de los servicios públicos domiciliarios" como "[L]a **facultad de dictar normas de carácter general o particular** en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos."<sup>546</sup> (NSFT)

Al efectuar control constitucional sobre esta definición, la Corte Constitucional, en sentencia C-1162 de 2000, señaló:

*"En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.*

*Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o*

<sup>546</sup> Artículo 14.18.

*reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.*

*La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquella tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios" (SFT).*

De igual manera, la Corte ha señalado que la regulación que hacen las comisiones de regulación, sin tener una connotación legislativa, *"implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales"*, dirigidas a las personas prestadoras de servicios públicos para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia<sup>547</sup>.

En una de las sentencias hito más importantes en materia de regulación de los servicios públicos<sup>548</sup>, la Corte señaló que la función estatal de regulación socio-económica ha adquirido un contenido que la diferencia de las demás funciones de intervención estatal en la economía, representado en la regulación segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que pueda responder a las especificidades de estos enfatizando que uno de los instrumentos de la regulación socio-económica especializada es *"la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador"* (SFT), y que, en el caso de las comisiones de regulación de los servicios públicos, como mecanismo de intervención del Estado en la economía, busca garantizar la efectividad de los principios sociales del Estado y el adecuado funcionamiento del mercado a través de la corrección de fallas que se presenten en este.

Para la Corte, la atribución de potestades normativas a las comisiones de regulación tiene fundamento en el entendimiento de que la regulación es una actividad continua *"que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo."*<sup>549</sup>

También ha señalado la jurisprudencia, en cuanto al alcance o contenido de las funciones de regulación, que dicha función admite muchas formas que responden a las particulares y especificidades del sector económico llamado a ser regulado, que determinan diversas manifestaciones de esta actividad estatal, entre las cuales *"se incluyen desde la facultad normativa, es decir la posibilidad de adoptar normas jurídicamente obligatorias para el sector, hasta otras funciones de carácter simplemente divulgativo o informativo, sin carácter jurídicamente vinculante, pasando por facultades de acopio de información, emisión de conceptos, recomendaciones o autorizaciones, resolución de conflictos, definición de tarifas, protección de derechos, etc."* (SFT)<sup>550</sup>.

Así, la intervención estatal en materia de servicios públicos a través de la regulación se justifica no sólo para garantizar el cumplimiento de los fines sociales, sino también para corregir las imperfecciones del mercado en materia de condiciones de competitividad, para protegerlo de acciones orientadas a romper el equilibrio que debe regirlo, y para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones<sup>551</sup>.

Finalmente, en sentencia C-186 de 2011 la Corte, al declarar exequible el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341<sup>552</sup>, puso de presente la regulación de carácter imperativo como una modalidad específica de regulación, que vincula jurídicamente a los proveedores, y que puede versar sobre distintos aspectos de la actividad de éstos, de conformidad con el marco normativo fijado por Ley, y que persigue los fines señalados por ésta, tales como promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios o evitar el abuso de la posición dominante, los cuales son fines

<sup>547</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-389 de 2002.

<sup>548</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003

<sup>549</sup> Ibidem.

<sup>550</sup> Corte Constitucional. Sentencia c-955 de 2007

<sup>551</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-741 de 2003

<sup>552</sup> Dicho numeral había sido demandado parcialmente, en cuanto al apartado según el cual *"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, (...)"*

constitucionalmente legítimos, siendo la regulación una medida adecuada para conseguir tales fines.

La regulación imperativa, según dijo la Corte, puede limitar la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica de los proveedores de redes y servicios, pues se trata de un instrumento de intervención estatal en la economía autorizado por el artículo 334 constitucional y ejercido de conformidad con la Ley 1341 de 2009, la cual, entendida como cuerpo normativo en su conjunto y no exclusivamente como el enunciado normativo demandado, establece tanto la finalidad de la intervención como el instrumento mediante el cual se ejerce, así como los fines que persigue y las materias sobre las cuales recae.

Es entonces claro que, conforme la doctrina constitucional vigente, la regulación de una comisión como la CRC, como modalidad de intervención del Estado en la economía, comporta aptitudes o capacidades normativas que, en el marco de la Constitución, la Ley y el reglamento, persigue el cumplimiento de fines sociales y económicos, a través de, entre otros instrumentos, normas imperativas para sus destinatarios, que buscan ajustar las reglas de juego de los mercados a sus cambiantes circunstancias y mantener o restablecer el equilibrio entre los distintos intereses en juego, a efectos de promover la competencia, proteger a los usuarios y evitar el abuso de la posición de dominio.

Lo propio ha señalado el Consejo de Estado, corporación que, al amparo de la doctrina de la Corte, expuso que:

*"El vocablo "regulación" suele ser utilizado en el lenguaje cotidiano como sinónimo de "legislación", "reglamentación" o "normatividad", tendencia que se explica por el hecho de que esa es precisamente una de las acepciones más difundidas en nuestro lenguaje cotidiano, sin ser desde luego la única. En efecto, según lo enseña el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra "regulación" evoca en términos generales la acción y el efecto de "regular", expresión que según su sentido más usual significa "Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo.". Podría afirmarse entonces, en sentido lato, esto es, haciendo referencia abstracta a los distintos ámbitos de la acción estatal, que la acción de "regular" comprende y describe todos los procesos de elaboración o producción de normas jurídicas encaminadas a ordenar la vida en comunidad, mediante la definición de las reglas a las cuales han de someterse los sujetos tanto públicos como privados en el contexto de sus relaciones mutuas y en el ámbito de su actividad personal o institucional. Percibido desde esta perspectiva, el vocablo "regular" evoca en suma la idea de "producción de normas jurídicas". (...)*

*Ahora bien. En tratándose de la intervención del Estado en el plano económico y social, los vocablos "regular" y "regulación", adquieren una connotación bien particular, pues desborda esa concepción meramente normativa para aludir también a la realización de ciertas acciones y a la adopción de determinadas decisiones, sin las cuales el mercado no podría existir ni funcionar en debida forma.*

*En un sentido mucho más estricto, la regulación socioeconómica dice relación con aquella intervención que realiza el Estado a través de autoridades específicamente concebidas para fixar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales deben sujetarse los actores que intervienen en una actividad socioeconómica determinada, tal como acontece por ejemplo con la intervención que realiza el Estado en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la cual responde a ciertos criterios técnicos y a las especificidades inherentes a su prestación y a su propia dinámica. (...)*

*En estas circunstancias, la intervención del Estado se explica entonces por la necesidad de preservar o restablecer el equilibrio que debe existir entre aquellos actores que abrigan intereses legítimos contrapuestos en un ámbito socioeconómico que es de suyo dinámico y competitivo, de tal suerte que el rol a desempeñar por parte del Estado, debe traducirse básicamente en la orientación de tales actividades hacia los fines de interés general que han sido señalados por el constituyente y el legislador.*

*Lo anterior permite comprender la razón por la cual el vocablo "regulación" que como ya se dijo se encuentra estrechamente asociado a la idea de producción normativa, significa también, desde esta otra perspectiva y en forma adicional, "Ajustar, reglar o poner en orden algo" y "Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines", lo cual concuerda precisamente con el propósito consignado en el artículo 365 de la Carta, en el sentido de lograr el cumplimiento de los fines sociales del Estado a través de la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional. Al socaire de tales postulados la regulación de los servicios públicos por parte de las Comisiones de Regulación, se erige entonces en un mecanismo orientado a optimizar la prestación de eficiente de los servicios públicos y a garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad.*

*En ese contexto, el Estado, además del papel que debe cumplir como prestador directo de servicios públicos, también está llamado a asumir el múltiple rol de "promotor", "arbitro" y "contralor" de la competencia, buscando garantizar con su intervención la eficiencia, la universalidad, la continuidad y la calidad de los servicios. Así las cosas, cuando el sector privado asume el papel de prestador de servicios públicos domiciliarios, debe someterse a la regulación estatal, sin perder de vista que el interés general se encuentra estrechamente ligado a la manera como se dé cumplimiento a dicha actividad.*

(...)

*En ese sentido, la regulación, en cuanto instrumento de intervención estatal, si bien puede suponer la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, también puede manifestarse en la adopción de simples medidas administrativas de carácter circunstancial y episódico orientadas a la consecución de los fines antes mencionados.<sup>553</sup> (SFT)*

En el marco de la Constitución y la Ley, y para los fines a que se ha hecho referencia, es claro que es de la esencia de esta aptitud o capacidad para producir normas jurídicas el imponer mandatos, deberes, obligaciones, cargas o gravámenes a los regulados; estos tipos normativos, desde la teoría del derecho se denominan "normas prescriptivas"<sup>554</sup> o "normas primarias"<sup>555</sup>, en cuanto su enunciado establece que algo debe o no ser hecho, bajo la clásica estructura lógico-formal de las normas jurídicas: *supuesto de hecho- deber ser (cópula)-consecuencia jurídica (prestación)*<sup>556</sup>.

#### **5.4. El fundamento normativo y jurisprudencial de la regulación asimétrica o diferenciada**

La regulación diferenciada, entendida como el establecimiento de diferentes mandatos, deberes, obligaciones, cargas o gravámenes a los agentes del sector, en función de su particular posición en el mercado y de las fallas constatadas en éste, tiene claros fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales.

En primer lugar, el artículo 13 de la Constitución Política dispone que todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

La Corte Constitucional, sin embargo, ha sido clara en señalar que el artículo 13 constituye un nuevo paradigma que ha reorientado la forma clásica de aplicación del derecho a la igualdad basada en la noción de igualdad formal -todos son iguales ante la Ley-, por una preocupación de verificar, en cada caso concreto, las reales circunstancias en que se encuentran quienes reclaman protección judicial, de manera que la igualdad abstracta se ha superado por una igualdad material que se construye a partir de las condiciones particulares en que se encuentran los sujetos de derecho.

De ahí que el derecho a la igualdad, como lo ha reseñado en innumerables oportunidades la alta Corporación, implica tratar de igual manera a quienes se encuentren en igual situación, pero también tratar de manera desigual a quienes se encuentren en una distinta:

*"Este enunciado genérico puede ser desdoblado en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento en común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia) y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)."<sup>557</sup>*

<sup>553</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA. Consejero ponente: Doctor: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009) Núm. Rad.: 11001 032400020040012301.

<sup>554</sup> VON WRIGHT, G.H. Norma y Acción. Una investigación lógica. Tecnos (1970) Pág. 87-107

<sup>555</sup> HART, H. El Concepto de Derecho. Abeledo Perrot (1963) Pág- 101 y s.s.

<sup>556</sup> MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Ariel Derecho (1994) Pág. 118

<sup>557</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-826 de 2005

En materia de telecomunicaciones, específicamente respecto de la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro, ha dicho la Corte:

*"La Corte Constitucional entiende que en la norma transcrita se consagra un derecho fundamental, que no deja de serlo por hallarse incorporado a un capítulo de la Carta Política distinto del que se destina a la enunciación de tales derechos (Cfr. Sentencia T-02 del 8 de mayo de 1992. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).*

*Ese derecho, reconocido por la Constitución no solamente a las personas naturales sino a las jurídicas -incluidas las de naturaleza pública-, no presenta un contenido que sustancialmente lo sustraiga de los elementos básicos del derecho a la igualdad. Por el contrario, hace parte de él; es una de sus especies y, en consecuencia, obedece a los fundamentos y postulados constitucionales que informan aquél -los cuales han sido extensamente analizados por la doctrina y la jurisprudencia de la Corte-, de donde se infiere que, ante violaciones o amenazas a su ejercicio, cabe la acción de tutela para impetrar de los jueces inmediata y completa protección.*

*En torno a la igualdad de oportunidades se ha pronunciado ya la Corte en los siguientes términos:*

*"El concepto genérico de igualdad encuentra uno de sus desarrollos específicos en la llamada igualdad de oportunidades, que, sin desconocer las reales e inmodificables condiciones de desequilibrio fáctico, social y económico en medio de las cuales se desenvuelve la sociedad, exige de la autoridad un comportamiento objetivo e imparcial en cuya virtud, en lo que respecta a las condiciones y requisitos que ella puede fijar, otorguen las mismas prerrogativas y posibilidades a todos aquellos que tienen una determinada aspiración (ingreso a una plaza de trabajo o estudio, ascenso dentro de una carrera, reconocimiento de una dignidad o estímulo, culminación de un proceso académico, etc.)." (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-624 del 15 de diciembre de 1995. Subrayado fuera de texto).*

*En el fondo, la garantía constitucional que así se define y protege no consiste en nada diferente de impedir que, al iniciarse entre las personas -naturales o jurídicas- una competencia para alcanzar o conseguir algo -lo cual, en la materia objeto de revisión, se relaciona con la prestación de un servicio público mediante el acceso al espectro electromagnético-, alguno o algunos de los competidores gocen de ventajas carentes de justificación, otorgadas o auspiciadas por las autoridades respectivas con criterio de exclusividad o preferencia, o se enfrenten a obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionados en relación con los demás participantes.*

*Pretende la Constitución que en el punto de partida y a lo largo de la competencia, hasta su culminación, todos los competidores reciban igual trato, se les otorguen las mismas garantías e iguales derechos; se les permita el uso de los mismos instrumentos y medios de acción; se les cobije bajo las mismas normas y reglas de juego; se prevea para todos el mismo sistema de selección y calificación; se les evalúe y clasifique dentro de los mismos criterios, objetiva e imparcialmente, y se exija a todos un mismo nivel de responsabilidades. Obviamente, siempre sobre el supuesto de la equivalencia de situaciones y circunstancias (igualdad real y efectiva)." <sup>558</sup> (SFT)*

La igualdad, entonces, exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien sea por las circunstancias concretas que los afectan, o por las condiciones en medio de las cuales actúan<sup>559</sup>.

Inclusive, aun tratándose de casos en que las personas se hallen en igual situación, el derecho a la igualdad permite tratos diferenciados, cumplidos ciertos requisitos:

*"4.1. Para que quien aplique el derecho justifique un trato diferenciado debe probar tres elementos: 1) empírico: que se trate de casos diferentes; 2) normativo: que exista un fin normativo que justifique racional y proporcionalmente la diferencia de trato y 3) valorativo: que la medida adoptada sea adecuada -razonable- a la luz de los principios y valores constitucionales."<sup>560</sup>*

De ahí que, para establecer si una disposición jurídica es discriminatoria, se debe verificar i) si ella otorga un trato diferente a personas puestas en la misma situación de hecho, ii) si ese tratamiento persigue alguna finalidad que lo justifique constitucionalmente y iii) si la limitación a la igualdad era potencialmente adecuada para alcanzar tal finalidad.

Dicha aproximación a la igualdad se ha reflejado legalmente en el régimen de los servicios públicos. Por ejemplo, el literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de 2000, prohibía participar en el proceso de licitación y obtener concesiones de servicios PCS en cualquiera de las áreas de prestación del servicio, a los concesionarios de telefonía móvil celular, TMC, los operadores

<sup>558</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-182 de 1998, reiterada en la sentencia C-1268/2000.

<sup>559</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 1993

<sup>560</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 230 de 1994.

nacionales de trunking, sus empresas filiales, matrices, subordinadas; o sus accionistas con participación individual o conjuntamente de más del 30% y sus empresas matrices.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-815 de 2001, declaró exequible el mencionado artículo, señalando:

**"3.2. De la igualdad y la libertad de concurrencia**

*Por virtud del derecho fundamental a la igualdad que se encuentra reconocido en el artículo 13 de la Constitución Política, todos los ciudadanos tienen la posibilidad (libertad) de acceder, en igualdad de condiciones a las oportunidades y beneficios que ofrece el Estado.*

*De manera específica, en el artículo 75 de la Constitución Política, se dispone que "se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso" al uso del espectro electromagnético en los términos que fije la ley. En razón de ese mandato, cuando la ley contemple que para la prestación de un servicio público de telecomunicaciones concurren particulares, debe el Estado permitir el acceso a todos los posibles interesados que reúnan las condiciones de idoneidad técnica, económica y financiera que permitan asegurar la óptima ejecución del objeto de la concesión que se pretende adjudicar.*

*El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.*

*Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista. Dichas limitaciones deben ser fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dentro del ámbito de regulación propio de la actividad que va a ser objeto de concesión.*

*Otra modalidad de limitación de la libertad de concurrencia se deriva de la posibilidad que, tal como se ha señalado en el apartado anterior, tiene el Estado para establecer inhabilidades e incompatibilidades en el ámbito de la contratación estatal.*

*En ese contexto, es posible que el Estado, al regular las condiciones para la concesión de un determinado servicio de telecomunicaciones, establezca limitaciones, bajo la modalidad de prohibiciones que restrinjan el acceso a determinados agentes económicos y que se deriven o de la naturaleza de bien público del espectro electromagnético o de la condición de servicio público que la ley atribuye a los servicios de telecomunicaciones, o, en fin, como ocurre en el presente caso, de la necesidad de promover la libre competencia." (SFT)*

Por su parte, el artículo 74 de la Ley 142 de 1994, establece que la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, así como la de Agua Potable y Saneamiento Básico, "podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado." Al declarar ajustado a la Carta dicho artículo, señaló la Corte:

*"Ahora bien, es cierto que la norma no especifica qué posición o porcentaje (%) de participación de una empresa en el mercado autoriza a las Comisiones de Regulación para imponer un trato diferencial. Sin embargo, esto no implica desconocer la cláusula de reserva de ley, por cuanto solamente permite que sea un órgano especializado quien, de acuerdo con las dinámicas condiciones del mercado y las necesidades propias de cada sector, adopte los ajustes a que haya lugar dentro del marco de competencias definido por la ley y teniendo en cuenta los hechos previamente comprobados. Lo contrario, es decir, pretender que el Legislador individualice cada una de las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se podría requerir un tratamiento diferencial, implicaría exigir de él complejos conocimientos (técnicos y especializados) y una extrema capacidad predictiva, que en últimas podría afectar el cumplimiento de uno de los fines sociales del Estado.*

*La intervención de las Comisiones de Regulación mediante tratamientos diferenciales no puede ser concebida entonces como una censura al éxito empresarial de una compañía; es, más bien, un mecanismo de racionalidad instrumental diseñado para adoptar con celeridad los ajustes técnicos requeridos en un mercado donde la libre competencia y la iniciativa privada se encuentran constitucionalmente protegidas, pero cuyo fin último es la prestación eficiente y adecuada de servicios públicos<sup>561, 562</sup>.*

<sup>561</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-444 de 1998 y C-1162 de 2000, entre otras. Pie de página original correspondiente al No 46.

<sup>562</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-262 de 2013.

A su turno, el numeral 2 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019, establece que es función de la CRC *"Promover y regular la libre competencia y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado."* (SFT).

A nivel reglamentario, ha sido práctica usual la regulación en función de la posición de los proveedores en el mercado. Así, por ejemplo, en la regulación de las condiciones de acceso y uso del espectro radioeléctrico, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MINTIC- ha adoptado aproximaciones asimétricas: mediante la Resolución 250 de 2010, por la cual se establecieron las condiciones, los requisitos y se determinó el procedimiento para otorgar permisos para el uso de hasta 60 MHz de espectro radioeléctrico en la banda de 2.500 MHz a 2.690 MHz, el MINTIC estableció que el asignatario del espectro objeto de subasta no podía superar el tope de espectro establecido en el Decreto 4722 de 2009 (55 MHz), fuere directamente o a través de permisos otorgados a empresas que ejercieran control sobre el solicitante o a empresas que dependieran de dicho grupo de control, medida que tuvo por objeto y como efecto excluir de dicha subasta a los asignatarios de espectro IMT en ese momento (**COMCEL**, **MOVISTAR** y **TIGO**), y a todas aquellas empresas que tuvieran vínculos de control con dichos asignatarios de espectro, no solo para promover la competencia, sino para evitar la concentración del espectro radioeléctrico en manos de los operadores incumbentes.

Más recientemente, mediante Resolución 449 de 2013, por la cual se establecieron los requisitos y el procedimiento para otorgar permisos para el uso de hasta 225 MHz de espectro radioeléctrico en las bandas de 1.850 MHz a 1.990 MHz, 1.710 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.155 MHz (AWS) y 2.500 MHz a 2.690 MHz para la operación y prestación del servicio móvil terrestre, el MINTIC dispuso que no podían pujar por permisos para uso del espectro radioeléctrico en la banda AWS los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que hubieren sido declarados como operadores dominantes en el mercado de "Voz Saliente Móvil" (léase **COMCEL**) ni sus beneficiarios reales, directa o indirectamente a través de uniones temporales, consorcios, promesas de sociedad futura, ni como gestor o beneficiario de contratos de cuentas en participación o negocios semejantes, ni las empresas que tuvieran vínculos decisorios comunes con -o una participación relevante en- los mismos.

Tampoco fueron simétricas las condiciones de despliegue de red asociadas al permiso para el uso del espectro radioeléctrico asignado como resultado de este último proceso: unas fueron las condiciones para los asignatarios sin permisos previos para uso de espectro en bandas destinadas a IMT en Colombia, y otras para los asignatarios con permisos previos. De la misma manera, fueron asimétricas las condiciones de despliegue de red entre éstos últimos<sup>563</sup>.

La propia práctica regulatoria de la Comisión refleja aproximaciones asimétricas desde hace muchos años en materia regulatoria. Para citar algunos ejemplos, la Resolución 087 de 1997, acto administrativo de carácter general y abstracto por medio de la cual se regulaban en forma integral los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada (TPBC), establecía que los operadores que tuvieran una participación igual o superior al 60% en el respectivo mercado relevante, estarían sometidos al régimen regulado de tarifas, mientras los demás se sujetarían al régimen vigilado.

La Resolución CRT 463 de 2001, mediante la cual se fijaban cargos de acceso a redes de telefonía local, estableció tres diferentes grupos de operadores de dicho servicio en razón a su tamaño, y fijó un valor diferencial del cargo de acceso para cada uno de ellos.

Por su parte, la Resolución CRT 469 de 2002, acto administrativo de carácter general y abstracto mediante el cual se expidió el Régimen Único de Interconexión RUDI, disponía que cualquier operador con posición dominante en un mercado específico, podía ser obligado a ofrecer en forma desagregada el o los elementos de red o servicios que determinaran dicha situación a juicio de la CRT.

<sup>563</sup> Al respecto véase literal a. del párrafo 2 del numeral 1 del numeral 1º del Anexo 4 de la Resolución 449 de 2013 modificada por la Resolución 987 del mismo año.



También la Resolución CRT 1250 de 2005, acto administrativo de carácter general y abstracto, estableció dos grupos de operadores del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada Local TPBCL, y los sujetó a distintas condiciones especiales de fijación de tarifas minoristas.

Otro ejemplo es la Resolución CRT 1763 de 2007 mediante la cual se fijaban cargos de acceso a redes de telefonía local, la cual estableció dos diferentes grupos de operadores de dicho servicio en razón a su tamaño, y fijó un valor diferencial del cargo de acceso para cada uno de ellos.

A nivel particular y concreto, la Resolución CRT 2066 de 2009, confirmada mediante la Resolución CRC 2171 de 2009, y la Resolución CRC 4002 de 2012, confirmada mediante la Resolución CRC 4050 del mismo año, establecieron medidas regulatorias mayoristas y minoristas diferenciadas en relación con el proveedor **COMCEL**, debido a la posición dominante de dicho proveedor en el mercado "Voz Saliente Móvil", que se constató mediante Resolución CRT 2062 de 2009.

**5.5. La regulación por mercados relevantes, mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante y posición dominante en el mercado. Fundamento legal y reglamentario.**

Antes de la expedición de la Ley 1341 de 2009, la entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT contaba con facultades para promover la competencia, conferidas por la Ley 142 de 1994, la Ley 555 de 2000, y el Decreto 1130 de 1999, así como las Decisiones 439 y 462 de la Comunidad Andina.

Para aquella época el régimen de telecomunicaciones se estructuraba, además de las normas citadas, en función del Decreto Ley 1900 de 1990, por el cual se reformaron las normas y estatutos que regulaban las actividades y servicios de telecomunicaciones, y que había sido expedido con base en las facultades extraordinarias que confería el artículo 14 de la Ley 72 de 1989.

El 31 de julio de 2007, se expidió el Decreto 2870, reglamentario del Decreto Ley 1900 de 1990, por medio del cual se adoptaron medidas para facilitar la convergencia de los servicios y redes en materia de telecomunicaciones. Entre otras disposiciones, el Decreto 2870 establecía que:

- Para promover la competencia conforme al artículo 13 del Decreto Ley 1900 de 1990, los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, estarían obligados a poner a disposición y en conocimiento general, una oferta mayorista en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, garantizando la prestación de los servicios relacionados, y la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura, para lo cual la CRT definiría dentro de los seis (6) meses siguientes, los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de posición dominante en dichos mercados<sup>564</sup>.
- Los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, deberían ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, identificados como instalaciones esenciales, así como las cabezas de los cables submarinos y el bucle de abonado, según las condiciones técnicas y económicas que para el efecto estableciera la CRT, para efectos de lo cual dicha Comisión definiría dentro de los 6 meses siguientes, los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, la existencia de posición dominante en dichos mercados, así como la oferta respectiva de elementos desagregados de red<sup>565</sup>.
- Sin perjuicio de los plazos previstos en los artículos 10 y 13, la CRT debería adecuar dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del Decreto, el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones, en ambiente de convergencia tecnológica, con excepción de los servicios de Radiodifusión Sonora y Televisión, de tal manera que se orientara a una regulación por mercados relevantes, acorde con las necesidades de los usuarios, la promoción efectiva de la competencia en el sector de telecomunicaciones, la obligación de interconexión e interoperabilidad de todas las redes de telecomunicaciones del Estado y los postulados

<sup>564</sup> Artículo 10. Aplicación de la oferta mayorista.

<sup>565</sup> Artículo 13. Obligaciones especiales para operadores con posición dominante.

de la sociedad de la información previstas en las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales, vinculantes para Colombia<sup>566</sup>.

En virtud de tal normativa, la CRT expidió la Resolución 2058 del 24 de febrero de 2009, "*Por la cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes y para la existencia de posición dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones*".

Dicha resolución tuvo por objeto establecer de manera integral las condiciones, metodologías y criterios para: **a)** la definición de mercados relevantes de servicios de telecomunicaciones en Colombia; **b)** la identificación de las condiciones de competencia de los mercados analizados; **c)** la determinación de la existencia de posición dominante en los mismos; y **d)** la definición de las medidas aplicables en los mismos<sup>567</sup>.

En desarrollo de tal objeto, la resolución incorpora los principios de la regulación por mercados relevantes<sup>568</sup>; los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes<sup>569</sup>; los criterios para determinar mercados de servicios de telecomunicaciones sujetos a regulación ex ante<sup>570</sup>; la lista de mercados relevantes<sup>571</sup>; la lista de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante<sup>572</sup>; los criterios para la definición de posición dominante en mercados relevantes sujetos a regulación ex ante<sup>573</sup>; y los parámetros de adopción de las medidas regulatorias necesarias para solucionar los problemas de competencia identificados<sup>574</sup>.

Siendo una técnica económica de regulación de mercados, la regulación ex ante por mercados relevantes considerando la posición dominante de uno o varios agentes en el mercado, tenía ya a esta altura un sólido fundamento legal.

En efecto, en la Ley 671 de 2001, aprobatoria del "*Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa*" se establecieron los siguientes principios relevantes para la expedición de regulación *ex ante*:

*"Definiciones*

*(...)*

*Un proveedor importante es un proveedor que tenga la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y de suministro) en un mercado dado de servicios de telecomunicaciones básicas como resultado de:*

*a) El control de las instalaciones esenciales; o*

*b) La utilización de su posición de mercado.*

*1. Salvaguardias de la competencia*

*1.1 Prevención de las prácticas anticompetitivas en la esfera de las telecomunicaciones*

*Se mantendrán medidas adecuadas con el fin de impedir que aquellos proveedores que, individual o conjuntamente, sean un proveedor importante empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas.*

*1.2 Salvaguardias*

*Las prácticas anticompetitivas a las que se hace referencia supra incluirán, en particular, las siguientes:*

*a) Realizar actividades anticompetitivas de subvención cruzada;*

*b) Utilizar información obtenida de competidores con resultados anti-competitivos; y*

<sup>566</sup> Artículo 18. Adecuación de la regulación.

<sup>567</sup> Artículo 1.

<sup>568</sup> Artículo 3.

<sup>569</sup> Artículos 5 y 6.

<sup>570</sup> Artículo 7.

<sup>571</sup> Artículo 8 y Anexo 1.

<sup>572</sup> Artículo 9 y Anexo 2.

<sup>573</sup> Artículo 10.

<sup>574</sup> Artículo 11.

*c) No poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios.*

## *2. Interconexión*

*2.1 Este artículo se refiere al enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, con objeto de que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos.*

### *2.2 Interconexión que se ha de asegurar*

*La interconexión con un proveedor importante quedará asegurada en cualquier punto técnicamente viable de la red. Esta interconexión se facilitará:*

*a) En términos y condiciones (incluidas las normas y especificaciones técnicas) y con tarifas que no sean discriminatorias, y será de una calidad no menos favorable que la facilitada para sus propios servicios similares o para servicios similares de proveedores de servicios no afiliados o para sus filiales u otras sociedades afiliadas;*

*b) En una forma oportuna, en términos y condiciones (incluidas las normas y especificaciones técnicas) y con tarifas basadas en el costo que sean transparentes y razonables, tengan en cuenta la viabilidad económica, y estén suficientemente desagregados para que el proveedor no deba pagar por componentes o instalaciones de la red que no necesite para el suministro del servicio; y*

*c) Previa solicitud, en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red ofrecidos a la mayoría de los usuarios, a un precio que refleje el costo de construcción de las instalaciones adicionales necesarias”.*

Como puede observarse, las normas transcritas permiten la expedición de regulación *ex ante* con el fin de prevenir la realización de prácticas anticompetitivas en todo el sector de telecomunicaciones. Estas normas le ordenan al Estado mantener medidas adecuadas con el fin de impedir que aquellos proveedores que, individual o conjuntamente sean un proveedor importante, empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas.

En segundo lugar, las normas supranacionales expedidas en el seno de la Comunidad Andina guardan gran simetría con las normas destacadas de la Organización Mundial del Comercio. En efecto, la Decisión 462 de la CAN, dispone, entre otros aspectos, lo siguiente:

*"ART. 2º—Definiciones. Para los efectos de la presente decisión, se entiende por:  
(...)*

*Proveedor importante. Proveedor que, conforme a lo definido por la autoridad nacional competente, tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación, desde un punto de vista de los precios y del suministro, en un mercado dado de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones como resultado de:*

*a) El control del acceso a las instalaciones esenciales, o*

*b) La utilización de su posición en el mercado”.*

La Ley 1341 de 2009, a su turno y como se ha explicado, dispuso que la CRC era 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.

Su artículo 22, según se ha señalado, le asigna en su numeral 2º la función de promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado. El numeral 4º, a su turno, le confiere competencia para regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, *hacia una regulación por mercados.*

Ahora bien, la Resolución CRT 2058 de 2009 se fundamentó, desde una perspectiva conceptual, en el marco regulador de las comunicaciones electrónicas (New Regulatory Framework NRF) de la Unión Europea, compuesto de una Directiva Marco, cuatro Directivas específicas (de autorización, de acceso, de servicio universal, y protección de datos) y una Decisión (espectro radioeléctrico). Así se desprende tanto de los antecedentes administrativos de la resolución<sup>575</sup>, como de su contenido mismo, en especial lo previsto en el artículo 7, que define los criterios que se aplican para determinar aquellos mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante.

La regulación ex ante, en el marco regulatorio de las comunicaciones electrónicas de Europa, tiene su origen en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco), que dispone que **i)** existe la necesidad de imponer obligaciones ex ante en determinadas circunstancias para garantizar el desarrollo de un mercado competitivo<sup>576</sup>; y **ii)** resulta esencial que las obligaciones reglamentarias ex ante sólo puedan imponerse cuando no exista competencia efectiva, esto es, en los mercados en los que existan una o más empresas con un peso significativo, y cuando las soluciones previstas en la legislación sobre competencia nacional y comunitaria no basten para remediar el problema<sup>577</sup>.

La definición de peso significativo en el mercado (PSM), contenida en la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP), se adaptó para ajustarla a mercados más complejos y dinámicos, razón por la cual la definición utilizada en la Directiva Marco es equivalente al concepto de posición dominante definido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas<sup>578</sup>.

Para esos efectos, su artículo 15 señala que la Comisión Europea (CE) adoptará, de conformidad con los principios del Derecho de la Competencia, una recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios, en la que se enumerarán los mercados de productos y servicios del sector de las comunicaciones electrónicas cuyas características pueden justificar la imposición de las obligaciones reglamentarias establecidas en las directivas específicas, sin perjuicio de los mercados que puedan definirse en casos concretos en virtud del Derecho de la Competencia.

Fue así como la Comisión Europea expidió la Recomendación del 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE, cuya finalidad era identificar los mercados de productos y servicios en los que podría estar justificada tal tipo de regulación.

Entre otros aspectos, la citada recomendación dispuso que, al identificar los mercados de conformidad con los principios de la legislación sobre competencia, se debían aplicar tres criterios: El primero, la presencia de obstáculos a la entrada considerables y no transitorios, fueran de carácter estructural, legal o reglamentario; el segundo selecciona solamente aquellos mercados cuya estructura no tienda hacia una competencia efectiva dentro del horizonte temporal pertinente e implica el examen de la situación de la competencia detrás de estos obstáculos a la entrada; y el tercero, que la mera aplicación de la legislación sobre competencia no permita hacer frente de manera adecuada a los fallos del mercado en cuestión.

En el caso europeo, existe entonces la figura de "mercados susceptibles de regulación ex ante", esto es, aquellos en los que se cumplen los tres criterios del test, y de otra parte la de "regulación ex ante", es decir, aquella que se aplica en mercados donde no existe competencia efectiva por existir algún operador con PSM (posición dominante).

<sup>575</sup> CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES CINTEL. Definición de mercados relevantes en la industria de las telecomunicaciones en Colombia bajo un ambiente de convergencia tecnológica. Primer Informe Marco teórico y experiencia en Europa, y Segundo Informe. Servicios de Asistencia Técnica. Contrato Interadministrativo 02 de 2007. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES CRT. Propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia. Coordinación de regulación. Febrero de 2008; Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia. Agosto de 2008; Propuesta regulatoria para la Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia. Coordinación de Regulación. Diciembre de 2008.

<sup>576</sup> Directiva 2002/21/CE. Numeral 25.

<sup>577</sup> Directiva 2002/21/CE. Numeral 27.

<sup>578</sup> Directiva 2002/21/CE. Numeral 25.

Una lógica similar adopta la Resolución CRT 2058 de 2009. En las consideraciones incorporadas en la resolución, la CRT señala que:

- ✓ La jurisprudencia constitucional ha resaltado que los derechos deben ser protegidos no solo frente a vulneraciones **sino también frente a amenazas**, en la medida en que el Estado no debe esperar a que se materialice la violación de un derecho para actuar en procura de su protección, si puede **intervenir para evitar su violación**.
- ✓ El concepto de amenaza de un derecho aparece a lo largo de la Carta de Derechos y, en el ámbito de los derechos económicos y de la intervención del Estado en la economía, la Constitución señala, en lo que respecta al derecho a la libre competencia, que *"El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional"* (Artículo 333, en su penúltimo inciso)."
- ✓ Conforme lo anterior, la facultad regulatoria de la Comisión en relación con los diferentes servicios de telecomunicaciones, en aras de responder a la realidad del mercado, implica la utilización de diversos instrumentos o metodologías de intervención, en la medida en que éstos sean adecuados a la dinámica propia del sector, a efectos de lo cual considera que la metodología basada en la definición de mercados relevantes y análisis de las condiciones de competencia en los mismos, es la más apropiada dentro del contexto de los mercados de telecomunicaciones en Colombia.
- ✓ En un análisis por mercados relevantes se estudian las presiones competitivas a las que se enfrentan las empresas, identificando cuáles son los agentes en el mercado, y cual la fuerza que cada uno de los mismos ejerce para influenciar la conducta de sus competidores, razón por la cual no se trata de un ejercicio jurídico en estricto sentido, sino del desarrollo de una metodología de carácter económico que se utiliza para asegurar que las medidas regulatorias que han de aplicarse a los servicios, se fundamenten en criterios y condiciones de orden económico *"como son los análisis de las condiciones de competencia, la existencia de posición dominante y la presencia de fallas en el mercado, que ameriten la imposición de medidas regulatorias ex ante específicas"*.
- ✓ Que la regulación ex ante, *"entendida como aquélla que se expide en orden a promover la competencia en el mercado, así como corregir las fallas que se presenten en el mismo"*, es una herramienta primordial de intervención estatal en la economía para garantizar condiciones homogéneas y económicamente viables para el normal desarrollo de la competencia efectiva en aquellos mercados que, dados sus problemas de competencia, ameriten dicha intervención.

Con base en tales consideraciones, el artículo 4 define tres conceptos: **el mercado relevante, el mercado relevante susceptible de regulación ex ante, y las medidas regulatorias.**

**El mercado relevante** es aquel mercado compuesto por un servicio o un grupo de servicios, en un área geográfica específica, que pueden percibirse como sustituibles entre sí, en el cual un monopolista hipotético podría incrementar los precios en una cantidad pequeña pero significativa de manera permanente y de forma rentable, incluyendo los mercados compuestos por elementos o funciones de los servicios que se consideran sustituibles entre sí.

De acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Resolución CRT 2058 de 2009, para determinar mercados relevantes la CRC debe realizar un análisis de sustituibilidad de la demanda, que tendrá en cuenta la respuesta de los agentes en el mercado y su reacción de consumo respecto a variaciones de precios, presencia de nuevos operadores y ofertas de nuevos productos, entre otros y, con base en tal análisis y previa aplicación del test del monopolista hipotético, procederá a identificar los mercados minoristas y mayoristas de telecomunicaciones con el fin de determinar los servicios que componen cada uno de los mercados.

**A su turno, el mercado relevante susceptible de regulación ex ante** es el mercado relevante de productos y servicios de telecomunicaciones, en un área geográfica específica, que por cuyas condiciones de competencia, requiere el establecimiento de medidas regulatorias por parte de la CRT.

Para determinar cuáles de los mercados relevantes identificados según los artículos 5 y 6 de la citada resolución son susceptibles de regulación ex ante, se deben aplicar los criterios previstos en el artículo 7 de la misma resolución:

**"ARTÍCULO 7. CRITERIOS PARA DETERMINAR MERCADOS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SUJETOS A REGULACIÓN EX ANTE.** *Los criterios que se aplican para determinar aquellos mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante, son los siguientes:*

*a) Análisis actual de las condiciones de competencia en el mercado. Es el análisis de la organización industrial y de las barreras a la entrada técnicas, económicas y normativas que se realiza con el fin de caracterizar el nivel actual de la competencia de los servicios. Con este fin, se hace un análisis en el ámbito geográfico para agrupar los municipios, que tienen condiciones de competencia comunes. En caso de evidenciarse la existencia de fallas de mercado a nivel minorista, se estudian los mercados de insumos (mayoristas) dentro de la cadena de valor de dichos mercados.*

*b) Potencial de competencia en el corto y mediano plazo. Debido a la rápida expansión tanto tecnológica como de coberturas en los mercados de telecomunicaciones, es necesario revisar si en un horizonte de corto o mediano plazo se espera que se intensifique la competencia en el mercado.*

*c) Aplicación del derecho de competencia. Se estudia la efectividad de la aplicación del derecho de competencia para corregir fallas de mercado mediante regulación ex post."*

Finalmente, las **Medidas Regulatorias** son definidas en el artículo 4 de la citada resolución como aquellas medidas generales o particulares adoptadas por la CRC *"con el fin de solucionar problemas según sean las condiciones de competencia de los mercados de telecomunicaciones."*

Un antecedente mediato de la propuesta regulatoria que culminaría en la Resolución 2058<sup>579</sup>, señala que la aplicación de la regulación ex ante viene dada principalmente por la existencia de fallas de mercado, que en términos económicos indican aquellas situaciones en donde la libre interacción entre oferta y demanda no permite lograr la maximización del bienestar de la sociedad, razón por la cual tal tipo de regulación es una herramienta primordial para garantizar condiciones homogéneas y económicamente viables para el normal desarrollo de la competencia efectiva en los mercados. Igualmente, sostiene que otras consideraciones sobre la pertinencia de la regulación ex ante están dadas también por la presencia de barreras de entrada, tanto de tipo estructural como regulatorio<sup>580</sup>.

Considerando lo anterior en su conjunto, es claro que **el mercado relevante susceptible de regulación ex ante es aquel mercado relevante que** requiere la adopción de medidas regulatorias generales o particulares orientadas a solucionar los problemas de competencia constatados, cuando, analizadas las condiciones actuales de competencia de dicho mercado, se observan fallas en su funcionamiento que no pueden ser superadas en el corto y mediano plazo (dinámica de mercado), como tampoco por la aplicación de las normas ex post del derecho de competencia.

A su turno, la **regulación ex ante** está constituida por las medidas regulatorias requeridas en un mercado relevante susceptible de regulación ex ante para mitigar o corregir los problemas de competencia o fallas de mercado.

Al igual que sucede con el marco regulador europeo, la aplicación de los tres criterios acumulativos para determinar si un mercado es susceptible de regulación ex ante, no requiere analizar si uno o varios proveedores ostentan poder sustancial de mercado, o su expresión jurídica, la posición dominante en el mercado, cuestión que se analiza una vez determinado que el mercado respectivo es susceptible de regulación ex ante.

Es ello lo que se desprende del artículo 10 de la resolución en comento, según el cual *"Para establecer los operadores que ostentan posición dominante en un mercado relevante susceptible de regulación ex ante, la CRT realizará un análisis de competencia en el cual se tenga en cuenta, entre otros criterios, los indicadores de concentración y de participación de los operadores en el mercado, así como un análisis prospectivo de la evolución del mercado."* (SFT)

<sup>579</sup>CRT. Propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia Coordinación de regulación. Febrero de 2008.

<sup>580</sup> Ibidem Pág. 11.

De esa manera, uno viene a ser el análisis de competencia que se realiza para determinar mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante* (test de los tres criterios), y otro, adicional y más detallado, el que se lleva a cabo para determinar, en el respectivo mercado relevante susceptible de regulación *ex ante*, la existencia o no de posición dominante de uno o varios de los agentes.

Y en aquel mercado susceptible de regulación *ex ante* en el que se constate que uno o varios agentes ostentan posición dominante u otros problemas de competencia o fallas de mercado, la Comisión procede a adoptar medidas regulatorias, esto es, aquellas medidas generales o particulares requeridas para solucionar problemas según sean las condiciones de competencia de los mercados de telecomunicaciones.

Dos diferencias -una formal y otra sustancial- separan al régimen regulatorio contenido en la Resolución 2058 del régimen europeo: la primera es que mientras que en el europeo se utiliza el término Poder Significativo de Mercado (PSM), como equivalente al de "Posición Dominante", la Resolución CRT 2058 utiliza directamente este último, que aparece definido en el Decreto 2870 de 2007, como la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado por parte de alguno o varios participantes en el mismo, definición sustancialmente igual a la prevista en el artículo 45 del Decreto 2152 de 1992.

La segunda diferencia estriba en que, mientras el régimen europeo considera que la regulación *ex ante* sólo procede cuando un mercado no se halle sujeto a competencia efectiva, lo cual ocurre solamente cuando uno o varios operadores tienen PSM, el régimen colombiano dispone que la regulación *ex ante* procede para solucionar problemas de competencia en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante*, de los cuales la dominancia -o si se quiere, el PSM asociado a ella-, es uno, pero no el único.

En suma, a la luz de lo expuesto en esta sección, resulta claro que la CRC es competente para adelantar la presente actuación con miras a constatar o no si **COMCEL** ostenta posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* "Servicios Móviles" y, a partir de ello, determinar la posibilidad de adoptar medidas diferenciadas con el objetivo de solucionar los problemas de competencia que puedan configurarse en dicho mercado.

## 6. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el presente acápite se estudian los aspectos procesales que **COMCEL** ha puesto de presente en los diferentes documentos allegados dentro del trámite administrativo, particularmente en su comunicación de fecha 17 de abril de 2017, en el documento titulado "Alegatos de conclusión" y en el documento del 4 de junio de 2020, en lo relativo al inicio de la presente actuación administrativa. Todos ellos fueron agrupados en esta sección, por guardar relación directa con el derecho fundamental al debido proceso.

Por razones metodológicas, los argumentos de **COMCEL** serán agrupados y abordados de la siguiente manera: (i) sobre el inicio de la actuación administrativa de dominancia en relación con un mercado que para **COMCEL** es inexistente; (ii) sobre el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción de **COMCEL**; (iii) sobre la supuesta nulidad de la actuación administrativa tendiente a declarar la posición de dominio e imponer medidas de carácter regulatorio; (iv) sobre la supuesta violación de la confianza legítima de **COMCEL**; (v) sobre la crítica a la información referenciada por la CRC y reportada por la empresa Tarifica; (vi) sobre las presuntas vulneraciones al debido proceso y el sustento legal del procedimiento administrativo dado a la actuación particular; y (vii) sobre el trámite de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

### 6.1. Sobre el inicio de la actuación administrativa de dominancia en relación con un mercado que para **COMCEL** es inexistente

En su documento de observaciones de fecha 17 de abril de 2017, **COMCEL** indica que el acto administrativo mediante el cual se dio inicio a la presente actuación administrativa "tuvo como sustento el documento denominado "Consulta pública- revisión de los mercados de servicios móviles" el cual, se expresa, fue publicado con fundamento en la Resolución No. 2058 de 2009 y

*en la Resolución 5108 de 2017 mediante la cual se establecieron medidas regulatorias a los mercados móviles y tenía como objetivo realizar un diagnóstico de los mercados de voz saliente móvil, datos (acceso a internet) por suscripción y datos (acceso a internet) por demanda”.*

Al hacer referencia al inicio de la actuación administrativa, **COMCEL** pone de presente que en la parte considerativa de dicha resolución se hace referencia a que el día 22 de febrero de 2017 en Sesión de Comisión se ordenó el inicio de esta actuación de carácter particular, lo cual consta además en el Acta de Sesión de Comisión No. 345 de esa misma fecha.

También señala allí que la Resolución mediante la cual se creó el mercado denominado “Servicios Móviles” y se le dio categoría de mercado susceptible de regulación *ex ante* es de fecha posterior, pues, en su criterio, es imposible no advertir que el acto fue expedido el día 23 de febrero de 2017 y publicado el 24 de ese mismo mes en el Diario Oficial, por lo que se pregunta cómo es posible que desde el día 22 de febrero se ordene el inicio de la actuación administrativa para establecer una posición de dominio de un mercado que solo fue creado un día después, asunto reiterado en el documento denominado “alegatos de conclusión” y en el documento del 4 de junio de 2020.

Por ello, considera **COMCEL** que el acto de apertura de la presente actuación administrativa adolece de falsa motivación, pues se ordenó su inicio cuando todavía no existía el mercado respecto del cual se iba a adelantar la respectiva investigación, afirmando que: *“La situación que se plantea, se insiste, conduce inexorablemente a que CRC (sic) adecúe su actuación al marco de la legalidad y eche atrás el procedimiento irregular al que ha dado inicio, entre otras por la evidente falsa motivación del acto de apertura que refiere como soporte de su expedición un hecho inexistente al momento de darle vida a la decisión de la administración”.*

Valga señalar que el argumento descrito también fue plasmado en el documento allegado por **COMCEL** bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020.

#### **Consideraciones de la CRC:**

En primer lugar, y en la medida en que **COMCEL** afirma que el acto administrativo mediante el cual se dio inicio a la presente actuación administrativa *“tuvo como sustento el documento denominado “Consulta pública- revisión de los mercados de servicios móviles”, vale la pena recordar que el fundamento de la apertura de la actuación administrativa se encuentra en la Resolución CRC 5110 de 2017, “Por la cual se da inicio a una actuación administrativa de carácter particular y concreto tendiente a la constatación o no, de la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. en el mercado susceptible de regulación ex ante “Servicios Móviles”, y la revisión y el análisis respecto de la posibilidad de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo”, en la cual claramente se determinó que el objeto de la actuación particular es determinar si hay lugar o no a la constatación de posición dominante de **COMCEL** en el mercado susceptible de regulación ex ante “Servicios Móviles” (definido como tal en la resolución de carácter general CRC 5108 de 2017, como se explicará en detalle más adelante) y, en caso de constatarse esa situación, revisar y analizar la procedencia o no de la adopción de eventuales medidas regulatorias particulares relativas a: “1. Eventual reducción acelerada de la remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de voz; 2. Eventual implementación de una senda creciente de remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de datos; 3. Eventual aplicación de un test de replicabilidad económica; 4. Eventual prohibición de discriminación tarifaria por razón geográfica y/o tipo de usuario. Lo anterior según lo expuesto en el “Documento Soporte- Intervención de Carácter Particular en el Mercado “Servicios Móviles”, el cual hace parte integral de la presente resolución.”.*

De esta manera, el objeto de la actuación administrativa particular no versa sobre el documento denominado *“Consulta pública- revisión de los mercados de servicios móviles”, el cual sólo se cita como antecedente relevante en la Resolución CRC 5110 de 2017, sino sobre la existencia o no de posición dominante de **COMCEL** en el mercado de “Servicios Móviles” y, en caso de constatarse esa situación, revisar y analizar la procedencia o no de eventuales medidas regulatorias particulares, como se expuso detalladamente en el documento soporte que se acompañó a la mencionada Resolución CRC 5110 y que fue puesta en conocimiento de **COMCEL** para el ejercicio de su derecho de defensa, para lo cual se concedió un plazo inicial de 15 días hábiles que se adicionaron por 30 días calendario.*



Tan evidente ha sido lo anterior a lo largo del presente trámite, que incluso desde su inicio y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, la Comisión comunicó a **COMCEL** la Resolución CRC 5110 de 2017, así como el Documento Soporte - Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios Móviles", en la cual se fundamentó la apertura de la actuación particular, para que, de conformidad con lo indicado en el artículo 4 de la citada Resolución, **COMCEL** se hiciera parte en la actuación administrativa particular y remitiera sus comentarios y observaciones, solicitara el decreto y práctica de pruebas, y ejerciera su derecho de defensa y contradicción en los términos del CPACA.

Al respecto, vale recordar que en respuesta a una solicitud presentada por **COMCEL** el 7 de marzo de 2017 dentro del presente trámite administrativo, esta Comisión mediante oficio del 14 de marzo de 2017 con radicado de salida CRC No. 2017551410<sup>581</sup>, expuso nuevamente cuál era el objeto, alcance y propósito de la actuación administrativa:

*"Al respecto, lo primero que debe decirse es que el objeto, motivación y alcance de la actuación administrativa de carácter particular a la que hace referencia en su comunicación, fue delimitada de manera expresa en la Resolución CRC 5110 de 2017, así como en el documento soporte, documentos que le fueron comunicados mediante carta de radicado interno No. 2017537286, radicada en las oficinas de COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., COMCEL S.A. el día 24 de febrero de 2017.*

*En efecto, el artículo 1 de la Resolución CRC 5110 antes mencionado expresamente dispuso lo siguiente:*

*"Dar inicio a una actuación administrativa de carácter particular y concreto, con observancia de los principios que informan tales actuaciones, tendiente a determinar si hay o no lugar a la posible constatación de posición dominante de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., así como respecto de la posibilidad, en caso de constatar esa situación, de revisar y analizar la adopción de las eventuales medidas regulatorias particulares que se enuncian a continuación: 1. Eventual reducción acelerada de la remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de voz; 2. Eventual implementación de una senda creciente de remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de datos; 3. Eventual aplicación de un test de replicabilidad económica; 4. Eventual prohibición de discriminación tarifaria por razón geográfica y/o tipo de usuario. Lo anterior según lo expuesto en el "Documento Soporte- Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios Móviles", el cual hace parte integral de la presente resolución."*

*Teniendo en cuenta lo anterior, debe tenerse presente que esta Comisión ya ha remitido y comunicado a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. la información de sustento y motivación del inicio de la actuación administrativa de la referencia, la cual, en todo caso, se anexa a la presente comunicación en un CD en formato PDF que permita realizar búsquedas y la copia de su texto. Así mismo, se anexa en formato Excel la información fuente que alimentó las gráficas y demás figuras contenidas en el documento soporte varias veces mencionado.*

*De otra parte, y como es de su conocimiento, en la página web de de la entidad se encuentran disponibles todos los análisis y estudios adelantados en el trámite del proyecto regulatorio "Revisión de Mercados de Servicios Móviles"<sup>[582]</sup> y del proyecto regulatorio "Condiciones para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional"<sup>[583]</sup>, que tuvieron como efecto la expedición de las Resoluciones CRC 5108 y 5107 de 2017, respectivamente, tales como los documentos soporte, el modelo de costos eficientes de redes móviles y el estudio de usos y hábitos de usuarios de servicios móviles."*

Lo anterior evidencia sin duda alguna cuál es el objeto y alcance de la presente actuación administrativa, así como también que **COMCEL** ha conocido dicho objeto y sobre el mismo ha desarrollado y ejercido ampliamente su derecho de defensa y contradicción. En efecto, **COMCEL** en su comunicación de fecha 17 de abril de 2017 expresamente indicó que debía ejercer su derecho de defensa respecto de los argumentos contenidos en el documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, como se verá más adelante (sección 6.2.).

La tesis de **COMCEL** parte de su desconocimiento de la estructura de toma de decisiones de esta Comisión. En efecto, el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009 dispone que la CRC 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 de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad.

<sup>581</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 49-50.

<sup>582</sup> <https://www.crc.com.gov.co/es/pagina/revision-de-los-mercados-de-servicios-moviles>.

<sup>583</sup> <https://www.crc.com.gov.co/es/pagina/instalacion-esencial-ran>.

Para el momento del inicio de la actuación, el artículo 20 de la citada Ley, modificado por el artículo 207 de la Ley 1753 de 2015, establecía que, para el cumplimiento de sus funciones, la CRC tenía la siguiente composición:

*"El Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, o el Viceministro general como su delegado, el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Subdirector como su delegado, y tres (3) comisionados de dedicación exclusiva para períodos de cuatro (4) años, no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa. Los comisionados serán designados por el Presidente de la República los cuales podrán ser abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones o economistas. En todo caso, al menos un comisionado deberá ser ingeniero."*

En concordancia con ello, al momento del inicio de la actuación, el Decreto 89 de 2010, en su artículo 5, establecía que, para el cumplimiento de sus funciones, la CRC tenía la siguiente estructura

"1. Comité de Comisionados

2. Dirección Ejecutiva

2.1 Coordinación Ejecutiva"

El Comité de Comisionados, según el artículo 6 de tal Decreto, tenía como funciones, entre otras, las siguientes:

*"3. Presentar a la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC propuestas de regulación general y particular tendientes a desarrollar las funciones de la CRC de que trata la Ley 1341 de 2009 y demás normas que le asignen funciones.*

*4. Proponer a la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC, las medidas necesarias para promover la competencia, evitar el abuso de la posición dominante, construir un mercado competitivo, maximizar el bienestar de los usuarios, lograr que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad, y reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores cuando previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado.*

(...)

*6. Presentar a la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC, propuestas de regulación de los precios de los servicios de telecomunicaciones cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla en el mercado o cuando la calidad de los servicios ofrecidos por los proveedores de redes y servicios, no se ajuste a los niveles exigidos.*

*7. Proponer a la Comisión de Regulación de Comunicaciones --CRC, proyectos de regulación relacionados con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes; los parámetros de calidad de los servicios; los criterios de eficiencia del sector y la medición de indicadores sectoriales para avanzar en la sociedad de la información; y en materia de solución de controversias entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones."*

A su turno, la Resolución CRT 2242 de 2009, vigente en la época en la que inició la presente actuación, por la cual se dicta el reglamento interno de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, establecía en su Capítulo II -ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO- que:

- La CRC sesionaba ordinariamente una vez por mes, en el día, hora y lugar en que fuera convocada por el Director Ejecutivo de la CRC, y extraordinariamente cuando hubiera sido citada para ello por el Director Ejecutivo<sup>584</sup>.
- Las Sesiones de la CRC podían ser virtuales y se dejaba constancia de ello y del medio técnico utilizado para la comunicación de sus miembros y de las decisiones adoptadas por éstos, en el acta respectiva, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio<sup>585</sup>.

<sup>584</sup> Artículo 6.

<sup>585</sup> Ibidem.

- De las conclusiones y decisiones a las que se llegaba en las diferentes sesiones de la CRC, se dejaba constancia en actas, las cuales para su validez debían ser aprobadas por la misma Comisión y suscritas por el Director Ejecutivo de la CRC y por el Coordinador Ejecutivo de la CRC, quien actuaba como Secretario de la misma<sup>586</sup>.

En ese contexto, el artículo 8 de la Resolución CRT 2242 de 2009 disponía:

*"ARTÍCULO 8. ACTOS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. Modificado por el artículo 3 de la Resolución 4840 de 2015. Las decisiones de la Comisión se denominarán Resoluciones, las cuales serán numeradas consecutivamente y serán suscritas por el Presidente de la Sesión y el Director Ejecutivo de la CRC.*

*En caso de que en los términos del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, se declare procedente el impedimento o la recusación contra el Director Ejecutivo, los actos administrativos de la Comisión serán suscritos por el Comisionado que se designe para el efecto en la respectiva Sesión de Comisión.*

*En los casos en que haya sido delegada expresamente alguna facultad en el Director Ejecutivo, el acto administrativo que se expida deberá indicar que el mismo ha sido previamente aprobado por el Comité de Comisionados, salvo las excepciones que en el acto de delegación se establezcan expresamente sobre este particular".*

Corolario de lo anterior, es que los actos o decisiones de la CRC, denominados "Resoluciones", eran el resultado del adelantamiento de una serie de pasos y requisitos previos necesarios para su validez. Así, el borrador de acto regulatorio se presentaba, discutía y aprobaba en el seno del Comité de Comisionados, ocurrido lo cual dicho Comité presentaba el respectivo proyecto regulatorio en el seno de la Sesión de Comisión -integrada como lo preveía el artículo 20 de la Ley 1341- para que esta instancia, a su turno, lo discutiera y aprobara o no. Aprobado en sesión el proyecto presentado, se procedía a expedir la respectiva resolución, numerada consecutivamente y suscrita por quien actuaba como Presidente de la Sesión en la que se aprobaba el proyecto y por el Director Ejecutivo, a fin de, posteriormente, publicarlo en el Diario Oficial si se trata de un acto administrativo de carácter general y abstracto, o se notificase al interesado, de ser un acto administrativo de carácter particular y concreto.

Pues bien, lo que aquí ha ocurrido en nada difiere de lo que se ha descrito. Una vez surtido el procedimiento al que se refiere el Decreto 1078 de 2015<sup>587</sup>, en el seno del Comité de Comisionados se presentó, discutió y aprobó el borrador de Resolución "Por la cual se modifican la Resolución CRT 1763 de 2007, los Anexos 01 y 02 de la Resolución CRT 2058 de 2009, la Resolución CRC 3136 de 2011, y se dictan otras disposiciones". Dicho Comité, a su turno, presentó a la Sesión de Comisión llevada a cabo el 22 de febrero de 2017, el proyecto de Resolución "Por la cual se modifica la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones", el cual, entre otras disposiciones, incluía el mercado de "Servicios Móviles" en la lista de mercados relevantes y mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante.

En dicha sesión la Comisión aprobó el mencionado proyecto y a continuación aprobó otras dos cosas: de una parte, ordenó que se iniciara una actuación administrativa de carácter particular y concreto respecto de **COMCEL** con el fin de constatar, o no, su posición dominante en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles"; actuación particular que, naturalmente, sólo podía iniciarse una vez hubiera sido expedida, conforme el artículo 8 de la Resolución CRC 2242 de 2009, la resolución que incluía el mercado de "Servicios Móviles" en la lista de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante; de otra parte, aprobó delegar en el Director Ejecutivo el inicio de la actuación administrativa particular en relación con **COMCEL**.

Y así ocurrió: finalizada la sesión del día 22 de febrero de 2017, al día siguiente, 23 de febrero, la CRC expidió, en la forma prevista en el artículo 8 de la Resolución CRC 2242 de 2009, la Resolución CRC 5108 de 2017, suscrita por el Presidente de la Sesión del 22 de febrero de 2017 en que su expedición fue aprobada, así como por el Director Ejecutivo de la CRC, mediante la cual se modificó la Resolución CRC 5050 de 2016 incluyendo el mercado de "Servicios Móviles" tanto en la lista de mercados relevantes como en la de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante. Dicha resolución fue publicada en el Diario Oficial No. 50.156 de 23 de febrero de 2017.

<sup>586</sup> Ibid.

<sup>587</sup> TÍTULO 13.

De igual manera, el 23 de febrero de 2017 la CRC expidió, también en la forma prevista en el artículo 8 de la Resolución CRC 2242 de 2009, la Resolución CRC 5109 de 2017, suscrita por el Presidente de la Sesión del 22 de febrero de 2017, así como por el Director Ejecutivo de la CRC, mediante la cual se delegó en el Director Ejecutivo el inicio de la actuación administrativa, así como la expedición de todos los actos administrativos de trámite y preparatorios que requirieran ser proferidos durante el trámite de la actuación administrativa de carácter particular y concreto que tendría como objeto la constatación o no de la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** en el mercado susceptible de regulación *ex ante* "Servicios Móviles", y la revisión y el análisis respecto de la posibilidad de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo, con observancia de los principios que informan tales actuaciones. Dicha resolución fue publicada en el Diario Oficial No. 50.156 del 23 de febrero de 2017.

Habiendo adquirido ambas resoluciones plena fuerza ejecutoria, el Director Ejecutivo, en ejercicio de la delegación a que se refiere la Resolución CRC 5109 de 2017, expidió el 24 de febrero la Resolución CRC 5110 de 2017, previamente aprobada por el Comité de Comisionados, mediante la cual se inició, efectivamente, la presente actuación administrativa de carácter particular y concreto, con observancia de los principios que informan tales actuaciones, tendiente a determinar si había lugar o no a la posible constatación de posición dominante de **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**, así como respecto de la posibilidad, en caso de constatar esa situación, de revisar y analizar la adopción de eventuales medidas regulatorias particulares allí enunciadas.

La acusación de **COMCEL**, según la cual no podía ordenarse en la Sesión del 22 de febrero de 2017 el inicio de la actuación particular en relación con dicha empresa cuando todavía no existía el mercado respecto del cual se iba a adelantar aquella, parte del desconocimiento de la estructura de toma de decisiones de la CRC que se acaba de describir, además de que confunde la aprobación en la Sesión de los asuntos puestos a consideración de la Comisión con la expedición de las resoluciones que incorporan las decisiones aprobadas en la misma, de la misma manera en que confunde la instrucción de iniciar una actuación administrativa (lo cual se aprobó en la Sesión del 22 de febrero de 2017), con el inicio mismo de la actuación administrativa (lo cual ocurrió con la expedición de la Resolución CRC 5110 del 24 de febrero de 2017).

En efecto, en la Sesión del 22 de febrero de 2017 se aprobaron tres decisiones administrativas por parte de la autoridad competente, dos de las cuales se exteriorizaron como lo señala el artículo 8 de la Resolución CRC 2242, es decir, a través de resoluciones suscritas por el Presidente de la Sesión y el Director Ejecutivo: la Resolución CRC 5108 del 23 de febrero de 2017, que contiene la decisión adoptada en la Sesión sobre el mercado de Servicios Móviles, y la Resolución CRC 5109 de la misma fecha, que contiene la decisión adoptada en la Sesión sobre la delegación al Director Ejecutivo para el inicio de la actuación. No correspondía plasmar en resolución alguna la decisión de ordenar el inicio de la actuación administrativa en relación con **COMCEL**, por cuanto el destinatario de la orden no era **COMCEL** ni ningún tercero, sino el Director Ejecutivo que debía cumplir dicha orden, y que hace parte de la estructura interna de la CRC<sup>588</sup>, es decir, se trataba de una decisión oponible solo a la estructura interna de la administración.

Lo que está proscrito es que el Director Ejecutivo hubiera iniciado la actuación administrativa mediante la expedición de la Resolución CRC 5110 de 2017 antes de que fueran expedidas y adquirieran fuerza ejecutoria las Resoluciones CRC 5108 y 5109. Habiendo sido éstas expedidas y publicadas en el Diario Oficial el 23 de febrero de 2017, existía el sustento legal para que el Director Ejecutivo iniciara la mencionada actuación el día 24 del mismo mes.

Nada hay de irregular en ese curso de actuaciones, pues simplemente reflejan la estructura de toma de decisiones en la CRC, de acuerdo con el ordenamiento legal y reglamentario. En consecuencia, nada impedía que los integrantes de la CRC, en una misma Sesión, adoptaran 3 decisiones internas, una tras otra, que se reflejaron en 3 resoluciones que se adoptaron también, una tras otra, conforme el ordenamiento jurídico.

<sup>588</sup> Al respecto ha señalado la doctrina que hay casos en los cuales se puede omitir el requisito de la promulgación de los actos administrativos sin que por esta razón sean ineficaces, como es el caso de las medidas de carácter interno de la administración que pueden cumplirse sin necesidad de ser promulgadas o publicadas, por tratarse de medidas relativas a las labores y a la organización de las dependencias de la administración, en las cuales no se imponen deberes ni obligaciones a los asociados. Véase SÁNCHEZ TORRES, C. El acto administrativo. Teoría general. 2ª edición. Legis 1998. Pág. 129.

Si bien el 22 de febrero de 2017, día de la Sesión, no se había adoptado la Resolución CRC 5108, pues aquella se limitó a la aprobación del proyecto de resolución presentado a consideración de la Comisión, tampoco ese día se inició la actuación administrativa particular, pues la Sesión se limitó a ordenar su inicio, lo cual naturalmente sólo era posible una vez se adoptara la citada Resolución CRC 5108, como efectivamente ocurrió.

De esta forma, es claro que se surtió el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico vigente para el inicio de la actuación, pues la actuación administrativa se da respecto de un mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* previamente identificado y cuya existencia, para efectos regulatorios, fue declarada mediante Resolución CRC 5108 de 2017, lo que da lugar a iniciar el análisis de que trata el artículo 10 de la Resolución CRT 2058 de 2009 (artículo 3.1.3.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016).

Así, no es cierto, como lo afirma **COMCEL**, que *"no se trata de una desorganización en el interior de la entidad; lo único que ello demuestra es la voluntad inequívoca de declarar en dominancia a COMCEL a como dé lugar"*. Ciertamente no se trató de desorganización alguna, en tanto las decisiones se adoptaron de conformidad con la estructura de toma de decisiones de la CRC, pero mucho menos puede señalarse que la conducta de esta entidad hubiere obedecido a la voluntad inequívoca de declarar en dominancia a **COMCEL** a como diera lugar. Esto, por cuanto la actuación administrativa se inició con posterioridad al momento en que el mercado estuvo jurídicamente definido como susceptible de regulación *ex ante*, como se explicó anteriormente. La orden de inicio de la actuación se pudo atender una vez se publicó la Resolución CRC 5108 de 2017 en el Diario Oficial, pues era uno de sus presupuestos, y se realizó la respectiva delegación en cabeza del Director Ejecutivo, quien es el único suscriptor de la resolución que dio inicio a la presente actuación administrativa de carácter particular.

Adicionalmente, como se menciona en el documento soporte y en la misma Resolución CRC 5110 de 2017, la presente actuación se adelantó con el fin de determinar si existía o no una posición dominante de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles", y si ello era así, determinar la aplicación o no de ciertas medidas sobre las cuales se volverá más adelante, pero no se tomó decisión alguna de fondo. Como el mismo acto de delegación lo indica, se dio trámite a la actuación administrativa para que una vez se surtieran todas las instancias previas a la decisión contenidas en la norma procedimental general para las actuaciones administrativas, y **COMCEL** pudiera ejercer debidamente su derecho de defensa y contradicción, fuera el órgano de decisión de la CRC quien adoptara una decisión sobre la constatación o no de la posición dominante de **COMCEL** en el mercado "Servicios Móviles" y la procedencia o no de imponer alguno de los remedios regulatorios anunciados como posibles.

## **6.2. Sobre el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción de COMCEL**

En primer lugar, **COMCEL** se refiere al plazo inicialmente otorgado de quince (15) días hábiles para hacerse parte en la presente actuación -dentro de los cuales podía remitir sus comentarios y observaciones, solicitar el decreto y práctica de pruebas y ejercer su derecho de defensa y contradicción respecto de los análisis contenidos en el documento soporte- y de cómo solicitó un plazo adicional para controvertir -vía peritaje- las conclusiones cualitativas y cuantitativas a las que arribó la CRC en el documento soporte.

Al respecto, **COMCEL** manifiesta que la prórroga solicitada al inicio de la actuación fue *"con la finalidad única de controvertir vía peritazgo, las conclusiones cualitativas y cuantitativas a las que llegó la CRC en el documento soporte"*, y que la misma fue denegada al considerar que *"la información de (sic) sustentaba el documento soporte, supuestamente había sido entregada a COMCEL. Al respecto es preciso advertir que la CRC continúa negando injustificadamente la información que se requiere para cuestionar el inicio de la actuación administrativa"*.

Así mismo, **COMCEL** considera que dentro del presente trámite administrativo se ha violado el debido proceso y ha sido imposible su defensa técnica, por cuanto la CRC no hizo entrega del modelo de costos, en el que considera que se fundamentó el inicio de la actuación administrativa objeto de la presente resolución. Explica que durante toda la actuación ha señalado que, desde que tuvo conocimiento de la decisión de la CRC de iniciar la presente actuación, en aras de ejercer su derecho de defensa y contradicción, y ante la insuficiencia de la información remitida por la CRC al momento de vincularlo como "tercero", se vio obligada a formular sendos derechos de petición para obtener información, no solo de los antecedentes que dieron lugar a la apertura de

la actuación, sino de los insumos y soportes utilizados para ordenar el inicio de la misma. Afirma **COMCEL** que el único documento que le fue suministrado fue el denominado "Documento Soporte" mediante el oficio radicado con el No. 201730724, de fecha 23 de marzo de 2017.

**COMCEL** recuerda que el 23 de marzo de 2017 solicitó entregar información sobre el modelo de costos, y que el 4 de abril de 2017 señaló a la entidad que se estaba configurando una grave afectación del derecho de defensa, por cuenta de que, siendo una actuación fundada en elementos netamente económicos, no se pudiera controvertir el modelo económico a través de un peritaje, para lo cual solicitó un plazo adicional al otorgado para hacerse parte del trámite administrativo, con el fin de aportar una prueba técnica *"cuyo objetivo es precisamente el indicado en la Resolución 5110 de 2017"*.

También indica que el 7 de abril de 2017, la CRC dio respuesta a su petición negando la solicitud de información invocando, entre otras, la confidencialidad de la información. Explica que al considerar "ilegal" la negativa de la CRC a la entrega de información, interpuso el recurso de insistencia de que trata el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011, reiterando que esa negativa constituye una violación al debido proceso y en particular al derecho de defensa, que impide la continuidad de la presente actuación y la vicia por completo por desatención del artículo 29 de la Constitución, ello en consonancia con la abundante jurisprudencia que en ese sentido ha expedido tanto la H. Corte Constitucional, como el H. Consejo de Estado.

Sobre este mismo particular asevera que *"la información cuya entrega se negó, sirvió para arribar a conclusiones que afectan la posición de COMCEL en el mercado y frente al regulador. Dicha información debe ser conocida por COMCEL pues le está siendo oponible en una actuación administrativa. Ello constituye, sin duda, una violación del principio de publicidad y debido proceso"*, principios que deben ser privilegiados por la CRC.

Según lo expuesto por **COMCEL**, la información cuya entrega se solicitó, fue *"el insumo principal para elaborar estudios que ahora se hacen oponibles"* a dicho proveedor, de tal suerte que debe tener acceso a la misma para poder conocer dichos insumos, verificar si son o no ciertos, si la CRC los interpretó o no correctamente. De lo contrario, estima **COMCEL**, la CRC pretendería declarar una posición de dominio e imponer medidas particulares con fundamento en un estudio que se elaboró con información que **COMCEL** no ha podido conocer. Insiste en que arribar a unas conclusiones que se pretende hacer oponibles a **COMCEL** con base en información que no puede revelarse porque se ha manifestado que es confidencial, claramente lesiona el derecho de defensa de dicho proveedor.

Continúa indicando sobre este mismo asunto que *"sin el modelo de costos, COMCEL no tiene la información suficiente para poder entender el razonamiento que conduce a la CRC a reducciones de más del 65% en los valores para remunerar el Roaming de Datos o a comprender si los valores están justificados o no"*.

Considera **COMCEL** que resulta un despropósito para con las finalidades del Estado Social de Derecho que se procure adelantar una actuación administrativa en contra de él, y se le niegue el acceso a la información que le permita acudir en defensa de sus intereses, además de cercenársele la posibilidad de consolidar un estudio técnico de alta profundidad con el que se controvierta el documento que sirvió de fundamento al acto de apertura, y partir del cual la CRC pretende imponerle medidas restrictivas de su participación en el mercado.

Como parte del sustento de su argumento, **COMCEL** presentó la traducción libre de un extracto de una providencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (TPI) - que no del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como equivocadamente lo señala **COMCEL** en su memorial de alegatos de conclusión- de fecha 7 de marzo de 2017, mediante la cual estimó el recurso interpuesto por United Parcel Service -UPS- contra la decisión de la Comisión Europea que había prohibido la operación de compra de la totalidad de TNT por parte de UPS (asunto M.6570 – UPS/TNT Express). En los apartes referenciados en su escrito **COMCEL** relata cómo el Tribunal estableció que la Comisión Europea vulneró el derecho de defensa de una de las empresas al no habersele comunicado el modelo econométrico final utilizado por la Comisión para tomar su decisión.

**COMCEL** adujo que en el presente caso ocurrió lo mismo del caso europeo, toda vez que la CRC denegó el acceso a dicho proveedor al modelo de costos que, en su opinión, se utilizó como sustento para el inicio de la presente actuación particular.

A este mismo asunto hizo referencia **COMCEL** en los denominados "alegatos de conclusión", oportunidad en la cual citó algunos apartes de esa misma providencia, pues considera que se trata de un caso de similar naturaleza al que ahora se pone en evidencia por el desconocimiento de los derechos fundamentales de la empresa investigada. En ese caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE anuló la decisión de un país miembro, por cuanto su autoridad de competencia omitió divulgar los ajustes al modelo econométrico utilizado para soportar una decisión, lo que hizo imposible al investigado el entendimiento y la defensa de sus intereses.

Con base en lo anterior, **COMCEL** considera que es evidente la lesión de las garantías mínimas de procedimiento a una adecuada defensa, y que la CRC no puede adelantar y concluir una actuación de semejante naturaleza que tendrá serias implicaciones económicas para **COMCEL** sin respetar siquiera la posibilidad de que la empresa conozca el contenido de la información que finalmente sirve como sustento para la imposición de medidas particulares. Ese hecho, *per se*, en su criterio, constituye razonamiento suficiente para no continuar la actuación y obligar a la CRC al archivo de las diligencias.

En opinión de **COMCEL**, negarle el acceso a la información relativa al modelo de costos materializa una violación al debido proceso y en particular al derecho de defensa que impide la continuidad de la presente actuación. Debe ponerse de presente que, incluso cuando considera que necesita la información para ejercer su derecho de defensa en debida forma, anuncia a su vez que se permite presentar a consideración de la CRC los argumentos con los que se opone a la constatación de posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles".

**COMCEL** refiere el artículo 29 de la Constitución Política, que consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas. Cita al profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, quien señala, entre otros aspectos, que al estar *"establecido este principio - haciendo referencia al debido proceso- en nuestro derecho positivo se eleva a la categoría de derecho fundamental"*.

Manifiesta que, aun cuando la primera parte del CPACA no consagró la posibilidad de declarar la nulidad por la propia administración cuando se observe que el principio objeto de estudio ha sido violentado, sí resulta claro que cuando una actuación se adelante en contra del debido proceso, se generará automáticamente la posibilidad para el afectado de enervar el medio de control correspondiente, ya que la nulidad solo podrá ser decretada por el juez.

Agrega que el artículo 137 del citado Código establece las causales por las cuales procede el medio de control de nulidad y que, al realizar un análisis del contenido del principio, resulta fácil concluir que las causales descritas por el legislador se ajustan a una violación directa del mismo, ya que se violentarían derechos sustanciales y formales del particular.

Señala también que según artículo 138 de la norma en mención, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho procede por las mismas causales, y que en el presente caso se han presentado dos (2) eventos que configuran una clara violación del debido proceso y el derecho de defensa de la compañía y que vician de nulidad la presente actuación administrativa y el acto administrativo que se expida como conclusión de la misma: i) negativa a suministrar la totalidad de la información que sirvió de soporte al acto de apertura de la presente actuación; y ii) negativa a decretar y practicar pruebas oportunamente pedidas, necesarias y útiles, alegando razones de forma.

**COMCEL** afirma que la CRC, en decisiones que por ley no son susceptibles de recurso, negó el decreto y práctica de pruebas<sup>589</sup> oportunamente pedidas por **COMCEL**, y que la negativa de la

<sup>589</sup> **COMCEL** no identifica de manera puntual a qué pruebas se refiere, aunque se deduce que son aquellas que fueron denegadas mediante el auto de pruebas de 7 de julio de 2017. Dichas pruebas son: (i) documentos en idioma distinto al castellano que fueron aportados sin traducción oficial (aunque después fueron aportadas las traducciones oficiales al expediente); (ii) librar carta rogatoria para prueba por informe de distintas entidades regulatorias del mundo (se reemplazaron las cartas rogatorias o comisiones por inspecciones oficiales a páginas web de las mismas entidades frente a las cuales se había solicitado la prueba original); (iii) peritación de entidad oficial rendida por la CRC; (iv) solicitud de prórroga para allegar peritajes (se recordó que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA, podían allegarlos en cualquier momento hasta tanto no se hubiera proferido una decisión que pusiera fin al trámite).

CRC a practicarlas no se compadece ni con la libertad y amplitud probatoria de la actuación administrativa, ni con el propósito y finalidad de la misma. Señala que, de conformidad con las voces de la doctrina y la jurisprudencia, la actuación administrativa es el proceso de formación del acto administrativo y es la etapa durante la cual el funcionario se llena de razones y oye las razones de los intervinientes de manera tal que pueda adoptar una decisión motivada que cumpla con los fines propuestos, con el respeto del interés particular y en beneficio de la colectividad. Por esta razón, agrega, no encuentra explicación a la negativa de la CRC de decretar y practicar unas pruebas que no tenían propósito distinto del de corroborar o desvirtuar las premisas que sirvieron de sustento a la apertura de la actuación, así como la efectividad y la pertinencia de las medidas que se propone adoptar, máxime considerando que la CRC decretó pruebas de oficio, pero no incluyó ninguna de las anteriores que, en su parecer, resultan sustanciales para confirmar o desvirtuar los supuestos e inferencias sobre las que la CRC soporta la actuación.

**COMCEL** cita nuevamente al profesor Santofimio Gamboa para concluir que la CRC, con la negativa al decreto y práctica de las pruebas referidas, ha violado el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción, viciando de nulidad la actuación y el acto que se expida al final de la misma.

Afirma que, sin el modelo de costos, no tuvo la información suficiente para poder entender el razonamiento que conduce a la CRC a plantear reducciones solo para ese operador de más del 65% en los valores para remunerar el Roaming de Datos, o a comprender si los valores están justificados o no, y en caso negativo poder ofrecer los argumentos necesarios que expresen su opinión al respecto.

Considera que la CRC pretende declarar una posición de dominio e imponer medidas de intervención y de discriminación en contra de **COMCEL**, que incluyen la regulación asimétrica de tarifas, con base en un estudio que se elaboró con información que **COMCEL** no puede conocer.

Dicho de otra manera, en conclusión, si la CRC piensa usar los estudios que tiene en su poder y acepta que los hizo con unos insumos secretos entregados por los otros operadores -competencia de **COMCEL**- que no puede revelar, debió agotar una de las siguientes dos opciones para no violar la ley y el derecho de defensa de este operador: i) entregar los insumos para que sus expertos pudieran contradecirlos, o ii) renunciar a servirse de los estudios que se hicieron con la información que no se podía revelar.

En el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que **COMCEL** denominó "*Alegatos de conclusión*", fueron reiterados los argumentos según los cuales, en criterio del proveedor, la CRC vulneró su derecho al debido proceso por negar el acceso a toda la información que sirvió de soporte para iniciar esta actuación y por negarse a decretar y practicar pruebas oportunamente solicitadas y con el cumplimiento de los requisitos legales para su decreto.

### **Consideraciones de la CRC**

Como primera medida, y atendiendo a las múltiples alusiones al derecho al debido proceso y de defensa que hace **COMCEL** en sus alegaciones, se pone de presente que el debido proceso es un derecho fundamental, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, y ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como "*el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia*"<sup>590</sup>.

Entre las garantías del debido proceso, encontramos las siguientes:

*"(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una*

<sup>590</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-341 de junio 4 de 2014. Exp. D-9945. M.P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.



*decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas”<sup>591</sup>.*

De lo anterior se desprende que, en aplicación del derecho fundamental al debido proceso, deben garantizarse ciertos derechos de naturaleza procesal como lo son, entre otros, el de obtener una decisión motivada, a la defensa y a la igualdad ante la ley procesal.

Ahora bien, para el procedimiento administrativo específicamente, la H. Corte Constitucional ha definido el debido proceso como *“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”*. La Corte ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca *“(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”<sup>592</sup>.*

En cuanto a las garantías mínimas que deben existir dentro de todo procedimiento administrativo, ha precisado la H. Corte que deben ser las siguientes:

*“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”<sup>593</sup>.*

En palabras de la H. Corte Constitucional:

*“Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso”<sup>594</sup>.*

Las garantías que se desprenden del debido proceso en ambos escenarios son muy similares, pues guardan relación directa con las reglas de juego que deberán seguirse para adelantar la actuación, esto es, la realización del principio de legalidad, y las herramientas con las que contará quien se vea envuelto en cualquiera de los dos tipos de trámite para ejercer en debida forma su defensa.

Se recuerda, además, que la garantía del derecho de defensa *“comprende el derecho del individuo a ser informado, sin demora, acerca de los planteamientos que hayan sido formulados en su contra y de pronunciarse sobre éstos, de procurarse un defensor idóneo, de disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, de cuestionar los medios*

<sup>591</sup> Ibidem.

<sup>592</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-214 de abril 28 de 1994. Exp. D-394. M.P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

<sup>593</sup> Ibidem.

<sup>594</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-640 de agosto 13 de 2002. Exp. D-3861. M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

*demostrativos aducidos en su contra, de aportar elementos de juicio en su favor y de discutir los argumentos esgrimidos por su adversario*<sup>595</sup>.

De lo anterior se desprende que, para iniciar una actuación administrativa de carácter particular, debe informarse al administrado su objeto y alcance, el motivo por el cual se inició, y para el caso en que se plantean medidas potenciales, en qué consisten las mismas, para que pueda ejercer en debida forma su derecho de defensa y contradicción en el marco de una actuación cuyo contorno está plenamente definido y sin que pueda la Administración sorprender al administrado al ocuparse de aspectos o adoptar decisiones que no hacen parte del objeto de la actuación. De esa manera, que la actuación tenga un objeto definido es garantía de que el administrado no será sorprendido por la Administración durante el curso de la misma, ni al momento de adoptar la decisión definitiva. Pero, a su turno, tal objeto impone al administrado el deber de sujetarse a lo que es materia de la actuación, sin pretender desviar el debate y la discusión a aspectos que exceden su objeto, o que causarían una dilación injustificada de aquella.

Para el presente caso, se tiene que el objeto de la actuación administrativa consiste en, como ya se explicó, la constatación o no de la posición dominante de **COMCEL** en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles", y en caso de constatarse dicha dominancia, establecer la procedencia o no de la imposición de una o varias medidas regulatorias particulares, consistentes en la aceleración de la senda diferenciada que se estableció para Roaming Automático Nacional, la aplicación de un Test de Replicabilidad Económica y en la prohibición de discriminación de tarifas por ubicación geográfica o tipo de usuario.

Debido a lo anterior, al comenzar esta actuación administrativa se informó a **COMCEL** de ello, entregándosele copia de la Resolución CRC 5110 de 2017, por la cual se dio inicio a la actuación, y de su documento soporte, en el cual consta toda la información relativa a los motivos por los cuales se inició la actuación y a las medidas propuestas como posibles remedios a la eventual falla de mercado.

Al momento de inicio de la actuación, los documentos antes referidos eran los únicos relacionados con la misma y sobre los que **COMCEL** debía ejercer su derecho de defensa. No existe documentación adicional que haya soportado la decisión de iniciar la presente actuación, y, por lo tanto, **COMCEL** tuvo conocimiento, desde ese momento, de todos los argumentos que serían ventilados en la misma. Una vez iniciada la etapa probatoria, **COMCEL** también tuvo acceso a todos y cada uno de los documentos y pruebas decretadas y practicadas.

Ahora bien, en lo atinente al modelo de costos y lo expuesto por **COMCEL** sobre la negativa de acceso a la información, debe esta Comisión partir por aclarar el tipo de información sobre la que versó la solicitud de **COMCEL** y, sobre todo, la relación de dicha información con el objeto de la presente actuación administrativa. Para ello, debe recordarse que el objeto de la actuación administrativa, tal y como se describió en la Resolución CRC 5110 de 2017 y se explicó en el numeral 6.1., es la constatación o no de la posición dominante de ese proveedor en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y la revisión y el análisis frente a la posibilidad de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo, por lo que el debate probatorio debía versar sobre los análisis contenidos en el documento soporte de la aludida resolución.

Así lo entiende esta Comisión y así lo manifestó de manera expresa **COMCEL** en el documento de fecha 17 de abril de 2017 titulado "PRONUNCIAMIENTO DE COMCEL S.A. – COMENTARIOS – OBSERVACIONES – SOLICITUD DE PRUEBAS". En efecto, en dicho documento se encuentran las siguientes afirmaciones:

*"El presente documento es procedente y se allega en la oportunidad procesal correspondiente en consideración a lo que dispuso el artículo 4 de la Resolución No. 5110 de 2017 "por la cual se da inicio a una actuación administrativa", que otorgó un plazo de quince (15) días hábiles para que COMCEL S.A. se hiciera parte en la actuación, remitiera sus comentarios y observaciones, solicitara el decreto y práctica de pruebas y ejerciera su derecho de defensa y contradicción respecto de los análisis contenidos en el documento soporte-intervención de carácter particular en el mercado servicios móviles". (Página 2 del documento de fecha 17 de abril de 2017 remitido por COMCEL) (NSFT)*

<sup>595</sup> Miguel Enrique Rojas Gómez, *Introducción a la teoría del proceso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 123.

*"Relevante resulta resaltar que COMCEL solicitó una prórroga adicional a la fecha señalada **con la finalidad única de controvertir vía peritazgo, las conclusiones cualitativas y cuantitativas a las que llegó la CRC en el documento soporte (...)**". (Página 3 del documento del 17 de abril antes referenciado) (NSFT)*

De las anteriores afirmaciones se desprende que, contrario a lo alegado por **COMCEL** en cuanto a que era preciso discutir los resultados del modelo de costos, a decir verdad, el debate del modelo de costos con base en los cuales se adoptaron valores regulados mediante la Resolución CRC 5107 de 2017 no hace parte del objeto de esta actuación administrativa, como tampoco hace parte de ella discusión alguna acerca de la legalidad de la mencionada Resolución CRC 5107, acto administrativo de carácter general y abstracto que está vigente, se presume legal y tiene plena fuerza ejecutoria. En consecuencia, el modelo de costos no era presupuesto ni parte integrante del documento soporte frente al cual debía ejercer su derecho de defensa y contradicción, luego no era tema de prueba, y por ende mal puede **COMCEL** señalar que la CRC le violó el derecho al debido proceso al no permitir el acceso a un modelo -que no era tema de prueba- para que dicho proveedor pudiera discutir tal modelo -cuando tal discusión no hacía parte del objeto de la actuación-.

Así, es claro que la oportunidad para discutir el modelo de costos, así como los valores regulados a que la alimentación de datos y corrida del mismo dieron lugar, era -y efectivamente fue- la actuación de carácter general que culminó con la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017, pues fue allí que se utilizó dicho modelo para establecer la cifra que se utiliza como referencia para el valor de inicio de la medida mayorista. Es decir, en este trámite administrativo no se discute cómo se llegó a esa cifra, sino que se parte de la certeza de que ella está vigente, se encuentra en firme por haber quedado consagrada en la citada Resolución CRC 5107, que a la fecha goza de presunción de legalidad por no haber sido suspendidos sus efectos, o declarada su nulidad por autoridad judicial competente, pese a estar demandada su legalidad ante el H. Consejo de Estado y el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En efecto, el análisis asociado a la información del modelo de costos requerido por **COMCEL** corresponde al proyecto regulatorio de contenido general, publicado por la CRC el día 10 de noviembre de 2016, en el que se presentó a consideración del sector el proyecto de Resolución *"Por la cual se modifica la Resolución CRC 1763 de 2007, los Anexos 01 y 02 de la Resolución CRT 2058 de 2009, la Resolución CRC 3136 de 2011, y se dictan otras disposiciones"* y su respectivo documento soporte, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 1078 de 2015, otorgando un plazo de más de 25 días calendario para la remisión de observaciones, término que venció el 5 de diciembre de 2016. En particular, la CRC consideraba necesario intervenir de manera general, mediante regulación *ex ante* el mercado de terminación de llamadas móvil – móvil a nivel mayorista, en reconocimiento de la evolución tecnológica de las redes de telecomunicaciones móviles, el uso que se hace de dichas redes, y las condiciones macroeconómicas imperantes en el mercado, a través de la actualización del valor de cargos de acceso, de manera inmediata. Fue para ello que la CRC procedió a actualizar el modelo de costos de redes móviles (herramienta computacional), donde la información descriptiva de la manera como se actualizó el referido modelo, y la aproximación adoptada para el modelamiento de las redes, se encontraba incluida en la publicación de la propuesta que se había realizado el 10 de noviembre de 2016, sobre la que el sector y todos los interesados tuvieron oportunidad de conocer y comentar.

De esta manera, aunque existió una negativa de acceso a cierta información, dicha negativa se refiere a información que no hace parte del objeto de la actuación administrativa que se decide en la presente resolución, pues la misma, como ya se ha indicado, se circunscribe únicamente a tomar como referente la cifra ya contenida en la regulación general y plasmada en el documento soporte. La actuación particular no versa sobre aquella información presentada por los distintos proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones para alimentar el modelo de costos que fue utilizado en la actuación administrativa de carácter general que culminó con la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017, asunto que, se insiste, no hace parte del objeto de la presente actuación administrativa, como antes se demostró.

Pero **COMCEL** no sólo pretendió acceder a información cuya discusión no era parte del objeto de la presente actuación administrativa y que por ende no era tema de prueba. **COMCEL** pretendió acceder a información pública clasificada a la que, de conformidad con la Ley 1712 de 2014, no podía tener acceso por prohibición legal.

En efecto, debe recordarse que, con ocasión del proyecto regulatorio de revisión de los mercados de servicios móviles, la CRC procedió a actualizar el modelo de costos de redes móviles (herramienta computacional), a través del diseño y simulación de una red eficiente de una empresa que ofrece servicios móviles, utilizada para manejar los tráficos provenientes de otros proveedores de telecomunicaciones, desagregando los elementos de red utilizados por cada uno de ellos, y teniendo en cuenta la infraestructura de acceso de 2G/3G/4G, transmisión, red núcleo, entre otras, y las inversiones administrativas necesarias para el funcionamiento de la red móvil en cada una de las zonas de cobertura del territorio nacional y que soportara el tráfico demandado, así como los recursos humanos y la operación de la empresa.

La herramienta computacional con base en la cual se estructuró la propuesta de regulación de cargos de acceso se alimentó con información detallada de **COMCEL**, MOVISTAR y TIGO para lo cual fue necesario adelantar un proceso de recolección de información que involucró solicitudes a tales proveedores y al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC). Los citados proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, en respuesta a tales requerimientos de información, instaron a la CRC a mantener la confidencialidad de la información suministrada, en atención al alto nivel de detalle de la misma respecto de su operación comercial.

La forma como los referidos PRSTM, incluido **COMCEL**, motivaron en el marco del proyecto regulatorio la confidencialidad de la información que entregaban, se detalla a continuación:

Proveedores de redes y servicios móviles requeridos	Radicado y folio en Expediente administrativo 2000-74-18 Carpeta Confidencial	Asunto	Motivación y objetivo establecido por el Proveedor	Excepción legal aducida
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP	Radicado No. 201631527 que consta en los folios <u>1 a 6</u> ;  Radicado No. 201631646 que consta en los folios <u>7 a 8</u> ; y  Radicado No. 201632009, que consta en los folios <u>38 a 39</u> .	“Respuesta Solicitud de Información Modelo de Costos. Radicado No. 201652107 del 18 de abril de 2016”	“Finalmente, es importante resaltar que los acuerdos comerciales que por medio de la presente se remiten son objeto de una negociación entre las Partes que incluye aspectos de carácter privado y confidencial de cada una de las compañías, así como información reservada por el contenido comercial y técnico que establece incluso secretos industriales de cada una de las partes, es por ello que en los mismos las Partes suscribieron acuerdos de confidencialidad que establece responsabilidades gravosas para la parte que revele o permita la revelación de la información contenida en dichos acuerdos.  Bajo este entendido, <b>solicitamos a la CRC garantice que la información entregada será utilizada para los fines previstos en sus comunicaciones y que la misma será objeto de reserva, ya que es deber de ETB propender por la preservación de la confidencialidad de la información contenida en los acuerdos comerciales, sus anexos y modificaciones</b> ” (NFT).	Literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014

Proveedores de redes y servicios móviles requeridos	Radicado y folio en Expediente administrativo 2000-74-18 Carpeta Confidencial	Asunto	Motivación y objetivo establecido por el Proveedor	Excepción legal aducida
<p>COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP</p>	<p>Radicado No. 201631906 que consta en los folios <u>9 a 20</u>; y</p> <p>Radicado No. 201631967 que consta en los folios <u>33 a 37</u></p>	<p><i>"Respuesta a solicitud de información para el modelo de costos de redes móviles y su relación con el proyecto de Revisión de los Mercados de Servicios Móviles"</i></p>	<p><i>"(...) la naturaleza de los contratos remitidos para dar respuesta a la información requerida, es eminentemente privada, por cuanto es un acto de competencia, en el cual se realizan actos propios de empresas privadas que participan activamente en el comercio, de forma tal que la norma que debe ser aplicada, como sustento para la aplicación de la excepción a terceros, es la contenida en el artículo 61 del Código de Comercio.</i></p> <p><i>Lo mismo sucede con información comercial sensible como tráfico, listado de contratos, listado de clientes, y todas las demás que no son públicas y cuya divulgación o acceso de terceros puede afectar negativamente las actividades comerciales que realiza TELEFONICA, al poder ser utilizada por agentes competidores en el mercado para adquirir ventajas frente a la empresa.</i></p> <p><i>En igual sentido, ley 1712 (sic) de 2014 le resulta aplicable a TELEFONICA como Proveedor de Redes y Servicios de Comunicaciones, el artículo 18 (SIC) de ese cuerpo normativo contempla tres excepciones a la divulgación o acceso a terceros de información pública o que repose en entidades que tengan ese carácter (...)</i></p> <p><i>De las normas anteriormente citadas, se observa en efecto que la situación de hecho que nos ocupa, esto es, la <b>solicitud de mantener en reserva la información comercial sensible o de secreto comercial e industrial de TELEFONICA (...)</b></i></p> <p><i>Así las cosas, en los términos del artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, en concordancia con el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014 y el artículo 61 del Código de Comercio, <b>solicitamos que se le dé el tratamiento de reservada a toda la información remitida, y en consecuencia se abra un cuaderno separado que solo pueda ser</b></i></p>	<p>Literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014</p> <p>Artículo 61 del Código de Comercio.</p>

Proveedores de redes y servicios móviles requeridos	Radicado y folio en Expediente administrativo 2000-74-18 Carpeta Confidencial	Asunto	Motivación y objetivo establecido por el Proveedor	Excepción legal aducida
			<i>examinado por esa Comisión y por esta empresa, quien la remite, siguiendo lo estipulado por el artículo 36 del [CPACA] " (NFT).</i>	
COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.	Radicado No. 201631903 que consta en los folios <u>22 a 28.</u>	<i>"Respuesta al radicado 201652107 – solicitud de Información Modelo de Costos"</i>	<i>"Es importante tener en cuenta que lo que en el Código de Comercio se denomina reserva, en la Ley 1712 de 2014 se establece como información clasificada.  En ese sentido, la información remitida por Colombia Móvil especialmente la relacionada con condiciones técnicas y económicas de la relación contractual gozan de la característica de clasificada, por tanto hacen parte del Know How y de la estrategia de la compañía.  Por lo anteriormente expuesto, le solicitamos comedidamente mantener el carácter de clasificada a la información contractual que hicimos llegar a su despacho" (NFT).</i>	Literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014  Decisión 486 de 2000 de la CAN, artículo 265  Acuerdo ADPIC artículo 39.
COMCEL S.A.	Radicado No. 201632412, que consta en los folios <u>42 a 61.</u>	<i>"Reiteración solicitud de información formato 6 Acceso móvil a internet 2012-2014"</i>	<i>"Respecto de la información contenida en la presente comunicación y en los anexos, es preciso mencionar que la misma es de carácter confidencial y reservada; al respecto la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina indica que la información se constituye un secreto empresarial cuando es una información íntimamente relacionada con el servicio, no es fácilmente accesible por cualquier persona vinculada al negocio y se han tomado las medidas para mantenerla bajo secreto y su revelación podría poner en peligro la actividad empresarial.  Por consiguiente se solicita se mantenga en reserva, dado que se trata de información secreta, poseída legítimamente por la empresa, que está siendo utilizada en una actividad comercial, no es conocida o no puede ser conocida fácilmente por las personas que generalmente manejan</i>	Literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014  Decisión 486 de 2000 de la CAN, artículo 265

Proveedores de redes y servicios móviles requeridos	Radicado y folio en Expediente administrativo 2000-74-18 Carpeta Confidencial	Asunto	Motivación y objetivo establecido por el Proveedor	Excepción legal aducida
			<p><i>datos de la misma naturaleza, posee una gran importancia económica para la empresa y se han establecido por parte de las compañías todas las medidas razonables para mantenerla en secreto. En virtud de lo anterior, se solicita mantener la debida confidencialidad y reserva”(NFT).</i></p>	

La información aportada por **COMCEL**, MOVISTAR y TIGO a la CRC y que fue utilizada para la elaboración de la herramienta computacional constitutiva del modelo de costos, contenía, entre otros aspectos, los siguientes:

- a. Costos operacionales de la empresa por servicio.
- b. Contratos y/o acuerdos establecidos con otras empresas para prestación de servicios de localización, ya sea en infraestructura de acceso o en otras instalaciones.
- c. Diagrama de interconexiones que da cuenta de las relaciones con la red pública telefónica (con otras empresas fijas, móviles o de larga distancia) para el transporte de comunicaciones (voz y datos), e indica adicionalmente aquellas interconexiones asociadas a los servicios de OMV y Roaming automático nacional.
- d. Mapa de cobertura de la empresa móvil y precisión de coordenadas de al menos 2 decimales para cada sector o celda de estación base.
- e. Diagrama detallado de interconexiones con otras empresas, elaborado sobre la base de una representación del tipo “nodos y arcos” de la interconexión de los equipos (nodos) y las capacidades de los enlaces (arcos) respectivos, señalando equipos del operador, nodo de empresa interconectada, y capacidad respectiva de dicha interconexión.
- f. Todos los contratos vigentes de suministro de equipos y sistemas de telecomunicaciones e informática, en el cual se indica para cada uno de ellos, descripción, nombre del proveedor, fecha de firma, plazo, y un listado de los equipos suministrados, precio unitario, términos, cantidad y costo de soporte del proveedor.
- g. Todos los contratos de operación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones e informática. Se indica, para cada uno de ellos, la descripción de funciones y actividades incluidas, proveedor, fecha de firma, plazo, montos facturados para los últimos 5 años, con un detalle por actividad (precios unitarios y cantidades).
- h. Posición geográfica de la estación base o sitio en coordenadas geográficas, potencia, capacidad máxima del sector y tráfico cursado total diario.
- i. Gastos en energía por estación base o sitio, gastos en arriendo de terrenos para estación base o sitio.
- j. Información técnica de la red de núcleo móvil (marca y modelo de equipos, consumo de energía, costo pagado por el equipo, número de edificios técnicos, costos de construcción, costos de seguridad).
- k. Gastos asociados a interconexión, publicidad y marketing, aseo portería y vigilancia, gastos en telefonía fija, pasajes aéreos, viáticos y gastos de representación, logística y transporte, remuneración mensual de los directores de la empresa, comisiones de venta, arriendo de oficinas y terrenos.

- l. Beneficios de los empleados, tales como, política de bonos de productividad, seguros complementarios de salud, seguros de vida, etc.
- m. Diagrama de sistemas de información de la empresa, que indica los sistemas de software y hardware asociados como, servidores, storage area network, data centers.
- n. Inventario de servidores con sus características, como número de procesadores, capacidad de almacenamiento, capacidad de memoria volátil (RAM), modelo, proveedor, entre otros, tipo de ambiente, es decir producción, desarrollo o prueba.

En consecuencia, la información contenida en el modelo de costos y requerida por **COMCEL**, constituía, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, información pública clasificada, razón por la cual la CRC tenía y tiene el deber legal de denegar el acceso a la misma.

Ciertamente, el literal c) del artículo 6 de la Ley 1712 de 2014 define la Información Pública Clasificada de la siguiente manera:

*"c) Información pública clasificada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley;"*

El artículo 18 de la citada Ley, a su turno, dispone que constituye información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas, toda aquella información pública clasificada cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:

*"c) Los secretos comerciales, industriales y profesionales."*

En consecuencia, si el sujeto obligado, en este caso la CRC, custodia información constitutiva de secretos comerciales, industriales y profesionales de una o varias personas naturales o jurídicas, está en el deber de denegar de manera motivada y por escrito el acceso de terceros a ella. Norma similar figuraba ya en el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015 y referido al derecho de petición ante autoridades, según el cual solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

*"6. Los protegidos por el secreto comercial o industrial, (...)."*

Resulta evidente la naturaleza de secreto empresarial, comercial e industrial de la información de cada uno de los PRSTM cuya custodia recae en la CRC, naturaleza que la propia **COMCEL** le confirió al entregarla a la entidad:

*"Respecto de la información contenida en la presente comunicación y en los anexos, es preciso mencionar que la misma es de carácter confidencial y reservada; al respecto la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina indica que la información se constituye un secreto empresarial cuando es una información íntimamente relacionada con el servicio, no es fácilmente accesible por cualquier persona vinculada al negocio y se han tomado las medidas para mantenerla bajo secreto y su revelación podría poner en peligro la actividad empresarial."*

*Por consiguiente se solicita se mantenga en reserva, dado que se trata de información secreta, poseída legítimamente por la empresa, que está siendo utilizada en una actividad comercial, no es conocida o no puede ser conocida fácilmente por las personas que generalmente manejan datos de la misma naturaleza, posee una gran importancia económica para la empresa y se han establecido por parte de las compañías todas las medidas razonables para mantenerla en secreto. En virtud de lo anterior, se solicita mantener la debida confidencialidad y reserva.<sup>596</sup>*

No deja de llamar la atención el proceder contradictorio de **COMCEL** quien, cuando se trata de su propia información, la considera secreto empresarial sujeto a reserva a efectos de evitar que

<sup>596</sup> Radicado No. 201632412.



sus competidores accedan a ella, pero cuando se trata de acceder a la información de sus competidores, niega su carácter de secreto empresarial y que por ende esté sujeta a reserva alguna.

Finalmente, cabe precisar que el hecho de que la metodología de costeo involucre la definición de una "Empresa Eficiente", no implica que la información del modelo deje de ser confidencial, pues en la medida en que para la construcción de dicha empresa eficiente se tomó como insumo la información real de los proveedores de redes y servicios móviles del país, la publicación del modelo en la forma requerida por **COMCEL**, haría fácilmente identificable la información que cada uno de ellos suministró de manera confidencial, aún si se llegase a publicar sin la identificación del respectivo proveedor.

Ello daría lugar a que cualquier empresa que tuviera acceso a la misma conozca en detalle aspectos confidenciales de la operación de sus competidores. Así, no sólo **COMCEL** conocería información estratégica y confidencial de la red de MOVISTAR y TIGO, sino que éstos tendrían acceso a la de **COMCEL**.

De esa manera, esta Comisión no puede abstraerse de la obligación de restringir el acceso a información pública clasificada en los términos de la Ley 1712 de 2014, lo cual resulta de un mandato de orden legal, y no del capricho ni de la terquedad de la Comisión como afirma **COMCEL**.

Coincidió con la Comisión el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su sentencia No. 2017-05-95 RI de fecha 17 de mayo de 2017, con radicación 25000-23-41-000-2017-00597-00, mediante la cual resolvió "**NO ACCEDER** a la solicitud formulada por Comcel S.A., según lo señalado en la parte motiva de esta providencia"; decisión que justificó de la siguiente manera:

*"(...) la legitimación para obtener la información cuya entrega pretende la recurrente está limitada, por cuanto el manejo descuidado de la misma podría generar pérdida de confianza en el el sistema financiero y el mercado, por lo que el ordenamiento jurídico fija específicamente los casos en los que puede ser revelada.*

*En el caso concreto, los servicios móviles y de redes alrededor de los cuales gira la documental cuyo acceso pretende Comcel S.A., es brindado por los diferentes operadores a quienes la CRC requirió para que esa información fuera utilizada para construir el modelo de costos de redes móviles, entre los cuales se encuentra Comcel S.A.*

*De conformidad con los elementos probatorios obrantes en el expediente se advierte que los diferentes operadores entregaron a la CRC datos relacionados con (i) los estados financieros, (ii) la demanda histórica de los servicios prestados por la empresa y de entidades y personas jurídicas relacionadas, (iii) cantidades de servicios provistos por la empresa, (iv) los contratos y acuerdos establecidos con otras empresas para la prestación de servicios de colocación, Roaming y operador móvil virtual, (v) la descripción de la tecnología actual de la empresa móvil, (vi) el mapa de cobertura de la empresa móvil, (vii) el diagrama detallado de interconexiones con otras empresas, (viii) los contratos de suministro de equipos y sistemas de telecomunicaciones e informática, (ix) lo (sic) contratos de operación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones e informática, (x) posición geográfica de la estación base o sitio de coordenadas geográficas, potencia, capacidad máxima del sector y tráfico cursado total diario, (xi) gastos de energía por estación base o sitio, gastos en arriendo de terrenos para estación base o sitio, (xii) información técnica de la red de núcleo móvil, (xiii) gastos asociados a interconexión, publicidad y marketing, aseo, portería y vigilancia, gastos den (sic) telefonía fija, pasajes aéreos, viáticos y gastos de representación, logística y transporte, remuneración mensual de los directivos de la empresa, comisiones de venta, arriendo de oficinas y terrenos; (xiv) beneficios de los empleados tales como política de bonos de productividad, seguros complementarios de salud, seguros de vida, etc.; (xv) diagrama de sistemas de información de la empresa e (xvi) inventario de servidores con sus características.*

*Adicional a lo cual todos, incluido Comcel S.A., pidieron que la información previamente mencionada no se hiciera pública en la medida que hace referencia a papeles y documentos del comerciante, conforme el artículo 61 del Código de Comercio y a secretos comerciales e industriales (Fls. 21, 22 Vito., 35 a 35, 36, 56).*

*En efecto los datos técnicos, operacionales y financieros de las diferentes empresas proveedoras de redes y servicios móviles que se utilizaron para actualizar el modelo de costos, implica para ellas la exposición de los medios y formas de producción y prestación de servicios que en el mercado se tornan relevantes en materia de competencia, proveyendo a cada una de las herramientas para participar de este, por lo que permitir su divulgación podría beneficiar a los competidores sin justificación legítima,*

*máxime cuando no son beneficiarios del derecho de inspección para levantar el velo de prohibición que sobre ellos recae.*

*Visto así el asunto, la información sobre la cual se aduce la presunta reserva cumple con los elementos para ser considerada como tal a la luz de la norma comunitaria Decisión 486, a saber, (i) que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible quienes (sic) se encuentran en los círculos que normalmente la manejan, a saber, de las empresas que prestan servicios móviles y de redes, (ii) que tiene un valor comercial por ser secreta brindando una ventaja dentro de un proceso de selección objetivo, pues aquellos datos que se recaudaron comprenden el funcionamiento operativo, técnico y financiero de los operadores de servicios móviles que tiene incidencia directa en su posicionamiento en el mercado y (iii) como quiera que esos datos pueden impactar en el sistema financiero y en el mercado deben ser razonablemente resguardados, por lo que no se acogerá el recurso de insistencia (...).*

Se tiene entonces que existen dos razones por las cuales **COMCEL** está incurriendo en un error en sus afirmaciones en lo relativo a la alegada violación del debido proceso por no haberse hecho entrega del modelo de costos: (i) por un lado, el modelo de costos denominado "Empresa Eficiente Móvil" fue creado y utilizado en las actuaciones administrativas de carácter general que culminaron con la expedición de las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017, con lo que las cifras que lo alimentan, y el modelo como tal, no están en discusión en la presente actuación administrativa; y (ii) la información con la cual fue alimentado el referido modelo goza de especial protección legal dado su carácter confidencial, lo cual fue declarado también por la autoridad judicial competente.

Dicho lo anterior, debe señalar esta Comisión que no resulta procedente ni útil, en relación con la acusación formulada por **COMCEL**, la invocación que dicho proveedor hace de la providencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de fecha 7 de marzo de 2017, en la que el Tribunal sostuvo que la Comisión Europea vulneró el derecho de defensa de una de las empresas intervinientes al no habersele comunicado el modelo econométrico final utilizado por la Comisión para tomar su decisión.

Y no resulta procedente ni útil precisamente porque la conducta de la Comisión Europea en ese caso dista enormemente de la que ha llevado a cabo esta Comisión en la presente actuación. En el caso invocado por **COMCEL**, la Comisión Europea había considerado que la concentración era incompatible con el mercado común dado que constituía un impedimento significativo a la competencia efectiva en el mercado de los servicios de envío exprés de paquetes en 15 Estados miembros de la UE, conclusión a la que llegó sustentada en un análisis econométrico de los efectos de la concentración en el nivel de precios en el mercado en el espacio económico europeo ("EEE") que UPS no había tenido la ocasión de rebatir, y que difería del modelo econométrico que había utilizado la CE en el Pliego de Concreción de Hechos y de los modelos que fueron objeto de discusión entre UPS y CE en fases posteriores del expediente.

En el presente caso, sin embargo, la CRC no fundamenta ni ha fundamentado el inicio de la actuación administrativa en ningún modelo de costos, como se ha explicado, ni la discusión y debate del modelo de costos que dio lugar a los precios regulados en las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017 hace parte del objeto de la actuación administrativa ni constituye tema de prueba en ella, y tampoco ha comunicado la CRC un modelo para finalmente utilizar otro, que es lo que, en últimas, censura el Tribunal a la Comisión Europea, razón por la cual la providencia internacional con la que **COMCEL** pretende apalancar su posición resulta impertinente.

Contrario a lo afirmado por **COMCEL**, el respeto por el derecho de defensa por parte de esta Comisión ha permitido que durante el procedimiento administrativo dicho proveedor haya podido dar a conocer efectivamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias invocados, así como sobre el documento que esta Comisión tuvo en cuenta para fundamentar el inicio de la actuación administrativa, que como se ha dicho, no corresponde a modelo de costos alguno, de lo cual existe constancia en el expediente y dan fe las quince (15) audiencias celebradas, los distintos documentos aportados por **COMCEL**, los autos de pruebas decretados durante el presente trámite, las más de 70 pruebas practicadas en la presente actuación, entre documentales, testimoniales, y periciales, la constante disposición para la revisión por parte de **COMCEL** del expediente en las instalaciones de la entidad, la atención de las solicitudes de copias del expediente, entre otras, que denotan la garantía de la Comisión a su derecho a la defensa y al debido proceso.

En lo que a la solicitud de un plazo adicional o prórroga al término para presentar sus observaciones se refiere, el mismo **COMCEL** admite en su documento que el término solicitado le fue concedido, por lo que no es concebible que alegue una violación a su derecho al debido proceso por no brindársele tiempo suficiente para ejercer su derecho de defensa, menos aún, cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA ha podido solicitar el decreto de pruebas o aportarlas hasta antes de que se adopte una decisión que ponga fin a la actuación administrativa. En efecto, **COMCEL** no solo ha solicitado tener como prueba diferentes documentos y ha requerido la práctica de pruebas testimoniales, sino que allegó sendos peritajes rendidos por Marcela Meléndez (Economista) y Juan Carlos Calderón (Ingeniero electrónico), acerca de *"si existe posición de dominio en el mercado de servicios móviles. Además, para que determine si los elementos que la CRC ha tenido en cuenta para determinar la supuesta posición dominante de COMCEL son suficientes y económicamente viables"* y *"las medidas que la CRC indica podrán imponerse al finalizar la actuación administrativa y sus impactos. Además, lo relativo a los montos indemnizatorios que por expropiación podría reclamar COMCEL al Estado Colombiano"*, que eran aquellos que se iban a aportar durante la prórroga solicitada.

Respecto de los comentarios de **COMCEL** sobre la aludida prórroga, debe precisarse que dicha solicitud se incluyó en el acápite de pruebas del documento *"PRONUNCIAMIENTO DE COMCEL S.A. – COMENTARIOS – OBSERVACIONES – SOLICITUD DE PRUEBAS"* -mediante el cual dicho proveedor se hizo parte dentro del presente trámite administrativo- con la finalidad de aportar dos peritajes que servirían de sustento a sus afirmaciones en el mencionado escrito.

Como se indicó en el auto de pruebas de fecha 7 de julio de 2017, la solicitud de prórroga resultaba improcedente, toda vez que no se trataba de una prueba como tal. En efecto, en dicho auto se determinó que *"Teniendo en cuenta que la solicitud de plazo no es una prueba en sí, no es procedente admitir la solicitud elevada por COMCEL en este sentido"*.

Adicionalmente, como también se indicó en el auto aludido, el CPACA en su artículo 40 dispone que *"[D]urante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales"*, con lo que en cualquier momento previo a la presente decisión pudo haber aportado -y de hecho aportó- dichos documentos, sin necesidad de que se concediera un plazo adicional. En efecto, los dictámenes a los que hizo referencia **COMCEL** en su escrito fueron aportados el 16 de agosto de 2017 (Peritajes rendidos por Marcela Meléndez y Juan Carlos Calderón), y con posterioridad fue decretado un dictamen pericial adicional (rendido por GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA.), el cual también fue solicitado por ese operador dentro de la actuación.

En virtud del decreto de los peritajes mencionados, se celebraron sendas audiencias en las que fueron interrogados los peritos por la CRC y por **COMCEL**, con lo que se respetó en todo momento el derecho de contradicción de este último por contar con los espacios necesarios para probar sus alegaciones. Las audiencias fueron adelantadas en las instalaciones de la CRC los días 19 de octubre, 15 y 17 de noviembre de 2017, y 22 de febrero de 2018, y en el expediente constan las copias de los audios de las mismas, los cuales han estado a disposición de **COMCEL** desde la celebración de cada audiencia.

También debe manifestarse que **COMCEL** formuló preguntas adicionales al perito GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA., las cuales fueron adicionadas mediante auto de fecha 16 de noviembre de 2017 al cuestionario inicialmente presentado por ese proveedor, y posteriormente solicitó la actualización de la información presentada por aquel perito, lo cual también fue decretado por la CRC mediante auto de fecha 6 de abril de 2018. A su vez, el 1º de septiembre de 2020, **COMCEL** solicitó la actualización de la información remitida por RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA LTDA. A esta petición, la CRC accedió con auto del 14 de septiembre de 2020.

Como queda demostrado, **COMCEL** perdió de vista al momento de presentar su escrito del 17 de abril de 2017, lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA respecto de las oportunidades probatorias, pues es claro que pudo aportar pruebas hasta antes de haberse adoptado una decisión que pusiera fin a la presente actuación administrativa -y de hecho, así lo hizo-, con lo que queda claro que esta Comisión, lejos de haber violado el debido proceso y derecho de contradicción de ese operador, ha rodeado de todas las garantías el trámite para que **COMCEL** pueda, como lo hizo, ejercer debidamente su derecho de defensa.

En efecto, no solo contaba **COMCEL** con la posibilidad de aportar pruebas hasta antes de adoptarse una decisión final -lo que de por sí hacía improcedente la solicitud de una prórroga, para allegar un dictamen pericial, pues no era necesaria-, sino que además ha quedado demostrado que pudo aportar al expediente los peritajes a los que hizo referencia en su solicitud, y además tuvo la oportunidad de interrogar a los peritos y solicitar la práctica de nuevos peritajes, de manera que carece de fundamento y veracidad cualquier alusión a la violación del derecho de defensa y contradicción que haya podido esgrimirse.

En complemento de lo anterior, debe enfatizarse que, durante el desarrollo de esta actuación administrativa, la Comisión ha mantenido informado a **COMCEL** de todo lo acontecido en la misma, y ha brindado todos los espacios previstos en el ordenamiento jurídico que fueron solicitados por este para la presentación de argumentos, solicitud, decreto y práctica de pruebas. Como se señaló arriba, ello se refleja en las quince (15) audiencias celebradas, los distintos documentos aportados por **COMCEL**, los autos de pruebas expedidos durante el presente trámite, las más de 70 pruebas practicadas en la presente actuación, entre documentales, testimoniales, y periciales, la constante disposición para la revisión por parte de **COMCEL** del expediente en las instalaciones de la entidad, la atención de las solicitudes de copias del expediente, entre otras, que denotan la garantía de la Comisión a su derecho a la defensa y al debido proceso.

Además, la actividad de la Comisión durante el trámite ha estado encaminada desde un principio a garantizar el debido proceso, no solo en lo que respecta a las garantías de **COMCEL**, sino en cuanto al pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico para adelantarlos.

Es así como se han respetado todas las instancias contempladas en la ley para la presente actuación administrativa, pues desde la vinculación de **COMCEL** a la misma, hasta esta decisión, se le ha informado de su desarrollo, se ha brindado acceso al acervo probatorio, se han dado oportunidades para solicitar y contradecir pruebas, y en general se ha garantizado todos los espacios y herramientas para ejercer en debida manera su derecho a la defensa.

Ahora bien, no es admisible que **COMCEL** crea tener un derecho adquirido a que la Comisión decrete como pruebas todas aquellas que el proveedor tenga a bien aportar o solicitar, sin consideración alguna a su pertinencia, conducencia y utilidad, o que pueda aducirse que se viola el debido proceso del interesado por el hecho de que la Comisión no hubiere decretado pruebas impertinentes, inconducentes e inútiles.

Si bien la CRC coincide con **COMCEL** en que la actuación administrativa constituye un procedimiento de formación de la voluntad administrativa, no es cierto que de ello se desprenda que la CRC está obligada por la Constitución y la Ley a decretar, de manera automática y sin raciocinio alguno, pruebas impertinentes, inconducentes, inútiles o inclusive contrarias al ordenamiento jurídico, solamente porque el administrado las solicita, proceder que convertiría al regulador en poco menos que el notario de la voluntad del regulado.

Extraña a la CRC que **COMCEL** insista en este tipo de argumentos, cuando los jueces de la República<sup>597</sup>, al resolver acciones de tutela por violación al debido proceso y al derecho de defensa, presentadas por el mismo proveedor con base en idénticas premisas, han señalado que las autoridades administrativas y en especial la CRC, deben evaluar la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas aportadas o solicitadas en el marco de actuaciones administrativas, y que no se incurre en vías de hecho por negar el decreto de pruebas impertinentes, inconducentes, o inútiles, como quiera que ello le es dado a la autoridad administrativa con fundamento en el artículo 68 del CGP, aplicable a las actuaciones administrativas por remisión efectuada por los artículos 211 y 306 del CPACA.

### **6.3. Sobre la supuesta nulidad de la actuación administrativa tendiente a declarar la posición de dominio e imponer medidas de carácter regulatorio**

En este punto, **COMCEL** señala que la CRC fijó medidas *a priori*, sin determinar antes la existencia de posición de dominio y sin establecer la existencia de una falla de mercado, lo que vicia de nulidad la Resolución CRC 5110 de 2017 y es un prejuzgamiento por parte de la CRC.

<sup>597</sup> Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá. Sentencia del 26 de enero de 2012. Expediente 2000-1-2-6. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal. Sentencia del 12 de marzo de 2012.

Afirma que la Resolución CRC 5110 de 2017 tiene el fin de determinar la existencia de posición de dominio por parte de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles", pero en el cuerpo del documento soporte se encuentran condiciones y medidas asimétricas puntuales que la CRC pretende imponer a **COMCEL**, incluso antes de que se haya determinado si existe o no dominancia en el mercado o fallas en el mismo, por lo que la CRC ya ha prejuzgado las medidas que piensa imponer, incluso sin contar con los insumos probatorios necesarios para decidir cuáles de estas serían pertinentes.

Manifiesta que las posibles medidas a adoptar mediante la presente actuación administrativa no tienen el carácter de eventuales, sino que corresponden a medidas reales y concretas que se implementarán paralelamente a la declaratoria de dominancia.

Considera que la CRC ha debido primero analizar si estas medidas se apegan al régimen legal bajo el cual se expiden, y que lo propuesto por la CRC en la Resolución CRC 5110 de 2017 desconoce las normas en las que debería fundarse y en consecuencia adolece de nulidad. Señala que tales proposiciones regulatorias desconocen los principios del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009 y, en consecuencia, su legalidad está viciada por ir en contra de la norma en la cual deberían fundarse, en los términos del artículo 137 del CPACA.

Agrega que anunciar una serie de medidas sin haber determinado en primer lugar el fundamento fáctico, y más importante aún, el estado del mercado de "Servicios Móviles", evidencia que la CRC pretende establecer medidas sin motivos fácticos que las soporten, por lo que se estaría ante una falsa motivación de la Resolución CRC 5110 de 2017, ya que carece de fundamento fáctico que soporte y justifique las medidas en ella enunciadas. Cita jurisprudencia del H. Consejo de Estado en relación con el tema, para reiterar que los motivos de hecho de la Resolución CRC 5110 de 2017 son inexistentes, pues precisamente el fin de ese acto es determinar la existencia material de fallas y de dominancia dentro del mercado de "Servicios Móviles", que serían los hechos probados que eventualmente justificarían la toma de cualquier medida por parte de la CRC. Con lo anterior, dice, una vez más resulta claro que este acto está viciado de nulidad por inexistente motivación.

Considera también que el establecimiento anticipado de medidas regulatorias en la Resolución CRC 5110 de 2017 implica un prejuzgamiento por parte de la CRC y una violación al principio de imparcialidad administrativa, principio directamente relacionado con el derecho fundamental al debido proceso constitucional. Menciona que la H. Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que la imparcialidad hace parte del núcleo al debido proceso administrativo, como una de las garantías previas de este. En este sentido, la determinación de unas medidas regulatorias antes de que se realicen los estudios pertinentes que las justifiquen, implica una violación al debido proceso constitucional, puesto que revela por adelantado las acciones que va a tomar la administración, rompiendo el principio de imparcialidad y prejuzgando antes de que concluya la actuación administrativa.

Agrega que la imposición de estas medidas parece responder a peticiones de los competidores: Por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (TELEFÓNICA), por cuanto en el documento de respuesta a la Consulta pública "Revisión de los mercados de Servicios Móviles" propone la siguiente medida específica: *"aprobación de nuevas tarifas del operador dominante por parte de la CRC para que el organismo regulador asegure que existan condiciones y márgenes adecuados para los competidores"*. Así mismo, en los comentarios al documento, Colombia Móvil S.A. E.S.P. (TIGO) propone: *"Implementar medidas urgentes y eficaces para aprobación previa de planes tarifarios, previa evidencia de falla"*.

Aduce que, al haber identificado la CRC unas medidas regulatorias para el mercado de "Servicios Móviles" antes de tener el material probatorio y antes de concluir la actuación administrativa que inició para determinar el estado de dicho mercado, resulta claro que esta Comisión no ha actuado imparcialmente y que, en consecuencia, ha violado el derecho al debido proceso administrativo de **COMCEL** al prejuzgar las medidas que piensa imponerle.

Concluye que las medidas *a priori* que la CRC expuso han debido ser contrastadas a la luz de sus normas fundantes, especialmente, la Constitución Política y la Ley 1341 de 2009. Al haber omitido la CRC lo anterior, en su sentir, esta Entidad ha conseguido viciar de nulidad la Resolución CRC 5110 de 2017 y las actuaciones que de ella se deriven, por ir en contra del marco legal en que deberían fundarse y proponer medidas regulatorias sin que exista motivación fáctica que las

soporte. Igualmente, al haberse quebrado el principio de imparcialidad con el prejuzgamiento hecho por la CRC en las medidas de la Resolución CRC 5110 de 2017, queda claro que la actuación de esta autoridad viola directamente el derecho constitucional al debido proceso administrativo de **COMCEL** y es contraria a la Constitución Política.

Según **COMCEL**, el catálogo de medidas a imponer debió tener un análisis de procedibilidad a la luz de la Ley 1341 de 2009, en adición a la justificación que de las mismas se hizo en el documento soporte. En ese sentido, manifiesta que *"la anticipación de las medidas particulares contra COMCEL, en su calidad de definitivas, necesariamente debió pasar por el control previo de procedencia a la luz de la Ley 1341 de 2009, so pena de viciar el trámite administrativo de marras"*.

**Consideraciones de la CRC:**

Los argumentos de **COMCEL** en este aparte se reducen a tres, a saber: **(i)** la CRC prejuzgó y violó el derecho al debido proceso de **COMCEL** al incluir las medidas regulatorias que eventualmente podrían imponerse en caso de determinar la dominancia de este en el mercado de "Servicios Móviles" sin antes haber adelantado dicho análisis, es decir que, en su criterio, se fijaron medidas sin antes determinar la existencia de una posición de dominio y sin determinar la existencia de una falla de mercado; **(ii)** las medidas debieron haberse sometido a un análisis a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1341 de 2009 antes de ser propuestas; y **(iii)** la imposición de estas medidas parece responder a peticiones de los competidores Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (TELEFÓNICA) y Colombia Móvil S.A. E.S.P. (TIGO).

En primer lugar, debe señalarse que carece de fundamento el argumento de **COMCEL** según el cual la CRC ha prejuzgado por el hecho de haber informado a dicho proveedor, al iniciar la actuación administrativa, las eventuales medidas regulatorias que potencialmente podían ser impuestas si se constataba la posición dominante del agente en cuestión en el mercado de "Servicios Móviles". En efecto, la CRC estaba obligada por la Constitución y la Ley a informar a **COMCEL** la existencia de la actuación administrativa, su objeto, su alcance y los fundamentos de hecho y de derecho que fundamentaban el inicio de la misma, con el fin de que dicho proveedor pudiera constituirse en parte, hiciera valer sus derechos y pudiera ejercer a cabalidad su derecho de defensa y de contradicción, no sólo respecto de la constatación o no de la dominancia en el mercado, sino respecto de las potenciales medidas regulatorias que la CRC estaba considerando imponer, si la dominancia era constatada.

Fue precisamente la provisión a **COMCEL** de tal información, lo que ha permitido a dicho agente dar a conocer efectivamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias invocados, por vía de la radicación de múltiples comunicaciones, la solicitud, decreto y práctica de numerosas pruebas documentales, testimoniales, y periciales, y el acceso pleno al expediente administrativo.

Si así no hubiera sido, esto es, si la CRC no hubiere informado a **COMCEL** las eventuales medidas regulatorias que potencialmente podían ser impuestas si se constataba su posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", **COMCEL** hubiera ido a ciegas a lo largo de la actuación, sin saber a qué atenerse, y sin poder expresar, en ejercicio de su derecho de defensa, su posición respecto de la conveniencia o legalidad de las medidas potenciales que la CRC consideraba. De hecho, hubiera podido ser sorprendido por la Comisión en el acto administrativo definitivo, con la adopción de medidas regulatorias que no le habrían sido anunciadas y que no habría tenido oportunidad de objetar o discutir durante la actuación, lo que sí podría alegarse como una violación a su derecho de defensa.

De haberse planteado la posibilidad de imponer medidas de carácter particular a **COMCEL** sin informarle previamente en qué consistían dichas medidas, se hubiera violado el derecho al debido proceso de ese operador, toda vez que no podría pronunciarse respecto de las mismas y controvertirlas, al no conocerlas ni conocer sus características y alcance.

Además, al anunciar las potenciales medidas, la CRC garantizó el conocimiento previo del tipo de intervención que realizaría, de ser el caso, es decir, garantizó, para pleno conocimiento de **COMCEL**, la naturaleza y alcance de las potenciales intervenciones

No deja de llamar la atención la contradicción en que incurre **COMCEL** cuando, de una parte, acusa a la Comisión de cercenarle su derecho de defensa por no permitirle el acceso a información pública clasificada que, como el modelo de costos, no hacía parte del objeto de la actuación, mientras, al mismo tiempo, acusa a la entidad de incurrir en prejuzgamiento por informarle plenamente el objeto y alcance de la misma, de manera que pudiera, precisamente, ejercer a cabalidad su derecho de defensa y contradicción.

Adicionalmente, al señalar que haber informado a **COMCEL** de las posibles medidas a adoptar mediante la presente actuación administrativa indica que las mismas no tienen el carácter de eventuales, sino que corresponden a medidas reales y concretas, el proveedor confunde la naturaleza y efectos de los actos administrativos de trámite y los de los actos administrativos definitivos. Mientras los primeros son aquellos que contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, los segundos finalizan la actuación administrativa, ya que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos.

En consecuencia, el solo hecho de iniciar la actuación particular no implicó *per se* la declaratoria de dominancia de **COMCEL**, y mucho menos la imposición de las medidas propuestas en un principio. Como se desprende del acto que dio inicio a esta actuación, simplemente se trató de un acto de trámite, que dio curso a la actuación, indicando cuál es su objeto y su alcance, los sustentos preliminares para dar inicio al trámite, sin anticiparse a ningún resultado, previendo que, si se llegaba a constatar la posición dominante de **COMCEL**, habría lugar a estudiar la imposición de alguna, algunas o todas las medidas que también se dieron a conocer desde el inicio, de forma tal que **COMCEL** pudiera pronunciarse respecto de las mismas. Por ende, lo que procuró la CRC fue garantizar el debido proceso al informar los hallazgos preliminares, que no son decisiones, para que respecto de ellos **COMCEL** pudiera formular sus consideraciones, allegar y solicitar el decreto y práctica de pruebas que desvirtuaran esos hallazgos previos, sin que por ello se prejuzgara. Lo afirmado por **COMCEL** es errado porque lleva a considerar que una autoridad administrativa, para adoptar una decisión, debe hacerlo sin poner de presente antes de la adopción de dicha decisión el objeto de la actuación y, por ende, sin otorgar la oportunidad previa de pronunciarse, defenderse y presentar las pruebas que considere necesarias para ejercer su derecho de defensa y contradicción, pues al hacerlo estaría prejuzgando. Nada más alejado de la realidad y del respeto al debido proceso y derecho de defensa.

La conducta desarrollada por la CRC se constituye en una mayor garantía del derecho de defensa y contradicción, ya que permite a **COMCEL** identificar exactamente qué tipo de medidas debe controvertir y le da la garantía de que no será sorprendido con medidas que no fueron previstas en el Documento Soporte inicial. De esta misma forma ya lo había justificado la propia CRC en dicho documento, al señalar que las medidas regulatorias se exponen *"con el fin de que COMCEL pueda ejercer debidamente sus derechos, en los términos definidos en el artículo 37 y siguientes del CPACA"*<sup>598</sup>.

Es en el acto definitivo -en esta resolución-, por otra parte, donde la CRC adopta una decisión de fondo sobre los asuntos que constituyen el objeto de la actuación, esto es, si constata que **COMCEL** es o no dominante, y de ser el caso, si adopta o no una, varias o todas las medidas regulatorias previamente informadas al interesado. Es en tal acto, en otras palabras, en el que, de adoptarse, las medidas dejan de ser potenciales y se vuelven reales y concretas, por lo que resulta inadmisibles que **COMCEL** acuse a la CRC de imponer medidas regulatorias en el acto de trámite que dio inicio a la actuación por el solo hecho de anunciarlas para que el proveedor ejerciera debidamente sus derechos.

En complemento de lo anterior, con su argumento **COMCEL** invierte no sólo la carga argumentativa que le corresponde sino la presunción de legalidad de los actos administrativos. En efecto, sin perjuicio de señalar que la presente decisión contiene la adecuada motivación jurídica y fáctica, lo cierto es que los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>599</sup>, razón por la cual es a **COMCEL** a quien le corresponde, una vez expedido el acto definitivo, demostrar, si a bien lo tiene, que las decisiones allí adoptadas contrarían el artículo 2 de la Ley 1341 de 2009 o cualquier otro. La lógica de **COMCEL**, pues, es la contraria al CPACA: que los actos administrativos se presumen ilegales salvo que la autoridad demuestre, en el cuerpo de los mismos, que se apegan

<sup>598</sup> Documento Soporte, p. 64.

<sup>599</sup> CPACA. Artículo 88.

a la Ley, con lo cual el proveedor se considera a sí mismo eximido de cumplir con la carga que le incumbe, cual es la de demostrar que la decisión definitiva contraría la Ley.

Ahora bien, considera **COMCEL** que la CRC ha debido primero analizar en la Resolución CRC 5110 de 2017 si las medidas regulatorias potenciales se apegan al régimen legal bajo el cual se expiden, y en concreto, si respetan o no los principios del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, por lo que concluye que la Resolución CRC 5110 está viciada por ir en contra de la norma en la cual deberían fundarse, en los términos del artículo 137 del CPACA.

Nuevamente, el argumento revela la confusión jurídica del proveedor, por tres razones. En primer lugar, porque pretende que en un acto de trámite que apenas da inicio a una actuación administrativa, en el cual ninguna decisión de fondo se ha adoptado, la autoridad analice si las medidas -que a ese momento no se han adoptado- respetan la Ley. A ese respecto, se recuerda que, según el análisis antes adelantado, la carga legal de la CRC consistía únicamente en comunicar el inicio de la actuación, informar su objeto y alcance, y dar la oportunidad a **COMCEL** para presentar observaciones, solicitar pruebas y ejercer el derecho de defensa y contradicción, lo cual se cumplió a cabalidad, máxime cuando con posterioridad se brindaron más espacios para llevar a cabo el debate probatorio que informó la totalidad de la actuación. Así las cosas, no es el acto de trámite sino el acto definitivo el que, a partir de las decisiones que allí se adopten, debe confrontarse con la Ley.

En segundo lugar, en cuanto al supuesto análisis de procedibilidad de las medidas propuestas a la luz de la Ley 1341 de 2009, debe recordarse que los elementos necesarios para el nacimiento de los actos administrativos, según la doctrina autorizada, son: competencia, procedimientos y forma de presentación<sup>600</sup>. Los procedimientos, como su nombre lo indica, se refieren a esas reglas de trámite que toda autoridad debe cumplir para ejercer sus competencias y producir sus decisiones.

Para el caso concreto, **COMCEL** afirma que existe un requisito de procedibilidad establecido para el inicio de la actuación y la propuesta de medidas regulatorias, el cual consiste en someter dichas medidas a un análisis a la luz del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009.

Considera esta Comisión que debe acudirse a la norma que rige la actividad de la CRC, esto es, la Ley 1341 de 2009, en la que se evidencia, contrario a lo afirmado por **COMCEL**, que no existe requisito de procedibilidad alguno para la expedición de regulación diferencial en el mercado mediante actos de contenido particular y concreto. Lo anterior significa que, para efectos de este trámite, debe aplicarse la normatividad consagrada en la norma procesal por antonomasia en materia administrativa: la Ley 1437 de 2011 (CPACA). En este cuerpo normativo, se encuentran los artículos 2 y 34, en los que se dispone que "[L]as autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales" y, adicionalmente, que "[L]as actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código". De las normas en cita se debe concluir que el análisis que solicita **COMCEL** no se constituía en un requisito para la expedición del acto en comento, pues no se hace referencia al mismo en las normas aplicables al presente trámite.

Por último, en relación con el argumento según el cual las medidas parecieran responder a peticiones particulares de los competidores de **COMCEL**, se manifiesta que esta Comisión ejerce sus funciones y facultades con la finalidad exclusiva 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 de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad. Es más, se recuerda que en el presente trámite los proveedores COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. presentaron sendas solicitudes para hacerse parte del mismo como terceros interesados, las cuales fueron resueltas de manera negativa por esta Comisión, al considerar que no existía un interés directo en la actuación por parte de dichos proveedores.

<sup>600</sup> Vid. Libardo Rodríguez, *Derecho Administrativo general y colombiano*, 20ª ed. Tomo II, Bogotá, Editorial Temis, 2017, pp. 42-72.



Así las cosas, el único proveedor que ha ejercido sus derechos y que se ha pronunciado frente a todos los aspectos de la actuación administrativa adelantada es **COMCEL**, y en ningún momento se ha incorporado al expediente, y mucho menos valorado, cualquier argumento que al respecto pudiera haber presentado cualquier otro proveedor. La intervención de otros proveedores en el presente trámite se reduce a la revisión del expediente público y a la solicitud de expedición de copias del mismo.

Cosa distinta es que los competidores de **COMCEL**, en ejercicio de su libertad de expresión y de su derecho a la participación en actuaciones administrativas de carácter general y abstracto, hayan puesto de presente la -a su juicio- necesidad de adoptar medidas regulatorias particulares en relación con **COMCEL** -alguna similar a una de las medidas potenciales que en esta actuación se analizaron- con el fin de promover la competencia efectiva en el mercado. La CRC no puede cercenar la libertad de expresión de tales proveedores, ni el hecho de que sean competidores de **COMCEL** invalida, a priori, la eventual conveniencia de adoptar medidas regulatorias sobre **COMCEL**, máxime cuando en parte alguna establece la Ley que la CRC puede adoptar medidas regulatorias particulares, siempre que no hayan sido sugeridas por los competidores del regulado.

Por lo anterior, no es cierto que se pretenda beneficiar a ciertos actores del sector, o perjudicar a otros, sino que lo que se busca es procurar mejores condiciones de competencia en el mercado como un todo, en beneficio de los usuarios y del mercado mismo. Lo anterior en la medida en que el Estado tiene el deber de intervenir en la economía para lograr, entre otros objetivos, *"el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades"* y *"asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos"* (art. 334 CP). También tiene el deber de intervenir para impedir *"que se obstruya o se restrinja la libertad económica"* y para evitar el abuso de la posición dominante (art. 333 CP).

De esta forma, la CRC debe actuar dentro de sus competencias legales y en cumplimiento de los criterios y objetivos previstos en la ley, interviniendo de manera preventiva para evitar el abuso de la posición dominante. Así, las facultades de la CRC, como entidad encargada de la regulación, se enmarcan en el deber del Estado de intervenir en la economía, función *que "se justifica no sólo para garantizar el cumplimiento de los fines sociales, sino también para corregir las imperfecciones del mercado en materia de condiciones de competitividad, o para protegerlo de acciones orientadas a romper el equilibrio que debe regirlo"*<sup>601</sup>. Dentro de esas facultades se encuentra la posibilidad de adoptar medidas regulatorias de carácter particular que atiendan a la posición específica de un agente en el mercado, lo cual también ha sido considerado ajustado a la Constitución Política por la H. Corte Constitucional<sup>602</sup>.

Así pues, no es de recibo para esta Comisión la aseveración de **COMCEL** ya reseñada, toda vez que, tanto en esta actuación particular como en las demás actuaciones adelantadas por la CRC, la motivación de su intervención no es lo que afirmen o no uno o varios agentes en el mercado, sino las consideraciones técnicas y económicas evidenciadas y que son la justificación para que se decida o no el inicio de cualquier actividad regulatoria a su cargo.

#### **6.4. Sobre la supuesta violación de la confianza legítima de COMCEL**

Recuerda **COMCEL** que el Estado Colombiano, a través del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC, y con el fin de impulsar la expansión de las redes de telecomunicaciones, fijó las reglas para la adjudicación de espectro radioeléctrico para 4G mediante la Resolución No. 00449 de 2013, sobre la base de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, lo cual motivó, no solo dicho acto administrativo, sino también la voluntad de **COMCEL** para participar en la subasta de adjudicación, comprometiendo su patrimonio en el cumplimiento de los compromisos de dicha adjudicación. Señala que ha venido cumpliendo estos compromisos de manera diligente, eficiente y en los plazos establecidos por el MINTIC, por lo que **COMCEL** depositó su confianza en que las normas bajo las cuales se le otorgó espectro radioeléctrico para 4G serían mantenidas para ella y los demás adjudicatarios, de modo tal que organizara sus estrategias comerciales en torno a esta seguridad.

<sup>601</sup> Corte Constitucional, sentencia. Sentencia C-741 de 28 de agosto de 2003, exp. D-4405, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

<sup>602</sup> Corte Constitucional, sentencia. Sentencia C-263 de 8 de mayo de 2013, exp. D-9329, M.P. JORGE IVÁN PALACIO.

Afirma que ahora es el mismo Estado a través de la CRC quien sorpresivamente desconoce y cambia las reglas con las cuales se motivó la intención de inversión de **COMCEL**, haciendo más gravoso el cumplimiento de la adjudicación 4G y castigando a la empresa por cuenta del cumplimiento del compromiso adquirido con el Estado Colombiano a la hora de la adjudicación.

Considera que esto no solo representa una vulneración del principio de confianza legítima, sino el desincentivo de la inversión y los términos acordados en los TLC con México aprobados por la Ley 1211 de 2008. Entiende entonces que la nueva posición que se busca introducir por vía de resolución comporta no solo violaciones a la Ley, sino también un desconocimiento y cambio sorpresivo del marco normativo bajo el cual se está dando la inversión sobre el espectro 4G, por lo que se fuerza a **COMCEL** a buscar las garantías jurídicas a sus derechos en las instancias que dentro del citado acuerdo se señalan.

**COMCEL** hace notar que tal situación, y en general la fórmula que ha considerado el ente regulatorio para analizar la posición de dominio e imponer una serie de medidas en su contra, pueden desconocer los acuerdos de libre comercio que el país ha suscrito, lo que constituye sin dubitación alguna un aspecto a considerar en relación con su legalidad, amén de que constituye una violación de la prohibición de venir contra los actos propios.

Cuestiona que el Estado invita a invertir en las redes de 4G para luego, una vez concretada esa inversión en cumplimiento de actos de adjudicación en firme, decide que dicha inversión que propició resulta lesiva del mercado y convierte a quien la realizó en destinatario de gravosas medidas que afectan notoriamente el retorno de sus inversiones.

#### **Consideraciones de la CRC:**

Los presupuestos para la aplicación de la teoría de la protección de la confianza legítima han sido abiertamente discutidos y enumerados por la doctrina. En la obra del profesor y Consejero de Estado Valbuena Hernández se identifican los siguientes elementos: *"(...) que en un ámbito determinado un sujeto observe una conducta jurídicamente relevante, inequívoca y eficaz; que tal sujeto pretenda luego contradecirla posteriormente, mediante la realización de un nuevo comportamiento que es de suyo contrario a la conducta anterior; que un tercero modifique su propia situación, confiando en la conducta original del agente; que una y otra conducta puedan ser atribuidas a una misma persona, sea que esta haya actuado personalmente o representada por otra; y por último, que al frustrarse las expectativas legítimamente surgidas se provoque un daño a terceros. Además de ello, es preciso que los actos propios hayan sido realizados de manera libre y voluntaria, esto es, que no hayan sido inducidos por alguna de las causas que corrompen o vician la voluntad, tales como el error, el dolo, la fuerza o el estado de necesidad. Estos presupuestos, como veremos, son prácticamente los mismos del principio de protección de confianza legítima, lo que viene a robustecer nuestra postura"*<sup>603</sup>.

Dicha institución ha sido definida por la H. Corte Constitucional como *"un corolario de aquel [principio] de la buena fe y consiste en que el Estado no puede alterar, de manera súbita, unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica"*<sup>604</sup>.

La confianza legítima es una protección constitucional, derivada del principio de la buena fe, que *"pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades"*<sup>605</sup>. La H. Corte Constitucional la definió por primera vez en la sentencia C-478 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la que manifestó:

*"Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente*

<sup>603</sup> Valbuena Hernández, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008. pp. 125-126.

<sup>604</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-131 de febrero 19 de 2004. M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

<sup>605</sup> Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

*prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política."*

Esta sentencia establece la confianza legítima como un punto medio entre los derechos adquiridos y las meras expectativas. Para su protección se requiere demostrar que hay "*razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación*". Un segundo elemento indicado por esta sentencia es un "*cambio súbito*" efectuado por el Estado. El tercer elemento que establece es que ese cambio súbito "*afecta de manera sensible*" la situación del administrado que confiaba en la duración de la posición de la entidad estatal. Si se dan esos tres elementos, dice la sentencia "*e/ principio de la confianza legítima la protege*". El efecto de la protección de la confianza legítima, según la sentencia, es la obligación de "*proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación*". Esta definición de los elementos de la confianza legítima ha sido reiterada y se mantiene en la jurisprudencia constitucional y administrativa actual<sup>606</sup>.

Por su parte, ha señalado el Consejo de Estado que las expectativas legítimas y estados de confianza susceptibles de ser protegidos mediante el principio que la demandante invoca, "*emanan de actos, omisiones o hechos externos del Estado que revisten el carácter de **concluyentes, ciertos, inequívocos, verificables y objetivados** frente a una situación jurídica particular en virtud de los cuales se crean estados de confianza, plausibles y razonables en la conciencia de los asociados*"<sup>607, 608</sup> (NFT)

Como lo señala el propio Valbuena Hernández, para identificar una situación protegible de confianza es necesario que existan signos externos de la Administración de carácter concluyente que sirvan como "*base objetiva de confianza*", es decir, actos, hechos, actitudes, o manifestaciones que representen de manera **asertiva, inequívoca y concluyente**, una postura, una decisión o el sentido de la voluntad administrativa, y que **estimulen, induzcan, permitan, toleren o determinen razonable y justificadamente el surgimiento de la confianza de los administrados**<sup>609</sup>.

En este caso, **COMCEL** alega que el MinTIC fijó las reglas para la adjudicación de espectro radioeléctrico para 4G sobre la base de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, lo cual motivó su voluntad de participar en la subasta de adjudicación, depositando su confianza en que las normas bajo las cuales se le otorgó espectro radioeléctrico para 4G serían mantenidas para ella y los demás adjudicatarios, de modo tal que organizara sus estrategias comerciales en torno a esta seguridad. No aduce **COMCEL**, por sustracción de materia, cómo la CRC -que nada tuvo que ver en la fijación de las reglas para la adjudicación de espectro radioeléctrico para 4G por ser competencia del MinTIC- pudo generar o generó en tal proveedor la confianza en que la regulación de redes y servicios de telecomunicaciones se mantendría inmutable en virtud de la subasta de espectro 4G.

<sup>606</sup> Ver, por ejemplo, las sentencias C-191 de 2016, M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO y T-508 de 2016, M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS. El Consejo de Estado en varias sentencias acoge la definición doctrinal propuesta por GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, *La defraudación de la confianza legítima*, Universidad Externado de Colombia, 2008, la cual esencialmente contiene los mismos elementos. Ver, por ejemplo, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2012, Rad. AP. 68001-23-15-000-2002-02183-01, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Sección Cuarta, sentencia del 5 de marzo de 2015, Rad. 20146, C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ; Sección Cuarta, sentencia del 28 de mayo de 2015, Rad. 20318, C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ. En otras, acoge la definición jurisprudencial de la Corte Constitucional. Por ejemplo, Sección Cuarta, sentencia del 26 de febrero de 2015, Rad. 11001-03-15-000-2014-01114-01(AC), C.P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.

<sup>607</sup> La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de confianza legítima protege tanto las expectativas como los estados de confianza que los asociados se forman legítimamente a partir de las acciones u omisiones estatales: "El principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático": Corte Constitucional, sentencia C-131 del 19 de febrero de 2004, M.P. Clara Inés Vargas. (Pie de página original No 90)

<sup>608</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2015, exp. 22637, C.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00007-01(22637)

<sup>609</sup> Valbuena Hernández, G. *op. cit.* p. 159. VALBUENA HERNÁNDEZ, G. *La defraudación de la Confianza Legítima. Aproximación Crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado.* Universidad Externado de Colombia (2008) Pág. 159

En otras palabras, hay una absoluta inexistencia de "base objetiva de confianza", es decir, de actos, hechos, actitudes, o manifestaciones de la CRC que representaran de manera asertiva, inequívoca y concluyente, una postura, una decisión o el sentido de la voluntad administrativa, y que hubieren estimulado, inducido, permitido, tolerado o determinado razonable y justificadamente el surgimiento de la confianza a la que se refiere **COMCEL**.

Se recuerda que, según lo explicado por la jurisprudencia citada, para invocar el principio de confianza legítima, **debe demostrarse** que se tenían razones objetivas para confiar en que la CRC no expediría normas para regular el mercado, o para intervenir en el mercado imponiendo condiciones diferenciales en el mismo.

Las sentencias C-616 de 2001, C-389 de 2002, C-1041 de 2007 y C-228 de 2010 señalan que al Estado le está permitido intervenir, a través de comisiones de regulación para adoptar medidas preventivas, de carácter particular, para impedir el abuso de la posición dominante. Por ejemplo, en la sentencia C-616 de 2001, la Corte dijo que "[c]uando se trata efectivamente de una situación de posición dominante, la labor del Estado es la de impedir el abuso de la misma a través de una serie de controles e instrumentos de intervención [...]"; y en la sentencia C-1041 de 2007, señaló que "de la misma redacción de la disposición constitucional [artículo 333 de la Constitución] se deriva que el deber del Estado no se limita a controlar abusos de la posición dominante, imputables a personas o empresas, sino igualmente a prevenir que los mismos tengan lugar en el futuro."

Adicionalmente, la propia CRC ya ha ejercido con anterioridad sus facultades para promover la competencia y evitar el abuso de posición dominante, y respecto del propio **COMCEL**. Además, por vía general también ha anunciado lineamientos para la identificación de mercados relevantes y la constatación de posición dominante, lo cual desvirtúa una supuesta expectativa legítima, formada en el año 2013, de que la CRC no expediría ninguna regulación respecto de **COMCEL**. Es más, la propia Resolución 449 de 2013 del MinTIC, mediante la cual se inició el proceso de subasta para espectro 4G, contempló expresamente la posibilidad de que la CRC expidiera nueva regulación, una vez culminado el proceso de asignación de espectro. Así, por ejemplo, el Anexo 4 con las condiciones para sostenibilidad del permiso en las bandas AWS y 2.500 MHz, indicó lo siguiente sobre el Roaming Nacional:

*"Los participantes que sean titulares de permisos para el uso del espectro en las bandas destinadas para IMT antes de la adjudicación de este proceso, que resulten asignatarios del presente proceso, deberán permitir la compartición activa de elementos y capacidades de red para la itinerancia móvil automática digital a nivel nacional (roaming nacional) para todo tipo de servicios soportados por su red, independientemente de la tecnología siempre y cuando las interfaces de aire así lo permitan, de conformidad con la regulación que para el efecto haya expedido **o expida la CRC sobre la materia.***

(...)

*El valor para los acuerdos comerciales de roaming nacional suscritos como resultado de la presente obligación será **el que determine la CRC.***

(...)

*A efectos de garantizar el cumplimiento de esta obligación, los asignatarios que sean titulares de permisos para el uso del espectro en las bandas destinadas para IMT antes de la adjudicación de este proceso adelantarán los acuerdos de interconexión con los proveedores de redes y servicios móviles que lo soliciten, incluyendo las condiciones particulares para la activación del roaming de acuerdo con las condiciones del régimen de acceso, uso e interconexión de redes establecido en la Resolución CRC 3101 de 2011 o aquella que la adicione, modifique o sustituya, así como las condiciones específicas derivadas de la regulación de carácter general sobre roaming automático nacional que para el efecto haya expedido **o expida la CRC.**"*

Además de ello, **COMCEL** aceptó los términos del proceso de la citada Resolución MinTIC 449, debiendo ratificar esto mediante la suscripción del formato establecido en el anexo 1 de dicho acto.

También debe recordarse que la revisión del mercado móvil se incluyó en la Agenda Regulatoria 2016-2017, publicada en borrador en octubre de 2015, y de manera definitiva el 30 de diciembre de 2015, y el documento de revisión que sirvió de sustento para la expedición de la Resolución CRC 5108, se publicó a mediados de 2017. Para la fecha de expedición de esta resolución,

**COMCEL** ha contado con al menos dos años de aviso de que su posición dentro del mercado móvil podía ser objeto de revisión y eventual regulación.

De esa manera, si no existió base objetiva de confianza mucho menos pudo crearse en **COMCEL** confianza alguna. Pero, si en gracia de discusión, la CRC hubiera contribuido de alguna manera a crear la confianza a la que dicho proveedor se refiere, la misma no sería, en ningún caso, **confianza legítima**. En efecto, las expectativas legítimas susceptibles de protegerse judicialmente han sido definidas por el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"Las expectativas legítimas -jus existens in spe-. Se trata de situaciones encaminadas a la formación de un derecho subjetivo, conformadas por aquellas esperanzas legítimas que surgen del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada expresado en la constitución de los hechos previstos en la ley para la adquisición del derecho y que, a pesar de no haber ingresado aún el derecho en el patrimonio del sujeto, ofrecen la certeza de que recorrido el camino de los hechos jurídicos se constituirá el derecho. Son, entonces, situaciones que si bien no están consolidadas ni han generado una situación de adquisición de un derecho, sí han creado expectativas válidas, en cuanto fundadas en la realización progresiva de los supuestos de hecho tasados legalmente para la obtención del derecho y por ende, gozan de protección"<sup>610</sup> (SFT).*

Según la H. Corte Constitucional, esas expectativas "no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto"<sup>611</sup>, "aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho", "situaciones jurídicas no consolidadas (...) en las que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado"<sup>612</sup>.

Para **COMCEL**, la expectativa que alega como legítima, el derecho subjetivo al cual se encaminaría la situación que afirma creó el Estado en la subasta de espectro 4G, sería el derecho a que la CRC no lo regule o que no modifique la regulación vigente. Y esa expectativa es ilegítima, porque implica que el Estado renuncie al cumplimiento de un deber constitucional: la intervención del Estado en la economía, y en particular en la prestación de los servicios públicos. Es claro que la CRC no creó nunca, ni pudo haber creado, una base objetiva de esa confianza, pero si, en gracia de discusión, lo hubiera hecho, esa confianza jamás sería legítima por inconstitucional. Nadie puede alegar como legítima la confianza en que el Estado renunciará a sus cometidos constitucionales.

En relación con los cambios de regulación, la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado han admitido, en principio, la aplicación de la confianza legítima, pero jamás han sostenido que la mera adopción de una nueva norma la desconozca. En la sentencia C-478 de 1998 la H. Corte declaró exequible la eliminación de un certificado de desarrollo turístico que servía como incentivo para la inversión, porque su otorgamiento en la norma derogada era discrecional, por lo cual los inversionistas no tenían razón para confiar en que les sería otorgado:

*"Como vemos, la "confianza legítima" no constituye un límite a la posibilidad de que el Legislador derogue una normatividad anterior, pues la persona no goza de un derecho adquirido sino de una situación revocable, esto es, de una mera expectativa. Es cierto que se trata de una suerte de expectativa que goza de una cierta protección, por cuanto existían razones que justificaban la confianza del administrado en que la regulación que lo amparaba se seguiría manteniendo. Sin embargo, es claro que la protección de esa confianza legítima, y a diferencia de la garantía de los derechos adquiridos, no impide que el Legislador, por razones de interés general, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto, por lo cual mal puede invocarse este principio para solicitar la inexecuibilidad de una norma que se limitó a suprimir un beneficio de fomento. Y en el presente caso, esa doctrina tiene aún menor relevancia, por cuanto los inversionistas razonables no tenían por qué confiar en que el certificado de desarrollo turístico les sería otorgado obligatoriamente, -ya que tal determinación dependía discrecionalmente del CONPES-, ni tampoco tenían por qué suponer que la existencia de ese beneficio sería mantenida de manera durable, pues las estrategias de fomento suelen ser variables. Por ende, la supresión de ese certificado no desconoce la confianza legítima, por lo cual el cargo del actor no es de recibo."*

En la sentencia C-007 de 2002, la Corte examinó el caso de la eliminación de una exención tributaria a favor de las empresas asociativas de trabajo, norma legal que fue acusada de vulnerar la confianza legítima, por haber sido realizada sin previo aviso y sin un periodo de transición. La

<sup>610</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2015, exp. 22637, C.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00007-01(22637)

<sup>611</sup> Corte Constitucional, sentencia C-147 del 19 de marzo de 1997, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

<sup>612</sup> Corte Constitucional, sentencia C-314 del 1º de abril de 2004, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

H. Corte reiteró la definición del principio de confianza legítima, de acuerdo con la sentencia C-478 de 1998, y explicó las circunstancias en que podría considerarse, tratándose de normas generales, que hay una razón objetiva para confiar en la durabilidad de la regulación:

*"Ha de reiterarse que el principio de la confianza legítima protege, en lo que hace referencia a las normas tributarias, las "razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación" y las alteraciones que se generarían con "el cambio súbito de la misma". Se podría predicar la existencia de dichas "razones objetivas" cuando, por ejemplo, la norma en cuestión (i) ha estado vigente por un muy largo período; (ii) no ha estado sujeta a modificaciones ni hay propuestas sólidas de reforma; (iii) su existencia es obligatoria, es decir, no es discrecional para las autoridades responsables suprimir el beneficio; y además, (iv) ha generado efectos previsibles significativos, es decir, ha conducido a que los particulares acomoden de buena fe sus comportamientos a lo que ella prescribe.*

*Lo anterior no quiere decir que las normas tributarias no puedan ser derogadas o modificadas, sino que cuando lo sean, "el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación", lo cual consiste, por ejemplo, (i) en que haya un período de transición o (ii) en que no se establezcan barreras o trabas para que los afectados ajusten su comportamiento a lo prescrito por la nueva norma. En algunas situaciones, la protección de la confianza legítima puede exigir que (iii) el beneficio tributario no sea derogado durante el lapso en que está corriendo el término para que los contribuyentes gocen de él, como lo determinó la Corte recientemente. [...]"*

En otra oportunidad, la H. Corte determinó la constitucionalidad de una nueva norma legal que limitó la integración vertical de las EPS con sus propias IPS. En la sentencia C-1041 de 2007 la H. Corte declaró exequible dicha norma, sosteniendo, por una parte, que no había razones para confiar en la durabilidad de la regulación anterior, ya que se trataba de una autorización y no una obligación, y por otra, que las empresas que participan en el mercado de la salud estaban en una posición de prever el cambio normativo. La H. Corte indicó que, tratándose de la regulación de los servicios públicos, *"los particulares que deciden cooperar con el Estado en la prestación del servicio, deben ser conscientes del amplio margen de maniobra con el que aquél cuenta para garantizar, en últimas, la debida prestación y calidad del servicio"*. Además, afirmó que *"cuando se trata de organizaciones empresariales con un amplio acceso a la información y con un amplio conocimiento de una actividad económica determinada, éstas no pueden alegar la ruptura del principio constitucional si decidieron por su propia cuenta y riesgo adelantar actividades sobre las cuales sabían que existía la probabilidad que fuera adoptada una legislación contraria a sus intereses"*. Por último, tuvo en cuenta que la misma norma otorgó un periodo de transición de un año, *"por lo que expresamente se contempló la gradualidad en la transición al nuevo régimen y en esa medida el cambio introducido a las reglas de juego previamente existentes no fue abrupto"*.

El H. Consejo de Estado, por su parte, también ha sido reacio a considerar los cambios normativos como violaciones de la confianza legítima. Por ejemplo, en la sentencia del 25 de agosto de 2010, la Sección Primera negó la nulidad del Decreto 4299 de 2005 que establecía requisitos para la operación de distribuidores minoristas de combustible. Frente al principio de confianza legítima, cuya violación se alegó en la demanda, dijo lo siguiente:

*"Razón tiene el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en cuanto afirma que el otorgamiento de una licencia no constituye una situación jurídica consolidada, sino que, se trata de derechos temporales de operación sujetos a las nuevas condiciones y modificaciones que se deriven de la regulación legal y reglamentaria, que busca coordinarlos con los derechos e intereses de la comunidad; las normas demandadas en este cargo permiten, teniendo en cuenta el principio de confianza legítima, que las personas que ya están en la actividad tengan un tiempo prudencial para adecuarse y cumplir con los nuevos requisitos a fin de continuar con su ejercicio.*

*No prospera este cargo, porque el Presidente de la República hizo uso, debidamente motivado, de una facultad que le corresponde por derecho propio, como lo ha precisado la Corte Constitucional; con las disposiciones acusadas se está concediendo, se reitera, unos plazos para que los distribuidores minoristas que en ese momento ya estaban en el mercado tuvieran un plazo para adecuarse a la nueva reglamentación."<sup>613</sup>*

Esta misma consideración fue reiterada en la sentencia del 30 de marzo de 2017, sobre el mismo decreto, en el cual la Sección Primera afirmó que *"en relación con el principio de confianza legítima, que la administración no está obligada a mantener indefinidamente una regulación, sin embargo, resalta que los cambios no deben realizarse de manera arbitraria y en forma*

<sup>613</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 25 de agosto de 2010, Rad. 11001-03-24-000-2006-00184-01, C.P. MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO.

*inesperada, considerando ajustado al ordenamiento contemplar normas transitorias que permitan a los afectados ajustarse a la nueva reglamentación*<sup>614</sup>. Respecto del caso concreto consideró lo siguiente:

*"no existe, entonces, una expectativa de continuidad en la regulación de la actividad de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, la cual puede ser modificada por la administración al tratarse de un servicio público en el que debe darse prevalencia al interés general sobre el particular. Ahora bien, es en respeto del principio de confianza legítima que se prevén normas de transición, como las que consagra el artículo 21 del Decreto 4299 de 2005, para que los particulares se ajusten a la nueva regulación, lo que hace que los cambios en la normatividad no resulten arbitrarios, no evidenciándose la violación del artículo 83 de la Constitución Política."*<sup>615</sup>

Adicionalmente, existe consenso en que no es legítima aquella confianza del ciudadano que es producto de interpretaciones vagas o personales del hecho, o voluntariamente favorables a sus intereses<sup>616</sup>. En otras palabras, no son legítimas las expectativas que, aun existiendo, no obedecen a hechos u omisiones objetivos de la Administración, sino a particulares percepciones subjetivas del administrado, particularmente cuando sólo lo favorecen a él. Es lo que aquí ocurre, pues la confianza que **COMCEL** alega, en que la CRC no lo regulará por haber participado en la subasta de espectro 4G con base en las reglas fijadas por el MinTIC, es producto de sí misma, es decir, de una interpretación individual y voluntariamente favorable a sus intereses, de su participación en la subasta, sin que pueda imputarse a la CRC ningún acto, hecho, actitud, o manifestación en el marco de la subasta del cual pudiera generarse en **COMCEL** la confianza en que la CRC renunció a regularlo.

Por si lo anterior no fuera suficiente, debe señalarse que el principio de protección de la confianza se basa en la frustración súbita de una expectativa legítima creada por la conducta o el comportamiento de los poderes públicos. Se trata de un requisito que el Consejo de Estado ha descrito como la actuación "*impredecible e intempestiva*" de la entidad estatal, que defrauda las expectativas legítimas y de los estados de confianza de los asociados, esto es, "*un cambio brusco e intempestivo de la actuación estatal*" que vulnera de manera "*cierta y razonable*" las expectativas legítimas "*frente a la ley*" de "*consolidar el derecho en vía de serlo y estados de confianza de los asociados nacidos en virtud de la confianza generada y tolerada por el Estado*"<sup>617</sup>.

Haciendo salvedad de que sin generación de confianza mal pudo la CRC haberla defraudado, lo cierto es que el presente acto administrativo regulatorio mal podría calificarse de "*impredecible e intempestivo*" o representativo de un cambio brusco en la actuación de la entidad. De hecho, no es claro **COMCEL** en explicar cuáles son las condiciones que supuestamente fueron modificadas de forma sorpresiva, abrupta o contraria a lo que venía rigiendo la prestación de servicios móviles en tecnología 4G. Si no se hace referencia a un marco normativo específico y se ponen de presente las supuestas modificaciones al mismo, no puede determinarse a qué condiciones se refiere **COMCEL** con su argumento.

Por otra parte, aun si **COMCEL** hubiera argumentado persuasivamente que tenía una expectativa razonable de estabilidad, también tendría que mostrar que hubo un cambio brusco que afectó sensiblemente su situación, lo cual tampoco ocurrió. En la sentencia C-1041 de 2007, sobre cambios regulatorios en materia de salud, la Corte indicó que "*la medida afecta a empresarios con amplios conocimientos y experiencia en materia del servicio público de salud, los cuales les permitían anticiparse y prever los cambios normativos que ocurrirían en el sector, sometidos por ende a una carga de diligencia en la gestión de sus firmas. No era la misma situación que se ha presentado en otros casos amparados por la Corte, de personas que se encuentran en condiciones de precariedad económica, como por ejemplo los vendedores ambulantes*". Lo mismo cabría decir de **COMCEL**, que se trata de una empresa con amplios conocimientos y experiencia, que le permitirían anticiparse y prever los cambios normativos.

<sup>614</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 30 de marzo de 2017, Rad. 11001-03-26-000-2006-00049-00, C.P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS.

<sup>615</sup> *Ibid.*

<sup>616</sup> Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel. SARMIENTO RAMIREZ-ESCUADERO, D. *El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa*. Revista Española de Derecho Administrativo núm. 114 (2002) Pág. 233 y ss.

<sup>617</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2015, exp. 22637, C.P. RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015) Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00007-01(22637)

Por otra parte, en esta actuación, las medidas específicas que podían adoptarse fueron anticipadas con detalle desde la comunicación del documento soporte para la intervención de carácter particular en el mercado en febrero de 2017.

En suma, la figura de la confianza legítima, a pesar de haber sido introducida al ordenamiento jurídico colombiano hace aproximadamente veinte años, rara vez es aplicada en la práctica para evitar la regulación de un particular por parte del Estado, mucho menos en materia de servicios públicos, en la medida en que aquel no puede alegar un derecho adquirido a la inmutabilidad del régimen jurídico. Esta puede, en teoría, alegarse frente a cambios normativos que afectan a los particulares, pero dicha posibilidad está sujeta a estrictos requisitos, entre los cuales se encuentran la demostración de una base objetiva para confiar en la estabilidad de la regulación y la ausencia de elementos objetivos que permitieran anticipar cambios.

Por lo anterior, **COMCEL** no puede argumentar que la medida adoptada por la CRC desconoce el principio de confianza legítima, pues este no confiere un derecho adquirido a la inmutabilidad del régimen jurídico, ni garantiza la permanencia de las expectativas formadas por los agentes del mercado, ni la renuncia del Estado a intervenir en la economía y en los servicios públicos, ni la congelación de las intervenciones regulatorias.

Ahora bien, debe aclararse una vez más que la presente actuación buscaba establecer si existía o no una posición dominante de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles", frente a lo cual, de ser afirmativa la existencia de la referida posición dominante, se pasaría a verificar la posibilidad de imponer o no, alguna de las medidas de carácter particular anunciadas en la Resolución CRC 5110 de 2017.

Teniendo en cuenta que el inicio de la presente actuación administrativa no implica por sí solo una modificación de las aludidas condiciones de mercado o marco normativo, esta Comisión no encuentra que puedan configurarse los presupuestos a los que se refieren la jurisprudencia y la doctrina para que pueda afirmarse que la CRC haya ido en contra de sus propios actos.

En el mismo sentido, teniendo en cuenta que no existe un cambio abrupto en la normatividad, pues el mismo se presentó después de varios meses de haberse comunicado el inicio de la presente actuación administrativa, y que, en todo caso, existió un plazo suficiente para la implementación de cualquiera de las medidas que se pretendían imponer, tampoco puede alegarse la violación de la confianza legítima de **COMCEL**.

En conclusión, se desestimarán los argumentos planteados en el presente acápite, toda vez que carecen de sustento fáctico y jurídico.

#### **6.5. Sobre la crítica a la información referenciada por la CRC – Tarifica**

En este punto, **COMCEL** se refiere a la información de tarifas reportada por la empresa Tarifica en septiembre de 2016 dentro de la actuación administrativa de carácter general que culminó con la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017.

Según **COMCEL**, la CRC sugiere que dicha empresa ha desplegado una estrategia comercial y de precios, y que evaluará el impacto de competir reduciendo precios drásticamente en el servicio de voz sobre el mercado de servicios empaquetados móviles distribuidos en el mercado "Servicios Móviles".

Para **COMCEL**, la información reportada por Tarifica contiene una serie de errores, que pueden resumirse de la siguiente manera: (i) ausencia de información relacionada con el número de suscriptores de cada uno de los planes, lo cual impide a la CRC saber cuáles son los planes relevantes o representativos del mercado en total de número de usuarios y cuáles son planes en desuso o específicos para un subgrupo de usuarios; (ii) no aporta una visión dinámica del mercado, lo que hace imposible entender el orden de lanzamiento de los planes, impidiendo entender si los planes del mercado son resultado de una respuesta a una acción de un competidor, o han sido lanzados en primer lugar y marcando tendencia; (iii) no hay datos sobre la información de consumo de los servicios ilimitados y empaquetados; y (iv) existen errores significativos en la propia información una vez contrastada con los planes reales lanzados por **COMCEL** y reportados en el Formato 5, específicamente en precio y vigencia u obsolescencia de los planes.



**Consideraciones de la CRC:**

En lo que respecta a la información de la empresa Tarifera anunciada en el documento soporte del inicio de la presente actuación administrativa, debe ponerse de presente que, aun cuando la Comisión estimaba en principio usar dicha información para nutrir sus análisis, la misma no fue utilizada por la CRC ni en el documento de inicio, ni dentro de los análisis que se exponen a lo largo de este acto administrativo para sustentar las decisiones de la presente actuación, por no ser necesaria. Lo anterior, en la medida en que la totalidad de los análisis se han soportado en las pruebas allegadas al trámite administrativo y en los reportes de información establecidos en el Formato 1 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012, junto con los Formatos 1.6, 1.7 y 1.9 del Título de Anexos de la Resolución CRC 5050 de 2016.

**6.6. Sobre las presuntas vulneraciones al debido proceso y el sustento legal del procedimiento administrativo dado a la actuación particular**

A continuación, se abordan las que **COMCEL** califica como vulneraciones al debido proceso y lo relativo al sustento normativo del procedimiento administrativo aplicado a la presente actuación particular. Para ello, se hará referencia a las peticiones presentadas por **COMCEL** relacionadas con tal temática y a los conceptos rendidos por abogados expertos y aportados por dicho proveedor. A la par, se expondrán las consideraciones de esta Comisión sobre tales asuntos.

**6.6.1. Sobre los diferentes derechos de petición presentados por COMCEL respecto de su derecho al debido proceso, defensa y contradicción, y en relación con el sustento legal del procedimiento dado a la actuación por la CRC**

En esta sección se responden los derechos de petición, solicitudes no probatorias, y demás requerimientos presentados por **COMCEL** que se refieren al objeto mismo de la actuación administrativa o a su procedimiento, y que, por tal razón, se resuelven en la presente resolución al ser este el acto que decide de forma definitiva la actuación, lo anterior, en los términos del artículo 42 del CPACA como se explicará en detalle más adelante.

En comunicación con radicado CRC 2018304336, **COMCEL**, en ejercicio del derecho de petición, solicitó:

- "1. Se remita el acta del Comité de Comisionados en donde propuso a la Comisión de Regulación de Comunicaciones el acto administrativo por medio del cual se decidió la actuación administrativa de carácter particular y concreto contra Comcel.*
- 2. La decisión de la Comisión de Regulación de Comunicaciones donde acogió la propuesta del Comité de Comisionados. Sin estas decisiones no puede entenderse que el acto administrativo que la CRC envió [sic] a la SIC para el ejercicio de la facultad establecida en el artículo 7 de la ley 1340 de 2009 es el definitivo.*
- 3. En caso de que no se hayan surtido estos trámites, la CRC deberá solicitar el regreso del expediente para que se cumpla la ley y, luego, allegue a la SIC la versión definitiva del acto administrativo donde se decide la actuación particular y concreta contra Comcel, surtir el trámite de abogacía de la competencia correspondiente.*
- 4. Se informe las razones que llevaron a la CRC a concluir que se le debe dar trámite de información confidencial a todos los documentos remitidos a la SIC, teniendo en cuenta que Comcel tiene un interés directo en la actuación administrativa que se adelanta. De manera que, al no tener acceso a la citada documentación, se estaría desconociendo el principio de publicidad y Comcel no podría ejercer correctamente su derecho de defensa y contradicción".*

En apoyo a sus peticiones, **COMCEL** manifestó que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 089 de 2010, el Comité de Comisionados debió proponer a la Sesión de Comisión el proyecto de acto regulatorio mediante el cual resuelve la actuación administrativa de carácter particular y concreto, para que ésta, a su turno, aprobara la remisión a la SIC del mencionado proyecto para el trámite de abogacía de la competencia, advirtiendo que, " (...) [N]o cumplir con estos trámites implica que el acto administrativo (sic) que se envió a la SIC, no es el acto administrativo definitivo que se pueda expedir una vez surtido el trámite de abogacía de la competencia".

En adición a lo anterior, **COMCEL** indicó que, dado el interés directo que plantea la actuación administrativa frente a su situación concreta, debía conocer la documentación remitida a la SIC, pues, a su juicio, la única manera de que pueda hacer valer sus derechos e intereses es conociéndola, so pena de vulnerar el derecho al debido proceso administrativo.

Con posterioridad, mediante comunicación con radicado 201730531<sup>618</sup> y también en ejercicio del derecho de petición, dicho proveedor solicitó:

"A. Se sirva informar:

1. *¿Cuál es el procedimiento que actualmente se le está dando al radicado 2000-74-18-1-1?*
2. *¿Cuál es el fundamento normativo por el cual se está adelantando dicho procedimiento?*
3. *¿En la actuación de la referencia ya se agotó el período probatorio?*
4. *En caso afirmativo a la respuesta anterior, ¿en qué momento se informará esta situación para permitir a COMCEL la presentación de alegatos de conclusión?*
5. *¿El proyecto del acto administrativo enviado a la SIC en la actuación de la referencia es el definitivo?*
6. *¿Cuáles y dónde se encuentran establecidas y/o reguladas las garantías al debido proceso en dicho procedimiento?*

B. *Teniendo en cuenta lo expresado en las consideraciones, se solicita a la CRC que corrija las irregularidades advertidas en la presente actuación administrativa, dando aplicación al artículo 41 del CPACA, evitando así la nulidad de lo actuado en el presente trámite administrativo".*

Para sustentar estas peticiones, **COMCEL** señaló que la actuación administrativa de carácter particular y concreto venía adelantándose con base en las reglas generales del procedimiento administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 "[C]omo debe ser", pero que la CRC le informó que había remitido a la SIC el expediente administrativo para que dicha entidad surtiera los trámites propios de abogacía de la competencia, en donde, además, se remitió el proyecto del acto administrativo por el cual se decide el objeto de la actuación administrativa. Afirmó además que desconoce las razones por las cuales la CRC: decidió enviar dicho proyecto a la SIC, le otorgó a dicho documento la connotación de "reservado" o "confidencial", si el mismo fue discutido y aprobado como decisión definitiva de la actuación por el Comité de Comisionados "tal como se ha puesto de presente en anteriores oportunidades", y qué clase de procedimiento es el que está adelantando la CRC, lo que a su juicio impide a **COMCEL** ejercer sus derechos de defensa, contradicción y debido proceso.

En la comunicación referenciada, añadió que, revisado el procedimiento administrativo de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2897 de 2010 y la Resolución 44649 de 2010, "se advierte que el procedimiento que actualmente se le está impartiendo a la actuación de la referencia por parte de la CRC no está establecido en ninguna norma y, por esa razón, tanto el principio de legalidad, como el debido proceso en esta actuación están siendo vulnerados", lo que a su juicio deriva en una nulidad de la actuación.

Adicionalmente, mediante radicado 2019300998, **COMCEL** solicitó a la CRC suministrar copia de los siguientes documentos que fueron presentados como soporte del proyecto de resolución enviado a la SIC:

"1. *Análisis desarrollado por la CRC respecto de la dominancia de COMCEL en el mercado de "servicios móviles"*

2. *Análisis empírico con base en el modelo desarrollado por Ergas con la que pretenden (sic) demostrar que la participación de mercado de un operador en términos del tráfico para el servicio de Internet móvil se encuentra afectada por los precios de los servicios de voz e Internet móvil en conjunto."*

De otra parte, en comunicación de fecha 5 de abril de 2017, **COMCEL** mediante radicado 201730843<sup>619</sup> hizo llegar copia de una comunicación dirigida al MinTIC) en donde, entre otras cosas, aduce que la OCDE recomienda que el regulador debe ser independiente, y que por tanto es preocupante que tanto el MinTIC, como el Departamento Nacional de Planeación (DNP) formen parte de la Comisión, lo cual se hace más grave cuando se tiene en cuenta la participación del Estado en una de las empresas reguladas, como ya se explicó.

Manifiesta que la anterior situación evidencia la existencia de un conflicto de interés por parte del Estado en relación con la presente actuación administrativa ya que participa como regulador y competidor, por lo cual debería desistirse de la misma.

De otra parte, a través de radicado 2019301268 del 3 de mayo de 2019, **COMCEL** formuló las siguientes peticiones:

<sup>618</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folios 2232-2234.

<sup>619</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folios 54-60

**"PRIMERA:** *Sírvase indicar el estado actual de la actuación administrativa adelantada bajo Expediente No 2000-74-18.*

**SEGUNDA:** *Sírvase indicar si, en consideración al concepto de la SIC, la actuación administrativa adelantada bajo el Expediente No 2000-74-18 va a ser archivada o si, por el contrario, la CRC va a ajustar la misma en los términos exigidos por la máxima Autoridad de Protección de la Competencia, indique cómo lo va a hacer*

**TERCERA:** *Sírvase indicar si envió o va a enviar a la SIC una nueva propuesta regulatoria como la adelantada bajo el expediente No 2000-74-18, en la que se incluyan todas y cada una de las recomendaciones que hizo la SIC y que se resumieron en los antecedentes 4 y 5 de este derecho de petición y que están en el concepto emitido por la SIC.*

**CUARTA:** *Sírvase indicar si va a acatar todas y cada una de las recomendaciones expuestas en el concepto de la SIC y que se resumieron en los antecedentes 4 y 5 de este derecho de petición. Así mismo indique la forma en que lo va a hacer."*

Sumado a lo anterior, mediante comunicación identificada internamente con el número 2019301450 del 20 de mayo de 2019 **COMCEL** afirmó dar alcance a las anteriores peticiones solicitando además que se tuviera en cuenta lo considerado y decidido por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en providencia del 30 de abril de 2018 en el marco del Expediente N° 11001-03-24-000-2016-00481-00, relacionada con la importancia del trámite de Abogacía de Competencia ante la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, asunto que según **COMCEL** es idéntico y de plena relevancia para la actuación administrativa particular adelantada bajo el Expediente CRC N° 2000-74-18.

De manera posterior, a través de radicado 2019301626 del 6 de junio de 2019, **COMCEL** solicitó que se le informara el resultado de las mesas de trabajo conformadas con el DNP y el MinTIC con ocasión de la actuación, así como copia de las actas y demás documentos que se hubieran producido con ocasión de dichas mesas; lo anterior, a efectos de controvertir los asuntos a que hubiere lugar.

Igualmente, con radicado 2019302159 solicitó, entre otras cosas, que no se tuviera en cuenta la comunicación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. con radicado 2019302065 toda vez que dicho proveedor no es parte de la actuación.

De otra parte, con radicado 2019301845 del 20 de junio de 2020, **COMCEL** requirió que se le indicara: i) si el proyecto de decisión de la actuación contiene alguna, algunas o todas las medidas regulatorias de que trata el artículo 1° de la Resolución CRC 5110 de 2017 y; ii) si el proyecto de decisión de la actuación contiene alguna otra medida regulatoria distinta a las señaladas en el artículo 1° de la Resolución CRC 5110 de 2017. Asimismo, a través de radicado 2019301855 solicitó que se le indicara: i) si el proyecto de decisión de la actuación tiene como fundamento la acreditación de la falla de mercado que sirvió de fundamento de la CRC para el inicio de la actuación y; ii) si el proyecto de decisión de la actuación tiene como fundamento la existencia de alguna(s) otra(s) fallas de mercado distintas a aquella que sirvió de fundamento de la CRC para el inicio de la actuación. Con consecutivo 2019301879, requirió que se le indicara, considerando lo manifestado por la SIC: i) "*si la CRC ha evaluado el impacto de la redefinición de mercados propuesta sobre la estimación del total de usuarios del mercado de "voz saliente" y si con ello se generaría a su vez una especie de decaimiento de la declaratoria de dominancia en este mercado (...)*", asimismo qué y cómo lo ha hecho junto con los soportes y; ii) en caso contrario indicar las razones por las cuáles no lo ha hecho y si lo pretende hacer y cómo.

De otra parte, mediante los radicados 2019301564, 2019301631, 2019301718, 2019302089, y 2019302159, **COMCEL** insistió y reiteró todas las peticiones relacionadas en esta sección aduciendo que el hecho de no responderlas dentro de los 15 días siguientes a su presentación vulneraba sus derechos fundamentales.

Así mismo, a través del radicado 2020813526, **COMCEL** solicitó que no se tuviera en cuenta el estudio de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. elaborado por el Centro de Estudios Económicos de la Universidad de los Andes y tampoco el estudio "Analysis Mason" de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.

Por último, por medio de los radicados 2020301325, 2020301326, 2020301327, 2020301328, **COMCEL** allegó copia del pronunciamiento que dicho proveedor remitió al Secretario General de la OCDE en relación con la carta remitida por varios operadores en la que se solicita a dicho organismo que intervenga con el objetivo de que el Estado colombiano tome medidas para combatir la concentración del mercado de telecomunicaciones. La comunicación en comento, también fue remitida al MinTIC, de modo que dicha entidad la remitió por competencia a esta Comisión, mediante el radicado 2020814135.

### **Consideraciones de la CRC**

Desde el inicio de la presente actuación administrativa de carácter particular, a través de la expedición y comunicación de la Resolución CRC 5110 de 2017, la CRC ha sido garante de los derechos que le asisten a **COMCEL** como parte involucrada. Para dar trámite a la actuación administrativa particular<sup>620</sup> correspondiente, con total respeto por las normas que le sustentan, esta Comisión ha considerado el hecho de que la presente actuación administrativa ha sido iniciada de manera oficiosa por la propia CRC como autoridad regulatoria, de forma tal que la actuación no puede reputarse iniciada en ejercicio del derecho de petición, pese a que, con posterioridad a tal inicio, se presenten derechos de petición (en interés general o particular) relacionados con ella o con su objeto. Es así que, cuando en el marco de una actuación administrativa de carácter particular y concreto iniciada de oficio, una de las partes formula a la Administración un derecho de petición, con ocasión y a propósito de dicha actuación y su objeto, no se estará iniciando una nueva actuación administrativa, al margen y distinta de la primera, **sino que, simplemente, se está formulando una petición dentro de ella.**

Según el artículo 34 del CPACA "*[L]as actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal*" que se establece en dicho Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. Para el caso, se tiene que la actuación administrativa particular por la cual se busca constatar o no la posición dominante de **COMCEL** en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", es una actuación regida por las reglas del procedimiento administrativo común y principal al que hace referencia el Capítulo I del Título III de la Parte Primera del CPACA, y como etapa de tal procedimiento, dicha actuación culmina con la expedición formal del acto definitivo que la resuelva para dar paso a la etapa de recursos. Lo anterior, con plena observancia de las leyes especiales que regulan el quehacer de una comisión de regulación en este tipo de actuaciones, a saber, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 1074 de 2015, y la Resolución SIC 44649 de 2010, en lo referente al trámite de Abogacía de la Competencia; y las disposiciones normativas referentes a la conformación y órganos de decisión de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. De aquí que, dada la diferencia entre las figuras de actuación administrativa y procedimiento administrativo, una vez iniciada la primera, la autoridad administrativa está, en su desarrollo, sujeta a los principios y reglas previstas en el procedimiento administrativo plasmado en la Ley, sin que pueda, a su arbitrio, decidir si lo aplica o no, o si lo aplica parcialmente, o si lo aplica a unas situaciones y no a otras.

En consecuencia, el procedimiento que actualmente se le está dando al expediente 2000-74-18-1-1 es el previsto en la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, y es la Ley, particularmente el CPACA, en concordancia con la Ley 1341 de 2009, el fundamento normativo por el cual se está adelantando dicho procedimiento, el cual contiene las garantías al debido proceso.

Dicho lo anterior, en primer lugar, debe señalarse que, de conformidad con el artículo 42 del CPACA, cuando con ocasión, a propósito y dentro del trámite de una actuación administrativa de carácter particular y concreto, quien sea parte en ella o quien haya sido reconocido como tercero interesado formule una petición relacionada con tal actuación<sup>621</sup>, la misma, por mandato legal, **no debe ser resuelta dentro de ninguno de los términos previstos en el artículo 14 del**

<sup>620</sup> De acuerdo con la Corte Constitucional, las actuaciones administrativas constituyen la etapa del procedimiento administrativo que antecede al acto administrativo, viniendo con posterioridad a esta etapa la comunicación, publicación o notificación de tal acto y luego el trámite de los recursos. Sentencia C-640 de 2002.

<sup>621</sup> Es por esta misma razón es que resulta innecesaria la petición de radicado 2019302159 en la que COMCEL solicita no tener en cuenta las comunicaciones de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. puesto que la Comisión ha dejado claro que dicho proveedor no ha sido reconocido como parte en la presente actuación.

**CPACA**<sup>622</sup>, sino que debe resolverse en el acto administrativo definitivo, que es el que adopta una decisión de fondo y termina la actuación administrativa. Así se desprende del texto del citado artículo 42 del CPACA, que a la letra dice:

*"ARTÍCULO 42. CONTENIDO DE LA DECISIÓN. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.*

***La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.*** (NFT)

Ahora bien, en materia probatoria, el procedimiento administrativo general dispone:

*"Artículo 40. Pruebas. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.*

*Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.*

*Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil."*

De acuerdo con el artículo citado, **COMCEL** puede y está en el derecho de solicitar la práctica de pruebas hasta antes de que se profiera la decisión de fondo, esto es, el acto administrativo definitivo de carácter particular y concreto que la CRC expida al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, correspondiendo a la CRC la potestad de decretarlas o no, previo análisis de su pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad.

Ello evidencia que, en el procedimiento administrativo general previsto en el CPACA, no existe una fase especial denominada "periodo probatorio", que esté sujeta a un periodo temporal de apertura y cierre, circunstancia que debe ser, y efectivamente es conocida por **COMCEL**, no solamente porque es un profesional del sector de telecomunicaciones que está llamado a conocer el régimen jurídico que le resulta aplicable, sino porque ha participado antes en procedimientos administrativos de esta naturaleza y ha solicitado repetidamente la práctica de pruebas invocando el artículo 40 del CPACA, razón por la cual sorprende que **COMCEL** solicite se le informe si "ya se agotó el período probatorio" y "en qué momento se informará esta situación para permitir a **COMCEL** la presentación de alegatos de conclusión".

Ahora bien, como se mencionó, la CRC, tanto en el desarrollo de la actuación, como en la expedición del acto definitivo que la resuelve, no solo debe acatar las disposiciones del procedimiento administrativo común y principal del CPACA, sino las leyes especiales que resulten aplicables, como es el caso del mandato previsto en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, según el cual las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir, a efectos de que dicha entidad pueda rendir concepto previo y no vinculante sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados.

El mencionado artículo 7 está reglamentado por el Decreto 2897 de 2010, compilado en el Decreto 1074 de 2015, que establece, entre otros aspectos, las autoridades que deben informar sobre proyectos de regulación<sup>623</sup>, los proyectos de regulación que deben informarse a la SIC<sup>624</sup>, las excepciones al deber de informar<sup>625</sup>, la evaluación que debe realizar la autoridad que proyecta

<sup>622</sup> ARTÍCULO 14. TÉRMINOS PARA RESOLVER LAS DISTINTAS MODALIDADES DE PETICIONES. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

<sup>623</sup> Artículo 2.

<sup>624</sup> Artículo 3.

<sup>625</sup> Artículo 4.

expedir un acto<sup>626</sup>, y las reglas aplicables para informar sobre un proyecto de acto administrativo<sup>627</sup>.

De esa manera, el mencionado artículo 5 establece que la autoridad que se proponga expedir un acto administrativo con fines regulatorios deberá evaluar, antes de someter a consideración de la SIC el proyecto de acto regulatorio, su posible incidencia sobre la libre competencia con base en el cuestionario que adoptará dicha entidad mediante una resolución de carácter general, y que establecerá las preguntas centrales que deberá formularse la autoridad que proyecta expedir un acto administrativo.

La Resolución SIC 44649 de 2010, a su turno, adoptó el cuestionario para la evaluación de la incidencia sobre la libre competencia de los proyectos de actos administrativos expedidos con fines regulatorios, a que hace referencia el artículo 5 del Decreto 2897 de 2010.

De acuerdo con el contexto normativo descrito, antes de que la CRC, en ejercicio de las funciones a las que se refiere el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, sesione para **expedir** un acto definitivo<sup>628</sup>, debe remitir a la autoridad de competencia el proyecto de dicho acto, esto es, **aquel que será puesto a consideración de la Sesión para la adopción de la decisión definitiva**, que no es otro que el aprobado por el en su momento Comité de Expertos Comisionados<sup>629</sup>, órgano que, al interior de la CRC, era el encargado de estudiar, analizar y resolver los asuntos que deban presentarse en la instancia decisoria de la Sesión de Comisión, y **presentar y proponer a consideración de dicha instancia propuestas de regulación general o particular**.

Ese proyecto de acto regulatorio es el que se presenta a consideración de la Sesión de Comisión para la adopción de la decisión definitiva, una vez surtido el trámite de abogacía de la competencia, naturalmente con los ajustes que se desprendan del concepto de la autoridad de competencia, si los hubiere.

En consecuencia, como lo que la normativa sobre abogacía de la competencia ordena enviar a la SIC no es la decisión definitiva aprobada, cuya adopción es competencia de la Sesión de Comisión, sino **el proyecto de acto regulatorio** que se pondrá a consideración de dicha Sesión (que no es otro que el aprobado por el Comité de Comisionados), resulta inadmisibles la afirmación de **COMCEL** según la cual sin el acta del Comité de Comisionados en donde propuso a la Sesión de Comisión el proyecto de acto administrativo definitivo, y sin la decisión de la Sesión donde acogió la propuesta del Comité de Comisionados, no puede entenderse que el proyecto de acto administrativo que la CRC envió a la SIC para el ejercicio de la facultad establecida en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 es el definitivo, pues ello habría supuesto enviar a la SIC, no el proyecto de acto regulatorio, como lo ordena la norma, sino la decisión misma adoptada por la CRC en la sesión correspondiente.

La petición de **COMCEL**, por ende, implica: **i)** desconocer la diferencia existente entre un proyecto de decisión administrativa, y la decisión administrativa misma aprobada por el órgano competente; **ii)** desconocer las funciones que otorga el régimen jurídico al Comité de Comisionados de la CRC para presentar a consideración de la Sesión los proyectos o propuestas de regulación general o particular; **iii)** desconocer decenas de precedentes administrativos en los que la CRC ha cumplido el trámite de abogacía de la competencia a partir del proyecto de acto regulatorio aprobado por el Comité de Comisionados en ejercicio de sus funciones; y **iv)** desconocer que uno de los principales propósitos del trámite de abogacía de la competencia es dar recomendaciones y sugerencias al proyecto de acto regulatorio para que, en su fase deliberativa, pueda ser evaluado por el órgano de decisión desde todas las dimensiones pertinentes, incluyendo la potencial incidencia de la regulación sobre la libre competencia económica en los mercados.

En tales circunstancias, y por sustracción de materia, no es procedente remitir el acta del Comité de Comisionados en donde propuso a la Sesión de Comisión el acto administrativo por medio del cual se decidió la actuación administrativa de carácter particular y concreto en relación con

<sup>626</sup> Artículo 5.

<sup>627</sup> Artículo 6.

<sup>628</sup> Acto administrativo creador de efectos y situaciones jurídicas que deber ser notificado a los interesados en los términos del artículo 67 y siguientes del CPACA.

<sup>629</sup> Decreto 089 de 2010. Artículo 5

**COMCEL**, como tampoco la decisión de la Sesión donde acogió la propuesta del Comité de Comisionados.

Por las mismas razones arriba explicadas, la CRC no solicitó el regreso del expediente para allegar a la SIC, una vez la Sesión hubiera aprobado la propuesta del Comité de Comisionados, la que **COMCEL** denomina "versión definitiva" del proyecto, que en realidad es la decisión final aprobada por la Sesión de Comisión de la CRC, con los ajustes que haya encontrado pertinentes.

Ahora bien, **COMCEL** afirma que, al no tener acceso a todos los documentos remitidos a la SIC, se estaría desconociendo el principio de publicidad, y no podría ejercer correctamente su derecho de defensa y contradicción, por lo cual solicita se le informen las razones que llevaron a la CRC a concluir que se le debe dar trámite de información confidencial al mencionado trámite, teniendo en cuenta que dicho proveedor tiene un interés directo en la actuación administrativa.

Al respecto, debe recordársele a **COMCEL** que, en primer lugar, el procedimiento administrativo común y principal previsto en el CPACA, no confiere a quien es parte en una actuación administrativa de carácter particular y concreto, el derecho a conocer el proyecto de acto administrativo definitivo, en tanto el principio de publicidad se cumple en actuaciones de esa naturaleza, mediante la notificación de la respectiva resolución, en los términos previstos en el artículo 66 y siguientes del mismo Código, para que, si a bien lo tiene la parte, interponga los recursos de Ley que procedan contra la mencionada decisión. En otras palabras, entre las normas previstas en el Capítulo I del Título III del Libro Primero del CPACA, brilla por su ausencia aquella según la cual en las actuaciones administrativas de carácter particular y concreto las autoridades deberán poner en conocimiento de quienes sean parte en ella, el proyecto de acto administrativo definitivo que resolverá la actuación, y si esa hubiera sido la intención del legislador, así lo hubiera dispuesto expresamente. Por lo demás, en la medida en que el proyecto de acto administrativo definitivo no surte ningún efecto frente al administrado, no tiene ningún sentido que éste exija conocerlo.

En segundo lugar, el hecho de que el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 imponga a las autoridades de regulación el deber de informar a la SIC los proyectos de actos administrativos regulatorios que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, a efectos de que dicha entidad pueda rendir concepto previo sobre ellos, no confiere a quien es parte en una actuación administrativa de carácter particular y concreto el derecho a conocer -al mismo tiempo que la SIC- el proyecto respectivo, mucho menos cuando es la decisión definitiva la que debe serle notificada.

En tercer término, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, dispone en su artículo 6 literal k) - "Documento en construcción", que *"[N]o será considerada información pública aquella información preliminar y no definitiva, propia del proceso deliberatorio de un sujeto obligado en su calidad de tal"*.

Si existe un documento preliminar y no definitivo, propio del proceso deliberatorio de la CRC, es ciertamente el proyecto de acto administrativo que, aprobado por el Comité de Comisionados, es enviado a la SIC para su concepto de abogacía de la competencia, del cual podrán resultar ajustes al proyecto para su presentación a la Sesión de Comisión. En esta instancia, adicionalmente, tendrá lugar el proceso deliberatorio sobre el proyecto puesto a su consideración, y se adoptará la decisión definitiva sobre el mismo, razón por la cual ni **COMCEL**, ni ninguna otra persona, tiene derecho de acceso al proyecto de resolución aprobado por el Comité de Comisionados.

De esa manera, es cierto que el documento aprobado por el Comité de Comisionados corresponde a la versión definitiva del proyecto de resolución para efectos del trámite de Abogacía de la Competencia, pero de allí no se desprende que tal proyecto no sea un documento en construcción desde la perspectiva de la Ley 1712 de 2014, en tanto el mismo es el eje del proceso deliberatorio de la Comisión, y está sujeto a eventuales modificaciones, tanto con ocasión del concepto de la SIC, como a propósito del proceso deliberatorio mismo a que está sujeto en la instancia decisoria.

**De este proceso deliberatorio hacen parte además los espacios de aclaración, dispuestos en forma de mesas de trabajo**, en los que, si bien se tratan los argumentos contenidos en el proyecto de acto aprobado por el Comité de Comisionados, no surgen nuevas pruebas que deba controvertir **COMCEL**, puesto que el objetivo de tales espacios es aclarar las dudas de los equipos técnicos de quienes integraban la Sesión de Comisión además de los

Comisionados, y así contribuir a la conformación de la decisión definitiva que se somete a consideración de cada miembro de dicha Sesión, asunto necesario en la medida en que esta instancia de decisión estaba conformada por funcionarios que no son parte del equipo de trabajo de la CRC como Entidad.

Por lo anterior, resulta un sinsentido que **COMCEL** pretenda conocer de manera previa a la expedición del acto que resuelve la actuación, la documentación e información que motiva la decisión final y que es reservada conforme a la Ley, invocando una presunta vulneración al principio de publicidad y a los derechos de defensa y contradicción, cuando es el procedimiento administrativo común y principal que invoca, el que establece que el requisito de publicidad se surte con la notificación del acto definitivo -y no de su proyecto-, y que la oportunidad procedimental para ejercer los derechos de defensa y contradicción en relación con dicho acto y sus análisis, está constituida por la posibilidad de interponer los recursos de Ley en sede administrativa, máxime cuando el CPACA no prevé una instancia para que, durante el procedimiento administrativo, la parte interesada ejerza los derechos de defensa y contradicción en relación con los proyectos de acto administrativo definitivo.

Por las razones anteriores, la CRC tampoco accedió a las peticiones formuladas mediante los radicados 2019300998 y 2019301626, las cuales, dicho sea de paso, dejan entrever que **COMCEL** pudo haber tenido acceso a un documento de la CRC con reserva legal.

Así las cosas, esta Comisión no ha advertido ninguna irregularidad en el procedimiento administrativo común y principal que ha aplicado en la presente actuación administrativa, y por lo mismo, no considera haber vulnerado los derechos de defensa y debido proceso de **COMCEL** en este sentido, tal como lo manifestó en sus comunicaciones. Por el contrario, la CRC ha sido totalmente garantista al permitir que, de manera previa a la expedición del acto definitivo que resuelve esta actuación, **COMCEL** pudiera aportar y solicitar pruebas, además de presentar documentos como los que él denomina "alegatos de conclusión" sin limitación alguna. Prueba de ello es que **COMCEL** efectivamente aportó al expediente administrativo un documento titulado "alegatos de conclusión", propio de las formas del proceso contencioso administrativo que no del procedimiento administrativo, y la CRC nunca limitó la posibilidad de que presentara "nuevos alegatos de conclusión" al expediente, como efectivamente lo hizo.

Ahora bien, frente al argumento de **COMCEL** de la falta de independencia por parte de esta Comisión en la presente actuación administrativa por cuanto la Nación tiene participación accionaria en una empresa competidora, debe ponerse de presente que, como lo ha entendido el Consejo de Estado, *"El Constituyente de 1991 reiteró la condición de persona jurídica de la Nación colombiana al considerarla como sujeto de derechos y obligaciones, y otorgarle valores culturales, independencia, vida económica, política y administrativa, patrimonio, propiedad del territorio y de los bienes públicos, un tesoro público, ingresos, presupuesto, contabilidad, competencias, gobierno, participación en la dirección y administración de servicios a cargo, fuerzas militares permanentes, etc."*<sup>630</sup>.

Así mismo, respecto de las comisiones de regulación, se ha dicho que las mismas gozan de independencia<sup>631</sup> y neutralidad política. De hecho, en términos de la doctrina nacional autorizada, *"la afirmación de que las autoridades administrativas de regulación deban contar como requisito sine qua non, para el ejercicio de sus funciones, con independencia y autonomía frente a las autoridades estatales y frente a los agentes regulados, en modo de no aceptar o recibir instrucciones externas en relación con la ejecución de las tareas que le han sido asignadas por ley, es un postulado ampliamente afirmado en la doctrina y la legislación comparada"*<sup>632</sup>.

Teniendo en cuenta las anteriores apreciaciones, no es de recibo que **COMCEL** pretenda desconocer la estructura del Estado para tratar de cuestionar los presupuestos fundamentales de la actividad regulatoria en cabeza de esta Comisión, uno de los cuales es su independencia.

No es cierto, por lo tanto, que pueda configurarse un conflicto de interés en cabeza de la CRC por una participación accionaria de la Nación en uno de los operadores, pues ello implicaría llegar a una situación en la que esta Comisión no podría ejercer sus funciones de raigambre legal y

<sup>630</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 11 de agosto de 2005, rad. 1644.

<sup>631</sup> Vid. Ley 142 de 1994 (art. 69); Corte Constitucional, sentencia C-186 de 2011.

<sup>632</sup> Édgar González López, *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 68.



constitucional, permitiendo una situación de total libertad de los agentes del mercado, arriesgando que se presenten comportamientos contrarios a las finalidades que debe garantizar, mucho menos cuando es públicamente conocido que la participación de la Nación en MOVISTAR está a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MinHACIENDA), no del MinTIC, ni de la CRC, y que adicionalmente, tal como se aclara en la página 9 del escrito radicado por **COMCEL** bajo el radicado 201731149, la Nación – MinHACIENDA no ejerce ningún tipo de direccionamiento de la empresa y tan solo tiene un 32,5% de participación accionaria.

Finalmente, y en lo que hace a los radicados 2019301268 y 2019301450 y sus reiteraciones, debe señalarse que **COMCEL** ha tenido y tiene acceso pleno al Expediente No 2000-74-18, razón por la cual sorprende a la CRC la formulación de un derecho de petición solicitando indicarle el estado actual de la actuación administrativa, que a la fecha de radicación de tal petición no era en absoluto diferente de aquel que reflejaba el expediente que el proveedor bien podía consultar en cualquier momento.

En cuanto se refiere a la segunda de las peticiones de dicho radicado, en la que **COMCEL** solicitaba a la CRC indicar si, en consideración al concepto de la SIC, la actuación administrativa iba a ser archivada o si, por el contrario, la CRC la ajustaría en los términos "exigidos" por la SIC, indicándole cómo lo iba a hacer, debe precisarse que tal petición obedece al deseo del proveedor de conocer, de manera anticipada, la voluntad de la Administración y el contenido de la decisión final, lo cual, en sí mismo, configura una petición ilícita, en la medida en que, de acuerdo con el CPACA, la forma en que el administrado debe conocer la voluntad de la Administración que se exterioriza con el acto administrativo definitivo, así como el contenido del mismo, es mediante la notificación de dicho acto.

Lo propio cabe señalar de la petición cuarta del radicado 2019301268, en la cual **COMCEL** solicitó a la CRC indicarle si iba a acatar todas y cada una de las recomendaciones expuestas en el concepto de la SIC y la forma en que lo haría, cuestión que el administrado tiene derecho a conocer tan sólo cuando el acto administrativo -que acate o no las recomendaciones de la SIC- sea expedido y le sea notificado. Por demás, igual suerte corren las peticiones del radicado 2019301879 en las que **COMCEL** solicita que se le indique *"si la CRC ha evaluado el impacto de la redefinición de mercados propuesta sobre la estimación del total de usuarios del mercado de "voz saliente" y si con ello se generaría a su vez una especie de decaimiento de la declaratoria de dominancia en este mercado"* con ocasión de lo manifestado por la SIC, asuntos que sí ha abordado la CRC, pero que no hacen parte del objeto de la presente actuación, tal como se explica en la sección 7.1.1 de este acto administrativo, y en las secciones correspondientes de atención a las recomendaciones de la autoridad de competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse al proveedor que la SIC, en ejercicio de sus funciones de Abogacía de la Competencia, carece de competencia para "exigir" un curso de conducta determinado a la autoridad administrativa que pone a su consideración, por mandato legal, su proyecto de acto regulatorio, pues simplemente se limita a formular un concepto a dicha autoridad, que puede incluir -o no- recomendaciones para la expedición del acto regulatorio definitivo, que en cualquier caso no son vinculantes para la autoridad correspondiente, que está en libertad de acogerlas o no, de conformidad con su propio criterio y motivación.

Ahora bien, en relación con la petición tercera del radicado 2019301268, debe señalarse al proveedor que la Ley 1340 de 2009 y su Decreto reglamentario 2897 de 2010, compilado en el Decreto 1074 de 2015, imponen a las autoridades de regulación el deber de informar a la SIC de los actos administrativos que pretendan expedir, a efectos de que dicha entidad pueda rendir concepto previo y no vinculante sobre ellos, trámite que efectivamente surtió esta entidad en relación con el presente acto regulatorio. Sin embargo, ni dicha Ley, ni el decreto que la reglamenta, exigen que deba informarse -de nuevo- a dicha entidad del acto administrativo que se pretenda expedir después de haber surtido el trámite de abogacía de la competencia, y que acoge -o no- las recomendaciones de la SIC producto de dicho trámite.

En cuanto a la solicitud de radicado 2019301450, que requiere que se tengan en cuenta las consideraciones de la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 30 de abril de 2018 en el marco del Expediente N° 11001-03-24-000-2016-00481-00, se reitera que la CRC, cumpliendo a cabalidad lo dispuesto en la Ley 1340 de 2009 y sus decretos reglamentarios, surtió en efecto el trámite de Abogacía de la Competencia para el presente acto regulatorio, y en las secciones correspondientes del mismo

plasma las motivaciones por las cuales acoge o se aparta de las recomendaciones realizadas por la SIC mediante el concepto rendido y allegado a esta Comisión a través del radicado CRC 2019300479 del 25 de febrero de 2019. Por estas razones, los antecedentes fácticos y jurídicos de la presente actuación en nada son similares a los que dan lugar a la providencia que **COMCEL** solicita tener en cuenta, y está claro que la CRC ha otorgado toda la relevancia del caso a su deber de informar a la citada autoridad de competencia el proyecto de acto regulatorio a efectos de surtir todos los trámites necesarios.

Por su parte, las solicitudes de radicados 2019301845 y 2019301855, tenían como propósito que se le informara a **COMCEL**, de manera previa a la expedición y notificación del acto definitivo, respecto del número y naturaleza de las medidas regulatorias que la CRC pretende imponer, y acerca de las fallas de mercado efectivamente constatadas dentro de la actuación, esto a la luz de lo previamente anunciado sobre las mismas materias en la Resolución CRC 5110 de 2017. En el mismo sentido, con el radicado 2019302347, **COMCEL** solicitaba tratar en una cita con funcionarios de la CRC, asuntos relacionados con el trámite solicitado para la interpretación prejudicial ante el TJCA, y los conceptos rendidos por los expertos Dr. Jaime Parra Quijano y Dr. Jaime Córdoba Triviño-

Al respecto, debe decirse que, como ya se ha mencionado en otros apartes, la Resolución CRC 5110 de 2017 es un acto de trámite contentivo de análisis preliminares e hipótesis que se decantan a lo largo de la presente resolución con fundamento en el material probatorio obrante en el expediente, y como resultado de los análisis y la sana crítica de la CRC sobre el mismo. Así las cosas, no era deber de la CRC informarle a **COMCEL** sobre estas materias de manera previa a la adopción de la decisión definitiva, y, en efecto, en la sección 8 del presente acto se explican las fallas de mercado evidenciadas y las razones que llevan a la CRC a la adopción o descarte de las medidas regulatorias anunciadas en el acto de apertura de la actuación. Igualmente, no era deber de la CRC agendar espacios de reunión con **COMCEL**, en un momento previo a la adopción de la decisión definitiva, para abordar asuntos que podrían constituir un prejuzgamiento, o que deben ser tratados en el acto que decida la actuación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del CPACA.

Finalmente cabe aclarar que, en los análisis plasmados en el presente acto administrativo, la CRC no tiene en cuenta los documentos aportados ni por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P, ni por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., ni por ningún otro proveedor u organización que buscó tener participación en la actuación, por no tratarse de sujetos que se reconocieran como parte de la misma.

**6.6.2. Sobre los conceptos rendidos por expertos y aportados por COMCEL en relación con la vulneración de su derecho al debido proceso, defensa y contradicción**

**- CONCEPTO DEL DR. JAIRO PARRA QUIJANO**

Mediante radicado 2019302189 **COMCEL** presentó para consideración de esta Comisión un concepto jurídico elaborado por el abogado procesalista Jairo Parra Quijano, en la que dicho profesional del derecho concluye que la presente actuación administrativa adolece de graves vicios procesales que conllevan a la nulidad del acto que se profiera, y que, si la **CRC** quiere "salvar lo insalvable", deberá dar aplicación al artículo 41 del CPACA y corregir todas las irregularidades.

En lo que sigue, la Comisión se pronunciará sobre cada uno de los aspectos que se mencionan en dicho concepto:

**a) Sobre la falsa motivación en la que incurriría la CRC**

En primer lugar, el mencionado abogado procesalista considera que las premisas de las que partió la CRC al iniciar la actuación administrativa han sido desvirtuadas por **COMCEL** a través de pruebas técnicas e idóneas que demuestran que desde el origen de lo que él denomina "*e/ proceso*" la CRC "*ha estado equivocada*" y por ende una resolución contraria a los intereses de **COMCEL** estaría viciada de nulidad por falsa motivación.

Para fundamentar su afirmación dicho profesional del derecho señala: **i)** que los peritos Marcela Meléndez y Mauricio Santamaría conceptuaron que **COMCEL** no tiene una posición dominante

en el mercado de voz saliente móvil, ni en el mercado de servicios móviles; **ii**) que en el análisis de todas las pruebas se pasó por alto una tecnología conocida como "Dual SIM", que técnicamente permite tener dos operadores (voz y datos) en un solo equipo celular, cuestión que plantearon la perito Meléndez y los representantes legales de los fabricantes equipos. Añade que el dictamen elaborado por GFK demuestra que al menos el 40% de los teléfonos que se usan en el mercado tienen doble SIM; y **iii**) que la existencia de teléfonos Dual SIM desvirtúa la imposibilidad técnica de contratar servicios con más de un operador, premisa en la que la CRC edifica la tesis del apalancamiento.

**Consideraciones de la CRC:**

En cuanto hace la opinión del abogado procesalista Parra Quijano sobre la falsa motivación en que incurriría la Comisión si encuentra dominante a **COMCEL**, esta Comisión resalta que no figuran en el concepto jurídico allegado las razones por las cuales considera que los medios de prueba en que el mencionado profesional basa su afirmación, desvirtúan la dominancia de **COMCEL**. En otras palabras, en su concepto jurídico el mencionado procesalista se limita a invocarlos, pero en parte alguna analiza la eficacia probatoria de los mismos en relación con los hechos que incumbe probar a **COMCEL**, en orden a llegar a la conclusión perseguida por dicho proveedor.

En cualquier caso, nos remitimos al texto de la presente resolución, específicamente a las subsecciones 8.1.2 a la 8.1.6 en lo que respecta a los criterios de análisis para constatar la situación de dominancia en el mercado; a la subsección 8.1.7 en lo concerniente al apalancamiento estratégico de manera general; y finalmente a la subsección 8.1.7.1 en lo relacionado específicamente con la comercialización de terminales Doble SIM y su impacto en el mercado. En todos estos apartes la CRC valora en detalle la eficacia probatoria de los dictámenes de los peritos Meléndez y Santamaría, del dictamen de GFK, y de las declaraciones de los representantes de los fabricantes de equipos, y llega a las conclusiones correspondientes.

**b) Sobre la afirmación según la cual la CRC ha impedido a COMCEL ejercer su derecho de contradicción y de defensa**

Señala el abogado Parra Quijano que **COMCEL** no ha podido ejercer su derecho de defensa y contradicción respecto del modelo de costos elaborado por la consultora de la CRC Dantzig. Explica que en el documento soporte del inicio de la actuación administrativa la **CRC** hace referencia al test de replicabilidad económica (TRE), en relación con el cual esta entidad afirma que *"ii. Los demás costos minoristas asociados a la prestación del servicio, que del modelo "Empresa eficiente móvil 2016", desarrollado por Dantzig Consultores para la CRC, se pudo extraer que el margen de costos minoristas (publicidad, personal comercial, call center, etc.) se encuentra entre el 23% y el 30%."*

Afirma que durante la discusión de los proyectos regulatorios que culminaron en las resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017, **COMCEL** tuvo acceso al modelo disponible en la web de la CRC, así como al documento soporte del mismo, pero que le resultó imposible replicar los valores definidos por la Comisión, dado que esta entidad únicamente hizo disponible un modelo vacío, sin la información y valores específicos que han sido utilizados para determinar los costos y no acompañó un documento explicativo del detalle del modelo, por lo que, afirma el abogado procesalista, ha sido imposible para **COMCEL** entender, verificar y validar el resultado del modelo de costos utilizado.

Censura al Tribunal Administrativo de Cundinamarca el hecho de que, al resolver la cuestión sobre la reserva legal, centró su análisis únicamente en el carácter reservado de los documentos, pero *"[N]o moduló esa reserva frente al derecho de contradicción en un proceso administrativo"*, a su juicio en contravía de lo dispuesto en la sentencia T-928 de 2004, según la cual *"el operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. Así las cosas, ponderados los intereses en juego, puede que la reserva de un documento prevalezca ante derechos como a la información; pero debe ceder frente a otros como los derechos a la defensa y de acceso a la administración de justicia, los cuales, prima facie, tienen mayor importancia en las sociedades democráticas modernas."*

De esa manera, el abogado Parra Quijano considera que la reserva legal del modelo desarrollado por Dantzig debe ceder ante el derecho de defensa y contradicción que le asiste a **COMCEL**, por lo cual esta entidad no puede tener en cuenta esa prueba en tanto no se ha podido surtir su contradicción, so pena de la violación del debido proceso y del artículo 40 del CPACA.

Añade que en el concepto de abogacía de la competencia se hace referencia a algunas pruebas que la CRC utiliza como sustento de su decisión que no han sido controvertidas por **COMCEL**.

Finalmente, considera que el derecho de contradicción no sólo se predica de las pruebas, sino también de la construcción teórica que utiliza el regulador para darle sustento al acto administrativo, por lo cual el interesado debe tener la oportunidad de controvertir los supuestos, los estudios, las hipótesis, las medidas regulatorias particulares, etc.

**Consideraciones de la CRC:**

Lo primero que debe señalarse es que, en su concepto, el abogado Parra Quijano omite que el análisis de dominancia en un mercado relevante no se fundamenta en modelos de costos de redes, mucho menos el análisis de dominancia que acometió la CRC a lo largo de la presente actuación administrativa, que no se basó, en absoluto, en el modelo de costos a que hace referencia dicho profesional del derecho. El presente acto administrativo, por lo demás, no adopta el Test de Replicabilidad Económica (TRE), por lo que tampoco allí puede señalarse la utilización del modelo de costos en la presente actuación administrativa, consideraciones, en sí mismas, suficientes para enervar la acusación que hace el abogado Parra.

En gracia de discusión, sin embargo, debe señalarse que al proyecto regulatorio que culminó en la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, publicado para comentarios del sector el día 10 de noviembre de 2016, se acompañó un documento soporte que explicaba en detalle el mencionado modelo<sup>633</sup> y un archivo de Excel que lo describía detalladamente en 11 pestañas (contenido, resumen, panel de control, demanda, parámetros de red, cobertura móvil, demanda diseño, factor utilización, tabla Erlang, diseño red de acceso 2G/3G, y diseño red de acceso 4G)<sup>634</sup>.

Sin embargo, el abogado procesalista no explica en su concepto jurídico las razones por las cuales, con la información publicada, un profesional del sector de telecomunicaciones como **COMCEL**, que lleva más de 26 años suministrando redes y servicios móviles de telecomunicaciones en Colombia<sup>635</sup>, que cuenta con la experiencia acumulada en todos esos años, que tiene acceso pleno a toda la información relacionada con su red (que es la de mayor tamaño, mayores economías de escala y alcance, y menores costos promedio, de acuerdo a lo explicado en la sección 8 de la presente resolución), que también tiene acceso pleno a los precios de reposición de elementos de red que se ofrecen en el mercado, que cuenta con la experticia y recursos humanos y financieros para estimar una demanda futura y los costos incrementales asociados a ella, requería la información confidencial de sus competidores para entender, verificar y validar el resultado del modelo de costos de la CRC y ejercer la respectiva contradicción del mismo, si es que lo estimaba necesario en ejercicio de su derecho de defensa.

Es más, como ya se explicó en la subsección 6.2, en el proceso de discusión sectorial del proyecto regulatorio que culminó en la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, y en el que se publicó el modelo de costos, **COMCEL** participó activamente<sup>636</sup>, y pudiendo correr el modelo con información propia y la pública del mercado, nunca, jamás, durante el proyecto de discusión, cuestionó el modelo ni, en consecuencia, alegó que el mismo no permitía recuperar los costos involucrados, como tampoco describió ni demostró cuáles costos eficientes no estaban incluidos en la estructura de costos del modelo, o cuáles de los costos incluidos en esa estructura eran ineficientes, o cuáles de los costos eficientes no estaban cubiertos por las tarifas allí determinadas y por qué.

<sup>633</sup>Véase:

[https://www.crc.com.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/regulatoria/Documento\\_soporte.pdf](https://www.crc.com.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/regulatoria/Documento_soporte.pdf)

<sup>634</sup> Véase: <https://www.crc.com.gov.co/es/pagina/revision-de-los-mercados-de-servicios-moviles>

<sup>635</sup> Y cuya matriz América Móvil es una compañía multinacional con operaciones móviles de telecomunicaciones en múltiples países.

<sup>636</sup> Véase:

[https://www.crc.com.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/coment\\_20161207/Claro.pdf](https://www.crc.com.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/coment_20161207/Claro.pdf); así como:

[https://www.crc.com.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/extempor\\_27dic/Comcel.pdf](https://www.crc.com.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/extempor_27dic/Comcel.pdf)

En tales circunstancias, ha de concluirse que la afirmación del abogado Parra Quijano no es acorde con la realidad, pues es claro que, en el contexto que antecede, **COMCEL** estaba en plenas condiciones para ejercer la contradicción del modelo de costos, si es que lo estimaba necesario en ejercicio de su derecho de defensa, aunque la CRC no hubiera adoptado decisiones con base en dicho modelo en la presente actuación.

Las anteriores consideraciones nos llevan al tercer punto, cuál es la censura que el profesional del derecho dirige contra la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, proferida el 5 de mayo de 2017<sup>637</sup>, en la que decide que **COMCEL** no tenía el derecho de acceder a la información del modelo de costos por incluir información confidencial de sus competidores que por ende califica como información pública clasificada.

Al margen de que no es este el momento ni el lugar para atacar una sentencia proferida por el poder judicial, que ha hecho tránsito a cosa juzgada, y que, como tal, vincula tanto a la CRC como a **COMCEL** (como sabe o debería saber el mencionado procesalista), lo cierto es que no era exigible al Tribunal que entrara en el ejercicio de ponderación que ahora reclama el abogado Parra en su concepto. En efecto, al interponer el recurso de insistencia, **COMCEL** simplemente adujo, en contravía de lo sostenido por esta Comisión, que esa información no estaba sujeta a reserva legal y que por ello tenía el derecho de acceder a ella, razón por la cual el Tribunal, como era apenas natural, se centró en analizar si tal reserva legal existía o no, concluyendo que sí, como también lo ha concluido en otras oportunidades<sup>638</sup>. En otras palabras, **COMCEL** nunca reconoció el carácter reservado de la información, ni reclamó un ejercicio de ponderación entre principios supuestamente en colisión, como arguye el abogado Parra Quijano, razón por la cual no puede, ahora, censurarse al Tribunal que no se ocupara de un argumento que **COMCEL** nunca planteó. Por lo demás, se echa de menos en el concepto del abogado Parra Quijano, el ejercicio de ponderación cuya inexistencia le reprocha al Tribunal, atendiendo sí las particulares circunstancias del caso.

A propósito de tal ejercicio, resulta útil abordar el carácter del precedente aplicable en el presente caso, de la Sentencia T-928 de 2004, invocada por el abogado Parra Quijano. La Corte Constitucional ha definido *"el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla -prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, **dados unos hechos y un problema jurídico**, o una cuestión de constitucionalidad específica, **semejantes**"*<sup>639</sup> (NFT).

De ahí que haya señalado la Corte que los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anteriormente citada deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente<sup>640</sup>, por lo que será razonable que *"cuando en una situación similar, se observe que **los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho**, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente"*<sup>641</sup> (NFT).

En ese sentido, el precedente aplicable es la *ratio decidendi* conforme la cual se resolvió un caso anterior cuyos hechos y problema jurídico son semejantes a los hechos y problema jurídico de que trata el caso en el que se invoca aquel. Por *ratio decidendi* ha entendido la Corte aquellos aspectos contenidos en la parte motiva de una sentencia que guardan una relación directa o un claro nexo causal con la parte resolutive<sup>642</sup>, o *"la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. [o] si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive."*<sup>643</sup>. Por su parte, es *obiter dicta* *"toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión; [esto es, las] opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario"*<sup>644</sup>.

<sup>637</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CONDINAMARCA. SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B. Sentencia del 5 de mayo de 2017. Radicado 5000234100020170059700. M.P. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón.

<sup>638</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CONDINAMARCA. SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B. Auto del 31 de enero de 2018. Radicado: 25000234100020170132100. M.P. Fredy Ibarra Martínez.

<sup>639</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-292 de 2006

<sup>640</sup> *Ibidem*

<sup>641</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. T- 1317 de 2001

<sup>642</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 1993

<sup>643</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-047 de 1999

<sup>644</sup> *Ibidem*

Pues bien, al revisar los hechos que dieron lugar a la acción de tutela del expediente T-928730, se observa que difieren, por entero, de los que plantea el abogado Parra Quijano en su concepto. En efecto, dicho proceso de tutela da cuenta de una persona que, habiendo cursado y aprobado los estudios reglamentarios para ser detective en la Academia Superior de Inteligencia del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), fue retirado como alumno por el Director de la academia con base en un informe reservado de inteligencia que daba cuenta de la inconveniencia de su permanencia en la institución, pese a que, según información de la propia Dirección de Inteligencia del DAS, no había informe de esa naturaleza en el que apareciera relacionado el estudiante. Considerando esa perspectiva, el problema jurídico resuelto por la Corte fue si el proceder fáctico de la entidad vulneraba los derechos a la defensa y al debido proceso del estudiante. La Corte llegó a la conclusión de que dicho proceder había infringido los principios de interdicción de la arbitrariedad y de confianza legítima, y con ellos el derecho al debido proceso del estudiante. Dijo así la Corte:

*"Pues bien, aunque la norma citada del reglamento de la Academia Superior de Inteligencia del DAS [se refiere al numeral 4º del artículo 20 de la Resolución 0324 de 2003] establece una forma rápida y discrecional de prescindir de alguno de sus alumnos por razones de seguridad, la misma disposición consagra que esa facultad puede ejercerse cuando "Por informe reservado de la Dirección General de Inteligencia del D.A.S., de (sic.) no conveniente la permanencia del alumno en la Academia Superior de Inteligencia"; es decir, que se establece una causa para que la directivas de la institución puedan hacer uso de su potestad y ordenar el retiro del estudiante.*

*En el Oficio ASIN 0131 se le indicó al señor Sánchez García que su retiro se producía por la aplicación del numeral 4º del artículo 20 de la Resolución 0324 de 2003 (...).*

*(...)*

*No obstante, la realidad procesal revela que la expulsión de Sánchez García no estuvo motivada por la causa señalada anteriormente, toda vez que la misma Dirección General de Inteligencia del DAS, en el Oficio 14924 de este año, al resolver la petición elevada por el accionante con el propósito de esclarecer los motivos de su retiro, le comunicó que en sus archivos "no existen informes de inteligencia o contrainteligencia, en los cuales aparezca relacionado". Lo anterior significa que no sólo se vulneró la confianza depositada por el accionante en las directivas de academia de inteligencia, sino además que el retiro de Sánchez García de la institución fue arbitrario pues, al no existir el mencionado informe, no militaba en contra del actor causa alguna que justificara su retiro de la institución.*

*(...)*

*Entonces, como quiera que no existe informe reservado en contra del señor Sánchez García y, además, que no puede alegarse la existencia de otro distinto, sea anterior o posterior, pues esto sería una conducta jurídicamente reprochable, para esta Corporación es indudable que con el acto de su expulsión se vulneró tanto el principio de confianza legítima como el debido proceso, en la medida en que este acto no encuentra sustento diferente al simple capricho del funcionario que lo profirió, toda vez que es falsa la motivación legal que invocó para expedirlo."*

Nótese entonces cómo, en contravía de lo que sugiere el abogado Parra Quijano, el problema jurídico que resolvió la Corte en la sentencia citada no fue la tensión o colisión entre el derecho al debido proceso del estudiante y el carácter reservado del informe de inteligencia al que se refería numeral 4º del artículo 20 de la Resolución 0324 de 2003 (porque tal informe nunca existió), sino si el retiro del estudiante con base en un informe reservado de inteligencia que jamás existió, vulneraba sus derechos, encontrando la Corte, por supuesto, que sí.

No se requiere, entonces, de mayores elucubraciones para concluir que los hechos involucrados en el expediente T-928730, así como el problema jurídico resuelto por la Corte en la sentencia T-928 de 2004, son completamente diferentes a los hechos relacionados con (i) el acceso de **COMCEL** a la información confidencial de sus competidores, incorporada al modelo de costos, y (ii) al teórico problema jurídico que plantea Parra Quijano en relación con tales hechos (que involucraría una ponderación entre los principios constitucionales en los que se inspira la reserva legal que protege a los competidores de **COMCEL** y el derecho de defensa de ésta), razones por las cuales **la Sentencia T-928 de 2004 no es precedente aplicable.**

Cosa distinta es que, **en un claro obiter dicta**, la Corte se hubiere preguntado si, de existir un informe de inteligencia que relacionara al estudiante, la reserva que pudiera cobijar a este

documento podría o no oponerse al actor, en virtud del derecho fundamental de defensa que a este último le asistía, y dadas las consecuencias que en su contra tendría dicho informe.

La respuesta de la Corte en ese ejercicio hipotético, atendidas las particularidades fácticas del caso, fue que, dado el derecho del estudiante de continuar sus estudios técnicos en la entidad accionada, la posible reserva legal de un documento que contiene información sobre esta persona y con base en el cual se habría edificado su retiro de la academia, no le sería oponible cuando ésta la requiriera para ejercer su derecho de defensa, y por consiguiente tendría derecho a conocer los datos sobre ella recaudados. Y fue para esos efectos y en ese contexto fáctico, que la sentencia contiene el párrafo (en negrilla) que, aislado y fuera de contexto, cita el abogado Parra Quijano:

*"En efecto, aunque en un Estado Democrático es razonable que los organismos de seguridad acopien información sobre las personas y se proteja esa información con el objeto de que estos organismos cumplan la función constitucional que les fue encomendada, no puede perderse de vista que tales facultades deben ejercerse siempre con respeto de los derechos fundamentales de las personas – debido proceso, intimidad, buen nombre, etc. – y consultando los fines constitucionales para las cuales fueron previstas<sup>645</sup>. Entonces, aun cuando el derecho de acceso a los documentos públicos puede ser limitado por el legislador por disposición del artículo 74 de la Constitución Política, como se hizo con relación a la defensa o seguridad nacional<sup>646</sup>, el escrutinio judicial sobre la restricción que a la consulta y expedición de copias de documentos públicos hagan las autoridades, no se agota con la simple verificación de que dicha acción se fundamenta en normas jurídicas y que éstas tengan rango de ley<sup>647</sup>, sino que además debe examinarse la proporcionalidad de la restricción de cara a los derechos, principios y valores constitucionales que resulten afectados con la medida.*

***En otras palabras, la confidencialidad de los documentos públicos en un Estado Democrático no puede ser absoluta, como quiera que la regla general es el principio de publicidad en la actuación de las autoridades y la excepción es la reserva; por consiguiente, el operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. Así las cosas, ponderados los intereses en juego, puede que la reserva de un documento prevalezca ante derechos como a la información; pero debe ceder frente a otros como los derechos a la defensa y de acceso a la administración de justicia, los cuales, prima facie, tienen mayor importancia en las sociedades democráticas modernas.***

*Bajo estos supuestos, entonces, cuando se desvincula a un servidor de carrera en razón de informes reservados de organismos de inteligencia del Estado, dicha decisión debe adoptarse consultando el debido proceso. Es decir, la misma autoridad administrativa, o disciplinaria en caso de que el retiro sea producto de un procedimiento de esta naturaleza, debe poner en conocimiento de la persona el informe reservado que en su contra se aduce, a fin de que materialmente pueda defenderse y controvertir lo alegado en su contra; así mismo, al adoptar la decisión de retiro debe valorarse la presunción de inocencia y que al Estado le corresponde desvirtuar dicha presunción; lo cual, además, lleva a la Sala a concluir que, sin perjuicio de la carga probatoria mencionada, en el evento de que el servidor de carrera logre acreditar que los hechos imputados no corresponden a la realidad o no se pueda desvirtuar la presunción de inocencia de que éste último goza, surge para el Estado la obligación de corregir la información que sobre este particular repose en sus bases de datos. Por otra parte, cuando se trate de un servidor de libre nombramiento y remoción, también debe brindarse la oportunidad de conocer el informe reservado y defenderse de las imputaciones que ahí se realizan, cuando la causa del retiro se sustente precisamente en este motivo." (NFT)*

De manera que, si en gracia de discusión, dicha consideración constituyera la *ratio decidendi* de la sentencia -y no un mero *obiter dicta*, como en efecto lo es- tampoco sería un precedente aplicable al caso planteado por el abogado Parra Quijano. **En primer lugar, porque los hechos de ambos casos serían absolutamente diferentes:** en el caso del expediente T-928730, se trataría de un estudiante de la Academia del DAS retirado de la misma en ejercicio de una potestad discrecional, con base en un informe reservado de inteligencia que lo estimaba conveniente, frustrando así el derecho del estudiante de continuar sus estudios técnicos, sin conocer los datos que se habían recaudado sobre él; en el caso planteado por el abogado Parra Quijano, se trata del deseo de **COMCEL** de acceder a información confidencial de sus competidores so pretexto de entender, verificar y validar el resultado de un modelo de costos

<sup>645</sup> Así Corte Constitucional, sentencias T-444 y T-525 de 1992 y T-066 de 1998.

<sup>646</sup> Artículo 12 Ley 57 de 1985.

<sup>647</sup> Es decir, que se cumplió con la reserva legal que establece el artículo 74 de la Constitución Política.

que no está siendo utilizado en su contra en la presente actuación, pese a que **COMCEL** no sólo tuvo acceso al documento soporte del proyecto que explicaba en detalle el mencionado modelo y al archivo de Excel que lo describía detalladamente<sup>648</sup>, sino que lleva 26 años suministrando redes y servicios móviles de telecomunicaciones en Colombia, cuenta con la experiencia acumulada en todos esos años, tiene acceso pleno a toda la información relacionada con su red, tiene acceso pleno a los precios de reposición de elementos de red que se ofrecen en el mercado, y cuenta con la experticia y recursos humanos y financieros para estimar una demanda futura y los costos incrementales asociados a ella, factores todos que, sin lugar a duda, le permiten entender, verificar y validar el modelo de costos sin acceder a información confidencial de sus competidores, si es que de ello dependiera su derecho de defensa, que no es así.

**En segundo lugar, porque también serían diferentes los problemas jurídicos de cada caso, y por ende el ejercicio de ponderación a la luz de las particularidades fácticas de cada uno.** En el caso del expediente T-928730, entrarían en colisión la reserva de un documento público por cuestiones de defensa o seguridad nacional, con el derecho de defensa de un estudiante a quien retiran de la Academia del DAS por razones que no puede conocer porque están consignadas en un documento de carácter reservado, pero que en todo caso versa sobre él mismo. A su turno, en el caso planteado por el abogado Parra Quijano, entrarían en colisión los derechos a la libre iniciativa privada, a la libre competencia económica y a la intimidad de los competidores de **COMCEL**, que inspiran la protección de sus secretos empresariales<sup>649</sup>, con el derecho a la defensa de **COMCEL**, quien exige tener acceso a los secretos empresariales de sus competidores para, supuestamente, dilucidar un modelo de costos que no solamente está en perfecta capacidad de entender por sí mismo y sin el acceso a dicha información, sino que no está siendo utilizado en su contra.

Tampoco en este caso hay que hacer muchas elucubraciones para concluir que el resultado de la ponderación realizada en el caso del estudiante no es replicable en el caso de **COMCEL**.

Esta aproximación, por lo demás, es perfectamente compatible con la consideración de la Corte, citada por el propio abogado Parra Quijano, de la que se resaltan dos aspectos: primero, que la propia Corte reconoce que en algunas ocasiones deben prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen; y segundo, que en las sociedades democráticas modernas el derecho a la defensa tiene mayor importancia que la reserva documental, "*prima facie*", esto es, a primera vista, lo que supone que, ponderados los intereses en juego a la luz de las circunstancias fácticas de cada caso, puede un operador jurídico llegar a la conclusión contraria a la reclamada por dicho profesional del derecho.

Por las anteriores razones no es procedente el argumento del procesalista Parra Quijano para cuestionar la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, proferida el 5 de mayo de 2017, por no haber realizado un ejercicio de ponderación en el que primara el derecho de defensa de **COMCEL** frente a los principios constitucionales en que se inspira la confidencialidad de los secretos empresariales de los competidores de **COMCEL**.

En lo relativo al argumento según el cual en el concepto de abogacía de la competencia se hace referencia a algunas pruebas que la CRC utiliza como sustento de su decisión que no han sido controvertidas por **COMCEL**, debe señalarse que el mencionado procesalista no precisa en su concepto a qué pruebas se refiere (con excepción de una que denomina "modelo de empaquetamiento", que ciertamente no existe en esta actuación). Lo cierto, en cualquier caso, es que la presente decisión no se adopta con base en una sola prueba que **COMCEL** no haya conocido, o en relación con la cual no haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción.

Finalmente, en cuanto a la afirmación según la cual el derecho de contradicción no sólo se predica de las pruebas, sino también de la construcción teórica que utiliza el regulador para darle sustento al acto administrativo, por lo cual el interesado debe tener la oportunidad de controvertir los supuestos, los estudios, las hipótesis, las medidas regulatorias particulares, etc., debe señalarse que dicho profesional tampoco precisa en su concepto qué debe entender el regulador por "*construcción teórica (...) para darle sustento al acto administrativo*", pero lo cierto es que esta

<sup>648</sup> En 11 pestañas: contenido, resumen, panel de control, demanda, parámetros de red, cobertura móvil, demanda diseño, factor utilización, tabla Earlang, diseño red de acceso 2G/3G, y diseño red de acceso 4G.

<sup>649</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-951/14, T-073 A de 1996 y C-881 de 2011, entre otras.



entidad -a diferencia de **COMCEL**- no se ha apartado un ápice del objeto de la actuación administrativa plasmado en la Resolución CRC 5110 de 2017 -ni sustancial ni adjetivamente- y **COMCEL** ha tenido y tendrá la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en el marco del presente procedimiento administrativo.

**c) Sobre la negativa al decreto de algunas pruebas testimoniales**

El abogado Parra Quijano cuestiona la negativa de la **CRC** a decretar el testimonio de los señores JUAN EDUARDO PÉREZ RETAMALES, FABIÁN MEDEL GARCÍA y CARLOS JULIO LEMOINE.

En cuanto a los dos primeros, el abogado Parra Quijano señala que, si los testimonios son fundamentales para esclarecer la verdad de los hechos investigados, se debió decretar la prueba, ya que es útil y pertinente para el proceso.

En cuanto al testimonio de CARLOS JULIO LEMOINE, afirma el mencionado abogado que, a pesar de que la CRC hace uso del estudio hecho por el Centro Nacional de Consultoría, se concluye, sin una justificación razonable, que no es pertinente, sin explicar en debida forma la razón de su dicho y limitando la pertinencia a la finalidad manifestada por **COMCEL**.

**Consideraciones de la CRC:**

En cuanto a los testimonios de los señores PÉREZ RETAMALES y MEDEL GARCÍA, debe señalarse que el abogado Parra Quijano se limitó a señalar que se debieron decretar por ser útiles y pertinentes para el proceso, en tanto los testimonios son fundamentales para esclarecer la verdad de los hechos investigados.

Sin embargo, el profesional del derecho no explica la razón de su dicho, esto es, los motivos por los cuales resultaba útil y pertinente la declaración de dos testigos acerca de un modelo de costos que no era tema de prueba en la actuación administrativa, circunstancia sin la cual cuesta entender de qué manera pudo haber violado la CRC el derecho de defensa y el derecho al debido proceso de **COMCEL**. De hecho, aun si la CRC hubiese utilizado el modelo de costos en la presente actuación, habría que señalar que los testimonios habrían sido inútiles inclusive para explicarlo, ya que son los documentos soporte de los proyectos regulatorios que culminaron en la expedición de las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017, los que especifican en detalle, incluyendo las metodologías aplicadas, y, además, dichos documentos fueron acompañados de un archivo de Excel que lo describía detalladamente en 11 pestañas (contenido, resumen, panel de control, demanda, parámetros de red, cobertura móvil, demanda diseño, factor utilización, tabla Erlang, diseño red de acceso 2G/3G, y diseño red de acceso 4G).

En lo que hace al testimonio de CARLOS JULIO LEMOINE, la solicitud de **COMCEL** señalaba que el testigo declararía *"respecto a la percepción de los consumidores de acuerdo con el Estudio "de hábitos y usos de servicios móviles" contratado por la CRC"*.

Ciertamente la CRC, en el documento soporte que acompañó la Resolución CRC 5110 de 2017, señaló que entre la información con la que contaba para evaluar la existencia de posición dominante en el mercado de servicios móviles, estaban los resultados del estudio *"Hábitos y Usos servicios móviles"* contratado con el Centro Nacional de Consultoría, que fue publicado el 10 de noviembre de 2016 para comentarios del sector, en el marco del proyecto regulatorio *"Revisión de los mercados de servicios móviles"* que culminó en la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, mediante la cual se incluyó el mercado de Servicios Móviles en la lista de mercados susceptibles de regulación ex ante.

En ese sentido, era claro que la fuente de información cualitativa y cuantitativa de la CRC acerca del uso, actitudes y experiencia del usuario con respecto al consumo de servicios de comunicaciones móviles, incluyendo *"la percepción de los consumidores"* (que era el objeto del testimonio solicitado por **COMCEL**), era el estudio mismo del Centro Nacional de Consultoría (medio de prueba documental), que por lo demás era de público conocimiento.

En tales circunstancias, el testimonio del presidente del Centro Nacional de Consultoría respecto de *"la percepción de los consumidores"* a que hacía referencia el estudio, era (i) impertinente, en aquello en que la información plasmada en el estudio sobre tal percepción hubiere fundamentado las decisiones adoptadas en la Resolución CRC 5108 de 2017, cuya discusión no hacía parte del objeto de la presente actuación administrativa y por ende no era tema de prueba

en ésta; y (ii) ciertamente inútil, en cuanto aquella información sobre *"la percepción de los consumidores"* que fuera pertinente, conducente y útil para evaluar la dominancia de **COMCEL** en el mercado de Servicios Móviles, tenía su fuente no en un testimonio acerca del estudio del Centro Nacional de Consultoría, sino en el estudio mismo, que hablaba por sí solo, y que la Comisión había anunciado, desde el inicio de la actuación, tomaría en cuenta al evaluar la posibilidad de la mencionada dominancia.

Podría haber señalado el abogado Parra Quijano -que no lo hizo tampoco- que el testimonio del presidente del Centro Nacional de Consultoría era requerido para cuestionar la información contenida en el estudio elaborado por dicha empresa. Ello, sin embargo, es plenamente descartable, si se considera que la propia **COMCEL**, en la discusión del proyecto regulatorio que culminó en la Resolución CRC 5108 de 2017, coincidió con lo señalado en dicho estudio, al punto que expresó que el mismo *"contiene información relevante para apreciar las condiciones de competencia del mercado voz saliente móvil, del mercado de Internet móvil y su interrelación."*<sup>650</sup> En consecuencia, no se advierte cómo la negativa de esta Comisión a decretar los testimonios relacionados por el abogado Parra Quijano han violado el derecho de defensa y el derecho al debido proceso de **COMCEL**.

**d) Sobre la negativa al decreto como dictamen pericial del documento "Medidas asimétricas: Origen injustificado, impacto indeseado"**

El abogado Parra Quijano conceptúa que el documento *"Medidas asimétricas: Origen injustificado, impacto indeseado"* elaborado por Mauricio Santamaría y Andrés Escobar, es un dictamen pericial de parte que cumple con todos los requisitos exigidos por la ley para su admisión, por lo cual su rechazo ha representado una clara violación al debido proceso de **COMCEL**.

Señala que dicho dictamen es conducente (no existe una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar el hecho determinado), es pertinente (tiene que ver con los hechos del proceso) y es útil (no sobra, al contrario, le da mayores herramientas a la administración para adelantarse a los resultados de sus eventuales medidas).

Así, el referido profesional del derecho censura los motivos que tuvo la CRC para rechazar el decreto de la prueba, señalando que uno de los sustentos del rechazo fue que para este caso no era requisito previo el Análisis de Impacto Normativo (AIN), no obstante lo cual, *"lo que COMCEL estaba solicitando, en todo caso, era que se aplicara esa metodología con el fin de determinar los beneficios o inconvenientes de las medidas."*

Añade que, si la autoridad consideró que el documento aportado por **COMCEL** no se enmarcaba en ninguno de los medios de prueba dispuestos por el Código General del Proceso, debió, dada su evidente utilidad, hacer uso del artículo 165 el mencionado código y practicar *"las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales."*

**Consideraciones de la CRC:**

El Análisis de Impacto Normativo (AIN), conocido en inglés como RIA (Regulatory Impact Analysis) ha sido definido como una herramienta o metodología que examina sistemáticamente los impactos potenciales de las acciones estatales, haciendo preguntas acerca de los costos y los beneficios de la intervención, de cuán efectiva será en alcanzar los objetivos de política pública, y si existen mejores aproximaciones alternativas disponibles para el Estado<sup>651</sup>. Ha sido reconocido que, a pesar de las diferencias existentes en el propósito, alcance y métodos de los sistemas AIN en el mundo, la anotada metodología tiende a seguir una estructura similar. La Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT<sup>652</sup> lo expone así:

- **La definición del problema:** fallas de mercado, fallas regulatorias o la manera de alcanzar nuevos objetivos de política pública.

<sup>650</sup> Comentarios de COMCEL S.A al Proyecto regulatorio Revisión de los mercados de servicios móviles. Pág 31 y 22 Disponible en [https://cocom.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/coment\\_20161207/Claro.pdf](https://cocom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/coment_20161207/Claro.pdf)

<sup>651</sup> OECD. Regulatory Impact Analysis. A Tool for Policy Coherence. (2009) Pág. 12

<sup>652</sup> ITU. OECD. Using regulatory impact analysis to improve decision making in the ICT sector. (2014) Pág. 1 y ss

- **La identificación de opciones regulatorias alternativas:** usualmente incluye alternativas a la regulación de "mano dura", como la regulación ligera, la regulación a través de información, la regulación por principios, y las formas alternativas de intervención como la autorregulación y la correulación.
- **Recolección de datos:** fase que puede implicar, además de la investigación de escritorio, una variedad de métodos empíricos, desde entrevistas telefónicas y personales hasta la distribución de cuestionarios, organización de encuestas y consultas en línea, cooperación entre las autoridades reguladoras, grupos focales, métodos Delphi, métodos de cronómetro y, cuando faltan datos, también la modelización económica, especialmente a través de modelos de comportamiento (behavioural models) y modelos econométricos.
- **Análisis de opciones alternativas:** fase que se lleva a cabo mediante diferentes técnicas, siendo las más comunes el análisis costo-efectividad (cost-effectiveness analysis CEA), el análisis de costo-beneficio (cost-benefit analysis CBA) y el análisis de riesgo (risk analysis RA), incluyendo la denominada "opción cero", a veces denominada escenario de "línea de base" o "sin cambio de política". Dependiendo de los datos disponibles y la profundidad del ejercicio, la evaluación puede ser cualitativa o cuantitativa, o una combinación de las dos.
- **Identificación de la opción de política preferida.**
- **Provisiones para seguimiento y evaluación.** Maneras en que el impacto de la acción seleccionada puede ser monitoreado en el tiempo.

Dicho lo anterior, y como bien lo establece el documento CONPES 3812 de 2014, en Colombia no existe actualmente la obligatoriedad para el uso de una metodología estándar para este tipo de análisis en la regulación de redes y servicios de telecomunicaciones, que considere la evaluación de diferentes alternativas de solución a un problema público, incluyendo la de no regular, la estimación de costos, beneficios y externalidades de las alternativas, la identificación y participación de los actores afectados, y los mecanismos de implementación de la norma, entre otros. De otra parte, aun cuando el último inciso del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, adicionado por el artículo 19 de la Ley 1978 previó que para el ejercicio de la función regulatoria por parte de la CRC es menester observar "*criterios de mejora normativa en el diseño de la regulación, lo que incluye la aplicación de las metodologías pertinentes, entre ellas, el análisis de impacto normativo para la toma de decisiones regulatorias*", también lo es que la disposición en cita determinó que dicho criterios y análisis serían efectuados para "*[l]a expedición de la regulación de carácter general*", de modo tal que, en la presente actuación, que culmina con la expedición de un acto administrativo de carácter particular y concreto, el análisis previsto en la disposición legal en cita no resulta aplicable.

En ese sentido, era claro que la presente actuación administrativa sólo se regía por las disposiciones contenidas en el CPACA y, por remisión de ésta, aquellas pertinentes del CGP, por lo que esta Comisión no está obligada a adoptar la metodología de AIN como requisito para llevar a cabo la presente actuación.

Una primera conclusión salta a la vista: la decisión de adoptar la metodología de AIN en el ejercicio de sus funciones regulatorias corresponde a la CRC y su adopción, como la de cualquier otra metodología, constituye una mera prerrogativa propia del ámbito de su discrecionalidad. Si la Comisión no está en la obligación de adoptar la metodología de AIN en el ejercicio de sus funciones regulatorias, entonces ni **COMCEL** ni ningún otro agente económico tiene el derecho de exigir la aplicación de tal metodología, ni de ninguna otra en el desarrollo de actuaciones administrativas regulatorias; mucho menos, si se tiene en cuenta que el uso de criterios de mejora normativa, introducido por la Ley 1978 de 2019, se previó para la expedición de regulación de carácter general.

Lo anterior lleva a una segunda conclusión. Si la entidad tiene la prerrogativa de adoptar o no la metodología de AIN en el ejercicio de sus funciones regulatorias, su decisión de no hacerlo en una actuación administrativa regulatoria específica comporta considerar impertinente un dictamen pericial de parte, presentado en dicha actuación por un proveedor -como ocurrió con la comunicación con radicado 2017592326 del 4 de agosto de 2017-, cuando dicho dictamen dice tener por objeto, precisamente, la realización de un AIN. En tales circunstancias, ni **COMCEL**

tiene el derecho de exigir la aplicación de la metodología de AIN en la actuación administrativa, ni tiene el derecho a que la CRC decrete como prueba un dictamen pericial que consiste, precisamente, en el desarrollo de un AIN.

Ahora bien, debe destacarse que, por su propia naturaleza, la adopción de la metodología de AIN, así como su realización efectiva, corresponden al regulador, pues se trata de una aproximación metodológica diseñada para, y dirigida a los estados, en el ejercicio de su función legislativa o administrativa, de tal suerte que, en este último caso, es la entidad administrativa que ejerce funciones regulatorias quien, si decide adoptar esa metodología, debe definir el problema, identificar las opciones regulatorias, recolectar los datos y escoger la metodología pertinente, analizar opciones alternativas y definir las técnicas de análisis correspondientes, identificar la opción preferida, determinar las provisiones para seguimiento y evaluación y adoptar la respectiva decisión. En consecuencia, escapa al alcance del dictamen pericial como medio de prueba, que el perito se ocupe de desarrollar materialmente el análisis que precisamente corresponde desarrollar a la entidad al tratarse de una metodología diseñada para que ésta la aplique en el ejercicio de funciones regulatorias.

Este último aspecto revela la ilicitud de la prueba como fue solicitada, en tanto decretarla hubiera comportado que la CRC transfiriera a un tercero (en este caso el perito) el ejercicio de una actividad que, de llevarse a cabo por decisión de la entidad, le corresponde al regulador y no a aquel. En otras palabras, si la CRC hubiere decidido aplicar la metodología de AIN, le hubiere correspondido a la misma CRC llevarla a cabo (efectuar el AIN), luego mal podía ésta decretar como prueba que un tercero, a título de dictamen pericial de parte, realizara el AIN en su reemplazo, cuando tal metodología presupone su realización por quien regula y no por encargo de quien es regulado.

Y debe hacerse allí una claridad: **NO** es cierta la afirmación del abogado Parra Quijano según la cual *"lo que COMCEL estaba solicitando, en todo caso, era que se aplicara esa metodología con el fin de determinar los beneficios o inconvenientes de las medidas."* Lo que **COMCEL** claramente solicitó a la CRC mediante comunicación de fecha 2 de marzo de 2018, identificada con radicado 2018300551, fue que se tuviera como prueba, se valorara, y se controvirtiera el dictamen pericial de Análisis de Impacto Normativo titulado *"Medidas Asimétricas: Origen Injustificado, Impacto Indeseado"*, elaborado por Andrés Escobar y Mauricio Santamaría de la empresa E-Concept AEI S.A.S., que como tal fue denegado.

Ahora bien, un peritaje o prueba pericial se caracteriza porque: (i) es rendido por un tercero experto en alguna ciencia, arte o materia, que (ii) busca dotar al juez -en este caso a la Administración- de un conocimiento que le es ajeno por cuanto su especialidad -en el caso del juez- es lo jurídico. Es obvio, entonces, que el dictamen pericial, como medio de prueba, no puede ser utilizado como vehículo para sustituir el rol que le corresponde al juez o, en este caso, a la Administración. Si el AIN constituye una metodología aplicable por los reguladores en el ejercicio de sus funciones, entonces mal puede ser objeto de un dictamen pericial de parte, porque ello supondría la sustitución del regulador por un tercero contratado por una parte interesada.

Las anteriores razones dan cuenta entonces de la imposibilidad de decretar como prueba el dictamen pericial de Análisis de Impacto Normativo titulado *"Medidas Asimétricas: Origen Injustificado, Impacto Indeseado"*, elaborado por Andrés Escobar y Mauricio Santamaría de la empresa E-Concept AEI S.A.S.

Sirva ello para dejar en claro que la CRC no negó el decreto de la prueba porque considerara que el documento aportado por **COMCEL** no se enmarcaba en ninguno de los medios de prueba dispuestos por el Código General del Proceso, consideración que no se encuentra en parte alguna del auto de 6 de abril de 2018, razón por la cual es desacertado el planteamiento del abogado Parra Quijano, según el cual debió decretarlo con base en la autorización que confiere al juez el artículo 165 del mencionado Código.

Por las razones anteriormente expuestas, no encuentra esta Comisión que la negativa a decretar como prueba el dictamen pericial de Análisis de Impacto Normativo *titulado "Medidas Asimétricas: Origen Injustificado, Impacto Indeseado"* constituya una violación al derecho de defensa y al derecho al debido proceso de **COMCEL**.

**e) Sobre el concepto de abogacía de la competencia de la SIC**

En el numeral 5 del concepto del abogado Parra Quijano, señala que la SIC "*comprobó*" la indebida motivación y la ausencia de pruebas que justificaran lo dicho por esta Comisión en el proyecto regulatorio que le fue enviado a esa entidad en cumplimiento del trámite de abogacía de la competencia.

Así, afirma que "*[En] últimas, lo que ha dicho la Superintendencia es que existen graves deficiencias probatorias que impiden que se pueda tomar una decisión fundamental (...)*", a continuación de lo cual el mencionado profesional del derecho lista las que, a su juicio, son las observaciones en que la SIC fundamenta las "*deficiencias*" aludidas, sin que sea posible para esta Comisión saber cuál es la conclusión a la que llega en dicho numeral, pues al documento allegado por **COMCEL** le falta la página 35.

**Consideraciones de la CRC:**

Lo primero que debe señalarse es que la SIC no "*comprobó*" nada. De hecho, dicha entidad en ninguna parte de su concepto afirma haber comprobado que **COMCEL** no es proveedor dominante en el mercado de servicios móviles, ni que el proyecto regulatorio tuviere incidencia negativa en la libre competencia en dicho mercado, ni que existían "*graves deficiencias probatorias*" en el proyecto, afirmación esta última que es de la cosecha del abogado Parra Quijano, casualmente coincidente con las afirmaciones plasmadas por **COMCEL** en sus reiterados derechos de petición.

Lo que tal entidad afirmó, en no más de 5 páginas de un concepto que por disposición legal no es vinculante, y que revisaba un proyecto de cientos de páginas contentivas de análisis, es que, en relación con algunos aspectos del proyecto, no consideraba se presentara por parte de esta Comisión la claridad y soportes que a su juicio requerían las situaciones que la CRC decía haber constatado, por lo que recomendó revisar y soportar debidamente dichos aspectos.

En la medida en que el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 establece que si la autoridad regulatoria se aparta de dicho concepto deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta, esta Comisión aborda y responde, a lo largo de la parte motiva de la presente resolución, todas las observaciones de la SIC, por lo que nada más habrá de señalarse en este punto.

Lo que es sí jurídicamente inadmisibles es que el abogado Parra Quijano pretenda, en contravía de la Ley, volver vinculante para la CRC un concepto que no lo es, ni sugerir que esta Entidad es un mero notario de la SIC, ni atribuir a dicho concepto un alcance que no tiene, ni concluir que, en razón a las observaciones de la SIC, existen graves deficiencias probatorias, cosa que no corresponde, en absoluto, a la realidad.

**f) Sobre la instrucción de ordenar el inicio de la presente actuación antes de la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017**

En las páginas 36 y 37 del concepto del abogado Parra Quijano se lee que "*para dar inicio a una actuación administrativa de carácter particular y concreto con la posibilidad de adoptar medidas regulatorias, es necesario que se haya creado con anterioridad (lista) el mercado relevante susceptible de regulación ex ante.*"

Sin embargo, afirma el profesional del derecho, en este caso ocurrió todo lo opuesto, pues el 22 de febrero de 2017 -antes de crear el mercado relevante-, la CRC ordenó dar inicio a la actuación administrativa respecto de **COMCEL**, pero sólo hasta el 23 de febrero de 2017 se creó el mercado relevante respectivo, mediante la Resolución CRC 5108, de lo cual concluye que la presente decisión adolece de falsa motivación y desconoció los principios de legalidad y prevalencia del interés general, en tanto que se ordenó una actuación en contra de **COMCEL** con el fin de constatar o no su posición de dominio respecto de un mercado que, para esa fecha, no existía.

**Consideraciones de la CRC:**

Esta Comisión coincide plenamente con la afirmación del abogado Parra Quijano, según la cual "*para dar inicio a una actuación administrativa de carácter particular y concreto con la posibilidad*

*de adoptar medidas regulatorias, es necesario que se haya creado con anterioridad (lista) el mercado relevante susceptible de regulación ex ante*". De hecho, fue ello lo que ocurrió en el presente caso: la Resolución CRC 5108 del 23 de febrero de 2017, incluyó el mercado de Servicios Móviles en la lista de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante, y posteriormente la Resolución CRC 5110 del 24 de febrero de 2017 dio inicio a la actuación administrativa de carácter particular y concreto tendiente a la constatación o no de la posición de dominio de **COMCEL** en dicho mercado.

Lo que en realidad ocurre aquí es que el mencionado abogado confunde el inicio de una actuación administrativa por parte del Director Ejecutivo de la CRC, cosa que ocurrió el 24 de febrero de 2017 con la Resolución CRC 5110, con la instrucción impartida en la sesión de la CRC, realizada el día 22 de febrero de 2017, para que se iniciara la mencionada actuación, cosa que ocurriría cuando correspondiere, como en efecto sucedió. En otras palabras, el abogado referido ignora que una cosa es la instrucción u orden para que se inicie una actuación administrativa de carácter particular y concreto, y otra, posterior, es el inicio mismo de la actuación por parte del Director Ejecutivo, que no sólo se produjo con posterioridad a la orden impartida, sino con posterioridad también a la expedición de la Resolución CRC 5108 y su publicación en el Diario Oficial.

Por lo demás, la Comisión podía perfectamente ordenar el inicio de la mencionada actuación en la sesión del 22 de febrero de 2017, como quiera que a tal instrucción antecedió en la misma Sesión de Comisión la decisión administrativa de adoptar, como mercado relevante susceptible de regulación ex ante, el de Servicios Móviles.

**g) Sobre el pronunciamiento especial frente al dictamen pericial rendido por Marcela Meléndez.**

El procesalista Parra Quijano, después de citar literalmente e "*in extenso*" apartes del dictamen pericial rendido por Marcela Meléndez, opina que a) está acreditada la calidad e idoneidad de la Perito, b) están explicadas las operaciones periciales y los elementos que utilizó, c) el dictamen es exhaustivo, y d) la objetividad de las conclusiones de la Perito aparece ostensible.

**Consideraciones de la CRC:**

El dictamen de la Perito Marcela Meléndez fue decretado por esta Comisión por considerarlo conducente, pertinente y útil, y su eficacia probatoria es valorada en el presente acto administrativo.

**- CONCEPTO DEL DR. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO**

Con radicado 2019301948, **COMCEL** aportó el concepto jurídico rendido por el experto constitucionalista Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, en relación con la presunta vulneración del debido proceso y del derecho a la defensa de **COMCEL** por cuenta del proceso adelantado por la CRC. En el concepto rendido, el experto explica por qué en su criterio las negativas de la CRC a diferentes solicitudes probatorias de **COMCEL** tienen la potencialidad de configurar una violación al derecho fundamental al debido proceso y, en particular, su derecho de defensa y contradicción. En el concepto se argumenta que la adecuada e integral estructuración del material probatorio dentro de la actuación administrativa es un asunto constitucionalmente relevante pues, además de garantizar que **COMCEL** cuente con la posibilidad de demostrar los aspectos sustanciales de su teoría del caso, y que de esa forma pueda controvertir aquellos que, en su criterio, carecen de fundamento, tiene como propósito que la autoridad cuente con los elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión de fondo que es de interés público.

Afirma el experto Córdoba Triviño que las solicitudes en materia probatoria que ha formulado **COMCEL**, y que no han obtenido una respuesta satisfactoria por parte de la CRC, se pueden dividir en tres grupos: a) Grupo I. Solicitudes encaminadas a conocer el contenido de información que ha servido de insumo para la adopción de decisiones desde la apertura misma de la actuación administrativa; b) Grupo 2. Solicitudes dirigidas a que se permita controvertir el contenido de la información obtenida a partir de diferentes medios probatorios; c) Grupo 3. Solicitudes que buscan que se decreten y practiquen pruebas necesarias, pertinentes y conducentes respecto de la adopción de decisiones de fondo dentro de la actuación administrativa bajo estudio.

Luego de realizar un recuento respecto de todas las solicitudes probatorias formuladas por **COMCEL** dentro de la actuación, haciendo especial énfasis en las negadas o rechazadas por la CRC, el experto cita jurisprudencia constitucional para explicar cómo la garantía relativa a aportar y controvertir pruebas es un derecho fundamental autónomo conformante del debido proceso administrativo. Posteriormente concluye que: *"en este caso, se tiene que existen una serie (sic) de pruebas relevantes para la adopción de la decisión de fondo que (i) no han contado con el escenario necesario para ser controvertidas, (ii) no han sido decretadas y/o (iii) han sido desestimadas o ignoradas por la autoridad correspondiente, esto es la CRC, lo cual hace que si se adopta una decisión de fondo en el caso concreto, se viole el derecho fundamental autónomo a solicitar y controvertir pruebas de COMCEL y además, que no se garantice con certeza el interés público que debe orientar la actuación de las autoridades"*.

Para el abogado Córdoba Triviño, *"todas y cada una de las pruebas respecto de las cuales no se ha permitido su controversia o han sido negadas o aquellas en relación con las cuales la CRC ha guardado inexplicable silencio y que, como se ha visto, forman una unidad conceptual imprescindible dentro de la teoría de la defensa de COMCEL en orden ha (sic) desvirtuar la hipótesis administrativa de una posición dominante en el mercado susceptible de regulación ex ante de servicios móviles, plasmada en la Resolución 5110 de 2017, generan una situación procesal constitucional de grave afectación al derecho fundamental al debido proceso y del derecho de defensa"*.

Seguidamente, el experto resalta la importancia constitucional del Concepto de Abogacía de la Competencia rendido por la SIC en el marco de esta actuación, pues en su sentir, las recomendaciones hechas en dicho Concepto versan sobre la práctica de pruebas dirigidas a "revisar y soportar" varias situaciones, pruebas que, de acuerdo con Córdoba Triviño, son las que ha pretendido hacer valer **COMCEL**, y que la CRC ha negado *"caprichosamente"*.

Finalmente, el abogado manifiesta la "irregularidad sustancial" en que incurrió la CRC al iniciar una actuación administrativa, ordenada en la Sesión de Comisión del 22 de febrero de 2017, cuyo objeto versa sobre el mercado de "Servicios Móviles" creado mediante la Resolución CRC 5108 de 2017 publicada el 24 de febrero del mismo año.

**Consideraciones de la CRC:**

Inicialmente, y a efectos de que se tenga claridad en lo actuado, esta Comisión remite a las consideraciones esbozadas en la subsección 6.6.1 del presente acto, en relación con las etapas conformantes de una actuación administrativa y del Procedimiento Administrativo Común y Principal de acuerdo con lo establecido en el Capítulo I del Título III de la Parte Primera del CPACA. También advierte que el concepto rendido por el experto constitucionalista Jaime Córdoba Triviño, no sustenta en manera alguna las razones por las cuales las respuestas de la CRC a las solicitudes probatorias de **COMCEL** dentro de esta actuación resultan insatisfactorias, o los motivos por los que dichas solicitudes eran totalmente pertinentes, conducentes y útiles para decantar la decisión regulatoria que se adopta dentro del marco del objeto de la misma actuación. Más allá de detallar y enlistar las solicitudes probatorias que motivadamente han sido rechazadas o negadas por la CRC, el abogado Córdoba Triviño parece asentir con el hecho de que las solicitudes probatorias eran conducentes, pertinentes, útiles y necesarias para el objeto de la actuación por la simple razón de que **COMCEL** así las invoca en sus diferentes radicados ante esta Comisión, lo anterior, sin siquiera analizar las consideraciones contenidas en cada uno de los Autos proferidos y notificados a **COMCEL** que las rechazan o deniegan a lo largo de todo el ejercicio probatorio.

Esta Comisión coincide con el experto respecto del ya decantado precedente jurisprudencial que demarca el alcance del derecho a aportar y controvertir pruebas dentro de una actuación administrativa. Bien advierte el experto que en la sentencia C-034 de 2014<sup>653</sup> la Corte Constitucional incorporó expresamente los estándares del contenido del derecho a aportar y controvertir las pruebas en procesos judiciales a los procedimientos administrativos. En esta providencia la Corte determinó si la improcedencia de recursos contra los actos que deciden sobre la solicitud de pruebas en una actuación administrativa (Artículo 40 del CPACA) vulnera los derechos de defensa y contradicción, especialmente en lo relacionado con la presentación y controversia de pruebas. En la *ratio decidendi* de esta providencia, citada en el concepto por el experto Córdoba Triviño, la Corte considera que:

<sup>653</sup> Sentencia C-034 de 2014. Magistrado Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa.

"En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política. Ello explica, como lo ha señalado la Corte, que **el debido proceso administrativo deba armonizar los mandatos del artículo 29 Superior con los principios del artículo 209, ibídem. Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad** en la función pública. (NFT)

(...)

[E]s necesario aclarar que si bien la norma impide el ejercicio de recursos en un momento específico de la actuación administrativa, no implica la clausura del derecho a aportar pruebas, ni de la controversia fáctica dentro de esos trámites.

Así, la facultad de aportar pruebas se mantiene en la norma citada (Artículo 40 CPACA) durante toda la actuación, e **incluso al momento de ejercer los recursos de reposición o apelación contra el acto definitivo, etapa en que el actor puede discutir la decisión que negó su solicitud de pruebas y las consecuencias que esa determinación produjo en el acto administrativo definitivo.** (NFT)

(...)

Por lo tanto, el aparte acusado del artículo 40, CPACA, no imposibilita o prohíbe el ejercicio de los derechos de aportar pruebas y controvertirlas durante la actuación administrativa, ni se proyecta inevitablemente en las decisiones ulteriores como propone el actor. La norma no elimina los derechos de contradicción y defensa, **sino que plantea una restricción a su ejercicio en un momento específico de la actuación.** (NFT)

(...)

La exclusión de recursos contra la decisión que resuelve las solicitudes de pruebas durante el trámite administrativo es además adecuada para lograr esos fines, pues en un procedimiento que permite al interesado solicitar pruebas durante toda la actuación, sin prever una etapa preclusiva para el efecto, la eventual presentación de recursos contra cada acto administrativo que niegue una prueba implica costos temporales, y hace menos ágil la adopción de las decisiones pertinentes.

Así las cosas, la norma objeto de censura permite que el trámite administrativo se adelante de manera ágil, **sin que sea constantemente suspendido o afectado por la discusión sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas.** Y así satisface intensamente los principios de economía, celeridad, eficacia, eficiencia. En otros términos, si durante toda la actuación pueden solicitarse pruebas, la interposición sucesiva de recursos contra cada acto que resuelva esas solicitudes atentaría contra la diligencia del procedimiento, y comportaría el empleo de recursos administrativos y temporales considerables" (NFT).

Por su parte, en la sentencia C-1270 de 2000, también referida por el experto Córdoba Triviño, la Corte refirió al alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas en los siguientes términos:

"Como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) **el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra;** iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso" (NFT).

Pues bien, de lo anterior resulta claro que constitucionalmente el alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas, contrario a lo esbozado por el experto, **NO** supone de facto que la Autoridad administrativa deba: (i) conceder escenarios para controvertir, no solo las pruebas, sino el análisis de las mismas, a la medida y en el momento y forma que desea el administrado, con desconocimiento de los principios del artículo 209 constitucional y por fuera de las etapas que el mismo procedimiento administrativo ha consagrado para ejercer el derecho de defensa y contradicción mediante los recursos en sede administrativa; (ii) decretar todas las solicitudes probatorias por el solo hecho de que el administrado las considera pertinentes, conducentes, necesarias y/o útiles; (iii) anticipar al administrado los análisis que ha realizado la Administración



sobre el material probatorio obrante en el expediente antes de proferir un acto definitivo, desconociendo así las normas del procedimiento establecido en el CPACA, únicamente en razón a que el administrado considera que los autos de pruebas debidamente motivados perdieron su presunción de legalidad con fundamento en pronunciamientos no vinculantes de otras autoridades.

Así las cosas, resulta al menos desconcertante que el experto refiera la decantada línea jurisprudencial en la materia, pero omita los estándares del derecho a aportar y controvertir pruebas que han sido incorporados por la propia jurisprudencia que refiere, pues, para el caso, las pruebas obrantes en el expediente "en contra" de **COMCEL** no son otras que las anunciadas en la Resolución CRC 5110 de 2017, y las demás son aquellas solicitadas por el propio **COMCEL** para el análisis o las decretadas de oficio por la CRC de manera motivada y conforme a la facultad que el artículo 40 del CPACA prevé. Las negadas o rechazadas, han sido denegadas de forma motivada por cuanto desbordan el objeto y marco de la presente actuación.

A lo largo de la presente resolución, se analizan todos los hechos relevantes e información recabada con ocasión del material probatorio decretado, pero también se atienden las consideraciones con las que efectivamente **COMCEL** controvertió tales pruebas mediante sus escritos de "alegatos de conclusión" y otros. Adicionalmente, se reiteran las motivaciones por las cuales la CRC no podía acceder a ciertas solicitudes probatorias de **COMCEL**. Por citar un ejemplo, en relación con el modelo de costos que sirvió de base para la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2018, y que el experto cita en el Grupo 1 de pruebas que, en su sentir, eran procedentes, **COMCEL** buscaba controvertir y desvirtuar un fundamento de la regulación general ya en firme, que ya fue discutido con el sector, que no versa sobre **COMCEL** exclusivamente pues tiene información del mercado como un todo, y que adicionalmente ostenta reserva legal, tal como se ha explicado en las subsecciones previas.

En este entendido, esta Comisión observa que tanto **COMCEL** como el experto, coinciden en darle un alcance al derecho de defensa y contradicción, ajeno al procedimiento administrativo y a los principios que lo rigen. No se busca entonces controvertir las pruebas relacionadas con el objeto de la actuación, sino atacar desde una actuación de carácter particular y concreto supuestos de la regulación general sobre los cuales además ya se han ejercido tanto los recursos de Ley, como los medios de control judicial. No se busca controvertir el material probatorio que conoce **COMCEL** y que reposa el expediente, sino que pretende que se le informen de forma anticipada los análisis que mediante sana crítica se realizan sobre dicho acervo probatorio. En igual sentido, la insistentemente alegada vulneración al debido proceso de parte de **COMCEL** materialmente pretende que se le conceda una suerte de recursos contra los autos que ya decidieron sus solicitudes probatorias de forma motivada, esto con ocasión de pronunciamientos no vinculantes de otras autoridades; en una etapa de la actuación en la cual la CRC ni siquiera ha tenido la oportunidad de apartarse motivadamente de los mismos, o en su defecto, acogerlos; y obviamente en contradicción del artículo 40 del CPACA.

Por esta razón, esta Comisión considera que no existe una vulneración al debido proceso y al derecho de contradicción de **COMCEL**, y que al aludir tal vulneración se omiten los estándares constitucionales y las etapas del procedimiento administrativo que permiten a **COMCEL**, al momento de ejercer los recursos de reposición o apelación contra el acto definitivo, discutir las decisiones que negaron sus solicitudes probatorias y las consecuencias que esto produjo en el acto administrativo definitivo. Por el contrario, corregir los "defectos fácticos" en los términos indicados en el concepto del abogado Córdoba Triviño, implicaría abrir discusiones sobre la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas en una etapa de la actuación no procedente, en un momento previo a la expedición de la decisión de fondo, y con total desconocimiento de los principios de economía, eficacia y celeridad administrativa.

Por último, en lo que respecta a la supuesta "irregularidad sustancial" en que incurrió la CRC al iniciar una actuación administrativa sobre un mercado relevante no creado, esta Comisión remite a lo ya explicado en las subsecciones 6.1 y 6.2, junto a lo correspondiente en la respuesta otorgada al concepto del también experto Dr. Jaime Parra Quijano.

### **6.7. Sobre el trámite de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina**

Como se indicó en los antecedentes, mediante comunicación radicada el 11 de junio de 2019, con consecutivo 2019301670, reiterada el 17 de junio de 2019 a través de comunicación con

radicado 2019301763, **COMCEL** solicitó que, en el marco de la presente actuación administrativa de carácter particular y concreto, se diera trámite a la solicitud de interpretación prejudicial obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en adelante TJCA, invocando como fundamento el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA y el artículo 123 de la Decisión 500 de este organismo. Las normas de la Comunidad Andina sobre las cuales **COMCEL** requirió el trámite de interpretación prejudicial fueron: los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 8, 28, 30 y 36 de la Decisión 462 de 1999; los artículos 3, 4, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 23, 27, 28, 29, 31 y 34 de la Resolución 432 de 2000; y los artículos 18 20 y 32 de la Resolución 1922 de 2017.

Posteriormente, con radicado 2019302129<sup>654</sup> del 4 de julio de 2019, **COMCEL** reiteró su solicitud de adelantar el trámite de interpretación prejudicial obligatoria, pero en esta oportunidad **COMCEL** citó jurisprudencia adicional de interpretación prejudicial del TJCA en relación con el concepto de "Autoridad Nacional de Telecomunicaciones", e hizo alusión al Acuerdo N° 08 de diciembre de 2017, Reglamento que Regula Aspectos Vinculados con la Solicitud y Emisión de Interpretaciones Prejudiciales, para así requerir que se le pregunte al TJCA sobre si a la CRC le es aplicable la figura de "Juez Nacional" a la luz de la Resolución 432 de la Comunidad Andina.

Con estas solicitudes **COMCEL** requirió además la suspensión de la actuación administrativa, mientras se tramitaba la invocada interpretación prejudicial, en su concepto obligatoria, y se recibía providencia en este sentido del TJCA.

#### **Consideraciones de la CRC:**

Frente a la solicitud de **COMCEL**, procede esta Comisión a explicar cómo la petición de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina- TJCA, ni es obligatoria, ni es procedente en el marco de la presente actuación, y además resulta contraria a las mismas normas comunitarias vigentes que invoca el solicitante. En efecto, reiterada jurisprudencia nacional<sup>655</sup> ha reconocido el ordenamiento comunitario surgido de la CAN como un ordenamiento jurídico propio, autónomo y supranacional, que se aplica directamente en el territorio de los países miembro, dentro de los que se encuentra Colombia, y tiene efectos sobre las autoridades públicas y sobre los particulares.

Mediante la Decisión 500 invocada por **COMCEL**, fue aprobado el "Estatuto" del Tribunal de Justicia con el fin de regular su funcionamiento, así como el ejercicio de las acciones previstas en su Tratado de Creación, establecidas para garantizar el cumplimiento de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena. Particularmente, el Capítulo III del Título III "De las acciones en particular" del Estatuto, regula el objeto y finalidad (artículo 121) de la figura de interpretación prejudicial en los siguientes términos "*Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros*". Luego se definen la consulta facultativa (artículo 122) y la consulta obligatoria (artículo 123), y sus efectos en los procesos internos, en los términos acordados en el Tratado de Creación del Tribunal y en el Protocolo de Cochabamba que lo modificó.

De acuerdo con las normas comunitarias, la obligatoriedad de requerir el pronunciamiento previo del Tribunal Andino en los casos allí establecidos se predica de los "jueces nacionales", y su omisión configura una violación al debido proceso. En decisiones posteriores a la aprobación del Estatuto, el Tribunal amplió el concepto de "jueces nacionales" incluyendo dentro de este concepto a todas las entidades administrativas **que cumplan funciones jurisdiccionales y que actúen como única o última instancia ordinaria**<sup>656</sup> (negrillas propias).

No obstante lo anterior, y ante la necesidad de perfeccionar el entendimiento y aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino a través del mecanismo procesal de la Interpretación Prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante el Acuerdo 08 de 2017 estableció el "[r]eglamento que regula aspectos vinculados con la solicitud de emisión de

<sup>654</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 14. Folios 2560-2606.

<sup>655</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-256/14. M.P. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB. Sentencia C-231 de 1997. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

<sup>656</sup> Proceso 03-AI-2010. Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, (ETB S.A. E.S.P.) contra la República de Colombia, Sección Tercera del Consejo de Estado, por supuesto incumplimiento de la obligación objetiva de solicitar interpretación prejudicial obligatoria prevista en los artículos 4, 33, 35 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 122, 123, 124, 127 y 128 de la Decisión 500, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Decisión del 26 de agosto de 2011.

*Interpretaciones Prejudiciales*”, modificado mediante el Acuerdo 04 de 2018. En dicho reglamento se precisaron las siguientes definiciones:

*"Interpretación Prejudicial: mecanismo procesal mediante el cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina explica el contenido y alcances de las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino, así como orienta respecto de las instituciones jurídicas contenidas en tales normas, con la finalidad de asegurar la interpretación y aplicación uniforme de dicho ordenamiento en los Países Miembros de la Comunidad Andina."*

*"Consulta Obligatoria: es la interpretación solicitada por órganos jurisdiccionales de única o última instancia. En este sentido, cuando la sentencia o laudo no fuere susceptible de impugnación, el órgano jurisdiccional debe suspender el proceso y solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina la interpretación de la norma comunitaria andina materia de la controversia"(NFT).*

*"Consulta Facultativa: es la interpretación solicitada por órganos jurisdiccionales, así como por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, que conozcan un proceso o procedimiento en el que se controvierta una norma comunitaria andina, siempre que el acto administrativo, laudo o sentencia de que se trate sea susceptible de impugnación en el derecho interno"(NFT).*

De acuerdo con lo anterior, se equivoca **COMCEL** cuando, citando jurisprudencia del TJCA previa al mencionado Reglamento, asegura que *"tanto la jurisprudencia del TJCA como la del Consejo de Estado han establecido que de conformidad con el criterio funcional, material y objetivo, el deber de solicitar la interpretación prejudicial al TJCA se extiende a las entidades administrativas como la CRC"* y que *"la actuación que adelanta la CRC para resolver esta clase de conflictos es de orden público. Por ello, aunque se trate de una autoridad administrativa, su actuación, de conformidad con las funciones que le fueron asignadas por la Decisión 462 y por la Resolución 432, modificada por la Resolución 1922, la CRC ejerce verdaderas funciones como juez nacional, y por ello, dada la trascendencia de sus decisiones, le corresponde a la CRC tramitar la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que en este caso además, resulta obligatoria"*.

Si bien a la luz de derecho comunitario andino no hay duda de que la CRC es la Autoridad Nacional Competente de Telecomunicaciones, la discusión sobre si como entidad administrativa ejerce funciones jurisdiccionales, o si le es atribuible la figura de "juez nacional" que en determinadas condiciones le impone adelantar el trámite de interpretación prejudicial de forma obligatoria, quedó zanjada con la expedición del Acuerdo 08 de 2017, norma de público conocimiento que el mismo **COMCEL** refiere en su solicitud.

Con lo anterior, se equivoca **COMCEL** al invocar parcialmente las disposiciones del Acuerdo 08 de 2017 para producir una interpretación conforme a su interés de suspender o incluso dilatar la actuación administrativa, y se equivoca también al invocar una consulta como obligatoria, cuando las definiciones de la norma comunitaria son excluyentes entre sí y solo le dan ese carácter de obligatoriedad a la interpretación solicitada por los órganos jurisdiccionales de única o última instancia, definición que comprendería a los jueces de la República, o a los tribunales de arbitramento. Teniendo en cuenta que la sentencia o el laudo no serían susceptibles de ser recurridos, el propio reglamento establece la obligatoriedad de suspender el proceso hasta tanto el TJCA profiera la respectiva interpretación prejudicial.

Por el contrario, dado que la CRC no es un órgano jurisdiccional, ni tampoco ejerce las funciones de un Tribunal de Arbitramento, por sustracción de materia, no le corresponde acudir a la interpretación prejudicial obligatoria, así como tampoco suspender la actuación.

Por su parte, la consulta facultativa consagrada en la norma comunitaria le corresponde a los órganos jurisdiccionales, así como a los órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, definición que comprendería a los Jueces de la República, a los Tribunales de Arbitramento y a las Autoridades Administrativas investidas de facultades jurisdiccionales de acuerdo con lo que el derecho interno de cada país determine para estos últimos. Esta interpretación, a diferencia de la obligatoria, no suspende el proceso, dado que parte del presupuesto de que la sentencia, el laudo o el acto administrativo son susceptibles de impugnación en el derecho interno. En todo caso, para que proceda la consulta facultativa, aun cuando el trámite sea adelantado por autoridades administrativas, se requiere que la autoridad esté investida con facultades jurisdiccionales a la luz del derecho interno, naturaleza que no le es

atribuible a ninguna de las competencias legales encargadas a la CRC mediante el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009.

En este punto, es importante tener en cuenta que mediante sentencia C-156 de 2013, la Corte Constitucional recordó que el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas *"[d]ebe ser claro, expreso, concreto y la designación del funcionario encargado de adelantar dicha atribución, debe ser específica."*

Así las cosas, es evidente que la CRC al no tener ninguna facultad clara, expresa y concreta asignada por la Ley en materia jurisdiccional, no podría –aunque quisiera– acudir al mecanismo de consulta facultativa previsto por el TJCA.

En la medida en que la solicitud presentada por **COMCEL** se refiere expresamente a la consulta obligatoria, dado que es la única que tendría vocación de suspender el proceso, esta Comisión encuentra que dicha consulta no le es exigible a la CRC, pues en ninguno de los trámites que adelanta la Comisión (todos ellos administrativos), debe o puede acudir a la consulta obligatoria, ni siquiera a la consulta facultativa de Interpretación Prejudicial, de conformidad con lo establecido en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus respectivos reglamentos.

## **7. CONSIDERACIONES DE COMCEL SOBRE ASPECTOS QUE NO SON OBJETO DE ESTA ACTUACIÓN**

### **7.1. Sobre el mercado de "Voz Saliente Móvil"**

#### **7.1.1. Sobre la alegada negativa de la CRC a analizar las condiciones de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil", luego de la creación del mercado de "Servicios Móviles"**

**COMCEL** aduce que la CRC se negó en múltiples ocasiones a realizar los estudios pertinentes de las condiciones de competencia y de la posición de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil", a pesar de que este es un elemento probatorio fundamental en el desarrollo de la actuación, como supuestamente reconoció la CRC.

Indica que el 24 de enero de 2017, la SIC advirtió sobre el impacto que tiene la creación del mercado de "Servicios Móviles" en la dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil", dada la redefinición de mercados que planteaba el proyecto que se convertiría en la Resolución CRC 5108 de 2017, que creó el de "Servicios Móviles", alertando sobre el decaimiento de la dominancia de **COMCEL** en dicho mercado a raíz de la creación del nuevo mercado. A pesar de lo anterior, afirma, la CRC desechó la recomendación de la SIC en las consideraciones de la Resolución CRC 5108 del 23 de febrero de 2017.

Aduce que dentro del procedimiento administrativo de la referencia iniciado por medio de la Resolución CRC 5110 de 2017, el 17 de abril de 2017 **COMCEL** se pronunció y realizó solicitudes probatorias. En ese momento, **COMCEL** indicó que por la creación del nuevo mercado relevante de "Servicios Móviles" muchos usuarios migraron hacia este desde el mercado de "Voz Saliente Móvil", lo cual modificaba la conformación, las condiciones de competencia en ambos mercados y, en términos de la SIC, podría generar el decaimiento de la dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil".

Agrega que era sin duda un prerequisite que la CRC realizara un estudio del mercado de "Voz Saliente Móvil" luego de la creación del de "Servicios Móviles", pues fue la propia CRC quien, con la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, mediante la cual se creó el mercado de "Servicios Móviles", introdujo un elemento nuevo que afectó el mercado de "Voz Saliente Móvil" e incluso pudo generar el decaimiento de la dominancia de **COMCEL** en dicho mercado. Precisamente por esto, **COMCEL** dentro de su Solicitud Probatoria pidió la peritación de la CRC para absolver dicho tema, prueba que como tantas otras de trascendental importancia la CRC se negó a decretar en desmedro evidente del derecho de defensa y contradicción de **COMCEL**.

Indica **COMCEL** que, por medio del auto de decreto de pruebas del 7 de julio de 2017, la CRC de nuevo se negó a realizar dicho estudio. Al respecto, señaló se encontraba ante una

*"imposibilidad de que la CRC aporte al presente trámite un dictamen pericial elaborado por ella misma"; y el que la CRC "elabore un dictamen para presentárselo a sí misma, lo cual es absurdo y escapa la finalidad del medio de prueba". Lo anterior, a pesar de que la misma CRC afirmó que dicha prueba era "procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos".*

Señala que la CRC, estando obligada a atender la recomendación de la SIC, no lo hizo y no verificó la nueva realidad existente a efectos de determinar si existía o no posición de dominio de **COMCEL**, lejos de enmendar su yerro y ante la solicitud de **COMCEL** decidió negarse a realizarla apalancada en argumentos que no se compadecen con la naturaleza de la actuación administrativa que, como lo ha reiterado **COMCEL**, no es otra que llenarse de razones valederas para adoptar una decisión. Dicho de otra manera, en su parecer, esto no es una litis, ni una controversia sino una etapa en la que la administración debe formarse el conocimiento de un asunto para adoptar una decisión dentro del marco de sus funciones. Por eso, para **COMCEL**, resulta inexplicable que no haya verificado en forma previa a iniciar la actuación un tema de tamaña trascendencia, y que ante la solicitud de **COMCEL** de hacerlo haya tomado el camino fácil de negarla, como si no fuera un tema de su interés.

**COMCEL** alega que el 3 de agosto de 2017, a través de derecho de petición, solicitó que se realizara un estudio sobre el mercado de "Voz Saliente Móvil" a raíz de la creación del nuevo mercado de "Servicios Móviles", por considerarlo relevante para el procedimiento que nos ocupa, y porque la CRC tiene la obligación de hacerlo en virtud de la Resolución CRT 2058 de 2009, que dispone el derecho del operador interesado a solicitar la revisión del mercado, demostrando fundada y razonablemente a la CRC la necesidad de hacerlo.

Sostiene que, por medio de auto del 8 de septiembre de 2017, la CRC se pronunció sobre la solicitud realizada por **COMCEL** el 3 de agosto de 2017, indicando que si la CRC tuviera que hacer dichos estudios, solamente los adelantaría antes de la adopción de una decisión final y, que de cualquier modo, no los daría a conocer a **COMCEL**, sino hasta terminado el procedimiento. En consecuencia, volvió a vulnerar injustificadamente el derecho de **COMCEL** como operador interesado a que se realizara la revisión del mercado de "Voz Saliente Móvil", la cual se había solicitado observando los presupuestos definidos en la Resolución CRT 2058 de 2009, y sobre todo a desconocer el espíritu de la actuación administrativa que no es otro que verificar una realidad fáctica y jurídica que permita motivar una decisión de la administración.

En adición a lo anterior, **COMCEL** concluye que: i) la CRC soporta la presente actuación de carácter particular en unos supuestos problemas de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil", por cuenta de un supuesto traslado del entorno competitivo de este mercado al de "Servicios Móviles"; ii) la CRC, mediante la Resolución CRC 5108 de 2017, crea un nuevo mercado relevante (Servicios Móviles), y la creación de este nuevo mercado tiene efectos sobre las condiciones de competencia y la dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil"; iii) la SIC advierte a la CRC sobre el efecto que la creación de este mercado tiene en las condiciones de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil" y alerta sobre el posible decaimiento de la dominancia de **COMCEL** en el mismo con ocasión de la creación del nuevo mercado; iv) **COMCEL**, con fundamento en esta advertencia y en el derecho que le asiste, solicita a la CRC la revisión de las condiciones de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil" luego de la creación del mercado de "Servicios Móviles", e incluso presenta un derecho de petición como operador interesado para que la CRC revise las condiciones de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil", pero la CRC rechaza sin fundamento esta solicitud, con lo cual v) la CRC está violando el derecho al debido proceso de **COMCEL** al negarse a atender la solicitud de **COMCEL** como operador interesado, rechazando la práctica de pruebas pertinentes y negándose a revisar las condiciones de competencia y la posición de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil", frustrando el cometido de la actuación y dejando huérfana de motivación, en este aspecto, la decisión que se propone adoptar.

**COMCEL** considera que ha quedado probado que la CRC se negó a realizar y darle a conocer a el estudio del mercado de "Voz Saliente Móvil" a pesar de las recomendaciones de la SIC, las sugerencias de la OCDE, el mandato del Parágrafo 2 del artículo 3.1.2.5. de la Resolución CRC 5050 de 2016 y las múltiples solicitudes de este. Afirma que, de adoptarse una decisión sin que obre en el expediente el estudio que se echa de menos, el acto que se expida como conclusión de esta actuación, si decide adoptar medidas de intervención, estará viciado de nulidad por una indebida motivación y por desconocer de forma flagrante las normas en las cuales debería fundarse.

Adicionalmente, afirma que la expedición del acto administrativo de cierre de la presente actuación, si adopta las medias anunciadas, materializará la violación del debido proceso administrativo de **COMCEL**, toda vez que la CRC, luego de creado el mercado de "Servicios Móviles", se negó a decretar las solicitudes o aportar dentro del proceso los estudios del mercado de "Voz Saliente Móvil", y en ese orden de ideas no presentó pruebas fundamentales para poder decidir de fondo el asunto de la actuación y dilucidar si existe o no una posición de dominio de **COMCEL** conforme la nueva realidad, y no solo afirmarlo con base en una situación que la misma SIC ha juzgado como alterada.

Al respecto **COMCEL** dice que la H. Corte Constitucional ha señalado que las pruebas dentro del proceso administrativo son de la mayor importancia y que la vigorosa actividad probatoria, incluida la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir pruebas, es fundamental para que las autoridades respondan lo de su competencia, haciendo caso al derecho sustancial. Dado que la CRC se ha negado sistemáticamente a decretar las solicitudes de **COMCEL** de, luego de creado el mercado de "Servicios Móviles", realizar los estudios del mercado de "Voz Saliente Móvil", resulta claro que está negándose deliberadamente a verificar información necesaria para poder adoptar la decisión, cercenando un elemento necesario para tomar una determinación que tenga fundamento fáctico y reconozca el derecho sustancial del caso, lo que claramente no ha ocurrido.

Precisamente, asegura **COMCEL**, la misma H. Corte señaló que es consustancial al derecho al debido proceso constitucional la solicitud de material probatorio, la publicidad de las pruebas que se practiquen y el que se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar la realización de los derechos. Continúa su escrito señalando que, contrario a estos mandatos constitucionales, la CRC negó la solicitud de **COMCEL** de, luego de creado el mercado de "Servicios Móviles", realizar estudios sobre el mercado de "Voz Saliente Móvil", y después indicó que aun si tuviera que hacer dichos estudios, no los daría a conocer a **COMCEL** sino hasta terminada la actuación. Lo anterior, en su opinión, es una flagrante violación al derecho al debido proceso de **COMCEL**, toda vez que se están excluyendo del proceso elementos sustanciales necesarios para tomar una decisión y se está impidiendo que **COMCEL** pueda ejercer su derecho de contradicción dentro del proceso, pues la CRC le impide conocer y controvertir el material probatorio necesario para poder hacerlo. En otras palabras, indica **COMCEL**, la actuación se soporta en meras suposiciones e inferencias frente a las cuales se ha solicitado la práctica de pruebas con el fin de confirmarlas o desvirtuarlas, pruebas que, insiste, han sido sistemáticamente y sin justificación negadas por la CRC, como acontece con el estudio acerca del mercado de "Voz Saliente Móvil".

Para **COMCEL** la actuación de la Comisión en el presente procedimiento vicia su propia decisión al negarse a incluir los fundamentos probatorios necesarios para poder decidir con conocimiento suficiente y en cumplimiento de la Resolución CRC 5050 de 2016. Además, agrega, viola el derecho fundamental al debido proceso de **COMCEL** al impedirle incorporar pruebas y contradecirlas.

Argumenta **COMCEL** que la creación artificial de un nuevo mercado de "Servicios Móviles" susceptible de regulación *ex ante*, hace que el servicio de Internet Móvil también sea susceptible de regulación *ex ante*, lo cual va en contravía de lo reconocido por la propia CRC en el sentido que el mercado de Internet Móvil no presenta problemas de competencia.

Señala que un usuario no puede pertenecer a la vez a tres mercados ya que esto da lugar a inconsistencias entre las medidas impuestas en el mercado. Afirma que al establecer que un usuario pertenezca al nuevo mercado de "Servicios Móviles", este debe ser excluido de los mercados de "Voz Saliente Móvil" e "Internet Móvil", lo que a su vez hace necesario que se evalúen las condiciones de competencia de cada mercado llevando incluso a la necesidad de eliminar la regulación *ex ante* en el mercado de "Voz Saliente Móvil".

Para **COMCEL**, la eliminación de las medidas en el mercado de "Voz Saliente Móvil" se da porque al pasar los usuarios de este mercado al de "Servicios Móviles" se observa un descenso en las participaciones y en los índices de concentración de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil".

En ese sentido, **COMCEL** reafirma que no existe problema de transferencia de condiciones competitivas del mercado de voz saliente móvil al mercado de "Servicios Móviles". Por lo tanto, solicita que se analicen las condiciones de competencia en estos dos mercados. Con esto, en su

criterio, se desvirtuaría el argumento de la CRC de que el mercado de "Voz Saliente Móvil" sigue teniendo problemas de competencia y que estos problemas se transfieren al mercado de "Servicios Móviles".

Vale la pena mencionar que en el documento con radicado 2019303265 del 20 de septiembre de 2019, **COMCEL**, además de advertir que la CRC debía revisar los mercados relevantes "Servicios Móviles" y "Voz Saliente Móvil", señaló que, en el concepto de Abogacía de la Competencia número 449964-1-0 del 24 de enero de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio advirtió que la "creación" del mercado "Servicios Móviles", mediante la Resolución CRC 5108 de 2017, afecta la conformación y las condiciones de competencia del mercado "Voz Saliente Móvil", al punto que, en parecer de **COMCEL**, la Superintendencia alertó que lo descrito podía generar el decaimiento de su dominancia en el mercado "Voz Saliente Móvil".

**COMCEL** agrega que si en el 2017, en el concepto de Abogacía de la Competencia citado, la Superintendencia mencionó la necesidad de revisar el mercado "Voz Saliente Móvil", con mayor razón tal revisión era imprescindible en 2019, además, porque pasados dos años, el mercado no es el mismo como quiera que fueron los competidores de **COMCEL** quienes empezaron a ofrecer planes ilimitados en voz e incluso en datos.

Para **COMCEL**, lo explicado conlleva que la CRC deba revisar si "*existe o no posición dominante en el mercado Voz Saliente Móvil y (...) el decaimiento de la dominancia de [COMCEL] en el mercado Voz Saliente Móvil y, con ello, se advierta la consecuente necesidad de archivar la presente actuación*".

De otro lado, en el escrito que tituló "*Alegatos de conclusión*" aportado a través de los radicados los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, **COMCEL** insiste en que el supuesto del que partió la presente actuación es que dicho proveedor es dominante en el mercado de Voz Saliente Móvil, no obstante, añade, la CRC se ha negado a realizar los estudios de competencia en el anotado mercado, lo cual es un elemento probatorio fundamental en esta actuación.

Para **COMCEL**, la única prueba de la existencia de posición dominante en el mercado de Voz Saliente Móvil es la presunción de legalidad de las resoluciones CRC 2062 y CRT 2152 de 2009, situación que no basta para seguir sosteniendo que ello es así, dado los cambios que ha experimentado el mercado, los cuales son reconocidos por la CRC, en su parecer, en el documento denominado "REVISIÓN DE LAS CONDICIONES DE REMUNERACIÓN DEL ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL. OBJETIVOS Y ALTERNATIVAS".

**COMCEL** expresa que en el expediente ha quedado demostrado que el mercado de Voz Saliente Móvil está perdiendo relevancia, debido a que está siendo sustituido por el mercado de datos y, asegura, como proveedor ha venido perdiendo participación en el mercado de "voz móvil" en razón a que se estima que esta ha decrecido en un 20%, algo que, en su criterio, resulta totalmente contrario a la supuesta existencia de una posición de dominio en el descrito mercado.

Finalmente, el proveedor anota que, luego de que se abriera esta actuación, "*demonstró que por la creación del nuevo mercado relevante de "Servicios Móviles", muchos usuarios migraron hacia este desde el mercado de "Voz Saliente Móvil", lo cual modifica la conformación, las condiciones de competencia en ambos mercados, situación que en palabras de la propia SIC, podría generar el decaimiento de la dominancia de [COMCEL] en el mercado de Voz Saliente Móvil*".

### **Consideraciones de la CRC**

Como primera medida, debe recordarse que la presente actuación administrativa de carácter particular iniciada mediante la expedición y comunicación a **COMCEL** de la Resolución CRC 5110 de 2017 tiene un objeto definido, el cual consiste en establecer si **COMCEL** ostenta o no posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", y en caso de considerar que sí tiene dicha posición, determinar si procede la imposición alguna, varias o todas las medidas regulatorias de carácter particular descritas en el documento soporte que acompañó la mencionada Resolución.

El objeto antes descrito tiene especial trascendencia precisamente porque delimita el "Tema de Prueba", esto es, "*lo que requiere de prueba en un proceso determinado, cualquiera que sea el*

*campo al cual pertenezca, por constituir los presupuestos fácticos de las pretensiones o excepciones*<sup>657</sup>. Así lo ha sostenido el Consejo de Estado:

*"Es sabido que el "tema de prueba", en todo proceso judicial, lo constituyen los hechos que se deben probar, porque son los supuestos fácticos de las normas jurídicas que invocan las partes en su favor. La utilización de esta noción jurídico procesal permite al juez determinar los hechos que se deben probar y rechazar los medios de prueba impertinentes en cuanto estén orientados a probar hechos ajenos a la controversia. En este orden de ideas, se deben probar tanto los hechos que sirven de sustento a las pretensiones como aquellos en que se fundan las excepciones (...)"*<sup>658</sup>

De esa manera, el objeto de la actuación administrativa funge como límite a las temáticas que pueden discutirse dentro de la actuación, y es a la luz de él que la autoridad determina si los medios de prueba cuyo decreto se solicita son pertinentes o no.

En la medida en que el objeto de la presente actuación administrativa se limita a establecer si **COMCEL** ostenta o no posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles" y si es el caso adoptar medidas regulatorias en tal mercado y en relación con dicho proveedor, cualquier prueba que no tuviera que ver con la dominancia del proveedor en el mercado de "Servicios Móviles" o con las medidas regulatorias potenciales a imponerse sobre **COMCEL** en dicho mercado, era impertinente por no ser parte del tema de prueba.

Desde esa perspectiva, eran impertinentes en el marco de la presente actuación las pruebas solicitadas por **COMCEL** orientadas a que la CRC analizara las condiciones de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil" luego de que la Resolución CRC 5108 de 2017 calificara al mercado de "Servicios Móviles" como mercado relevante susceptible de regulación ex ante.

Ciertamente, los efectos que a juicio de **COMCEL** hubiere tenido en el mercado de "Voz Saliente Móvil" o en cualquier otro mercado, la definición del mercado de "Servicios Móviles" como mercado relevante susceptible de regulación ex ante, no constituyen tema de prueba de la presente actuación precisamente porque lo que se discute en ésta no son las condiciones de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil" sino la existencia o no de dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles" y las medidas regulatorias a imponerse sobre tal proveedor en este mercado en caso de ser procedentes.

Resulta inadmisibles, en consecuencia, señalar que la CRC está violando el derecho al debido de proceso de **COMCEL** al negarse, en la presente actuación, a atender su solicitud de revisar las condiciones de competencia y la posición de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil" y decretar pruebas a esos efectos, pues ni el derecho ni la lógica la obligan a decretar pruebas sobre materias que escapan al objeto de la actuación, que en manera alguna constituyen "pre-requisito" para la adopción de una decisión definitiva en el marco de esta actuación administrativa.

Así las cosas, una vez más pone de presente esta Comisión que en todo momento ha velado por la protección y realización de los derechos procesales de **COMCEL**, y que el hecho de haber afirmado en un auto de pruebas y en abstracto, que un peritaje es el medio de prueba pertinente para probar ciertos aspectos en un proceso- para verificar hechos que interesan al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos-, no necesariamente implica que la CRC, en concreto, considerara pertinente la prueba solicitada dentro del presente trámite.

En efecto, **COMCEL** se refiere al auto del 7 de julio de 2017, en el que la CRC afirmó que la prueba pericial era *"procedente (que no pertinente) para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, según lo dispuesto en el artículo 226 del CGP"*, redacción que claramente demuestra que la entidad se está refiriendo en abstracto al dictamen pericial como medio de prueba, pero adicionalmente aduce que *"[E]n este caso, COMCEL pretende que la CRC, que cuenta con conocimientos técnicos y especializados en la materia, elabore un dictamen para presentárselo a sí misma, lo cual es absurdo, y escapa a la finalidad del medio de prueba. Con base en los anteriores argumentos, y en el entendido que la prueba solicitada carece de pertinencia, conducencia y utilidad, se negará el decreto de la llamada "Peritación de Entidad Oficial", como quedará consignado en la parte resolutive del presente acto administrativo"*.

<sup>657</sup> AZULA CAMACHO, J. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI Pruebas Judiciales. 2ª edición Temis. (2003) Pág. 31

<sup>658</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Auto del 10 de octubre de 2006, exp. 11001-03-15-000-2006-00449-00(PI), actor: José Antonio Quintero James, C.P. Reinaldo Chavarro Buritica.



De lo anterior se desprende que la cita que hace **COMCEL** del auto de pruebas ya referido es descontextualizada, y trata de poner en boca de la Comisión algo que no dijo, y de darle validez a una solicitud que fue rechazada con fundamentos incuestionables.

Así las cosas, no puede alegarse violación del derecho al debido proceso cuando se ha brindado la oportunidad de presentar una solicitud probatoria, y la misma ha sido desestimada por tratarse de una prueba que no cumple con los requisitos legales para ser decretada, esto es, pertinencia, conducencia y utilidad, en los términos del artículo 212 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).

De igual forma, resulta errado sostener que la CRC ha frustrado el cometido de la actuación o que ha dejado huérfana de motivación, en este aspecto, la decisión que se propone adoptar, pues las condiciones de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil" no hacían parte del "cometido" de esta actuación.

Ahora bien, tampoco es admisible, por idénticas razones, la acusación formulada por **COMCEL**, en el sentido de que la CRC debió atender, en el marco de la presente actuación, el llamado de la SIC para evaluar el decaimiento de la Resolución CRT 2062 de 2009 como consecuencia de la supuesta migración de usuarios de **COMCEL**, del mercado de "Voz Saliente Móvil" al mercado de "Servicios Móviles", pues el objeto de la presente actuación no incluye la evaluación o análisis del decaimiento de actos administrativos en los que la CRC ha constatado la dominancia de **COMCEL** en otros mercados.

Tanto es así que **COMCEL**, mediante derecho de petición del 4 de abril de 2018<sup>659</sup>, solicitó a la CRC *"que declare, de acuerdo al procedimiento administrativo que juzgue adecuado, el decaimiento de la Resolución CRT 2062 de 2009, pues COMCEL no es dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil" (...)"*, petición que fue respondida por esta Comisión mediante comunicación de fecha 22 de junio de 2018, con radicado 2018522577, señalando que, por las razones expuestas en esa comunicación, **COMCEL** no acreditó que hubieran desaparecido los fundamentos de hecho con base en los cuales la CRC constató la existencia de posición de dominio en el mercado de "Voz Saliente Móvil", y por lo mismo, la CRC no podía acceder a la solicitud de constatar como hecho sobreviniente la desaparición de tales fundamentos fácticos con las consecuencias que al mismo le atribuiría la Ley.

#### **7.1.2. Ausencia de posición de dominio en el mercado de "Voz Saliente Móvil"**

**COMCEL** manifestó que mediante Resolución CRC 4002 de 2012, modificada por la Resolución CRC 4050 de 2012, la CRC ratificó la dominancia de **COMCEL** en el mercado "Voz Saliente Móvil" y le impuso medidas particulares.

Con el fin de brindar sustento a sus afirmaciones, incorporó un pantallazo de la Resolución CRC 4002 de 2012 en el que se pueden ver unas condiciones de mercado identificadas para justificar la imposición de las medidas particulares a **COMCEL** en el mercado "Voz Saliente Móvil", sobre las cuales la CRC manifestó en dicha Resolución que *"el mercado "Voz Saliente Móvil" se caracteriza por presentar alta concentración, con participaciones de mercado con diferencias considerables, barreras a la entrada, estratégicas y de expansión, como por ejemplo el espectro radioeléctrico, con distorsiones significativas en la determinación de precios y distribución ineficiente del tráfico cursado e incontestabilidad de ofertas comerciales y con la declaración de un proveedor como operador dominante"*.

Según **COMCEL**, las condiciones que llevaron a la CRC a tomar medidas regulatorias sobre dicha empresa desaparecieron, o por lo menos, han variado ostensiblemente. Acto seguido, hace un análisis detallado sobre cada una de dichas condiciones, el cual se resume a continuación:

- **Índices de concentración del mercado:** **COMCEL** afirma que la misma CRC, en el documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, ha manifestado que el índice de concentración de mercado ha bajado significativamente desde 2009 a 2016, lo cual, junto con hechos como la entrada de nuevos competidores como los Operadores Móviles Virtuales (en adelante OMV) y la disminución en los porcentajes de concentración del

<sup>659</sup> Comunicación de COMCEL del 04 de abril de 2018 con radicado 2018300888.

tráfico on net y off net, hace que el panorama del mercado sea muy diferente al que existía cuando la medida se impuso.

- **Precios promedio:** Según **COMCEL**, puede evidenciarse que el mercado de Colombia se está desempeñando muy bien a la luz de su posicionamiento a nivel internacional, para lo cual se refiere a ciertas variables, y frente a las mismas presenta sus conclusiones –que supuestamente extrae del Documento Soporte publicado por la CRC en el año 2016–, así: (i) Penetración Internet: *"Colombia se encuentra aproximadamente en la mediana de los mercados regionales a nivel de penetración"*; (ii) ARPU: *"Es menor en Colombia que para Estados Unidos, la Unión Europea y el promedio de América Latina"*; (iii) Precio efectivo promedio por minuto: *"Los consumidores en Colombia pagan un precio efectivo por minuto menor al de otros países de la región (como Brasil, Argentina, Chile y Perú), a excepción de México, y a algunos países de la Unión Europea"*; (iv) Consumo promedio mensual de minutos: *"Los usuarios colombianos consumen una cantidad promedio de minutos por mes que está por encima de países como Sudáfrica y Australia, y de pares suramericanos como Argentina, Brasil, Perú y Chile"*; (v) HHI: *"Avance significativo para estándares internacionales reduciendo el HHI en 26% en 5 años, mientras el promedio mundial ha disminuido 24%, mostrando Colombia una velocidad de desconcentración ligeramente superior"*.

Además, concluye que en el período 2008-2016, en Colombia se puede evidenciar una tendencia creciente en líneas (de 41,4 millones a 57,9 millones), una marcada tendencia decreciente en el gasto promedio por usuario (52,2%), un incremento en el consumo promedio por usuario (46%), un incremento de tráfico para todos los operadores (104,8%), una reducción del gasto mensual de usuarios (reducción del ARPU por debajo de Estados Unidos y Europa, y más bajo que el promedio en América Latina), precio promedio por minuto menor al de otros países de la región (con excepción de México), consumo promedio de voz por encima de países como Sudáfrica, Australia, Argentina, Chile y Perú, reducción de la concentración de mercado a nivel de usuarios (32%), ingresos (20%) y tráfico (9%), disminución de participación de **COMCEL** a nivel de usuarios (17,4 puntos porcentuales), de ingresos totales (8%) y de tráfico on net en su red (17 puntos porcentuales).

- **Impacto de la portabilidad numérica:** **COMCEL** replica una frase del Documento de respuestas al proyecto regulatorio *"Revisión de los mercados de servicios móviles"*, según la cual las cifras de usuarios portados –reportada por El Corte Inglés– revelan una dinámica de portabilidad creciente en el mercado de telefonía móvil en Colombia pasando de 140.905 usuarios portados en 2011 a 10.116.784 en 2016, lo cual refleja las posibilidades que tienen los usuarios de elegir libremente su operador.
- **Entrada de nuevos actores:** En este punto, **COMCEL** pone de presente que la CRC consideró en el año 2012 que no había nuevos proveedores móviles que prestaran servicios de voz, pero que para el año 2016 ya se cuenta con la presencia de los Operadores Móviles Virtuales – OMV.
- **Concentraciones de tráfico:** **COMCEL** manifiesta, con base en el Documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, que la concentración del tráfico on net fue del 91,96% para el año 2012, mientras que para el tercer trimestre de 2016 sufrió una disminución drástica, quedando en el 75%.

**COMCEL** afirma haber probado con el peritaje remitido que no detenta posición de dominio en el mercado de Voz Saliente Móvil en Colombia, para lo cual cita a Marcela Meléndez quien afirma que *"A pesar del tamaño de su participación en el segmento de voz móvil, la evidencia cuantitativa analizada indica que la presión de la competencia y particularmente la de Tigo, cuando hace presencia en los mismos mercados que Comcel, limita la posibilidad de la empresa de actuar con independencia del mercado. En esa medida no está bien soportada la hipótesis de que Comcel mantiene una posición dominante en el mercado de voz móvil a nivel nacional, y será errada toda actuación del regulador que parta de esta premisa"*. **COMCEL** cita las consideraciones de la Perito para llegar a esta conclusión: **i)** aunque **COMCEL** es el jugador más grande, viene perdiendo participación desde 2012, **ii)** hay un mercado en movimiento y no estancado, **iii)** el precio del servicio de voz de **COMCEL** es más bajo en los lugares donde está presente la competencia de Movistar y/o Tigo.

**COMCEL** cita también las conclusiones del dictamen de Marcela Meléndez, las cuales -afirmarían haber sido obtenidas a partir de lo que considera "rigurosos análisis científicos": **i)** el precio del servicio de voz de **COMCEL** es más bajo en los lugares donde está presente la competencia de Movistar y/o Tigo; **ii)** en el mercado de voz móvil la capacidad de **COMCEL** de actuar con independencia del mercado está contenida por la presencia de sus competidores; **iii)** la estrategia de fijación de precios de **COMCEL** está limitada por la competencia; **iv)** el precio de voz de **COMCEL** es sistemáticamente más bajo cuando el plan de servicios del usuario incluye servicios de datos móviles; y **v)** la presión de la competencia limita la posibilidad de la empresa de actuar con independencia del mercado, por lo que no está bien soportada la hipótesis de que **COMCEL** mantiene una posición dominante en el mercado de voz móvil a nivel nacional.

En complemento de lo anterior, **COMCEL** cita a Mauricio Santamaría, quien considera que la principal preocupación en torno al poder de mercado es que este puede resultar en precios sostenidos por encima de su nivel competitivo y, de esta manera, afectar negativamente el bienestar de los usuarios, por lo que la sustancial caída en los precios de telefonía móvil debería ser evidencia de la ausencia de poder de mercado aun bajo la misma lógica aplicada por la Comisión para justificar sus medidas. Señala **COMCEL** que, contrario a cualquier comportamiento típico de un mercado manejado por un operador dominante, los precios en el mercado de "Voz Saliente Móvil" han disminuido por virtud de la competencia.

**COMCEL** argumenta que el principio de carga de la prueba hace parte del debido proceso y debe ser aplicado en los procesos administrativos como el iniciado por la CRC. Señala que la Comisión está legalmente habilitada para señalar cuáles son los mercados relevantes de su competencia, y reconoce que la ley le otorgó el poder de dictaminar si un prestador tiene posición de dominio en ese escenario artificial que haya creado. Aclara que el ejercicio de sus funciones debe realizarse de acuerdo con las condiciones que establece la ley para actuar, por lo que no puede la CRC actuar sobre una supuesta posición de dominio con una falla que técnica y económicamente no existe, conforme se probó en la actuación administrativa, pues al imponerle cargas a **COMCEL** y al limitar su capacidad competitiva, cuando en la realidad no tiene posición de dominio ni existe falla de mercado alguna, se afecta negativamente la competencia y se imponen cargas injustificadas a un competidor. En este sentido, es deber del regulador demostrar las premisas que respalden su propuesta regulatoria. Aduce que el principio de carga de la prueba hace parte del debido proceso y debe ser aplicado en los procesos administrativos como el iniciado por la CRC. Considera **COMCEL** que la CRC debe partir del hecho de que este no ostenta una posición dominante, por lo que esta situación no puede presumirse.

Manifiesta que si la CRC evita la carga que le corresponde, y asume sin sustento que **COMCEL** ostenta una posición de dominio en el mercado de "Voz Saliente Móvil", a pesar de que existen elementos probatorios que demuestran todo lo contrario, estaría claramente desconociendo la ley, la jurisprudencia y la Constitución. Reitera que existen pruebas, entre ellas, los dictámenes periciales acompañados al proceso, que desvirtúan que **COMCEL** tenga una posición de dominio en el mercado de "Voz Saliente Móvil".

**COMCEL** considera que la posición dominante depende de muchos factores que deben ser recaudados, analizados y procesados, y que del documento soporte presentado por la CRC como fundamento del análisis de dominancia no se puede establecer que se hayan agotado estos requisitos. Señala que un elevado nivel de concentración o una significativa variación en los índices de concentración, no se constituyen en condición suficiente para determinar que existe una posición dominante, y que se debe probar por parte de la CRC que **COMCEL** tiene la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de un mercado, precios y/o cantidades ofrecidas y de mantener esta situación en el tiempo. Cita el estudio de la OCDE "Estudio sobre las Políticas y Regulación de Telecomunicaciones en Colombia", según el cual una alta participación de mercado no implica necesariamente el abuso de la posición dominante puesto que empresas competitivas e innovadoras pueden alcanzar cuotas significativas en un entorno de mercado dinámico, y que las mejores prácticas regulatorias deben tender a mejorar la competencia en los mercados y no a restringir artificialmente la capacidad de una empresa para competir, pues de lo contrario se proporciona indirectamente un incentivo para que las empresas reduzcan la competencia de precios y la innovación en los servicios.

**COMCEL** afirma que además de la mera participación en el mercado, debe determinarse que existe capacidad de modificar significativa y unilateralmente cualquier variable relevante del mercado, siempre y cuando pueda mantener su decisión y la modificación de las condiciones del

mercado por un periodo significativo durante el cual la reacción de sus competidores efectivos y/o potenciales, o de los consumidores, no sea suficiente para disuadir a dicho agente de la realización de tal conducta, y aduce que la CRC no demostró esta situación y, por el contrario, se corroboró con los dictámenes periciales practicados dentro del presente trámite que **COMCEL** no puede determinar unilateralmente las condiciones del mercado.

Al respecto, **COMCEL** cita a Marcela Meléndez, quien habría demostrado que la participación de **COMCEL** en el mercado ha venido decayendo, y que la penetración que han tenido los competidores ha aumentado. De igual manera, en el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, **COMCEL** se refiere al peritaje de Marcela Meléndez indicando que la perito encontró que a pesar del tamaño de su participación en el segmento de voz móvil, la evidencia cuantitativa analizada indica que la presión de la competencia y particularmente la de Tigo, cuando hace presencia en los mismos mercados que **COMCEL**, limita la posibilidad de la empresa de actuar con independencia del mercado. En esa medida, argumenta la perito, no está bien soportada la hipótesis de que **COMCEL** mantiene una posición dominante en el mercado de voz móvil a nivel nacional, y será errada toda actuación del regulador que parta de esta premisa.

Cita también a Mauricio Santamaría, quien señala que el índice Herfindhal - Hirschman (HHI) no es relevante para determinar si existe o no poder de mercado, ya que se limita a establecer el grado de concentración en un mercado, y que la concentración, medida ya sea por el HHI o por cualquier otro índice entre los muchos que existen, es tan solo una aproximación a la descripción de las características generales de cualquier mercado. Santamaría, en su sentir, también habría desvirtuado el análisis realizado por la CRC respecto del índice de Stenbacka, argumentando que el ejercicio realizado por la CRC se apoyó en una suposición infundada del parámetro gama indicativo de las barreras de entrada al mercado, que sesgó el resultado.

Reitera **COMCEL** que, además de la participación en el mercado, debió la CRC determinar que este se encuentra en capacidad de modificar significativa y unilateralmente cualquier variable relevante del mercado, siempre y cuando pueda mantener su decisión y la modificación de las condiciones del mercado por un periodo significativo durante el cual la reacción de sus competidores efectivos y/o potenciales, o de los consumidores, no sea suficiente para disuadir a dicho agente de la realización de tal conducta, sobre lo cual reitera que no se demostró durante el trámite administrativo.

**COMCEL** considera que una muestra de la salud del mercado y de las ventajas que esto ha traído para los consumidores, es que los precios en el mercado de "Voz Saliente Móvil" han disminuido por virtud de la competencia. Cita a Mauricio Santamaría, quien afirma que la principal preocupación en torno al poder de mercado es que este puede resultar en precios sostenidos por encima de su nivel competitivo y, de esta manera, afectar negativamente el bienestar de los usuarios, y que la sustancial caída en los precios de telefonía móvil debería ser evidencia de la ausencia de poder de mercado, aún bajo la misma lógica aplicada por la Comisión para justificar sus medidas.

**COMCEL** aduce que cifras como las tasas de desafiliación (Churn), que vienen aumentando desde 2012, evidencian la ausencia de barreras de cambio y la movilidad de los usuarios entre los diferentes operadores, y sostiene que en el caso de **COMCEL** en la mayoría del periodo se encuentra por encima de las cifras de Movistar, y a partir de 2015 también supera a las de Tigo.

**COMCEL** refiere diferentes resoluciones de carácter general expedidas por la CRC, las cuales en su opinión garantizan la elección libre del usuario eliminando barreras de cambio. Sobre este punto menciona la Perito Marcela Meléndez que los resultados dicen consistentemente que el precio del servicio de voz de **COMCEL** es más bajo en los lugares donde está presente la competencia de Movistar y/o Tigo. La presencia de Movistar reduce el precio de **COMCEL** 1.55% en promedio y la presencia de Tigo lo reduce en 2.35%. Y cuando están presentes los tres operadores en el municipio, el precio de **COMCEL** es en promedio 3.0% menor que cuando **COMCEL** está solo.

Adicionalmente, Marcela Meléndez expone que los resultados econométricos dan cuenta de lo que la evolución de las participaciones de mercado sugiere y es que en el mercado de voz móvil

la capacidad de **COMCEL** de actuar con independencia del mercado está contenida por la presencia de sus competidores<sup>660</sup>.

En línea con lo anterior, señala la Perito que **COMCEL** tiene poder de mercado, como todo jugador que opera bajo una estructura de oligopolio. Pero en su estrategia de fijación de precios, agrega, está limitado por la competencia, de modo que no puede ejercer libremente su poder de mercado.

Finalmente, la Perito indica que una debilidad del ejercicio en cuanto a su aporte para comprender el mercado de voz móvil más ampliamente es el foco en el segmento de usuarios del servicio por suscripción. Sin embargo, concluye que no está bien soportada la hipótesis de que **COMCEL** mantiene una posición dominante en el mercado de voz móvil a nivel nacional, y será errada toda actuación del regulador que parta de esta premisa<sup>661</sup>.

#### **Consideraciones de la CRC:**

Los argumentos de **COMCEL** en este aparte son los mismos presentados en la sección 7.1.1., razón por la cual esta Comisión remite a las consideraciones planteadas en dicha sección para darles respuesta.

#### **7.1.3. Sobre el aludido decaimiento de las medidas regulatorias en el mercado de "Voz Saliente Móvil".**

Adicional a lo mencionado en la sección anterior, **COMCEL** reiteró que la CRC no tuvo en cuenta que muchos usuarios del mercado "Servicios Móviles" migraron del mercado "Voz Saliente Móvil", lo cual necesariamente obligaría a dicha entidad a analizar las condiciones de competencia de ambos mercados.

Según **COMCEL**, no puede la CRC suponer y asumir que la posición de aquél en el mercado "Voz Saliente Móvil" le traiga participaciones similares y un traslado del entorno competitivo de un mercado a otro. Aduce que es prerequisite que, luego de la creación del nuevo mercado (Servicios móviles) la CRC analice la conformación y condiciones de competencia de ambos mercados, pues la suposición infundada que realiza dicha entidad es temeraria y vicia las conclusiones y hallazgos que a partir de la misma pretende construir el regulador.

También hizo referencia al concepto que profirió la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC en sede de abogacía de la competencia respecto del proyecto de regulación que finalmente fue numerado con el 5108 de 2017, en el que afirmó que "(...) *es de esperarse que un número importante de éstos [usuarios de servicios móviles] se trasladen de mercado de "voz saliente móvil" al nuevo mercado de "servicios móviles"*".

Por lo anterior, concluyó, partiendo de la premisa de que hubo una migración de usuarios de un mercado a otro, que la CRC obró de manera irresponsable y que sorprende la respuesta que dio a la SIC en términos de que el proyecto administrativo objeto de análisis comportaba un acto administrativo de carácter general, y no revisaba la situación particular de ningún agente específico del mercado.

Por último, **COMCEL** manifestó que en el presente caso se dieron los elementos para que la CRC analizara el decaimiento de los actos administrativos que constataron la dominancia de **COMCEL** en el mercado "Voz Saliente Móvil", pues las condiciones del mismo se vieron afectadas por la migración de usuarios de dicho mercado al de "Servicios móviles".

Adujo que la CRC ha preferido ignorar esta situación y mantener una suposición de dominancia que, a su entender, carece de fundamento y evidencia que la soporte, sin detenerse a verificar la realidad fáctica de dicho mercado con ocasión de la creación del mercado "Servicios Móviles".

**COMCEL** cita el concepto de abogacía de la competencia presentado por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en el proyecto regulatorio "*Revisión de los Mercados de Servicios*

<sup>660</sup> Este mismo argumento es expuesto en la comunicación que COMCEL denominó Alegatos de Conclusión y que se encuentra en los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020.

<sup>661</sup> Este mismo argumento es expuesto en la comunicación que COMCEL denominó Alegatos de Conclusión y que se encuentra en los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020.

*Móviles*”, que culminó con la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017. Señala **COMCEL** que, previo al inicio de la actuación objeto de análisis, la Comisión había recomendado revisar la posición de **COMCEL** en el mercado de “Voz Saliente Móvil”, luego de la creación del mercado de “Servicios Móviles”, con el fin de evaluar el efecto de esta decisión, que podría incluso generar el decaimiento de la dominancia de **COMCEL** en el mercado de “Voz Saliente Móvil”, dada la migración de usuarios, tráficos e ingresos que la misma generó. **COMCEL** afirma que, no obstante la alerta y la recomendación de la SIC, y pese a las múltiples solicitudes probatorias presentadas por **COMCEL** a este respecto, la CRC se negó a revisar las condiciones del mercado y la posición de **COMCEL** en el mismo, y asumió sin sustento, que **COMCEL** mantenía su dominancia en este mercado y sobre esta base apoyó la presente actuación administrativa, ante lo cual **COMCEL** considera que tuvo que aportar los estudios que el regulador se negó a realizar, según los cuales dicho proveedor no tiene posición de dominio en el mercado de “Voz Saliente Móvil” en razón de que no puede imponer y/o mantener de forma unilateral las condiciones del mismo.

**COMCEL** considera que la CRC no ha tenido en cuenta el hecho incontrovertible -generado por la creación del nuevo mercado de “Servicios móviles”- que muchos de los usuarios, tráfico e ingresos de ese nuevo mercado, claramente migraron del mercado de “Voz Saliente Móvil”, lo cual necesariamente obliga a la CRC a analizar las condiciones de competencia de ambos mercados (Voz Saliente Móvil y Servicios Móviles) luego de la creación de este último. Considera que la CRC no puede suponer y asumir que la posición de **COMCEL** en el mercado de “Voz Saliente Móvil” le traiga “participaciones similares” y un “traslado del entorno competitivo” de un mercado a otro, y afirma que es prerequisite que, luego de la creación del mercado de “Servicios Móviles” la CRC analice la conformación y condiciones de competencia de ambos mercados, pues la suposición infundada que realiza la CRC es temeraria y vicia las conclusiones y hallazgos que a partir de la misma pretende construir el regulador.

Cita el concepto de abogacía de la competencia presentado por la SIC en enero de 2017, considerando a partir de ello que en el presente caso se dan los elementos para que la CRC analice el decaimiento del acto administrativo que calificó de dominante a **COMCEL** en el mercado de “Voz Saliente Móvil”, generado por la creación del nuevo mercado de “Servicios Móviles” que cambia la configuración del mercado de voz saliente dada la migración de usuarios, tráfico e ingresos entre estos dos mercados relevantes. Considera que no puede haber interpretación en contrario, pues la situación de hecho fundamental para la declaratoria de dominancia en relación con el mercado de “Voz Saliente Móvil” ha sido alterada con ocasión de la creación, por la propia CRC, de un nuevo mercado, hecho que la CRC ha preferido ignorar, y mantener una suposición de dominancia que carece de fundamento y evidencia que la soporte. **COMCEL** reitera que la CRC omite analizar la incidencia de la creación del nuevo mercado relevante y sencillamente sigue asumiendo que **COMCEL** sigue siendo dominante en el mercado de voz saliente sin detenerse a verificar la realidad fáctica de dicho mercado con ocasión de la creación del mercado de “Servicios Móviles”.

#### **Consideraciones de la CRC:**

Los argumentos de **COMCEL** en este aparte son los mismos presentados en la sección 7.1.1., razón por la cual esta Comisión remite a las consideraciones planteadas en dicha sección para darles respuesta.

En todo caso, la Comisión considera que, con los argumentos esgrimidos en esta sección del documento, lo que buscaba **COMCEL** era que se estudiaran y analizaran las condiciones del mercado “Voz Saliente Móvil”, con el fin de revocar las resoluciones que constataron la dominancia de **COMCEL** en dicho mercado, y en consecuencia retirar ciertas medidas de carácter particular, por supuestamente haberse presentado cambios que así lo ameritaban.

Respecto de la intención de **COMCEL** de que, mediante la presente actuación administrativa, la cual, se reitera, es de carácter particular y se limita al mercado de “Servicios Móviles”, se hiciera a su vez un análisis de las condiciones del mercado de “Voz Saliente Móvil” y se adoptaran decisiones que lo afectasen, esta Comisión debe reiterar que no puede obrar por fuera del objeto de la actuación administrativa que adelanta.

Por lo tanto, no es mediante la presente actuación administrativa que se abordará el tema en mención, y en consecuencia se desestimarán los argumentos de dicho operador en ese sentido.

**7.2. Sobre la Resolución CRC 5107 de 2017**

**COMCEL** manifiesta que las medidas particulares propuestas en la presente actuación administrativa se relacionan de manera directa con lo dispuesto en la Resolución CRC 5107 de 2017, razón por la cual debe pronunciarse respecto de la misma.

Expresa que la resolución de carácter general ya mencionada carece de justificación, ya que el acceso al RAN entre operadores establecidos ha operado hasta la fecha bajo un esquema de libre negociación, que el establecimiento de un valor máximo de RAN elimina cualquier espacio de negociación, que está calculado con base en un modelo que no se ajusta a la realidad de los costos de los mayoristas y que el RAN debe ser temporal.

Aduce también que la CRC, al momento de proferir la Resolución CRC 5107 de 2017, modificó la metodología y el modelo para la determinación de costos de RAN para datos móviles reduciendo el valor regulado a la mitad del valor inicialmente propuesto, sin haber permitido pronunciamiento alguno respecto del mismo. En su opinión, *"se mantuvo oculto un aspecto sustancial como el costo propuesto para RAN de datos y la metodología para establecerlo y los interesados no pudieron presentar comentarios"*.

En opinión de **COMCEL**, mediante la Resolución CRC 5107 de 2017, la CRC cambia de manera arbitraria y sin sustento la posición definida desde 2014 respecto de la remuneración de RAN sin previa discusión del sector. En sus propias palabras, *"[L]a CRC fundamentada en los comentarios de AVANTEL, realiza supuestamente modificaciones al modelo de costos, en particular en lo referido al grupo de recursos humanos, desconociendo las inversiones adicionales y dedicadas al RAN, reconocidas por la propia CRC desde 2014. Como ya se ha expuesto anteriormente, esta justificación es insuficiente e inválida pues no fue difundida ni puesta a comentarios de los operadores, resultando en una variación material de todo el esquema de remuneración, que, incluso después de la publicación de la Resolución 5107 permanece oculta en tanto la CRC se ha negado a dar a conocer el detalle del modelo de costos, los cambios sustanciales introducidos y en general la información necesaria para replicar el ejercicio y poder ejercer el derecho a participar en la regulación, y el derecho de defensa en lo que respecta a la actuación particular"*.

Agrega **COMCEL** que, a pesar de que en el documento soporte de la Resolución CRC 5107 de 2017 se recomienda regulación simétrica a costo medio, en dicha resolución contradice lo allí señalado definiendo el valor para los operadores entrantes con LRIC puro. Teniendo en cuenta lo anterior, plantea una serie de preguntas relacionadas con las conclusiones a las que se arribó en el proyecto de RAN y con el contenido de la Resolución CRC 5107 de 2017.

Por último, afirma que en el presente caso se está sobre-regulando, y ello puede modificar los incentivos de los operadores que concurren en los mercados, y que, en caso de implementarse las eventuales medidas, la CRC introduciría incentivos perversos para negociaciones poco dinámicas entre operadores involucrados en el intercambio de servicios mayoristas.

Finalmente, cabe señalar que en el documento de alegatos de conclusión presentado por **COMCEL** el 7 de marzo de 2018, el proveedor no incluye alguna referencia específica a sus inconformidades con el contenido de la Resolución CRC 5107 de 2017.

**Consideraciones de la CRC:**

En primer lugar, debe señalarse que, como ocurrió con el supuesto decaimiento de la Resolución CRT 2062 de 2009, en este caso, también, **COMCEL** aborda un asunto que no hace parte del objeto de la presente actuación administrativa, como es la legalidad de la Resolución CRC 5107 de 2017, acto administrativo de carácter general y abstracto publicado en el Diario Oficial No. 50.156 del 23 de febrero de 2017, que se presume legal, tiene plena fuerza ejecutoria, y fue producto del trámite previsto en el Decreto 1078 de 2015<sup>662</sup>.

Fue en el marco de dicho trámite que se recibieron, analizaron y respondieron los comentarios que los interesados -entre ellos **COMCEL**- formularon en su momento, a favor o en contra, en relación con el proyecto que culminaría en la Resolución 5107.

<sup>662</sup> En el cual se compiló el contenido del Decreto 2696 de 2004.

Esta Comisión recuerda que los documentos relacionados con la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017 se encuentran disponibles en la página Web de la Entidad<sup>663</sup> para consulta por parte de cualquier interesado. A continuación, se presenta un listado de los documentos allí dispuestos en relación con la iniciativa regulatoria adelantada durante el año 2016, y que culminó en febrero de 2017:

- Documento soporte del proyecto, denominado "*REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE CONDICIONES PARA EL ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL*", publicado el 26 de diciembre de 2016.
- Proyecto de Resolución "*Por la cual se definen condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional y se dictan otras disposiciones*", publicado el 26 de diciembre de 2016.
- Comentarios allegados por los diferentes interesados en la propuesta regulatoria publicada el pasado 26 de diciembre de 2016, dentro de los cuales se incluye el documento remitido por **COMCEL**. Estos comentarios fueron puestos a disposición del público el día 31 de enero de 2017.
- Resolución CRC 5107 de 2017, "*Por la cual se actualizan las condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional y se dictan otras disposiciones*", publicada en la página del proyecto el día 23 de febrero de 2017.
- Documento de respuestas a comentarios del proyecto "*REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE CONDICIONES PARA EL ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL*", puesto a disposición del público el día 24 de febrero de 2017.

Así, se reitera que las condiciones regulatorias que fueron definidas en febrero de 2017 y que actualmente se encuentran incorporadas en la Resolución CRC 5050 de 2016, en este caso respecto del acceso a la instalación esencial de RAN, gozan de presunción de legalidad y tienen plena fuerza ejecutoria, por lo que en el caso concreto procede su aplicación en lo que así corresponda, sin que pueda la CRC en la presente actuación, ocuparse de asuntos que no hacen parte de su objeto o entrar a cuestionar o modificar el contenido de la Resolución CRC 5107 de 2017.

Por lo demás, **COMCEL** ha planteado ya los comentarios que aquí ha formulado, no solamente en la actuación administrativa que culminó en la Resolución CRC 5107 de 2017, donde efectivamente correspondía, sino en sede judicial, como quiera que, invocando dichos argumentos, ha interpuesto demandas de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho ante el H. Consejo de Estado<sup>664</sup> y el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>665</sup>, contra la mencionada resolución.

### **7.3. Sobre la Resolución CRC 5108 de 2017**

#### **7.3.1. Aspectos procedimentales de la definición de mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante***

**COMCEL** se refiere al artículo 1 de la Resolución CRT 2058 de 2009 (compilado en el artículo 3.1.1.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016) que trata sobre el objeto de la regulación, que no es otro que establecer de manera integral las condiciones, metodologías y criterios para (i) la definición de mercados relevantes de servicios de telecomunicaciones en Colombia; (ii) la identificación de las condiciones de competencia de los mercados analizados; (iii) la determinación de la existencia de posición dominante en los mismos; y, (iv) la definición de las medidas aplicables en los mismos.

Para determinar dónde se va a aplicar la regulación, **COMCEL** afirma que es necesario definir un mercado relevante. Este se define por la regulación como "*un mercado compuesto por un servicio o un grupo de servicios, en un área geográfica específica, que pueden percibirse como sustituibles entre sí, y que de existir un monopolista hipotético, este podría incrementar los precios en una cantidad pequeña pero significativa de manera permanente y de forma rentable. Esta definición incluye los mercados compuestos por elementos o funciones de los servicios que se consideran sustituibles entre sí*".

<sup>663</sup> A través del enlace <https://www.crcom.gov.co/es/pagina/instalacion-esencial-ran>

<sup>664</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera. Consejera Ponente: Dra. NUBIA MARGOTH PEÑA GARZON, expediente: 11001-03-24-000-2017-00194-00.

<sup>665</sup> Sección Primera. Magistrado Ponente: Dr. FREDY IBARRA MARTÍNEZ, expediente: 25000-23-41-000-2017-01321-00.



**COMCEL** cita la definición de mercado relevante susceptible de regulación ex ante contenida en la regulación, así: *"Es el mercado relevante de productos y servicios de telecomunicaciones, en un área geográfica específica, que por cuyas condiciones de competencia, requiere el establecimiento de medidas regulatorias por parte de la CRC"*.

**COMCEL** afirma que la CRC confundió los mercados o servicios o actividades que pueden ser objeto de regulación ex ante, con un mercado relevante; además, que asimiló mercados regulables con mercados relevantes.

Concluye con un párrafo que se transcribe literalmente por tratarse de algo incomprensible para esta Comisión: *"De hecho, varios de los mercados establecidos como regulables por la regulación, son servicios que se intersectan o se complementan y algunos que sencillamente son independientes de los demás, de ahí que sea necesario aplicar la metodología adecuada que permita concluir si estos servicios pertenecen a un mismo mercado relevante, cada uno de ellos es un mercado independiente o si existen varios mercados, cosa que no hizo la CRC para la expedición del trámite administrativo que hoy nos convoca"*.

**Consideraciones de la CRC:**

El aparte bajo consideración es meramente descriptivo, aunque pareciera que al final del mismo, como corolario del párrafo ininteligible que fue necesario transcribir en su totalidad, se estuviera haciendo referencia a un aspecto procesal que esta Comisión pretermitió antes de dar inicio a la actuación administrativa que nos ocupa.

Pareciera ser que **COMCEL** considera que, previamente a dar inicio a esta actuación, se debió determinar cuál era el mercado en el que se iba a intervenir, y cómo estaba compuesto dicho mercado.

Al respecto, como ya se puso de presente en otros apartes de este acto, se indica que esta Comisión adelantó los ejercicios de definición de mercado como parte del proceso para la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, los cuales permitieron identificar la existencia de tres mercados relevantes, y que los servicios de voz móvil e Internet móvil hacen parte de manera simultánea de dos mercados móviles. Por una parte, el servicio de voz móvil hace parte tanto del mercado "Voz Saliente Móvil" como del mercado "Servicios Móviles", y el servicio de Internet móvil hace parte del mercado "Internet Móvil" y del mercado "Servicios Móviles". Una vez definidos los tres mercados relevantes, los mismos fueron materia del respectivo análisis de competencia.

Producto de dicho análisis, y en aplicación de los artículos 5 y 6 de la Resolución CRT 2058 de 2009, compilada en la Resolución 5050 de 2016, la CRC, mediante Resolución CRC 5108 de 2017, acto administrativo de carácter general y abstracto, modificó el Anexo 3.1 del TÍTULO DE ANEXOS TÍTULO III de la Resolución CRC 5050 de 2016, **para incluir el mercado de "Servicios Móviles" en la lista de mercados relevantes minoristas definidos con alcance nacional.**

A su turno, y después de aplicar el artículo 7 de la Resolución CRT 2058 de 2009, compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016, la mencionada Resolución CRC 5108 modificó el Anexo 3.2 del TÍTULO DE ANEXOS TÍTULO III de la Resolución CRC 5050 de 2016, **para incluir el mercado de "Servicios Móviles" en la lista de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante.**

En firme la Resolución CRC 5108 de 2017, y con plena fuerza ejecutoria, la CRC inició la presente actuación administrativa para identificar si **COMCEL** ostentaba posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", previamente incluido en la lista de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante, y si, de ser así, procedía la adopción de medidas regulatorias con el fin de solucionar dicho problema de competencia.

Habiendo sido incluido el mercado de "Servicios Móviles" en la lista de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante por medio de la Resolución CRC 5108 de 2017, resulta errado exigir, como lo hace **COMCEL**, que la CRC realice, en el marco de la presente actuación, un nuevo ejercicio de determinación de mercados relevantes, y mucho menos uno de determinación de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante, cuestión de lo que ya se ocupó por vía general en la mencionada Resolución CRC 5108.

A ese respecto, la CRC se remite a la sección 5.5 de la presente resolución, que describe de manera detallada y de conformidad con la Resolución CRT 2058 de 2009, lo relacionado con el esquema de regulación por mercados relevantes, mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante* y posición dominante en el mercado.

En consecuencia, dado que la determinación del mercado de "Voz Saliente Móvil" como mercado relevante y como mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* no hace parte del objeto de la presente actuación administrativa, no corresponde a la CRC ocuparse de esos aspectos en la presente Resolución.

### **7.3.2. Críticas a la metodología seguida por la CRC para la definición del mercado relevante susceptible a regulación *ex ante* "Servicios Móviles"**

**COMCEL** muestra que el SSNIP (por sus siglas en inglés) es un test utilizado internacionalmente, el cual busca dar respuesta al interrogante sobre la posibilidad de sustituir los bienes sin limitarse a la definición más estrecha de mercado.

Explica **COMCEL** que esta es una metodología que utiliza como punto de partida un bien o servicio sobre el cual se realiza un incremento pequeño y permanente de precios. En caso de que el incremento no resulte rentable, debido a que la reducción en los beneficios producto de una menor cantidad demandada no es compensada por el incremento en los precios, los bienes sustitutos deben ser considerados como parte del mercado relevante. Una vez realizada dicha incorporación se realiza un nuevo incremento de precios para determinar si el nuevo incremento es rentable para el "monopolista hipotético". El test finaliza cuando la respuesta a los incrementos en precio sea que los incrementos sí son rentables.

**COMCEL** presenta el resumen de la metodología del test del monopolista hipotético, en el cual se muestra que tomando como punto de partida los bienes de la empresa en el área geográfica identificada, la autoridad regulatoria supone un aumento de precios del 5% o 10%. Cuando la autoridad concluye que el aumento en precios no es rentable porque la reducción en los beneficios producto de una menor cantidad demandada no es compensada por el incremento en los precios se procede a aumentar el tamaño del mercado relevante, lo cual implica incluir los bienes y servicios hacia los cuales los consumidores desplazan su demanda.

El ejercicio de aumento de precios se realiza iterativamente hasta cuando para el monopolista hipotético dicho aumento resulte rentable en la medida que el consumidor no cuente con alternativa distinta a adquirir el bien, pues ya no existen productos con los cuales pueda sustituirlo.

Muestra **COMCEL** que el ejercicio de definición de mercado debe realizarse tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta. Se considera que la sustitución desde el punto de vista de la demanda es la fuerza de disciplina más inmediata, mientras que la sustitución desde la oferta es más mediata.

Explica **COMCEL** que en el caso de la autoridad de competencia de Estados Unidos es más común utilizar el análisis de pérdida crítica, el cual es un análisis costo-beneficio para el productor, que compara el beneficio a los mayores precios con la demanda retenida, contra el costo de la mayor demanda previa a precios vigentes. En caso de que el costo sea mayor que el beneficio, se concluye que el incremento en precios no es sostenible y por lo tanto se debe reformular la definición del mercado para incluir los bienes sustitutos.

**COMCEL** se refiere a resoluciones proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en las que dicha entidad se pronuncia respecto de mercados relevantes y su definición, afirmando que debe utilizarse el test del monopolista hipotético para determinar si existe o no dominancia de un agente.

Basándose en los aspectos metodológicos del ejercicio de definición de mercados, **COMCEL** indica que el ejercicio para definir un nuevo mercado relevante carece de soporte metodológico que le pueda otorgar algún tipo de credibilidad. Argumenta **COMCEL** que al no haber seguido la metodología mandatoria, la CRC deja por fuera del análisis la gran mayoría de los elementos de juicio que permitan llegar a una delimitación del mercado relevante más cercana a la realidad, y a partir de ahí, determinar si un agente como **COMCEL** ostenta posición dominante.

De igual forma, argumenta **COMCEL** que la CRC no demostró en el documento soporte de la actuación particular la extensión del mercado producto y del mercado relevante geográfico.

Por su parte, la perito Marcela Meléndez hace referencia a que la literatura económica señala que una de las condiciones necesarias para que el empaquetamiento pueda ser usado con fines estratégicos para monopolizar el mercado, es que los bienes empaquetados por la empresa sean complementarios, sobre lo cual afirma que los servicios de voz móvil y datos móviles son servicios sustitutos, pues los avances de la tecnología permiten que sea posible no solo comunicarse de un modo efectivo sin recurrir a la voz, sino también comunicarse con voz a través de las redes de datos. Considera entonces necesaria una aproximación más sofisticada, que confirme el signo de la relación entre la cantidad de un servicio y el precio del otro que pueden afectar los precios y las cantidades transadas que se observan en el mercado. Una de las conclusiones de su análisis indica que los resultados econométricos soportan la sustituibilidad entre los servicios de voz y datos móviles, por cuanto el coeficiente sobre el precio de los datos móviles que observa el usuario al momento de hacer su decisión de consumo es siempre positivo y significativo, lo cual en su opinión es relevante porque contribuye a debilitar la hipótesis de que el empaquetamiento de los servicios de voz y datos por parte de **COMCEL** es una estrategia utilizada para extender la posición de dominio del mercado de voz móvil al mercado de datos móviles. De este modo, concluye que no es posible ganar participación en los dos mercados de manera simultánea a través de una reducción de precios, y argumenta que de la aplicación del test de Carl Shapiro, se encuentra que no se cumplen las condiciones que identifica la literatura económica para que el empaquetamiento de los servicios móviles plantee un riesgo para el buen desarrollo de la industria y que, por el contrario, esta práctica parece haber contribuido a dinamizar la competencia en el mercado de datos móviles con el resultado de que hoy se opera a menores precios y mayores cantidades, lo que redundaría en el bienestar de los consumidores.

Agrega Marcela Meléndez que el mercado relevante tiene una dimensión geográfica que es costosa de ignorar al caracterizar la competencia porque puede inducir a las autoridades a intervenir de un modo equivocado en ellos. En este mismo sentido, manifiesta que los mercados de datos móviles tienen una dimensión geográfica y son heterogéneos en sus niveles de competencia y que por ello sería un error tratarlos con la misma vara desde la regulación, porque no todos requieren ser regulados.

#### **Consideraciones de la CRC:**

Nuevamente, **COMCEL** aborda un asunto que no hace parte del objeto de la presente actuación administrativa, como es la motivación de la Resolución CRC 5108 de 2017, acto administrativo de carácter general y abstracto publicado en el Diario Oficial No. 50.156 del 23 de febrero de 2017, que se presume legal, tiene plena fuerza ejecutoria, y fue producto del trámite previsto en el Decreto 1078 de 2015.

Fue en el marco de dicho trámite que se recibieron, analizaron y respondieron los comentarios que los interesados -entre ellos **COMCEL**- formularon en su momento, a favor o en contra, en relación con el proyecto que culminaría en la Resolución CRC 5108.

Es necesario tener en cuenta que los documentos relacionados con la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017 se encuentran disponibles en la página Web de la Entidad<sup>666</sup> para consulta por parte de cualquier interesado. A continuación, se presenta un listado de los documentos allí dispuestos en relación con la iniciativa regulatoria adelantada durante el año 2016, y que culminó en febrero de 2017:

- Documento de consulta pública, publicado el 3 de junio de 2016.
- Comentarios allegados por los diferentes interesados al documento de consulta pública, dentro de los cuales se incluyen 10 documentos remitidos por **COMCEL**. Estos comentarios fueron puestos a disposición del público el 24 de agosto, 14 de octubre y 4 de noviembre de 2016.
- Documento soporte del proyecto, denominado "*Revisión de los mercados de servicios móviles*", publicado el 10 de noviembre de 2016.

<sup>666</sup> A través del enlace <https://www.crc.com.co/es/pagina/revision-de-los-mercados-de-servicios-moviles>

- Proyecto de resolución *“Por la cual se modifican la Resolución CRT 1763 de 2007, los Anexos 01 y 02 de la Resolución CRT 2058 de 2009, la Resolución CRC 3136 de 2011, y se dictan otras disposiciones”* publicado el 10 de noviembre de 2016.
- Estudio de hábitos y usos de usuarios de servicios de comunicaciones móviles, publicado el 10 de noviembre de 2016.
- Modelo de costos eficientes de redes móviles, publicado el 10 de noviembre de 2016.
- Comentarios allegados por los diferentes interesados en la propuesta regulatoria publicada el pasado 10 de noviembre de 2016, dentro de los cuales se incluye el documento remitido por **COMCEL**. Estos comentarios fueron puestos a disposición del público el día 7 de diciembre de 2016.
- Resolución CRC 5108 de 2017, *“Por la cual se modifica la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones”*, publicada en la página del proyecto el día 23 de febrero de 2017.
- Documento de respuestas a comentarios del proyecto *“Revisión de los mercados de servicios móviles”*, puesto a disposición del público el día 23 de febrero de 2017.

De esa manera, no corresponde a la CRC, en el marco de la presente actuación administrativa y en particular mediante este acto administrativo, discutir la motivación de la Resolución CRC 5108 para incluir el mercado de “Servicios Móviles” como mercado susceptible de regulación *ex ante*, como tampoco modificar o derogar el contenido y alcance de dicha resolución. De hecho, la legalidad de la Resolución CRC 5108 de 2017 se está actualmente discutiendo en sede judicial, como quiera que **COMCEL** demandó la nulidad y restablecimiento del derecho ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>667</sup>.

Por demás, como ya se ha precisado con anterioridad, debe hacerse notar que el mismo **COMCEL** conoce el alcance de la presente actuación administrativa, en la que no es posible entrar a cuestionar o modificar el contenido de la Resolución CRC 5108 de 2017, lo cual no le ha impedido atacarla en vía judicial utilizando los medios de control de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho ante el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>668</sup>.

### **7.3.3. Fallas en la justificación del mercado como mercado susceptible de regulación *ex ante***

Para **COMCEL**, el mercado minorista de “Servicios móviles” integra usuarios de los mercados previamente existentes denominados “Voz Saliente Móvil” e “Internet Móvil”, y se creó bajo la premisa de que *“los usuarios que confluyen en ambos mercados (voz e internet móvil) tienen características, necesidades y restricciones distintas a las de los usuarios que únicamente pertenecen a uno de los dos mercados, y por tanto necesitan de una regulación específica”*.

Hace una crítica a la necesidad de regular *ex ante* el mercado de “Servicios Móviles” por parte de la CRC pues, argumenta, dicha decisión fue tomada con base en análisis y conclusiones de discutible validez, como son (i) que es técnicamente imposible consumir a través de un mismo terminal móvil y una misma tarjeta SIM distintos servicios de distintos operadores, y (ii) que debido a lo anterior, los operadores se apalancan en el servicio de voz móvil para ofrecer el servicio de Internet móvil de forma empaquetada, limitando la capacidad de elección del usuario.

Para **COMCEL**, el primer argumento puede ser desestimado teniendo en cuenta que este obvia una situación del mercado, que es la existencia de terminales con más de una tarjeta SIM que permiten acceder a servicios de voz y datos con operadores distintos, si así lo desea el usuario. Como soporte de su argumento, afirma que pudo identificar que *“al menos 3.5 millones de usuarios de servicios empaquetados (voz + datos) cuentan con equipos Dual Sim”*.

**COMCEL** concluye que no puede el regulador suponer que todos los usuarios del mercado bajo análisis tienen terminales con una sola SIM, ni dejar de comprobar que pudiendo contratar los servicios de voz y datos con varios operadores decidieron hacerlo solo con uno, y que precisa de información robusta respecto de la cantidad de terminales en el mercado relevante que permitan elegir a más de un operador para la prestación de servicios de comunicaciones.

También se refiere a la encuesta de hábitos y usos realizada por el Centro Nacional de Consultoría –CNC- dentro del marco de la actuación administrativa de carácter general que culminó con la

<sup>667</sup> Sección Primera. Subsección A. Magistrada Ponente: Dra. CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO, expediente: 25000-23-41-000-2017-01367-00.

<sup>668</sup> Ibidem.

expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, para poner de presente que (i) la mayoría de accesos a Internet utilizando los terminales móviles, se hacen a través de red Wi-Fi, y (ii) que los hábitos de consumo de usuarios han variado en el sentido de estar reemplazando las llamadas utilizando la voz móvil, por llamadas realizadas utilizando aplicaciones por Internet (ej. Whatsapp, Skype, Tango, Viber, etc.).

Afirma además que **COMCEL** es un operador con adiciones netas negativas en el servicio de voz saliente móvil, lo que indica que pierde usuarios frente a su competencia, y que es el operador con el porcentaje más bajo de penetración de servicios empaquetados, y que a pesar de que las cifras demuestran que el número de usuarios empaquetados de **COMCEL** es superior al de los demás operadores, *"el valor como porcentaje de su base es menor que el de la mayoría de los operadores y el del resto del mercado"*.

Adicionalmente, manifiesta que lo anterior indica que existe una migración de usuarios hacia la competencia debido a la facilidad de elección de operadores, lo que denota dinamismo en el mercado.

En opinión de **COMCEL**, la CRC tuvo en cuenta consideraciones sin fundamento técnico y unas cifras aisladas para determinar la existencia del nuevo mercado relevante de "Servicios Móviles", que surgió del empaquetamiento de los servicios de Voz saliente móvil e Internet móvil, los cuales no pueden ser prestados de manera independiente.

Según **COMCEL**, para la CRC *"los operadores pueden apalancar su posición en el mercado de "servicios móviles" a partir de su posición en el mercado de "voz saliente móvil", lo que se ve reflejado en participaciones de mercado similares en los diferentes servicios y en el traslado de algunas condiciones del entorno competitivo del mercado de "voz saliente móvil" al mercado de "servicios móviles"*.

En línea con lo anterior, afirma que no es cierto que el empaquetamiento de servicios y la imposibilidad técnica de elegir un proveedor diferente para voz y datos, hagan que se transfiera la dominancia del mercado "Voz saliente móvil" al mercado de "Servicios móviles".

**Consideraciones de la CRC:**

Los argumentos de **COMCEL** en este aparte son los mismos presentados en las secciones 7.3.1. y 7.3.2, razón por la cual esta Comisión remite a las consideraciones planteadas en dichas secciones para darles respuesta.

**7.4. Comportamiento financiero de otros operadores ya establecidos en el desarrollo del mercado**

Durante la actuación administrativa fueron presentados por parte de **COMCEL** varios documentos que, por su temática pueden agruparse de la siguiente manera: (i) Documentos que versan sobre la capitalización de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y sus efectos en el mercado de "Servicios Móviles"; y (ii) Documentos que versan sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente de los operadores COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. A continuación, se describe el contenido de cada uno de ellos y se presentan las consideraciones de la CRC frente a los mismos:

**7.4.1. Documentos que versan sobre la capitalización de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y sus efectos en el mercado de "Servicios Móviles"**

Respecto de los documentos que versan sobre la capitalización de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (en adelante COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) y sus efectos en el mercado de "Servicios Móviles" se presentaron los siguientes oficios:

El 5 de abril de 2017, **COMCEL** mediante radicado 201730843 hace llegar copia de una comunicación dirigida al Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (MinTIC) en donde manifiesta su posición respecto del proceso de capitalización de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. En ella pone de presente que, citando a la OCDE, existen graves problemas en consideración a que el Estado sea dueño del 30% del capital de COLOMBIA

TELECOMUNICACIONES, que se encuentre haciendo una capitalización de dicha empresa, y que al mismo tiempo pretenda regular el sector en detrimento de un competidor de dicha empresa, como lo es **COMCEL**.

Aduce que la OCDE recomienda que el regulador debe ser independiente, y que por tanto es preocupante que tanto el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC), como el Departamento Nacional de Planeación (DNP), formen parte de la Comisión, lo cual se hace más grave cuando se tiene en cuenta la participación del Estado en una de las empresas reguladas, como ya se explicó. Manifiesta que la anterior situación evidencia la existencia de un conflicto de interés por parte del Estado en relación con la presente actuación administrativa pues participa como regulador y competidor, por lo cual debería desistirse de la misma.

Adicionalmente, critica la medida propuesta consistente en imponer una tarifa diferencial a **COMCEL** en relación con la instalación esencial de RAN por los motivos antes mencionados.

El 27 de abril de 2017, **COMCEL** radicó un documento en la CRC, identificado con el número 201731149, adjuntando copia de las respuestas enviadas el 19 de abril de 2017 a **COMCEL** por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MINHACIENDA) al cuestionario remitido por la Comisión Sexta del Senado de la República, en el marco de la Audiencia de Control Político Proposición No. 36 de 2017, relacionada con la participación del Estado en la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y la eventual capitalización de esa empresa. Lo anterior, para que dicho documento fuera tenido en cuenta dentro de la presente actuación administrativa.

Se refiere a la capitalización que se hiciera en 2012 a la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y la decisión de prepagar el PARAPAT, garantizando así el fondeo del Patrimonio Autónomo de Pensiones - PAP (patrimonio autónomo para el pago del valor del cálculo actuarial por pensiones a cargo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom y las Telesociadas), aduciendo que la empresa se encontraba inmersa en causal de disolución, lo cual se traduciría en (i) afectación del flujo de caja libre, (ii) atención del servicio de la deuda, (iii) afectación de las inversiones de CAPEX, (iv) afectación en la ejecución de los planes de crecimiento e inversión, (v) afectación en la captura de valor del mercado, e (vi) impacto en resultados comerciales (pérdida de cuota de mercado).

Adicionalmente, afirma que la CRC no ha tenido en cuenta en sus análisis que, pese a encontrarse inmersa en causal de disolución, tiene un EBITDA por encima de la mayoría de los operadores del sector.

**COMCEL** solicita a la CRC que en la presente actuación administrativa adelante un *"análisis riguroso del impacto que ha tenido el Contrato de Explotación desde el 2003 en la capacidad competitiva de COLTEL"* y *"[C]ontraste este análisis con los "hallazgos" de los (sic) CRC presentados en el documento Revisión de los Mercados (sic) de Servicios Móviles de junio de 2016, en el Documento Soporte "Revisión de los Mercados de Servicios Móviles" de noviembre de 2016, y en el Documento Soporte "Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios Móviles" de febrero de 2017"*.

Es de recordar que, con el radicado 2020807642 del 16 de julio de 2020, **COMCEL** aportó el documento denominado *"LA NUEVA TELEFÓNICA (...) Carta de José María Álvarez Pallete a los grupos de interés de Telefónica"*, del 27 de noviembre de 2019. **COMCEL** asegura que dicha carta, aunado a la *"no adquisición de espectro por parte de MOVISTAR en la reciente subasta de espectro"*(sic), acreditan la decisión de MOVISTAR encaminada a no invertir ni en el país ni en la región. Para **COMCEL**, *"la valoración de la empresa [de MOVISTAR], y por lo tanto de la participación del [E]stado colombiano, evidentemente sería afectada positivamente en forma muy relevante, si por medio de una regulación impuesta por el mismo [E]stado creara un modelo de negocio ligero en inversión que le permita competir con una estructura de bajo costo"*.

Finalmente, en el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que **COMCEL** denominó *"Alegatos de conclusión"*, el proveedor señala que la situación del Grupo Telefónica es ajena al comportamiento del mercado colombiano y reitera el anuncio de dicho grupo de la creación de la "La Nueva Telefónica", las implicaciones que ello puede tener en la capacidad competitiva del proveedor Movistar.

**Consideraciones de la CRC:**

En primer lugar, frente al argumento de **COMCEL** de la falta de independencia por parte de esta Comisión en la presente actuación administrativa por cuanto la Nación tiene participación accionaria en una empresa competidora, debe ponerse de presente que, como lo ha entendido el Consejo de Estado, *"El Constituyente de 1991 reiteró la condición de persona jurídica de la Nación colombiana al considerarla como sujeto de derechos y obligaciones, y otorgarle valores culturales, independencia, vida económica, política y administrativa, patrimonio, propiedad del territorio y de los bienes públicos, un tesoro público, ingresos, presupuesto, contabilidad, competencias, gobierno, participación en la dirección y administración de servicios a cargo, fuerzas militares permanentes, etc."*<sup>669</sup>.

Así mismo, respecto de las comisiones de regulación, se ha dicho que las mismas gozan de independencia<sup>670</sup> y neutralidad política. De hecho, en términos de la doctrina nacional autorizada, *"la afirmación de que las autoridades administrativas de regulación deben contar como requisito sine qua non, para el ejercicio de sus funciones, con independencia y autonomía frente a las autoridades estatales y frente a los agentes regulados, en modo de no aceptar o recibir instrucciones externas en relación con la ejecución de las tareas que le han sido asignadas por ley, es un postulado ampliamente afirmado en la doctrina y la legislación comparada"*<sup>671</sup>.

Teniendo en cuenta las anteriores apreciaciones, no es de recibo que **COMCEL** pretenda desconocer la estructura del Estado para tratar de cuestionar los presupuestos fundamentales de la actividad regulatoria en cabeza de esta Comisión, uno de los cuales es su independencia.

El hecho de que, al inicio de la presente actuación, la CRC formara parte de la persona jurídica denominada Nación no implica que no existiera una estructura institucional y orgánica que garantizara la independencia antes mencionada, pues si ello no fuese de esta manera podrían cuestionarse todas las actuaciones administrativas adelantadas por la Entidad: las de carácter general, pues sus efectos se extienden a todos los operadores, incluido COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, y las de carácter particular en las que esta última hubiera tenido alguna participación. En ese sentido es claro que la consideración de **COMCEL** escapa al ámbito de la presente actuación administrativa, en la medida en que se dirige a cuestionar, más que la conducta de la CRC, el diseño de la estructura regulatoria del Estado para el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En cualquier caso, lo aquí expuesto tiene mayor asidero si se tiene en cuenta que con la Ley 1978 de 2019, de una parte, la CRC cuenta ahora con personería jurídica, diferente a la de la Nación - artículo 15 de la Ley 1978 de 2019, modificatorio de la Ley 1341 de 2009- y, de otra parte, con dicha Ley se conformó, en el seno de la CRC, la Sesión de Comisión de Comunicaciones, quien cuenta con un alto grado de independencia, entre otras cosas, dada la manera como se da su conformación, reglada por el artículo 20 de la Ley 1978 de 2019, modificatorio del artículo 17 de la Ley 1341 de 2009: ni el Director del Departamento Nacional de Planeación hace parte de esta entidad, ni la totalidad de los expertos comisionados es designada por el Presidente de la República, como ocurría antes de la expedición de dicha Ley, pues sólo uno de ellos es designado de esa manera.

No es cierto, por lo tanto, que pueda configurarse un conflicto de interés en cabeza de la CRC por una participación accionaria de la Nación en uno de los operadores, pues ello implicaría llegar a una situación en la que esta Comisión no podría ejercer sus funciones de raigambre legal y constitucional, permitiendo una situación de total libertad de los agentes del mercado, arriesgando que se presenten comportamientos contrarios a las finalidades que debe garantizar, mucho menos cuando es públicamente conocido que la participación de la Nación en MOVISTAR está a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), no del MinTIC, ni de la CRC, y que adicionalmente, tal como se aclara en la página 9 del escrito radicado por **COMCEL** bajo el radicado 201731149, la Nación – MHCP no ejerce ningún tipo de direccionamiento de la empresa y tan solo tiene un 32,5% de participación accionaria.

<sup>669</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 11 de agosto de 2005, rad. 1644.

<sup>670</sup> Vid. Ley 142 de 1994 (art. 69); Corte Constitucional, sentencia C-186 de 2011.

<sup>671</sup> Edgar González López, *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 68.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos atinentes a la situación financiera de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, si bien esta actuación administrativa no tiene por objeto adelantar ningún análisis al respecto en los términos solicitados por **COMCEL**, pues ello excede su alcance, se evidencia de la documentación aportada por ese operador que la situación económica de uno de sus competidores -nada menos que el proveedor con la segunda cuota de participación en el mercado- no hace más que reafirmar la importante posición de **COMCEL** en éste.

En efecto, si como lo afirma **COMCEL**, es necesaria una inyección de capital a uno de sus competidores en el mercado de "Servicios Móviles" por encontrarse inmerso en causal de disolución, y por el contrario aquél mantiene unos márgenes de utilidad considerables<sup>672</sup>, lo cierto es que las dinámicas de mercado para ambos actores son muy diferentes. **COMCEL** manifestó en su comunicación de radicado 201731671 que "[E]sta situación nada tiene que ver con las condiciones de competencia de los mercados en que concurre este operador", pero no es posible obviar que la situación financiera de sus competidores sí se refleja en ventajas para **COMCEL**.

En otras palabras, la situación financiera de los competidores de **COMCEL**, en contraste con la fortaleza financiera de este último, no hacen otra cosa que sustentar la hipótesis consistente en que tal situación permite que las ventajas competitivas que ostenta **COMCEL** consoliden aún más su poder de mercado, según se explica en el presente acto administrativo.

Un análisis similar deriva del contenido del documento con el título "LA NUEVA TELEFÓNICA (...) Carta de José María Álvarez Pallete a los grupos de interés de Telefónica" del 27 de noviembre de 2019. En criterio de **COMCEL**, el documento en cita, conjugado con la no asignación de permisos de espectro respecto de MOVISTAR en la más reciente subasta, permiten colegir que esta empresa no desea invertir en el país. **COMCEL** añade que lo decidido en la presente actuación impactaría positivamente a MOVISTAR y la participación que el Estado tiene en dicha empresa, al crear una regulación que favorezca un modelo de negocio que avale la posibilidad de competir sin incurrir en mayores costos.

Pues bien, en el documento objeto de análisis se evidencia la decisión del proveedor MOVISTAR de dividir su operación actual en Hispanoamérica en diferentes líneas de negocio autónomas (spin-off). Tal hecho en sí mismo no hace más que fortalecer lo ya expresado en cuanto que con ello se acrecientan las ventajas competitivas de **COMCEL**, lo cual a su vez consolida su poder mercado. En efecto, si un competidor de **COMCEL**, como lo es MOVISTAR, decide dejar de invertir directamente en los servicios minoristas móviles y, con ello, no ejerce presión competitiva sobre **COMCEL**, es lógico que este cuente con el terreno abonado para robustecer su posición en el mercado de Servicios Móviles.

Por último, es de reiterar que las decisiones regulatorias de esta Comisión no están sometidas a la eventual participación accionaria que tenga el Estado colombiano en uno de los agentes de mercado. Ello a la vez apareja que no exista fundamento en la afirmación de **COMCEL**, según la cual, con la presente decisión se busca favorecer el supuesto modelo de negocio que adoptaría MOVISTAR. Al emprender esta Comisión la tarea de verificar si **COMCEL** ostenta o no posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles" se tiene el objetivo de determinar la existencia o no de una falla de mercado para que, en caso de que así sea, se adopten los remedios regulatorios a los que haya lugar. De este modo, el análisis de la CRC no está mediado por el favorecimiento de un sujeto en particular, sino por el cumplimiento de los fines que el legislador reconoció a su labor regulatoria, a saber, la promoción de la competencia, la promoción de la inversión y la maximización del bienestar de los usuarios. Destáquese, nuevamente, que el argumento de **COMCEL** en este momento confrontado parte de una premisa incorrecta: que la CRC no ejerce sus funciones con independencia, lo cual, como se vio, desconoce la estructura constitucional y legal del Estado y el diseño institucional del mismo.

<sup>672</sup> De acuerdo con las Notas a los Estados Financieros de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. del año 2017, entre agosto y septiembre de 2017 los accionistas de la empresa aumentaron el capital de esta en \$6.4 billones. Con parte de estos recursos la empresa procedió al pago anticipado de la totalidad de la deuda derivada del contrato de explotación con el PARAPAT. De esta manera, al final de 2017, la empresa registró un pasivo total del orden de \$6,5 billones y un patrimonio de \$6,4 billones, por tanto, cesó la causal de disolución que presentó al final de 2016 al registrar un patrimonio negativo. En el año 2017 la empresa registró ingresos del orden de \$5 billones, un Ebitda de \$1,5 billones, una utilidad operativa de \$363 mil millones y una utilidad neta de \$302 mil millones.



**7.4.2. Documentos que versan sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente de los operadores COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP.**

En relación con los documentos que versan sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente de los operadores COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. se allegaron los siguientes oficios:

El día 12 de junio de 2017, **COMCEL** radicó un documento en la CRC, identificado con el número 201731671, remitiendo información sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente del comportamiento de Telefónica Colombia – Movistar (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.). Lo anterior, para que fuera tenida en cuenta dicha información dentro de la presente actuación administrativa.

En este documento, **COMCEL** se refiere a varios puntos, a saber:

1. Comportamiento del EBITDA: según **COMCEL**, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES registró un incremento del 5% en el EBITDA del periodo enero a marzo de 2016 a 2017. Dice que, a pesar de lo anterior, se encuentra inmersa en una causal de disolución, lo cual nada tiene que ver con las condiciones de competencia de los mercados en que concurre este operador.

2. Comportamiento de Ingresos Operacionales: indica **COMCEL** que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES registró un incremento del 6.8% de los Ingresos Operacionales de Servicios Móviles del periodo enero a marzo de 2016 a 2017, y que tuvo un crecimiento del 62% en datos móviles y del 17.5% en suscriptores. Además, que según el Boletín Trimestral de TIC del MinTIC, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES ha liderado el crecimiento del mercado de Internet Móvil, con un crecimiento de usuarios del 30%, 41% de ingresos y 47% en tráfico. En el mercado de Voz móvil, incrementó sus abonados en un 6.43%, con crecimiento en ingresos de 11%.

El día 15 de junio de 2017, la apoderada especial de **COMCEL** para el presente trámite administrativo, Olga Mélida Valle de la Hoz, radicó el mismo documento mencionado con anterioridad, el cual quedó identificado con el radicado interno 201731735.

El día 13 de septiembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201732917, **COMCEL** remitió a la CRC información sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la decisión de capitalización de la misma por parte del Gobierno Nacional. En dicho documento, reiteró la totalidad de los argumentos ya esgrimidos mediante la comunicación de radicado 201731671, antes presentada.

El 28 de septiembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733116, **COMCEL** remitió información sobre el comportamiento del mercado de "Servicios Móviles", específicamente del operador COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

En el documento manifiesta que los problemas financieros de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES están relacionados con las obligaciones del PARAPAT y de la afectación por el laudo arbitral proferido en julio de 2017. Adicionalmente, afirmó que según el informe de la Contraloría General de la República de 5 de septiembre de 2017 y el Documento CONPES 3898 de 2017, se evidencia una dinámica competitiva favorable de ese operador en el mercado de "Servicios Móviles" en el periodo de enero-marzo de 2016 a 2017.

Por lo anterior, solicita que se declare que no existen problemas de competencia en el mercado de "Servicios Móviles".

El día 29 de noviembre de 2017, mediante comunicación de radicado 201733917, **COMCEL** remitió información relacionada con el desempeño del mercado de "Servicios Móviles", específicamente de la actividad de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., para ser tenida en cuenta en la presente actuación administrativa.

En ese documento, **COMCEL** concluye (i) "Que el mercado móvil es altamente dinámico y competido"; (ii) "Que parte de la disminución de usuarios de Colombia Móvil se explica por la aplicación de la normativa vigente, con especial referencia a la Resolución CRC 3128 de 2011

*sobre medidas de control por el hurto de celulares”; (iii) “Que las autoridades de control también destacan que Colombia Móvil activamente ha desplegado estrategias comerciales con “... descuentos ofrecidos día a día los cuales siguen siendo muy agresivos...””; (iv) “Que según la respuesta de Colombia Móvil, frente a la disyuntiva de competir con mejores condiciones de precio o defender márgenes de rentabilidad, este operador optó por la última opción: mantuvo sus márgenes de EBITDA a costa de perder participación de mercado en términos de usuarios”; (v) “Que el rubro de gastos que más preocupa a las Autoridades de Control es el asociado a “sueldos y salarios” que para el 2016, alcanzó un 38% de los gastos efectivos”; (vi) “Que las Autoridades de Control llaman la atención sobre una reducción de la utilidad explicada por la disminución de los ingresos, que no viene acompañada de una disminución en los costos, reduciendo los márgenes “resultado explicado por la menor generación de ingresos mientras que los costos sostuvieron su participación, lo que impacto (sic) desfavorablemente su resultado”; y (vii) “Que los niveles de inversión en CAPEX de Colombia Móvil muestran una disminución importante que se acerca al 35%, si se compara el CAPEX de 2016 con el de 2015”.*

Los argumentos que sustentan las anteriores conclusiones son los siguientes:

1. Condiciones financieras de COLOMBIA MÓVIL: del documento “Auditoría Regular Resultados Evaluación Componente Control Financiero 2016”, se concluye que existe una gran preocupación por el incremento en los gastos efectivos de la empresa (especialmente en el rubro de sueldos y salarios) y la disminución de ingresos derivada de la pérdida de usuarios como supuesta consecuencia de la aplicación de la regulación vigente.

2. Condiciones de Mercado para COLOMBIA MÓVIL: la estrategia comercial de los otros dos operadores fue la de reducir drásticamente los precios en sus servicios a costa de reducir el margen de EBITDA, cosa que esa empresa no hizo, pues prefirió mantener el margen de EBITDA similar al del año 2015, generando un decrecimiento en el número de suscriptores netos en la base de usuarios.

Esta situación es ratificada, según **COMCEL**, por la Contraloría General de la República, en Dictamen del 5 de septiembre de 2017, “(...) donde se explica la disminución en los ingresos dado el alto nivel competitivo en los precios de voz y datos, por las estrategias comerciales de los otros operadores, así como la disminución de usuarios por cumplimiento normativo (...)”.

3. Bajos esfuerzos de inversión por parte de COLOMBIA MÓVIL: según **COMCEL**, la medida de RAN propuesta desincentiva la inversión en infraestructura y se convierte en una transferencia injustificada de recursos que mejoran el flujo de caja de los demás operadores, sin que ello se traduzca en mejores beneficios para los usuarios.

Concluye que “(...) la problemática identificada por las autoridades de control nada tiene que ver con las condiciones de competencia de los mercados en que concurre este operador, dejando sin sustento los pedidos de adopción de medidas asimétricas contra COMCEL que solamente reducen la competencia, eliminan incentivos a la inversión y en últimas afectan el bienestar del consumidor”. Por lo anterior, solicita que se declare que no existen problemas de competencia en el mercado de “Servicios Móviles”.

En relación con las anteriores comunicaciones, **COMCEL** en el documento de radicado CRC 2018300607 reiteró la totalidad de los argumentos ya esgrimidos en la comunicación de radicado 201732917 previamente presentada.

**COMCEL** concluye que la información suministrada por la Contraloría General de la República y por la Contraloría General de Medellín sobre la situación financiera de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (MOVISTAR) y COLOMBIA MÓVIL (TIGO), dan cuenta de la existencia de factores exógenos que afectan el normal desempeño de estos operadores que nada tienen que ver con el comportamiento o la dinámica de los mercados en que concurren. Este mismo argumento es presentado por **COMCEL** dentro del escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que el porveedor denominó “Alegatos de conclusión”.

**Consideraciones de la CRC**

Es importante recordar que, dentro de las funciones otorgadas por la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, a la Comisión de Regulación de Comunicaciones se encuentra la de promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones. Bajo este marco legal, la CRC se enfoca en proveer una regulación para que el mercado se comporte lo más parecido a un mercado en competencia perfecta, por ejemplo, estableciendo precios mayoristas basados en costos de una empresa eficiente, lo cual se realiza de manera independiente a las particularidades de la estructura de costos de cada proveedor en el mercado.

Por tanto, para establecer la regulación de carácter general, el regulador no tiene en cuenta la gestión particular del negocio de cada proveedor y tampoco interviene sobre esta, pues sería una regulación casuística alejada del interés general.

Adicionalmente, esta Comisión en el análisis integral de las condiciones de competencia en los servicios de voz e internet móvil, y del mercado de *Servicios Móviles*, al revisar aspectos tales como los niveles de participación en términos de ingresos, usuarios y tráfico de todos los operadores que lo conforman (ver sección 8.1.2.), sumado al cálculo de índices de concentración y de dominancia, evidenció unas condiciones que distan de las conclusiones de **COMCEL** sobre la supuesta existencia de una dinámica competitiva favorable en el mercado. Es preciso notar que en dicho análisis, esta Comisión no solo contempló los períodos comprendidos entre los años 2016 y 2017 que refiere **COMCEL** en sus comunicaciones respecto de la situación de otros operadores, sino que tuvo en cuenta las cifras disponibles desde 2012 hasta el primer trimestre de 2020 para los servicios de voz e Internet móvil, cifras que también tuvieron como fuente la información oficial del Sistema Colombia TIC además de la información que todos los operadores, incluido **COMCEL**, reportaron a la CRC con ocasión de los autos de pruebas decretados dentro de la presente Actuación Administrativa.

De acuerdo con esta información, es claro que aspectos como la reducción de precios no demuestran la existencia de competencia efectiva en el mercado, pues, en primer lugar, en un total de 49 trimestres analizados **COMCEL** no fue el operador que registró el precio por minuto de voz más bajo pues, de hecho, fue TIGO quien lo registró en 21 trimestres. En ese sentido, pese a que el ingreso promedio por minuto no ha sido muy diferente entre los tres proveedores incumbentes (**COMCEL**, MOVISTAR y TIGO), la diferencia en participaciones de mercado no se compadece con dicha cercanía, pues tanto en términos de tráfico, ingresos como de usuarios, las participaciones de **COMCEL** son más de 2.4 veces las de su inmediato perseguidor.

Así mismo, se observa que a partir del año 2013 **COMCEL** se ha mantenido como el agente más grande del servicio de Internet móvil con una participación medida por tráfico equivalente al 47.1%, lo que representa un incremento de 11 puntos porcentuales entre 2012 y primer trimestre de 2020. La participación de **COMCEL** a nivel de ingresos de Internet móvil era del orden del 50% en el año 2012, de manera posterior aumentó (es decir, entre el 2013 y 1T-2020) 11.5 puntos porcentuales para alcanzar una cuota de mercado de 61.8%. Así pues, solo en el servicio de Internet móvil que refiere **COMCEL** en sus comunicaciones sobre otros operadores, en términos de tráfico, como de ingresos y usuarios, su participación equivale al doble de la del segundo participante en el mercado y al triple que la del tercero. Esto también se observa cuando se calculan las participaciones con la información directa del mercado de Servicios Móviles, tanto para el tercer trimestre de 2017, como para el primer trimestre de 2020, **COMCEL** fue el operador con mayor participación en términos de usuarios, superando a su más cercano seguidor en cerca de 26 puntos porcentuales en el 3T-2017 y en más de 50 puntos porcentuales en el 1T-2020.

En resumen, el detalle del análisis de las condiciones de competencia en el mercado de "Servicios Móviles" que se puede observar en las secciones 8.1.2, 8.1.3, 8.1.4, 8.1.5, 8.1.7, y 8.1.8, de esta resolución, y que no obedece y no puede obedecer a las debilidades financieras o decisiones comerciales de un solo agente, no demuestra dinámicas de competencia efectiva en el mismo, por el contrario, el análisis sí muestra evidencia, tal como se explicará en detalle posteriormente, del poder significativo de mercado de **COMCEL**, poder que, dadas las situaciones financieras de sus competidores, solo se fortalece pues le otorga más ventajas de las que ha consolidado.

## **8. CONSIDERACIONES DE LA CRC SOBRE EL OBJETO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**

En ejercicio de las facultades legales que se detallan en la sección 6 de esta resolución, en este acápite la CRC expone y explica las motivaciones, análisis y argumentos tendientes a constatar o no la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMCEL** en el mercado susceptible de regulación *ex ante* "Servicios Móviles". De igual forma, presenta el estudio realizado respecto de la adopción de las potenciales medidas regulatorias particulares anunciadas con la Resolución CRC 5110 de 2017, su fundamento, eventual impacto y alcance para solucionar o mitigar los problemas de competencia evidenciados.

En la primera parte del presente acápite se evidencian los presupuestos procedimentales y jurídicos que permiten la declaratoria de dominancia de un agente en un mercado relevante susceptible de regulación *ex ante*. Una vez determinado el procedimiento, se prosigue con el análisis de los factores a partir de los cuales se puede concluir que un agente tiene posición dominante en un mercado susceptible de regulación *ex ante*, desarrollando los estudios específicos para el caso del mercado relevante de "Servicios Móviles". En el estudio de cada uno de estos factores, se exponen además los argumentos que **COMCEL** ha puesto de presente a través de sus escritos presentados dentro del trámite administrativo respecto del objeto mismo de la actuación.

De esta manera, se da paso a la exposición de los argumentos tendientes a demostrar los posibles medios a través de los cuales **COMCEL** podría haber alcanzado o no su posición dominante en el mercado relevante de "Servicios Móviles" y se hará el análisis que permitirá evidenciar las estrategias que como compañía ejecutó para influir significativamente en las dinámicas y desarrollo del mercado relevante que se está estudiando. En el apartado final de esta primera parte se relacionan las observaciones realizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC en su Concepto de Abogacía de la Competencia.

En la segunda parte de este acápite, una vez presentadas las conclusiones respecto de la dominancia o no de **COMCEL**, la CRC introduce los análisis, requisitos y fundamentos para la adopción de las eventuales intervenciones regulatorias conforme lo anunciado en el inicio de la actuación particular. Allí la CRC aborda las medidas que considera necesarias para promover la competencia desde el estudio de cada uno de los aspectos que **COMCEL** planteó en los documentos, dictámenes y análisis allegados como prueba a lo largo del trámite administrativo. En este aparte también se relacionan las observaciones que realizó en su Concepto de Abogacía de la Competencia la SIC sobre la intervención regulatoria particular en el mercado de "Servicios Móviles".

### **8.1. Consideraciones de la CRC en relación con la posición de COMCEL en el mercado "Servicios Móviles"**

#### **8.1.1. Aspectos jurídicos sobre la constatación de dominancia de COMCEL**

Antes de presentar los análisis en relación con la posición de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles", resulta necesario que la Comisión se pronuncie respecto de algunas consideraciones expuestas por dicho proveedor sobre el trámite que debe adelantarse para la constatación de dominio de un proveedor en un mercado relevante susceptible de regulación *ex ante*.

##### **8.1.1.1. Sobre los requisitos de procedibilidad de la declaratoria de dominancia**

Al abordar los que considera que son los requisitos de procedibilidad para la declaratoria de dominancia, **COMCEL** se refiere al principio de la carga de la prueba como componente del derecho fundamental al debido proceso, citando jurisprudencia de la Corte Constitucional y diversas disposiciones normativas del Código General del Proceso -CGP- y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA. A la par, alude a la presunción de inocencia como componente del debido proceso, y manifiesta que el mismo tiene aplicación también en los procedimientos administrativos como el que adelanta actualmente la Comisión.

Con base en lo anterior, **COMCEL** señala que debe partirse del hecho según el cual no ostenta una posición dominante, y que además existe en cabeza de la Comisión la carga de probar la supuesta posición dominante, lo que no se ve reflejado en la expedición de las Resoluciones CRC 5108 y 5110 de 2017.

**COMCEL** cita la Ley 142 de 1994<sup>673</sup> a fin de aseverar que es para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que aplica el criterio de participación de mercado para determinar la posición dominante y, por lo tanto, la CRC no podía aplicar dicho criterio para justificar la dominancia de **COMCEL**.

El citado proveedor critica la definición de posición dominante que utilizó la CRC en el documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, pues considera que se limitó a una de las aristas que la misma comprende y, por ende, desestimó los criterios que en ese sentido han fijado tanto el ordenamiento jurídico, como la SIC.

En concepto de **COMCEL**, la CRC confundió el señalamiento de un mercado regulable con la delimitación de un mercado relevante para efectos de determinar la posición dominante de un agente en el mismo.

Posteriormente, **COMCEL** transcribe las definiciones de "mercado relevante" y "mercado relevante susceptible de regulación ex ante" contenidas en el artículo 4 de la Resolución CRT 2058 de 2009 -compilado en el Título I de la Resolución CRC 5050 de 2016-, para concluir que antes de determinar si es necesario regular *ex ante* un mercado, es necesario delimitar el mercado relevante correctamente.

Según lo manifiesta **COMCEL**, en el documento soporte que hizo parte integral de la expedición de la Resolución CRC 5110 de 2017, no se hace referencia alguna a cómo se llegó a la definición del mercado relevante de "Servicios Móviles", lo que implica que dicha actuación carezca de fundamentos metodológicos y rigurosidad.

Invoca doctrina europea y un pronunciamiento del Consejo de Estado para afirmar que es de la mayor importancia la correcta definición del mercado relevante para efectos de establecer si un agente tiene o no posición dominante dentro del mismo, y reitera que en el presente caso no se agotó en debida forma dicho ejercicio.

**COMCEL** reitera que en esta actuación particular la CRC no ha aplicado una metodología correcta de delimitación del "mercado relevante", aclarando que no se está refiriendo a los análisis realizados con motivo de la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, sino a que en la actuación particular de la Resolución CRC 5110 de 2017 la Comisión no está cumpliendo con los requerimientos de la ley para intervenir un mercado. En ese sentido, **COMCEL** considera que para concluir la existencia o no de una posición dominante, la CRC debió haber seguido la metodología de definición de mercados relevantes, lo cual, concluye **COMCEL**, no se hizo en esta actuación particular.

**COMCEL** cita los factores que se deben analizar para determinar el *mercado relevante producto*, entre los cuales se deben tener en cuenta las características objetivas del bien, el uso y su precio desde el punto de vista del consumidor. Al respecto, argumenta que la CRC no realizó los análisis respectivos de sustituibilidad que sirvan para detectar si hay bienes o servicios que para el usuario o consumidor sirvan para suplir sus necesidades, lo cual depende de las características del bien, el uso o destino que el consumidor o usuario le dé al bien y el precio del mismo.

Para **COMCEL**, la CRC no analizó las características de los servicios de voz saliente móvil y de Internet móvil para determinar si existen sustitutos perfectos o imperfectos para el servicio de voz saliente móvil, para el servicio de Internet móvil, y para estos dos productos empaquetados.

De igual forma, **COMCEL** señala que la CRC no estudió una realidad de mercado la cual es que en este existen teléfonos de "dual SIM" que permiten instalar más de una tarjeta SIM y, por consiguiente, contratar servicios de voz y datos con operadores distintos. Este hecho, según **COMCEL**, contrarresta la afirmación de la CRC de que es técnicamente imposible consumir a través de un mismo terminal y una misma tarjeta SIM distintos servicios con distintos operadores.

<sup>673</sup> "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

**COMCEL** considera que la CRC no realizó el análisis respectivo del uso o destino que los usuarios les dan a los productos consumidos. Especifica que el documento soporte de la actuación administrativa no dice nada con respecto a cuál es el uso que los usuarios le dan al Internet móvil que consumen, a saber, si lo usan para conectarse a Internet, leer noticias, hacer seguimiento a redes sociales, para chatear o para todas las anteriores.

El citado proveedor indica que en el documento soporte de la actuación administrativa no se estableció el valor de los servicios, y si entre ellos existen diferencias en virtud de capacidad, tipo de contenido u otra variable. Todo esto es importante, según **COMCEL**, porque cuando existen grandes diferencias entre precios de un mismo producto estos suelen pertenecer a mercados diferentes.

Adicionalmente, **COMCEL** argumenta que la CRC definió el equipo terminal como la causa por la cual los usuarios prefieren consumir los servicios de voz móvil e Internet móvil de manera empaquetada. Por lo que, para **COMCEL**, al valor de los servicios habría que agregarle el valor del aparato celular, lo que llevaría a la existencia de varios mercados. No obstante, agrega, que este factor no fue analizado en el documento soporte de la actuación particular.

**COMCEL** llama la atención sobre el hecho de que, ante una intervención tan agresiva como la que propone la CRC, se esperaría que en el documento soporte de la actuación administrativa particular se hubiera explorado si los servicios que se creen podrían pertenecer al mismo mercado relevante, efectivamente lo están. Para **COMCEL**, en el documento soporte de la actuación administrativa no se analizó la sustituibilidad desde el punto de la oferta. En su sentir, este punto es importante, porque cuando no hay posibilidad de sustitución por el lado de la oferta, los productos no pertenecen al mismo mercado relevante.

En visión de **COMCEL**, el documento que soporta la Resolución CRC 5110 de 2017, no delimitó el mercado relevante geográfico, y tampoco dice nada al respecto.

Dicho lo anterior, **COMCEL** se refiere al artículo 10 de la Resolución CRT 2058 de 2009 -compilado en el artículo 3.1.3.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016-<sup>674</sup>, a fin de concluir que: (i) *"es necesario que la CRC establezca la existencia de una posición de dominio por parte de un operador"*; (ii) *"para establecer que existe dicha posición de dominio se deberá realizar un análisis que tenga en cuenta, por lo menos, los indicadores de concentración y de participación de los operadores en el mercado, así como un análisis prospectivo de la evolución del mercado"*; y (iii) *"es la CRT, hoy CRC (...), quien tiene la carga o la responsabilidad de establecer si un operador ostenta posición dominante, previo análisis de, por lo menos, los factores enlistados"*.

En este punto, **COMCEL** enumera los criterios que la CRC manifestó iba a tener en cuenta en su análisis de posible dominancia de esa empresa en el mercado de "Servicios móviles", a saber: (i) tamaño relativo; (ii) tamaño absoluto; (iii) barreras de entrada y competencia potencial; (iv) falla de mercado y/o problemas de competencia; y (v) conducta de la firma.

De otra parte, en el escrito que denominó de *"Alegatos de Conclusión"*, allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, **COMCEL** reitera que la CRC tiene la carga probatorio consistente en acreditar los supuestos de hecho que fundamentaron su actuación, lo cual, no sucedió pues, al contrario, agrega, dicho proveedor *"no tiene posición de dominio en ninguno de los mercados en los cuales participa en Colombia"*.

### **Consideraciones de la CRC**

Teniendo en cuenta que los argumentos de **COMCEL** relativos a la dominancia versan sobre distintas materias sobre las cuales es preciso pronunciarse, para garantizar su revisión y análisis completo, se procederá a reorganizarlos por temas, así: (i) argumentos relativos al debido proceso (carga de la prueba y presunción de inocencia); (ii) argumentos relativos a la definición del mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* "Servicios Móviles"; y (iii) argumentos relativos a los criterios para definir la posición dominante.

<sup>674</sup> El artículo en cita señala que "Para establecer los operadores que ostentan posición dominante en un mercado relevante susceptible de regulación ex ante, la CRC realizará un análisis de competencia en el cual se tenga en cuenta, entre otros criterios, los indicadores de concentración y de participación de los operadores en el mercado, así como un análisis prospectivo de la evolución del mercado".

**i. Argumentos relativos al debido proceso: carga de la prueba y presunción de inocencia**

La carga de la prueba –tanto en materia judicial, como en lo relacionado con el presente trámite administrativo dada la remisión al CGP- se encuentra establecida en el artículo 167 del CGP, según el cual “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Frente a la carga de la prueba, la H. Corte Constitucional ha manifestado que “[u]na de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio “onus probandi”, el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo”<sup>675</sup>.

La doctrina autorizada ha establecido que la carga de la prueba es una regla de conducta que “determina a cuál de las partes le interesa demostrar los hechos que constituyen el fundamento de sus pretensiones o excepciones (...)”<sup>676</sup>.

De las anteriores citas se desprende que la carga de la prueba consiste en un deber procesal de todo interesado en una actuación, sea judicial o administrativa, de probar aquello cuya certeza alega.

**COMCEL** manifiesta que debe partirse del hecho de que no ostenta una posición dominante, y que además, existe en cabeza de la Comisión, la carga de probar la supuesta posición dominante, lo que no se ve reflejado en la expedición de las Resoluciones CRC 5108 y 5110 de 2017, con lo cual la CRC, en su parecer, ha violado el principio de la carga de la prueba y con ello su derecho al debido proceso.

Lo primero que debe señalarse es que la presente actuación administrativa no tiene por objeto discutir la validez de la Resolución CRC 5108 de 2017; no obstante, cabe decir que dicha resolución no tenía por objeto constatar la posición dominante de **COMCEL** en el mercado de “Servicios Móviles”, por lo que mal puede serle reprochado a la CRC no haber cumplido, en dicha resolución, con la carga de probar la dominancia de **COMCEL**. El mencionado acto administrativo se limitó, entre otros aspectos, a determinar la existencia de un mercado relevante denominado “Servicios Móviles” y a calificarlo como mercado susceptible de regulación ex ante, de conformidad con los principios y reglas contenidos en la Resolución CRT 2058 de 2009, hoy compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016.

En lo que hace referencia a la Resolución CRC 5110 de 2017, el mismo reproche debe ser desestimado. Como **COMCEL** sabe, tal resolución es un acto administrativo de trámite, que se limitó a iniciar una actuación administrativa tendiente a determinar si dicho proveedor ostenta una posición de dominio en el mercado susceptible de regulación ex ante denominado “Servicios Móviles” y, de ser el caso, analizar la imposición de medidas regulatorias de naturaleza particular y concreta, razón por la cual, para permitir el derecho de defensa y contradicción de **COMCEL**, la CRC le comunicó los hechos y consideraciones preliminares que motivaban a la Comisión para iniciar la actuación, y que precisamente serían, a lo largo de ella, objeto de debate probatorio, con el fin de resolver al final de la misma, con un acto administrativo definitivo, si tal posición de dominio existe o no, y de ser el caso, cuáles, si no todas, o ninguna, de las medidas anunciadas son procedentes.

En consecuencia, no puede reprocharse a la CRC que, en el acto de inicio de la actuación, no haya declarado y probado una situación concreta, como es la dominancia de **COMCEL**, que solo corresponde declarar y probar en el acto definitivo, como efectivamente se hace a través de esta resolución. De otra forma, la CRC habría adoptado, so pretexto de iniciar la actuación, un acto administrativo definitivo, en contravía de los propios derechos de **COMCEL**, y hubiera sido esa conducta, con seguridad, objeto de reproche. No se entiende cómo **COMCEL** insiste en acusar a

<sup>675</sup> Corte Constitucional, sentencia C-086 de 24 de febrero de 2016, Exp. D-10902, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>676</sup> AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de Derecho Procesal*, 4ª ed., T. VI, Bogotá, Ed. Temis, 2017, p. 45.

la Comisión de violar su derecho al debido proceso, por el solo hecho de respetarle sus derechos de defensa y de contradicción, que hacen parte del núcleo de aquel.

En lo que respecta a la presunción de inocencia, la misma se define como *"un derecho en virtud del cual la persona deberá ser tratada como inocente mientras no se demuestre lo contrario a través de un proceso judicial adelantado con todas las garantías, en el cual se le haya declarado judicialmente culpable mediante sentencia ejecutoriada"*<sup>677</sup>, y como derecho fundamental *"busca vincular a las autoridades que, en ejercicio de sus funciones, impongan sanciones de cualquier índole"*<sup>678</sup>.

Nótese que, de acuerdo con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, la presunción de inocencia en materia administrativa se predica de actuaciones sancionatorias, situación que en absoluto se identifica con la actuación particular que aquí se define. Como se dejó claro desde el inicio de la misma, su objeto consiste primero en agotar un análisis respecto de si existe o no posición dominante de **COMCEL** en el mercado "Servicios Móviles" y, en caso de ser afirmativa la respuesta, determinar si alguna o varias de las medidas propuestas en la Resolución CRC 5110 de 2017 serán o no adoptadas.

Por lo anterior, no tendría cabida invocar en el presente trámite la presunción de inocencia, pues la finalidad del mismo no es sancionar a **COMCEL**, sino declarar o no una dominancia en el mercado, y si procede adoptar unas medidas en pro del mejoramiento de las condiciones de competencia en el mercado de "Servicios Móviles".

No sobra resaltar, sin embargo, la contradicción en que incurre **COMCEL**, que, por una parte, reprocha a la CRC no haber probado la dominancia desde el inicio de la actuación -lo que en realidad corresponde al acto definitivo-, pero al mismo tiempo alega la vulneración de la presunción de inocencia por haber la CRC expuesto en el inicio de la actuación, los hechos y consideraciones preliminares que, correspondiendo a un acto de trámite, motivaron la misma, para que **COMCEL** ejerciera sus derechos a la defensa y a la contradicción.

**ii. Argumentos relativos a la definición del mercado relevante susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles"**

Para **COMCEL**, en esta actuación particular se debió haber definido el mercado a intervenir, lo que significa que era requisito de procedibilidad para el inicio de la misma haber declarado la existencia de un mercado relevante, que además fuera susceptible de regulación *ex ante*.

Como puede evidenciarse en el aparte de antecedentes del presente acto administrativo, es claro que la CRC, previo inicio de esta actuación, dio cumplimiento a lo establecido en la Resolución CRT 2058 de 2009 -compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016- con el fin de establecer la existencia del mercado relevante de "Servicios Móviles", el cual fue declarado susceptible de regulación *ex ante* por cumplirse los tres criterios allí establecidos -análisis de las condiciones de competencia en el mercado, potencial de competencia en el corto y mediano plazo y aplicación del derecho de competencia-.

Debe recordarse que, como se explicó en detalle en la sección 5.5 de la presente resolución, la adopción de medidas regulatorias generales o particulares en un mercado de redes o servicios de telecomunicaciones, en el marco de lo establecido en la Resolución CRC 5050 de 2016, que compila la Resolución CRT 2058 de 2009, presupone que la Comisión, mediante acto administrativo en firme, hubiera determinado previamente un mercado como mercado relevante susceptible de regulación *ex ante*, por lo cual no es correcto señalar -y ninguna norma del ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones así lo prevé- que una vez un mercado ha sido determinado por la Comisión como mercado relevante susceptible de regulación *ex ante*, la adopción de la regulación *ex ante* requiere que la Comisión, nuevamente, proceda a analizar el mercado susceptible de dicha regulación. El argumento presentado por **COMCEL**, entonces, luce sorprendentemente errado, pues parece estructurado por quien no conoce el régimen jurídico de las telecomunicaciones en Colombia.

<sup>677</sup> Corte Constitucional, sentencia C-003 de 18 de enero de 2017, Exp. D-11399, M.P. Aquiles Arrieta Gómez. Así es definida la presunción de inocencia en las Sentencias C-205 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV Rodrigo Escobar Gil; SV Marco Gerardo Monroy Cabra), C-271 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil; SPV Alfredo Beltrán Sierra; SPV Clara Inés Vargas Hernández), T-331 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño) y C-720 de 2007 (MP Catalina Botero Marino con AV).

<sup>678</sup> *Ibíd.*



Con el ejercicio de definición de mercados relevantes de la Resolución CRC 5108 de 2017, que, se reitera, no hace parte de la discusión de la presente actuación administrativa particular, se pudo determinar qué servicios pertenecen o no a un mercado relevante de telecomunicaciones para, a partir de allí, y previa aplicación de los tres criterios señalados en el artículo 3.1.2.3. de la Resolución CRC 5050 de 2016, calificarlo como mercado susceptible de regulación *ex ante*, a través de los elementos propios que la literatura económica ha construido para tal efecto y que **COMCEL** ha citado en sus alegatos. Es por esto por lo que la presente actuación administrativa particular se orienta a determinar la existencia o no de dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles" y a analizar las medidas aplicables a **COMCEL**, en caso de ser constatada su posición dominante, la cuales tienen impacto sobre la competencia del mercado al igual que sobre el bienestar de los consumidores, sin que se requiera, de nuevo, volver a llevar a cabo el ejercicio de determinación del mercado como susceptible de regulación *ex ante*.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la actividad que precedió el inicio de esta actuación fue adelantada en debida forma, y que la misma es suficiente para servir de sustento al acto de inicio, en este caso se cumplieron con todos los requisitos para proceder con el trámite, de modo que no puede darse validez a las afirmaciones de **COMCEL** al respecto.

En este punto es de recordar el argumento de **COMCEL**, según el cual, la CRC no estudió una realidad de mercado consistente en que en el mercado existen teléfonos "dual SIM" que permiten instalar más de una tarjeta SIM y por lo tanto contratar servicios de voz y datos con operadores distintos; hecho que, según **COMCEL**, contrarresta la afirmación de la CRC de que es técnicamente imposible consumir a través de un mismo terminal y una misma tarjeta SIM distintos servicios con distintos operadores. Sobre el particular, debe señalarse que en el documento soporte que acompañó al acto mediante el cual se inició la actuación administrativa, la CRC cumplió con lo que, para ese momento, le correspondía: comunicar al proveedor los hechos y consideraciones que, a ese respecto, habían motivado el inicio del trámite administrativo, de manera que **COMCEL** pudiera ejercer, en relación con ese aspecto, su derecho de defensa y de contradicción.

Fue precisamente producto de ello que, a lo largo de la actuación administrativa, se decretaron y practicaron diversas y numerosas pruebas, de carácter documental, testimonial y pericial, cuya valoración se expondrá en el numeral 8.1.7. relativo a las fallas de mercado y/o problemas de competencia, en el que se aborda el rol que los teléfonos "Dual SIM" juegan en el mercado, así como el efecto que en realidad tienen en el apalancamiento que **COMCEL** realiza en su posición en el mercado de voz, para transferir su dominancia al mercado de "Servicios Móviles".

En consecuencia, no puede **COMCEL** pretender que en el acto administrativo que dio inicio a la actuación, que se limitaba a concretar su objeto y exponer los hechos y consideraciones preliminares que motivaron dicho inicio, la CRC agotara, sin el concurso del interesado y de manera definitiva, la totalidad del asunto, pues precisamente la actuación administrativa persigue que la administración solo adopte una decisión cuando, después de oír al interesado y practicar las pruebas conducentes, pertinentes y útiles, tenga certeza sobre los hechos, y confirme o no las consideraciones y motivos que le llevaron a iniciarla.

### iii. Argumentos relativos a los criterios para definir la posición dominante

Como se mencionó previamente, en su escrito **COMCEL** se limitó a enlistar los criterios que se anunciaron en el acto de inicio para determinar si tenía o no posición de dominio en el mercado de "Servicios Móviles", añadiendo que solo se tuvo en cuenta el criterio de participación de mercado para establecer la dominancia, y que el mismo no es suficiente para ello.

Sobre el particular, debe señalarse en primer lugar que no es cierto que en la Resolución CRC 5110 de 2017 la Comisión solamente hubiera tenido en cuenta el criterio de participación para motivar el inicio de la actuación administrativa, como quiera que esta Entidad fue explícita, en el numeral "4. *Análisis de la eventual posición dominante de COMCEL en el mercado de "Servicios Móviles"*", en señalar que el tamaño del operador o su participación de mercado son indicadores necesarios, pero no suficientes, para caracterizar la posición que ostenta un operador particular en un mercado relevante y que, en este sentido, los criterios económicos para la determinación de posición dominante de un operador corresponden a un grupo de herramientas que de manera conjunta conforman la evidencia que permite afirmar que el mismo está en capacidad de fijar

condiciones económicas a sus usuarios de manera independiente a sus competidores, como lo son el tamaño relativo, el tamaño absoluto, las barreras a la entrada y el análisis de competencia potencial. Todos estos aspectos fueron objeto de consideraciones preliminares en el documento soporte y, posteriormente, vendrían a ser, a lo largo de la actuación administrativa, objeto de debate probatorio con **COMCEL**.

Ahora bien, como ocurre con los asuntos objeto de reproche que se acaban de resolver, en este caso tampoco podía pretender el operador que la CRC agotara completa y definitivamente desde el inicio de la actuación y sin el concurso de aquel, la cuestión relacionada con los criterios a partir de los cuales se concluye la existencia de dominancia en el mercado, que en últimas sólo pueden ser abordados de manera concluyente en el acto administrativo definitivo. Justamente, el texto de la presente resolución revela de manera suficiente el análisis completo e integral de todos los criterios que se evalúan para constatar la dominancia y los elementos de los que se pudo servir el proveedor para alcanzarla.

A esos efectos, nos remitimos a los numerales 8.1.2, 8.1.3, 8.1.4, 8.1.5, 8.1.6, 8.1.7 y 8.1.8 del presente acto administrativo, en el que se desarrollan a fondo cada uno de los criterios que fueron utilizados en el análisis de competencia<sup>679</sup> necesario para establecer la dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles" y los mecanismos utilizados para llegar a esta, a saber: (i) tamaño relativo; (ii) tamaño absoluto; (iii) barreras a la entrada; (iv) competencia potencial; (v) fallas de mercado y/o problemas de competencia; y (vi) conducta de la firma.

#### **8.1.1.2. Sobre la solicitud de revisión del mercado de "Servicios Móviles" fundamentada en los cambios que este ha tenido**

En los documentos con radicados 2020807642 del 16 de julio de 2020, **COMCEL** solicitó a la CRC que, al interior de la presente actuación, revisara el mercado susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles". Para sustentar tal solicitud, invocó el artículo 9 de la Resolución CRT 2058 de 2009, compilado en la Resolución CRC 5050 de 2016, y argumentó que la materialización de hechos y la adopción de medidas normativas que han tenido impacto en el mercado de "Servicios Móviles", generan la necesidad de su revisión.

Tales hechos y medidas son, en sentir de **COMCEL**: **(i)** lo indicado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el concepto de Abogacía de la Competencia rendido en esta actuación, en cuanto a la necesidad de revisar los efectos de la subasta de espectro 4G de 2013 y de la expedición de las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017 en el mercado; **(ii)** el comportamiento de las inversiones en el periodo comprendido entre el 2015 y 2019 por parte de los proveedores AVANTEL S.A.S., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P y el mismo **COMCEL**, teniendo en consideración las inversiones llevadas a cabo por este último y las dejadas de hacer por los demás; **(iii)** la subasta de espectro efectuada en 2019 en la que ingresó un nuevo competidor, PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. adquirió el mayor bloque en la banda de 700 MHz; **(iv)** la decisión de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. encaminada a dejar de invertir en Colombia, lo cual se evidencia en que dicho proveedor no haya adquirido permisos de espectro en la más reciente subasta; **(v)** la integración empresarial surtida entre PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S. y AVANTEL S.A.S.; y **(vi)** la creciente y relevante participación de servicios ofrecidos por los proveedores OTT.

Como consecuencia de lo anterior, **COMCEL** le pidió a la CRC que: **(i)** realizara los estudios solicitados por la Superintendencia de Industria y Comercio en el concepto de Abogacía de la Competencia con radicado 2018-339645 del 22 de febrero de 2019, rendido en la presente actuación, sobre los efectos de la subasta de espectro 4G de 2013 y las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017 sobre la competencia y el mercado; **(ii)** realizara el estudio de impacto y efecto en el mercado de la asignación de espectro en las bandas de 700 MHz, 1900 MHz y 2500 MHz de diciembre de 2019; **(iii)** realizara la revisión del impacto en el mercado de cualquier otro acto administrativo general no enunciado; **(iv)** pusiera en conocimiento de **COMCEL** y de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el último caso, para que se pronuncie en su función

<sup>679</sup> De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.1.3.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016 "OPERADORES CON POSICIÓN DOMINANTE. Para establecer los operadores que ostentan posición dominante en un mercado relevante susceptible de regulación ex ante, la CRC realizará un análisis de competencia en el cual se tenga en cuenta, entre otros criterios, los indicadores de concentración y de participación de los operadores en el mercado, así como un análisis prospectivo de la evolución del mercado" (NFT)

de Abogacía de la Competencia "*previa la adopción de una decisión en la actuación*"; y **(v)** otorgara las garantías a **COMCEL** en respeto del debido proceso y el derecho de defensa.

Es de recordar que con el documento con radicado 2020808059 del 25 de julio de 2020, **COMCEL** pidió que la CRC no tomara una decisión de fondo en la presente actuación, hasta tanto no se realizara el estudio del mercado de "Servicios Móviles" solicitado en el documento del 16 de julio de 2020.

En el documento con radicado 2020808912 del 10 de agosto de 2020, **COMCEL** señaló que daba alcance a su solicitud del 16 de julio de 2020. Mencionó que se debía tener en cuenta dentro de la revisión del mercado susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles" lo indicado por esta Comisión en el documento denominado "*Revisión de las condiciones de remuneración del Roaming Automático Nacional. Objetivos y alternativas regulatorias*".

En concepto de **COMCEL**, en dicho documento la Comisión "*reconoce los acelerados cambios en los servicios de telecomunicaciones móviles*", ya que los planes tarifarios han ido migrando a fin de ofrecer capacidad ilimitada de voz y tasar el consumo por segundos y, en lo que respecta a datos, se han dirigido a entregar mayor capacidad de navegación e incluso incluir el acceso a determinadas redes sin consumo, situaciones estas que eran impensadas en 2016.

De otra parte, en el escrito con radicado 2020810008 del 1º de septiembre de 2020, **COMCEL** se refirió a las respuestas a los cuestionarios formulados por la Comisión Sexta Constitucional de la Cámara de Representantes en virtud del debate de control político al que fue citada esta Entidad y que se llevó acabo el 2 de septiembre de 2020. Subrayó que en dicho debate la CRC expuso información incompleta, la cual, en últimas lleva a conclusiones erradas y sesgadas.

Luego de hacer referencia a cifras relacionadas con la inversión de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, indicó que existe una relación directa entre esta inversión y la participación en el mercado, la cual no fue evidenciada por esta Comisión.

Asegura que la CRC omitió aludir a la forma como se han reducido las tarifas minoristas, fenómeno que sirve como "termómetro" a efectos de identificar la existencia o ausencia de posición de dominio en el mercado.

En suma, en concepto de **COMCEL**, la CRC: **(i)** omitió informar sobre la evolución de las inversiones de los distintos proveedores; **(ii)** omitió informar la relación entre la inversión y la participación en el mercado; **(iii)** omitió informar que la Superintendencia de Industria y Comercio, al conceptuar en sede de Abogacía de la Competencia en el presente trámite, reconoció que la participación en el mercado de **COMCEL** se debe a las mayores inversiones que realiza; **(iv)** omitió informar que en ese concepto, la Superintendencia afirma que no existe el sustento probatorio que permita concluir que **COMCEL** es dominante; y **(v)** omitió informar sobre el comportamiento de los precios minoristas.

A partir de lo anterior, solicitó el archivo de esta actuación pues, considera que: su participación en el mercado es fruto de sus mayores inversiones; los demás proveedores no han efectuado las inversiones que les corresponde; los precios minoristas de voz y datos móviles mantienen una tendencia decreciente; por lo que no hay evidencia sobre los supuestos problemas de competencia y mucho menos sobre la existencia de dominancia por parte de **COMCEL**.

### **Consideraciones de la CRC**

**COMCEL** solicitó la revisión del mercado susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles" argumentando la existencia de situaciones que, en su sentir, traen consigo que en el seno de tal mercado se han producido cambios. Pidió a su vez la suspensión de la presente actuación hasta tanto no se realizara la revisión del mercado previamente solicitada. A la par, efectuó diversas solicitudes que asoció a la materialización de dichos cambios y, finalmente, pidió el archivo de la presente actuación por estimar que no ostenta posición dominante el mercado susceptible de regulación ex ante.

Lo primero que debe señalarse es que la solicitud de **COMCEL** se encamina a que la CRC lleve a cabo una revisión del mercado susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles" y su nivel de competencia y, justamente, eso es lo que la Comisión efectúa en el presente acto administrativo. En efecto, constatar si **COMCEL** tiene o no posición dominante en el mercado

susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles" trae consigo la revisión exhaustiva de ese mercado y las condiciones de competencia del mismo, hasta el momento de la expedición del acto administrativo que la concluya.

Lo descrito se demuestra al evidenciar que el análisis en torno al impacto que tuvo la subasta de 2013 en el mercado de "Servicios Móviles", amén de ser planteado al momento de constatar su existencia en la Resolución CRC 5108 de 2017 y en el documento soporte que acompañó el acto administrativo con el que se dio inicio a esta actuación, es plasmado en la presente Resolución tanto en la sección 8.1.4 como en la sección 8.1.5, en dónde se explican los resultados de la mencionada subasta así como también la evolución de las cuotas de mercado tanto de los proveedores incumbentes como de aquellos que entraron al mercado luego de esta. Así mismo, en la sección 8.1.3, se exponen los cambios en términos de infraestructura y cobertura de los proveedores móviles que operan en el país, dando cuenta de los efectos de la mencionada subasta en el despliegue de infraestructura móvil.

Así mismo, ha de tenerse en cuenta que a lo largo de la sección 8.1.5 del presente acto administrativo se lleva a cabo un análisis respecto del impacto de la subasta de espectro de 2019 como parte del estudio prospectivo de la evolución del mercado, incluyendo conclusiones acerca de la competencia potencial en el corto y mediano plazo producto de la asignación de dicho recurso escaso. Vale la pena resaltar, que dicho análisis de competencia en el corto y medio plazo hace parte del análisis prospectivo de la evolución del mercado que dicta el artículo 3.1.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 como parte de los estudios necesario para constatar la posición dominante de uno o más operadores en un mercado relevante determinado.

En este punto cabe poner de presente que no hay lugar acceder a la solicitud de incluir dentro de la revisión de mercado los agentes que prestan servicios Over The Top (OTT), pues es claro que dichas aplicaciones no hacen parte de la composición de mercado de "Servicios Móviles" tal y como fue identificado en los Documentos que acompañaron la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, sin perjuicio de las consideraciones que más adelante se hacen, en las que estos se mencionan al analizar la hipótesis de la perito Marcela Meléndez respecto de la conducta de apalancamiento estratégico de **COMCEL**.

Ahora bien, es de advertir que la petición de **COMCEL** según la cual la CRC debe revisar el impacto que cualquier norma o acto administrativo no mencionado por dicha sociedad haya tenido en el mercado, es a todas luces una solicitud vaga y etérea, pues además de imposibilitar la identificación de las disposiciones normativas cuyo efecto en su sentir debe ser analizado, tampoco permite establecer el grado de impacto que las mismas pudieron tener o no en el mercado. En ese sentido, no es procedente dicha solicitud toda vez que el objeto de la presente Actuación Administrativa es constatar o no la posición dominante de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles" y por tal razón esta comisión hace un análisis de competencia en dónde expone una serie de indicadores y analiza su evolución dando cuenta no solo del estado actual del mercado y sus dinámicas, incluyendo los efectos de las medidas regulatorias, sino también de la prospectiva del mercado en estudio analizando su comportamiento en el corto y mediano plazo. Por lo anterior, es pertinente recordar que en las secciones 8.1.2 a 8.1.8 de la presente Resolución, se desarrolla todo el análisis de competencia del mercado de "Servicios Móviles", evidenciando los efectos que las diversas medidas implementadas por la CRC han tenido en los mercados móviles del país. Es notorio, entonces, que, en el marco del objeto definido para la presente actuación, la CRC debe realizar una revisión *pormenorizada y actualizada* de las condiciones del mercado susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles", teniendo en cuenta las dinámicas propias de mercado y las eventuales variaciones que en este se hayan registrado.

En esa medida, no hay lugar a acceder a la solicitud de **COMCEL** consistente en que se suspenda la presente actuación hasta tanto se realice la revisión del mercado susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles", ya que es claro que la definición de la presente actuación comporta tal revisión toda vez que el mismo artículo 3.1.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, incluye no solo un análisis de competencia sino también un análisis prospectivo de la evolución de mercado como elementos necesarios y suficientes para la constatación de dominancia de uno o más agentes en un mercado relevante determinado. En otras palabras, carece de sentido tener que suspender esta actuación cuando es lo cierto que la revisión del mercado es el camino que se debe recorrer para resolverla.

Es de recordar que el actuar de la CRC está gobernado por los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución. Dentro de estos principios se encuentran los de eficiencia<sup>680</sup>, economía<sup>681</sup> y celeridad<sup>682</sup> que impiden imponer trabas innecesarias en desarrollo de las actuaciones administrativas. Suspender esta actuación para efectuar una revisión que es parte de la misma, además de ser una petición que carece de sustento normativo, desconoce los anotados principios.

En lo que respecta a la solicitud consistente en que se efectúen los análisis indicados por la Superintendencia de Industria y Comercio en el concepto de Abogacía de la Competencia formulado para esta actuación, cabe poner de manifiesto que en la sección 8.1.9 de esta decisión administrativa, la CRC aborda de manera detallada lo expuesto por dicha Superintendencia en torno a lo inicialmente establecido por la Comisión en el proyecto de resolución respecto de la posición dominante de **COMCEL** en el mercado susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles". Allí se alude a cada una de las afirmaciones y conclusiones a las que llega la Autoridad de Competencia, precisando cuáles no resultan procedentes y cuáles se atendieron mediante ajustes al proyecto de resolución. Con ello, la CRC da cumplimiento a lo establecido en el artículo 2.2.2.30.9 del Decreto 1074 de 2015 en cuanto al deber de manifestar, de manera expresa, dentro de las consideraciones del acto administrativo, los motivos para apartarse en lo que corresponda de lo expresado por la Superintendencia.

De este modo, esta Comisión se remite a lo señalado en la sección 8.1.9 a fin de dar respuesta a las solicitudes de **COMCEL** dirigidas a que la CRC realice los estudios y análisis propuestos por la Superintendencia de Industria y Comercio en el Concepto de Abogacía de la Competencia rendido en este trámite.

Por lo demás, no hay lugar a acceder a la solicitud de **COMCEL** relativa a que se ponga en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio los análisis acá efectuados en torno al comportamiento actual del mercado de "Servicios Móviles" para que rinda concepto de Abogacía de la Competencia. Lo anterior en la medida que, como es conocido por dicho operador y es explicado en este Acto Administrativo, dicho trámite ya se surtió con estricto apego a lo determinado en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y el capítulo 30 del Decreto 1074 de 2015.

En lo referente a la petición de que los análisis en relación con el mercado se pongan en conocimiento de **COMCEL**, cabe señalar que, de conformidad con el procedimiento fijado en el CPACA, el cual rige la presente actuación, en la medida en que, como se indicó, tales análisis se encuentran consignados en esta Resolución, estos serán conocidos por **COMCEL**, como no podría ser de otra manera, una vez este acto administrativo le sea notificado. No hay lugar, por consiguiente, a que esos análisis sean comunicados a **COMCEL** antes de que se adopte la decisión de la presente actuación, porque, al ser dichos análisis aspectos propios de este Acto Administrativo, lo pedido por **COMCEL** es tanto como que a dicho proveedor se le comunique o notifique la presente decisión antes de que sea expedida; algo que no tiene sustento normativo.

Expuesto lo anterior vale puntualizar, en lo que atañe a las consideraciones presentadas por **COMCEL** frente a las respuestas dadas por esta Comisión el 26 de agosto de 2020 al cuestionario formulado por la Honorable Comisión Sexta de la Cámara de Representantes en sede de control político, que la manera en que la CRC responde a requerimientos efectuados por el Congreso de la República en ejercicio de control político no hace parte del objeto de la presente actuación administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de señalarse que la CRC respondió a cabalidad cada una de las preguntas planteadas con respaldo en la información y en los datos que tiene en su poder, de manera que no puede ser de recibo la afirmación de **COMCEL** según la cual la CRC presentó datos parciales o errados. Esta Entidad, se insiste, contestó en el ámbito de sus competencias,

<sup>680</sup> Según el numeral 11 del artículo 3º del CPACA, "[e]n virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa".

<sup>681</sup> De acuerdo con el numeral 12 del artículo 3º del CPACA, "[e]n virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas".

<sup>682</sup> De conformidad con el numeral 13 del artículo 3º del CPACA, "[e]n virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas".

con precisión, veracidad y exactitud cada uno de los puntos planteados en los cuestionarios remitidos por la Honorable Cámara de Representantes y, adicionalmente, aclaró en el debate de control político, efectuado el 2 de septiembre de 2020, las inquietudes que los Honorables Representantes formularon, a tal punto que en una votación de 14 contra 3, la Comisión Sexta de la Cámara de Representantes se declaró satisfecha con las respuestas dadas por la CRC.

Por supuesto, valga aclarar, ni en tal respuesta ni en el debate de control político, el Director Ejecutivo de esta Comisión dio detalles sobre los análisis llevados a cabo al interior de la presente actuación, precisamente para resguardar el derecho al debido proceso de **COMCEL** y garantizar la imparcialidad que fundamenta este trámite.

A partir de lo descrito, no hay lugar a aceptar la solicitud de **COMCEL** enfocada en que esta Comisión archive la presente actuación por cuenta de los datos que sustentaron las respuestas dadas a la Cámara de Representantes en el debate de control político antes mencionado. En lo concerniente a los datos mostrados por **COMCEL** en el documento en el que refirió a tal respuesta, es de señalar que estos hacen parte del comportamiento del mercado, el cual, reitérese, es objeto de análisis a lo largo del presente Acto Administrativo. Por lo demás, adviértase que el actuar de esta Comisión ante el Congreso de la República no puede estar sujeto a la validación o apreciación subjetiva de un agente del mercado.

### **8.1.1.3. Consideraciones jurídicas de COMCEL en relación con la dominancia**

**COMCEL** se refiere en este punto a la definición comunitaria europea de la posición dominante, en los siguientes términos: *"la posición de fortaleza económica de una empresa que le permite evitar que un (sic) mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes, y en último extremo, de los consumidores"*.

**COMCEL** cita el informe de ponencia presentado por el constituyente colombiano en lo referente al artículo 333 de la Norma Superior para significar que los procesos de ampliación del mercado derivados de la integración económica y la internacionalización de la economía generan grados notables de especialización en las unidades de producción, lo que deviene en una mayor concentración de las mismas que no es por sí ilícita. Por ende, añade, la concentración no debe ser reprimida per se, sino cuando asuma la forma concreta de prácticas restrictivas de la competencia o la libertad económica, perjudicando con ello a la comunidad.

En este mismo sentido, alude a la sentencia de la Corte Constitucional C-228 de 2010, según la cual la posición dominante no puede considerarse, en sí misma, como una infracción al derecho de la competencia, restringiéndose tal afectación a los comportamientos del agente constitutivos de abuso de la posición de dominio.

Manifiesta que la Constitución Política permite la posición dominante pero no su abuso, y que, si **COMCEL** ha llegado a una posición de dominio en libre competencia, es porque es más eficiente que los demás operadores. Así, la CRC está desconociendo la Constitución con la presente actuación administrativa, pues lo que está buscando es reprimirlo para beneficiar a los demás y forzar la entrada de nuevos agentes, generando beneficios a los competidores, pero no a la competencia ni a los consumidores.

En opinión de **COMCEL**, le está prohibido al Estado pretender evitar posiciones de agentes con participaciones mayoritarias, pues ello atenta contra la Constitución. Indica que si bien es cierto que le está permitido a la autoridad administrativa intervenir el mercado, ello se hace exclusivamente para evitar abusos a la posición dominante, mas no para impedir que una empresa adquiera dicha posición en un mercado cualquiera.

Citando la sentencia de la Corte Constitucional a la que se hizo referencia anteriormente, afirma que la intervención del Estado debe limitarse a conductas o prácticas contrarias a la honestidad y lealtad comercial, que se resumen en (i) imponer precios; (ii) limitar la producción; (iii) aplicar en las relaciones contractuales condiciones desiguales; y (iv) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

**COMCEL** se refiere al derecho comparado para reafirmar su posición según la cual este tampoco prohíbe la existencia de una posición dominante, sino el abuso de la misma, lo cual resulta

concordante con el estado y la técnica actual de las empresas, las cuales mediante integraciones e inversiones extranjeras buscan adquirir mayores participaciones en el mercado.

Para esos efectos, **COMCEL** transcribe el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a saber:

*"Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.*

*Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:*

*a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*

*b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*

*c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*

*d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos".*

También transcribe parcialmente en este aparte el artículo 2 de la Ley española 15 de 2007, "*de Defensa de la Competencia*"; con todo, aquí se transcribe de manera íntegra para mayor claridad:

*"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*

*2. El abuso podrá consistir, en particular, en:*

*a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.*

*b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*

*c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*

*d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

*e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.*

*3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal".*

Adicionalmente, **COMCEL** se refiere a la doctrina especializada y a la jurisprudencia del Real Tribunal de Defensa de la Competencia para reiterar que "[E]l que un operador tenga esa aptitud [la posición de dominio] dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios, y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio".

Según **COMCEL**, lo que pretende la CRC es impedir que ostente una posición de dominio en el mercado de "Servicios Móviles"; decisión que califica como ilegal e ilícita ya que, en su opinión, desborda por completo las funciones que se le han otorgado a esta Comisión.

En este punto, reitera su argumento según el cual no existe disposición legal alguna que impida a **COMCEL** ostentar una posición de dominio en cualquier mercado, razón por la cual la CRC está violando sus derechos para favorecer los intereses particulares de los demás competidores en el mercado de "Servicios Móviles".

Cita doctrina española, en particular un artículo titulado "*El abuso de la posición de dominio en el régimen jurídico español*" de JIMÉNEZ LA TORRE Y CAÑIZARES, en el que se recomienda que cuando se identifique el conjunto de productos que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, esto es, un mercado que podría denominarse relevante, no debe perderse de vista el factor temporal, pues los mercados son profundamente dinámicos y es normal que su configuración funcional y especial varíe con el tiempo. Por ello, afirma, la situación competitiva de un mercado debe apreciarse en un espacio temporal que tenga la amplitud precisa, para permitir calibrar con la mayor corrección posible la dimensión dinámica de la competencia de ese mercado.

**COMCEL** afirma que, teniendo en cuenta lo dicho con anterioridad, puede decirse que la posición dominante es una condición temporal, ya que requiere del análisis de diversos factores delimitados dentro de un espacio de tiempo determinado, que eventualmente pueden dar lugar a la conclusión de que quien fue dominante en algún momento ya no lo es, y viceversa.

También asevera que la CRC le ha impuesto una declaratoria permanente de posición de dominio, sin entrar a definir la existencia de cambios en razón a las nuevas condiciones que se han presentado en el mercado.

Según **COMCEL**, "[L]o que está haciendo la CRC es legislando por vía de Resoluciones, pues le está imponiendo (...) unas cargas que no tienen nada de provisionales".

#### **Consideraciones de la CRC:**

El elemento central del argumento de **COMCEL** es que, como el artículo 333 de la Constitución Política no prohíbe la posición dominante sino el abuso que de ella se haga en el mercado, entonces la CRC no puede, en el ejercicio de sus funciones, constatar la posición dominante de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles" y adoptar medidas regulatorias particulares con el fin de corregirla o mitigarla, como instrumento para promover una competencia efectiva.

Dicha aproximación, ya alegada por **COMCEL** en otras oportunidades<sup>683</sup>, debe ser de nuevo rechazada por esta Comisión, dado que, al estar construida sobre la lógica sancionadora del derecho de la competencia, ignora la lógica regulatoria del derecho de las telecomunicaciones; confunde ambos regímenes jurídicos; desatiende la regulación a cargo de las comisiones de regulación de servicios públicos como modalidad de intervención del Estado en la economía a la luz del artículo 334 de la Constitución; olvida el objeto de la CRC y desconoce la naturaleza de la dominancia como falla de mercado. A continuación, se abordarán en detalle los anteriores aspectos:

#### **(i) La lógica regulatoria del derecho de las telecomunicaciones.**

En la mayoría de los países, el ordenamiento jurídico diferencia los regímenes jurídicos sectoriales, del régimen general de protección de la competencia. Si bien ambos regímenes tienen como común denominador su interés en la libre competencia en los mercados, los primeros establecen los principios y reglas conforme los cuales los agentes económicos deben desarrollar determinada actividad, como lo es la prestación de un servicio público (de energía eléctrica, telecomunicaciones, gas, o acueducto y alcantarillado), en un marco de liberalización en el cual una de las principales funciones del Estado es promover la competencia efectiva en los mercados, bien por tratarse de sectores tradicionalmente monopólicos, o de sectores con características estructurales que, aunque admiten algún grado de competencia, dificultan sus dinámicas naturales, por ejemplo por los altos costos hundidos, los altos costos fijos, las economías de escala y alcance, las externalidades de red, etc.

A diferencia de los regímenes sectoriales, el régimen de protección de la competencia no busca promover la competencia efectiva en los mercados, sino proteger la competencia existente en

<sup>683</sup> Véase por ejemplo la actuación administrativa que culminó en la expedición de las resoluciones CRC 4002 y 4050 de 2012.



ellos, a través de normas que, por regla general, aplican de manera transversal a todos los sectores de la economía, que prohíben y sancionan las prácticas restrictivas de la competencia, sea en la modalidad de acuerdos anticompetitivos o de abuso de la posición dominante, a la vez que permiten a la respectiva autoridad la objeción de integraciones empresariales si constatan que, de llevarse a cabo, lesionarían efectivamente la competencia en el mercado.

Así, mientras los regímenes sectoriales confieren competencias a órganos reguladores que tienen por objeto promover la competencia, a través de, entre otros instrumentos, la expedición de medidas regulatorias imperativas que buscan hacer más competitiva la estructura de los mercados, e imponer obligaciones generales y particulares que disciplinan y limitan el ámbito y libertad de los agentes económicos, el régimen de protección de la competencia confiere facultades a la autoridad de competencia para vigilar y sancionar a quienes incurran en acuerdos anticompetitivos o de abuso de la posición dominante.

Al explicar la diferencia entre ambos campos de acción de la administración pública en los mercados, la doctrina autorizada señala:

*"No debe entenderse que el Derecho de la competencia y la regulación sectorial son instrumentos incompatibles. Por el contrario, y en palabras de la judicatura americana: "regulation and antitrust aim at similar goals –i.e., low and economically efficient prices, innovation, and efficient production methods- but they seek to achieve these goals in very different ways".*

*Si bien en el pasado, particularmente en los Estados Unidos, la regulación actuó como excepción al Derecho de la competencia, en la actualidad la regulación sectorial suele alinearse con los objetivos propios del Derecho de la competencia. De hecho la intervención reguladora en lo fundamental persigue los mismos objetivos que las normas de defensa de la competencia, partiendo de premisas similares y utilizando mecanismos, si no parecidos cuanto menos relacionados. De hecho, **es posible defender que la normativa sectorial a menudo se limita a adelantar la línea de intervención pública, a través de mecanismos más agresivos de intervención.***

***El elemento definitorio de las normas de defensa de la competencia es su carácter proscriptivo. Estas normas prohíben comportamientos que pueden dañar la estructura de la competencia. De hecho, constituye un derecho fundamentalmente sancionador. Suele apuntarse entre sus rasgos fundamentales el hecho de que la intervención se produce ex post, una vez el comportamiento distorsionador ha tenido lugar. Esto resulta cierto por lo que respecta a las conductas colusorias y a los abusos de posición de dominio. (...)***

***La regulación sectorial, por el contrario, es más amplia, en el sentido de que no sólo contempla obligaciones de no hacer, sino que también, y fundamentalmente, impone obligaciones positivas, obligaciones de hacer. A título de ejemplo, si la normativa de competencia prohíbe la negativa de suministro, la normativa sectorial prevé la obligación de proporcionar acceso, en condiciones determinadas y a precios orientados a costes<sup>684</sup> (NFT).***

La Unión Europea es ejemplo de lo anteriormente dicho en materia de telecomunicaciones. Para acompañar la apertura del mercado de las telecomunicaciones a la competencia, la UE adoptó un marco regulador de las telecomunicaciones, allí denominadas comunicaciones electrónicas, que inicialmente se compuso de una Directiva Marco (2002/21/CE) y cuatro Directivas más: la Directiva de autorización (2002/20/CE), la Directiva de acceso (Directiva 2002/19/CE); la Directiva de servicio universal (2002/22/CE), y la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (2002/58/CE), hoy integradas en el nuevo Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, adoptado mediante la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de diciembre de 2018.

Tales Directivas debían ser trasplantadas al ordenamiento interno de cada Estado miembro de la Unión, como deben serlo los nuevos aspectos del Código, y contienen diversas competencias en favor de las denominadas autoridades nacionales de regulación o reglamentación, que tienen por objeto promover la competencia efectiva en mercados de comunicaciones electrónicas que carecen de ella por existir uno o varios agentes con Poder Significativo de Mercado (PSM)<sup>685</sup>, término equivalente al concepto de posición dominante definido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas<sup>686</sup>.

<sup>684</sup> MONTERO PASCUAL, J. Derecho de las Telecomunicaciones. Tirant lo Blanch. Primera Edición (2007) pp. 80-81.

<sup>685</sup> Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002. Numeral 27

<sup>686</sup> Ibidem., Numeral 25

A su turno, el denominado "Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea" -TFUE- contiene, en sus artículos 101 y 102, los dos pilares sobre los que se asienta el sistema europeo de defensa de la competencia. El artículo 101 prohíbe los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Por otro lado, el artículo 102 prohíbe la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Ejemplos de explotación abusiva de una posición dominante son la negativa injustificada a suministrar productos o prestar servicios, condicionar la venta de un producto a la compra de otro, u otros comportamientos que supongan la exclusión de competidores o puedan producir el denominado "cierre anticompetitivo del mercado".

Así, el concepto de "Posición dominante" pertenece al ámbito *"del Derecho de la Competencia, y su concreción se lleva a cabo a los efectos de concluir si se ha incurrido en abusos que alteren la estructura competitiva de los mercados relevantes. Se trata de una noción ampliamente tratada a nivel nacional y comunitario tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y la Comisión Europea"*<sup>687</sup>.

Por su parte, el concepto de "Poder Significativo de Mercado" se encuadra *"en la esfera de la legislación sectorial de aplicación y su delimitación se efectúa, antes como ahora, con el fin de determinar la necesidad o no de imponer a un operador ciertas obligaciones específicas"*<sup>688</sup>.

Lo propio ocurre en Colombia. La Ley 1341 de 2009, *por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-*, modificada por la Ley 1978 de 2019, constituye el régimen jurídico sectorial de la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, actividad que califica como servicio público, y establece, entre los principios orientadores del artículo 2, el de la libre competencia, según el cual: *"[e]l Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad (...)"*. (SFT)

También establece en su artículo 4, modificado por el artículo 4 de la Ley 1978 de 2019, que, en desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, el Estado intervendrá en el sector de las TIC para, entre otros fines, *"5. Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia."* (SFT)

A esos efectos, el artículo 19<sup>689</sup> de la precitada Ley dispone que la Comisión de Regulación de Comunicaciones es el órgano encargado de promover la competencia en los mercados, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad, para lo cual le impone como mandato a esta entidad: el de adoptar una regulación que *"incentive la construcción de un mercado competitivo"* que desarrolle los principios orientadores de la misma Ley.

El artículo 22 de la Ley 1341<sup>690</sup>, por su parte, le confiere a la CRC, entre otras, competencias para:

- Establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios.
- Promover y regular la libre competencia y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, puediendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado.

<sup>687</sup> CALVO DÍAZ, Gloria. *La definición y análisis de los mercados relevantes y la determinación de los operadores con peso significativo en el mercado*. En: TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Derecho de la Regulación Económica*, T. IV. Telecomunicaciones, Madrid, Iustel, 2009, p. 347.

<sup>688</sup> *Ibíd.*, pp. 347-348.

<sup>689</sup> Modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019

<sup>690</sup> Modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019

- Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes; los parámetros de calidad de los servicios; los criterios de eficiencia del sector y la medición de indicadores sectoriales para avanzar en la sociedad de la información; y en materia de solución de controversias.
- Regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, hacia una regulación por mercados.

En adición a lo anterior, el artículo 23 de la citada Ley 1341 dispone que, aunque los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones podrán fijar libremente los precios al usuario, la CRC podrá regular estos precios cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla de mercado o cuando la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos.

Finalmente, en materia de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones, el artículo 50 de la Ley *ibidem* establece que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para asegurar, entre otros objetivos, la "4. Promoción de la libre y leal competencia."

Por su parte, el régimen general de protección de la competencia está constituido por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen<sup>691</sup>, que en su estructura se aproxima al régimen europeo.

En efecto, conforme el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, están prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.

A su turno, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 establece que, están prohibidas, en los términos de la Ley 155 de 1959 y de tal decreto, las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

En tanto que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece los tipos de acuerdos contrarios a la competencia, el artículo 50 dispone que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. *La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.*
2. *La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.*
3. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.*
4. *La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.*
5. *Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.*

<sup>691</sup> Ley 1340 de 2009. Art. 4.

*6. Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.*

Según el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al Superintendente de Industria y Comercio le corresponde, por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

De ahí que, ciertamente, el régimen general de protección de la competencia está en gran medida diseñado para sancionar el abuso de la posición dominante, prohibido por el artículo 333 de la Constitución, pero de ello no se sigue, como equivocadamente lo señala **COMCEL**, que el Estado no pueda, a través de la CRC y en virtud de los fines y las competencias previstas en la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, constatar la posición dominante individual o conjunta en un mercado relevante de telecomunicaciones, y adoptar, en función de ello, medidas regulatorias para promover la competencia, habida consideración de que, como se detallará en el acápite siguiente, la dominancia constituye una falla de mercado, no sólo por el poder sustancial de mercado asociado a ella, sino porque no existe suficiente competencia, o competencia efectiva, como se señala en el ámbito europeo, cuando un agente económico, o varios conjuntamente, tienen la capacidad de determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado o, lo que es lo mismo, el poder de influir en los precios, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios u otros parámetros de la competencia en el mercado durante un período de tiempo significativo.

**(ii) Posición dominante: definición, evolución y marco legal. La posición dominante como falla de mercado que impide la competencia efectiva.**

La posición de dominio o dominante es un concepto que tiene su origen en el derecho de la competencia, que poco a poco se ha abierto camino en otras disciplinas del derecho. Una de ellas es el derecho regulatorio, el cual sufrió una gran transformación al incorporar a sus fundamentos bastantes herramientas del derecho de la competencia, una de las cuales fue el concepto bajo análisis.

Precisamente, para sancionar el abuso de la posición dominante, el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 la define como *"La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado"*.

Tal concepto, sin embargo, se introdujo tempranamente en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones para efectos regulatorios. Fue así como, la Ley 142 de 1994, por la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y que por más de 15 años se aplicó a los servicios de telefonía pública básica conmutada fija local, local extendida y de larga distancia, definió la posición dominante en su artículo 14.13 como la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios y *"respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste"*, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

El artículo 73 de la citada Ley dispone que las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

Al igual que la posición dominante, los monopolios tampoco están prohibidos ni su existencia amerita sanción alguna, lo cual no significa que los monopolios sean deseables ni obsta para que la Ley autorice a las comisiones de regulación para regularlos y, en los demás casos -lo cual incluye la existencia de posición dominante-, para promover la competencia.

Tanto la dominancia es supuesto de regulación desde el año 1994 en Colombia, que el numeral 88.2. del artículo 88 de la Ley 142 dispone que las empresas tendrán libertad para fijar tarifas exclusivamente *"cuando no tengan una posición dominante en su mercado"*, según análisis que hará la comisión respectiva, y con base en los criterios y definiciones de la Ley.

Por otro lado, en mayo de 1999, la Comisión de la Comunidad Andina expidió la Decisión 462, por la cual se adoptaron normas para regular el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina, cuyo artículo 2º definió, a efectos regulatorios en cada país miembro, el concepto de *"Proveedor importante"*, como el proveedor que, conforme a lo definido por la autoridad nacional competente, tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación, desde un punto de vista de los precios y del suministro, en un mercado dado de servicios públicos de transporte de telecomunicaciones como resultado de a) el control del acceso a las instalaciones esenciales, o b) la utilización de su posición en el mercado".

En 2001, la Ley 671, "[p]or medio de la cual se aprueba el "Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa", hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997", incorporó al ordenamiento jurídico interno la definición de "proveedor importante" en un mercado de telecomunicaciones contenida en el artículo 2º de la Decisión 462 de 25 de mayo de 1999 de la Comisión de la Comunidad Andina, que se asimila a la de posición dominante:

*"Un proveedor importante es un proveedor que tenga la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y de suministro) en un mercado dado de servicios de telecomunicaciones básicas como resultado de:*

*a) El control de las instalaciones esenciales; o*

*b) La utilización de su posición de mercado."*

El 31 de julio de 2007, se expidió el Decreto 2870, reglamentario del Decreto ley 1900 de 1990, por medio del cual se adoptaron medidas para facilitar la convergencia de los servicios y redes en materia de telecomunicaciones, el cual, como se señaló en el numeral 5.5 de esta resolución, dispuso que **(i)** para promover la competencia, los operadores de telecomunicaciones con **posición dominante en un mercado relevante** estarían obligados a poner a disposición y en conocimiento general, una oferta mayorista en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, garantizando la prestación de los servicios relacionados, y la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura<sup>692</sup>; y **(ii)** los operadores de telecomunicaciones con **posición dominante en un mercado relevante** deberían ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, identificados como instalaciones esenciales, así como las cabezas de los cables submarinos y el bucle de abonado, según las condiciones técnicas y económicas que para el efecto estableciera la CRT<sup>693</sup>.

A esos efectos, el artículo 1º de tal decreto definió la posición dominante como la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado por parte de alguno o varios participantes en el mismo.

Como se explicó en detalle en el numeral 5.5 de la presente resolución, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 2870 de 2007, la Comisión expidió la Resolución CRT 2058 de 2009, la cual tuvo por objeto establecer de manera integral las condiciones, metodologías y criterios para: **(a)** la definición de mercados relevantes de servicios de telecomunicaciones en Colombia; **(b)** la identificación de las condiciones de competencia de los mercados analizados; **(c)** la determinación de la existencia de posición dominante en los mismos; y **(d)** la definición de las medidas aplicables en función de los problemas de competencia encontrados, entre ellos la dominancia individual o conjunta.

En ese sentido, es claro que el concepto de posición dominante para efectos regulatorios, si bien encuentra su génesis en el derecho de la competencia para los fines allí previstos, ha sido también incorporado y definido en el sector de las telecomunicaciones para los fines previstos en las leyes sectoriales y la regulación general.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha presentado una definición del concepto de posición dominante, en los siguientes términos:

<sup>692</sup> Artículo 10. Aplicación de la oferta mayorista.

<sup>693</sup> Artículo 13. Obligaciones especiales para operadores con posición dominante.

"La posición dominante **se refiere a un poder de mercado** que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado"<sup>694</sup>. (NFT).

En este mismo sentido, en Sentencia C-616 de 2001, dijo así la alta Corporación:

"[u]na empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y las decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado". (NFT).

En sentencia C- C-1041 de 2007 dijo esa Corporación:

"La posición dominante, por su parte, consiste en una **sustracción de la competencia efectiva**, en una **situación de fortaleza** en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite **evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores**. La existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, **de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado**. También es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente o el dominio del acceso al recurso o a la tecnología." (NFT).

A su turno, el Consejo de Estado<sup>695</sup>, amparado en doctrina foránea<sup>696</sup>, ha señalado que una o más empresas se encuentran en una posición dominante cuando no están sometidas a una competencia sustancial o efectiva, esto es, cuando tienen la capacidad para ejercer, por sí solas, una influencia notable en el mercado, y ostentan la aptitud de determinar su actuación sin necesidad de tener excesivamente en cuenta los comportamientos de sus competidores, consumidores y proveedores.

Para la alta Corporación, esta vez citando a M.C. Boutard Labarde et al<sup>697</sup>, la posición dominante está constituida por la ausencia de una competencia efectiva sobre el mercado y el poder que, de esa manera, posee una empresa para ejercer una influencia determinante en la política de sus competidores, siendo suficiente, para su existencia, que esos competidores no pongan en entredicho el poder de esa empresa de influenciar notablemente las condiciones dentro de las cuales se ha de desarrollar la competencia y que ello no les permita comportarse sin tenerla en cuenta.

A nivel internacional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto United Brands, señaló que una posición de dominio equivale a "**la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar independientemente de sus competidores, de sus clientes y, en definitiva, de los consumidores.**"<sup>698</sup> (NFT).

Posteriormente, en el asunto Hoffman-La Roche, el Tribunal precisó que una posición dominante es aquella que "**coloca a la empresa que la disfruta en situación, si no de decidir, por lo menos**

<sup>694</sup> Corte Constitucional, sentencia T-375 de 1997, exp.: T-130126, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

<sup>695</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-24-000-2001-01029-01

<sup>696</sup> LAGUNA DE PAZ. J. Televisión y Competencia. Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312

<sup>697</sup> BOUTARD LABARDE, M.C. et al. Vialens "L'Application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles" Droit des Affaires. Paris L.G.D.J., en LAGUNA DE PAZ, J. Ob. citada Pág. 310 a 312

<sup>698</sup> TJEU. Sentencia del 14 de febrero de 1978. United Brands y United Brands Continental vs. Comisión, 27/76, Rec 1978.

*de influir notablemente las condiciones en que se desarrollará la competencia en el mercado y, en todo caso, de actuar sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que esa actitud le perjudique.*<sup>699</sup>

La Comisión Europea, a su turno, ha señalado que el concepto de independencia a que se refiere el TJUE está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión, esto es, que la dominancia implica que la presión competitiva no es suficientemente eficaz y, por lo tanto, que **la empresa disfruta de un poder de mercado sustancial** durante cierto tiempo en virtud del cual sus decisiones son, en gran parte, insensibles a las acciones y reacciones de sus competidores, sus clientes y, en último término, de los consumidores<sup>700</sup>. Para la Comisión, explica Whish & Bailey<sup>701</sup>, donde una empresa no enfrente presiones competitivas, puede ejercer poder sustancial de mercado.

Dicha Comisión, en su "Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia", publicada en el Diario Oficial N° C 372 de 9 de diciembre de 1997, establece que posición dominante es *"la que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores. Tal situación se produce, por lo general, cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras a la entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma dirección"*.

Ahora bien, desde la publicación del documento de discusión sobre la aplicación del entonces artículo 82 del Tratado a los abusos exclusorios<sup>702</sup>, la Comisión Europea asoció el concepto de posición dominante a la existencia de poder sustancial de mercado, al señalar que, para que exista dominancia, la empresa en cuestión *"debe tener un poder de mercado sustancial"*, que definió como *"el poder de influir en los precios del mercado, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios u otros parámetros de la competencia en el mercado durante un período de tiempo significativo"*.

Dicha asociación se mantuvo en la Comunicación sobre orientaciones de las prioridades de control del artículo 82 -hoy artículo 102 TFEU-, en la que la Comisión Europea sostiene que una empresa que puede incrementar los precios de forma rentable por encima del nivel competitivo durante un período de tiempo significativo no se enfrenta a una presión competitiva suficientemente eficaz y puede, por tanto, ser considerada generalmente como dominante, entendiéndose que la expresión "incrementar los precios" abarca el poder de mantener los precios por encima del nivel competitivo y se utiliza como forma abreviada de las diversas maneras en que se puede influir en los parámetros de la competencia —tales como los precios, la producción, la innovación, la variedad o la calidad de mercancías o servicios— en beneficio de la empresa dominante y en perjuicio de los consumidores.

La utilización del concepto de dominancia y su asociación al poder significativo de mercado (PSM), había sido ya llevado a la práctica por las instituciones europeas al expedir el régimen del sector telecomunicaciones, inclusive antes de 2002. En efecto, la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997<sup>703</sup>, dispuso que los organismos autorizados a suministrar redes públicas de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones accesibles al público **que tuvieren un peso significativo en el mercado** deberían satisfacer todas las solicitudes razonables de conexión a la red<sup>704</sup>.

Posteriormente, la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco), dispuso que las obligaciones reglamentarias ex ante sólo pueden

<sup>699</sup> TJEU. Sentencia del 13 de febrero de 1979. # Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 85/76.

<sup>700</sup> CE. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (Texto pertinente a efectos del EEE) (2009/C 45/02).

<sup>701</sup> WHISH, R & BAILEY, D. Competition Law. Oxford University Press; 7th edition. p. 180

<sup>702</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Public consultation. Brussels, Decembre 2005

<sup>703</sup> Relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP)

<sup>704</sup> Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997. Art. 4

imponerse cuando no exista competencia efectiva, esto es, en los mercados en los que existan **una o más empresas con un peso significativo**<sup>705</sup>.

A esos efectos, la definición de PSM inicialmente contenida en la Directiva 97/33/CE se adaptó en el nuevo régimen para ajustarla a mercados más complejos y dinámicos, razón por la cual la definición de PSM allí utilizada se hizo **equivalente al concepto de posición dominante** definido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>706</sup>. En esa línea, el inciso 2 del artículo 14 de la Directiva Marco establecía:

*"2. Se considerará que **una empresa tiene peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores.**"*  
(NFT)

Al expedir las Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas<sup>707</sup>, la Comisión señaló que las Autoridades Nacionales de Reglamentación -ANR- sólo intervendrán para imponer obligaciones a las empresas cuando se considere que en los mercados de referencia **no existe una competencia efectiva por hallarse dichas empresas en posición dominante**<sup>708</sup>, caso en el cual designarán a tales empresas con PSM en dicho mercado y les impondrán las obligaciones específicas adecuadas, o mantendrán o modificarán tales obligaciones cuando ya existan<sup>709</sup>.

En ese contexto, disponían las Directrices que las ANR **aplicarán los principios y metodologías de la legislación sobre competencia** para definir los mercados que pueden ser regulados ex ante y evaluar si las empresas tienen PSM en dichos mercados<sup>710</sup>.

Dicha aproximación se mantuvo al expedir el actual Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. Por ejemplo, el considerando 51 de la Directiva 2018/1972 establece que las obligaciones específicas que puedan imponerse, de conformidad con el Derecho de la Unión, a las empresas proveedoras de redes de comunicaciones electrónicas y servicios de comunicaciones electrónicas **en razón de su designación como poseedoras de peso significativo en el mercado** deben establecerse separadamente de los derechos y obligaciones generales que deriven de la autorización general para la provisión de dichas actividades.

El considerando 161, por su parte, establece que existe la necesidad de imponer obligaciones ex ante en determinadas circunstancias para garantizar el desarrollo de un mercado competitivo, cuyas condiciones favorezcan el despliegue y la difusión de redes y servicios de muy alta capacidad y la maximización de los beneficios para el usuario final, precisando que **la definición de peso significativo en el mercado utilizada en dicha Directiva es equivalente al concepto de posición dominante** que se define en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En línea con lo anterior, el considerando 163 prevé que resulta esencial que las obligaciones reglamentarias ex ante solo puedan imponerse en mercados mayoristas en los que exista una o más empresas **con un peso significativo en el mercado** con vistas a garantizar la competencia sostenible y cuando las soluciones previstas en el Derecho de la competencia de la Unión y nacional no basten para remediar el problema.

A su turno, el considerando 192 dispone que las medidas de control de precios pueden ser necesarias cuando el análisis de mercado ponga de manifiesto la ineficacia de la competencia en un sector concreto, y que, en especial, **las empresas designadas como poseedoras de peso significativo en el mercado deben evitar prácticas de compresión de precios**, en las que la diferencia entre los precios al por menor y los precios de interconexión o acceso aplicados a

<sup>705</sup> Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002. Numeral 27

<sup>706</sup> Ibid., Numeral 25

<sup>707</sup> CE. Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03)

<sup>708</sup> Ibidem, Num. 5

<sup>709</sup> Ibid., Num. 19

<sup>710</sup> Ibid., Num. 5



los competidores que ofrecen servicios minoristas similares no sea la adecuada para garantizar una competencia sostenible.

Así pues, el numeral 2 del artículo 63 del Código establece que se considerará que una empresa tiene peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, de los consumidores.

El numeral 3 del mismo artículo añade que, cuando una empresa tenga un peso significativo en un mercado determinado, podrá considerarse que lo tiene también en un mercado estrechamente relacionado con aquel si los vínculos entre los dos mercados son tales que, gracias al efecto de apalancamiento, resulta posible ejercer en el mercado estrechamente relacionado el peso que se tiene en el mercado determinado, reforzando así el peso de la empresa en el mercado.

En concordancia con lo anterior, el capítulo IV del Código faculta a las autoridades nacionales de reglamentación para imponer a empresas con peso significativo en el mercado las obligaciones de acceso establecidas en los artículos 69 a 74 y 76 a 81 del mismo cuerpo normativo<sup>711</sup>. De hecho, el artículo 83 establece que los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación impongan obligaciones regulatorias apropiadas a las empresas que se considere tienen un peso significativo en el mercado en un mercado minorista no sujeto a competencia efectiva.

En Colombia, como se expuso en el numeral 5.5 de esta resolución, la Resolución CRT 2058 de 2009, compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016, se fundamentó, desde una perspectiva conceptual, en el marco regulador de las comunicaciones electrónicas de la Unión Europea, como se desprende tanto de los antecedentes administrativos de la resolución<sup>712</sup>, como de su contenido mismo, que incorpora los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante, y la existencia de posición dominante en dichos mercados, con el fin de imponer medidas regulatorias generales o particulares con el fin de solucionar problemas de competencia, según sean las condiciones de los mercados de telecomunicaciones.

De las anteriores definiciones, queda claro que la posición dominante consiste en una calidad que ostenta un agente de un mercado determinado, que le brinda la facultad o poder de influir en él o afectarlo de manera independiente a los demás competidores o agentes, y cuya expresión económica es el poder sustancial o significativo de mercado. Teniendo en cuenta que esta calidad debe ser constatada por una entidad competente, no podrá ser cualquier mercado el afectado, sino un mercado relevante, que también habrá sido calificado como tal por dicha entidad.

En ese contexto, coincide la CRC con **COMCEL**, como no podría ser de otra manera, en que según el inciso 4 del artículo 333 de la Constitución, el Estado, por mandato de la ley, evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

De ello, sin embargo, no se desprende que el Estado, a través de las comisiones de regulación, sólo pueda intervenir en la economía cuando un proveedor de servicios haya abusado de su posición dominante, ni que no pueda intervenir para promover la competencia allí donde se constate la existencia de fallas de mercado (como por ejemplo lo es la posición dominante de un proveedor en un mercado relevante sujeto de regulación ex ante), o que no exista suficiente competencia o competencia efectiva en el mercado. Por esta razón, la ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, fue expresa en incluir a la Comisión de Regulación de

<sup>711</sup> Se refiere a obligaciones de transparencia (Art. 69), no discriminación (Art. 70), separación contable (Art. 71), acceso a la obra civil (Art. 72), acceso y utilización de elementos específicos de las redes y recursos asociados (Art. 73), control de precios y obligaciones de contabilidad de costos (Art. 74), coconversión en el despliegue de redes de alta capacidad (Art. 76), separación funcional (Art. 77) y separación voluntaria por una empresa integrada verticalmente (Art. 78).

<sup>712</sup> CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES CINTEL. Definición de mercados relevantes en la industria de las telecomunicaciones en Colombia bajo un ambiente de convergencia tecnológica. Primer Informe Marco teórico y experiencia en Europa, y Segundo Informe. Servicios de Asistencia Técnica. Contrato Interadministrativo 02 de 2007. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES CRT. Propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia. Coordinación de regulación. Febrero de 2008; Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia. Agosto de 2008; Propuesta regulatoria para la Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia. Coordinación de Regulación. Diciembre de 2008.

Comunicaciones la función de evitar el abuso de la posición dominante como una competencia de carácter "preventiva".

Dicha interpretación del artículo 333 constitucional haría nugatorios varios artículos del ordenamiento constitucional, que deben ser, por el contrario, interpretados sistemáticamente. En efecto, haría nugatorio el aparte del mismo artículo según el cual el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica; el artículo 334 de la Carta, que establece que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, el cual intervendrá, por mandato de la ley, en los servicios públicos para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; y el artículo 365, que en especial dispone que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, para lo cual el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

En sentencia C-1162 de 2000, refiriéndose a las comisiones de regulación de servicios públicos, dijo la Corte Constitucional:

*"En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.*

*Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias."*

Según ha señalado la alta Corporación<sup>713</sup>, uno de los fines de la regulación de los servicios públicos es la corrección de las fallas de mercado, dado que la intervención estatal en el mercado se justifica cuando éste carece de condiciones de competitividad, o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado":

*"En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones -además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó- se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad."*

De tiempo atrás, la teoría económica ha definido las fallas de mercado como aquellas situaciones en las cuales no se da una asignación eficiente de recursos en el mercado, lo que se traduce en una pérdida de bienestar económico y social, y entre las cuales se encuentran principalmente el *poder de mercado, las externalidades* y la provisión de bienes públicos<sup>714</sup>.

Pues bien, definida la posición dominante como la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado por parte de alguno o varios participantes en el mismo<sup>715</sup>, o como la posición de poder económico detentada por una empresa que le permite evitar que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante por contar con la posibilidad de comportarse en forma independiente de sus competidores, sus clientes, y en última

<sup>713</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003

<sup>714</sup> WEBSTER, T. Managerial Economics: Theory and Practice. Emerald Group Publishing (2003) p. 687 y ss

<sup>715</sup> Decreto 2870 de 2007 Art. 2

instancia, de los consumidores<sup>716</sup>, han sido claras la teoría y el derecho de la competencia en señalar que la dominancia comporta necesariamente que la firma ostente un poder de mercado sustancial o significativo, esto es, que sólo puede comportarse en forma independiente de sus competidores quien ostente dicho poder. Es así como se ha sostenido que la dominancia *"indica un grado de poder de mercado considerablemente mayor que el de otras firmas en el mercado y que puede ser usado para afectar la libertad económica de otros jugadores del mercado al excluirlos del mismo"*<sup>717</sup>.

Lo propio ha sostenido la International Competition Network (ICN), según la cual el concepto de posición dominante equivale, en general, a la posesión de un poder sustancial de mercado<sup>718</sup>. De igual manera, ha señalado literatura autorizada en la materia que *"Desde una perspectiva económica, puede decirse que la competencia es efectiva cuando ninguna firma, actuando individual o conjuntamente, es capaz de ejercer un poder de mercado sustancial. (...) La dominancia sólo puede aplicarse en consecuencia a aquellas firmas que posean un poder sustancial de mercado o un alto grado de poder de mercado."*<sup>719</sup>

De hecho, la Dirección General de Competencia (Directorate General for Competition) de la Comisión Europea, en el "Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses", igualó las nociones posición dominante y poder de mercado en los siguientes términos:

*"21. Esta definición de la posición dominante se compone de tres elementos, dos de los cuales están estrechamente relacionados: (a) debe existir una posición de fuerza económica en un mercado que (b) permite a la empresa (s) en cuestión evitar una competencia efectiva en ese mercado (c) concediéndole el poder de actuar de forma independiente en apreciable medida.*

*22. El primer elemento implica que existe una posición dominante en relación con un mercado. Ella no puede existir en abstracto. También implica que una empresa, ya sea por su propia cuenta o junto con otras empresas, deben tener una posición de liderazgo en este mercado, en comparación con sus rivales.*

*23. El segundo y tercer elementos tienen que ver con el vínculo entre la situación de la fuerza económica detenida por la empresa (s) en cuestión y el proceso competitivo, es decir, la forma en que la empresa y otros actores actúan e interactúan en el mercado. Dominancia es la capacidad de impedir la competencia efectiva en el mercado y actuar, en una medida apreciable, independientemente de otros jugadores. La noción de independencia, que es la característica especial de la dominancia, está relacionada con el nivel de presión competitiva que enfrenta la empresa (s) en cuestión. Para que la dominancia exista, la empresa (s) en cuestión no debe estar sujeta a presiones competitivas efectivas. En otras palabras, debe detentar poder sustancial de mercado"<sup>720</sup> (SFT).*

La ex Comisaria Europea para la Competencia y en su momento Vicepresidente de la Comisión Europea Neelie Kroes, señalaba que la *"dominancia significa que la firma en cuestión está sólo hasta cierto punto limitada por fuerzas competitivas efectivas y por lo tanto **goza de un poder de mercado sustancial y duradero.**"*<sup>721</sup> (NFT).

Correa (2012) lo expone de la siguiente manera:

*"Es poco probable que una empresa sea dominante **si no tiene un poder de mercado sustancial.** El poder de mercado no es, sin embargo, un término absoluto sino una cuestión de grado; el grado de poder de mercado dependerá de las circunstancias de cada caso. Al evaluar si existe dominancia, tendría que llevarse a cabo un análisis, caso por caso, de:*

<sup>716</sup> CORTE DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Case 27/76 United Brands Co and United Brands Continental BV v. Commission (1978) ECR 207, disponible en <[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61976J0027&lg=en](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61976J0027&lg=en)>

<sup>717</sup> MONTI, G. EC Competition Law. Cambridge University Press (2007) p. 127

<sup>718</sup> ICN Unilateral Conduct Working Group. Dominance/substantial market power analysis pursuant to unilateral conduct laws. Recommended Practices. (2008). Disponible en <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/dominance-substantial-market-power-analysis-pursuant-to-unilateral-conduct-laws/>>

<sup>719</sup> GERARDIN D. et al. EU Competition Law and Economics. Oxford University Press (2012) p. 186

<sup>720</sup> EUROPEAN COMMISSION, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Public consultation. (2005) p. 9, disponible en <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>

<sup>721</sup> KROES, N. The European Commission's enforcement priorities as regards exclusionary abuses of dominance – current thinking. Competition Law International October (2008)

- la estructura del mercado y la naturaleza de la competencia que prevalece en el mercado;
- barreras de entrada al mercado; y
- el poder de compra compensatorio.<sup>722</sup>

Esta aproximación, por lo demás, no es nueva en la práctica administrativa de esta Comisión. En efecto, ya en 2008, al explicar la metodología de regulación ex ante por mercados relevantes, señalaba esta Comisión que el objeto de la etapa de identificación de problemas de competencia era "identificar los casos en los que el comportamiento de la industria se aleja de la competencia perfecta, es decir, los casos en los que hay poder de mercado o posición dominante."<sup>723</sup>

En la Resolución CRC 4002 de 2012 se señaló:

"(...) pues ello se inscribe en el análisis de **poder de mercado, expresión económica de la posición dominante**, que en el presente caso ha sido ya constatada a través de la Resolución CRT 2062 de 2009, a través de los instrumentos propios que la literatura económica y de la competencia han construido para tal efecto."<sup>724</sup> (...)

"(...) se reitera que la falla de mercado consiste en que **COMCEL** como proveedor **con posición dominante** (con alta y persistente participación de mercado) **y con el poder de mercado que tal posición entraña**, tiene el incentivo para fijar tarifas para las llamadas on-net sustancialmente menores a las tarifas de las llamadas off-net (alto diferencial de precios on-net/off-net) para limitar el número de llamadas que los usuarios de las otras redes reciben, reduciendo su utilidad y por tanto, limitando la habilidad de las otras redes para competir, puesto que no pueden ofrecer iguales condiciones a sus usuarios. (...).

Sin embargo, cuando dicha práctica es ejercida **por el proveedor que tiene posición dominante en el mercado** (con alta y persistente participación en el mismo), **que ostenta el poder de mercado asociado a la dominancia**, y que cuenta con una elevada concentración de tráfico on-net (efecto club), derivada del alto diferencial de precios on-net/off-net, se configura la falla de mercado que imposibilita el funcionamiento eficiente del mercado y por ende afecta el bienestar de todos los usuarios del mismo.

Ahora bien, fruto del análisis de la evolución del mercado relevante de "Voz Saliente Móvil", esta Comisión evidenció que **ante la posición dominante, el poder de mercado que ella entraña**, y el diferencial de precios on-net/off-net de COMCEL, los proveedores competidores de éste (...). (NSFT)

Recientemente, al resolver la solicitud de decaimiento de la resolución CRT 2062 de 2009 presentada por **COMCEL**, señaló esta Comisión:

"Una cosa es **la dominancia o poder de mercado como** aptitud o poder de un agente para influir en los precios del mercado, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios u otros parámetros de la competencia en el mercado durante un periodo de tiempo significativo, y otra es la explotación que un proveedor dominante hace o no hace, de ese poder." **El hecho de que un agente no explote su poder de mercado no significa que no lo tenga, y el hecho de tenerlo, no sólo de explotarlo, es lo que impide que exista competencia efectiva**, porque el agente poderoso no enfrenta, no sufre presiones competitivas de sus rivales, se comporta con independencia de ellos y de los consumidores, **y al hacerlo, está en posición de determinar directa o indirectamente, las condiciones del mercado, lo cual, en sí mismo, constituye una falla de mercado.**

(...)

**"1. Se mantiene la falla de mercado asociada a la dominancia de COMCEL en el mercado de "Voz Saliente Móvil".<sup>724</sup> (NSFT)**

En consecuencia, si bien a nadie le está prohibido adquirir legítimamente la posición dominante en un mercado y por ello no deben aplicarse sanciones por ese sólo hecho, lo cierto es que una

<sup>722</sup> CORREA, L. The economics of telecommunications regulation. Telecommunications Law and Regulation. Walden, Ian. Oxford University Press. (2012).

<sup>723</sup> CRT. Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia. (2008). p. 19

<sup>724</sup> CRC. Radicado 2018300888 del 22 de junio de 2018.

vez alcanzada, dicha posición refleja la situación particular de competencia en dicho mercado y, dado que envuelve una falla de mercado en sí misma (poder significativo de mercado) que impide la competencia efectiva o suficiente en el mercado, la CRC está en el deber de revisar si es necesario adoptar medidas, razonables y proporcionadas, orientadas a eliminar o mitigar los efectos de dicha falla.

Es el poder sustancial de mercado que ostenta un proveedor el que le permite fijar directa e indirectamente las condiciones del mercado, sin verse afectadas sus acciones por presión competitiva alguna y con plena independencia de sus competidores. De ahí que la constatación de esa dominancia, así como la definición de medidas regulatorias no solamente de carácter particular sino también general, están orientadas a generar presiones competitivas, no solo por parte de la oferta sino también de la demanda, con el fin de alcanzar un nivel de competencia efectiva en el mercado.

Finalmente, interpretar las competencias de la CRC establecidas en la Ley 1341, modificada por la Ley 1978 de 2019, en el sentido de que la CRC sólo puede intervenir cuando se abuse de la posición dominante, viola el artículo 7<sup>725</sup> de la misma, según el cual *"Esta Ley se interpretará en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en la misma, con énfasis en la protección de los usuarios, la garantía y promoción de la libre y leal competencia y la promoción de la inversión"*.

Es claro que una interpretación de las competencias de la CRC que permita a dicha Entidad corregir las fallas de los mercados, garantiza, en cumplimiento de la Ley, el desarrollo de los principios orientadores establecidos en la misma, y en especial la promoción y garantía de la libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios, mientras que con una interpretación que restrinja los poderes de intervención solamente a la hipótesis del abuso de la posición dominante, para cuya declaración no es competente, entre otras cosas, no solamente es incorrecta sino que va en contravía de los principios de la Ley misma.

De hecho, siendo una de las funciones de las comisiones de regulación la de prevenir el abuso de la posición dominante, mal podría una Comisión reguladora cumplir con dicho mandato, si solo procediera a regular cuando ha constatado el abuso de dicha posición, caso en el cual nada habría prevenido a ese respecto. De hecho, ha sido la tesis del Consejo de Estado que la regulación de los mercados por parte de las comisiones de regulación para corregir las fallas de aquellos que las generan es una forma de prevenir el abuso de la posición dominante<sup>726</sup>.

A la luz de lo anterior, no resulta válido el argumento según el cual la CRC pretende "reprimir" al proveedor COMCEL (la CRC no reprime; regula y promueve la competencia); ni que la posición dominante sólo puede ser regulada cuando asuma la forma concreta de prácticas restrictivas de la competencia o la libertad económica, perjudicando con ello a la comunidad, caso en el cual bastarían las autoridades de competencia y sobrarían las autoridades reguladoras, hipótesis contraria al modelo legal colombiano y a la mayoría de modelos internacionales.

Tampoco es cierto que la CRC haya señalado que la posición dominante sea, en sí misma, una infracción al derecho de la competencia, no sólo porque claramente no lo es, sino porque esta Comisión carece de competencia para calificar una práctica realizada por el operador dominante como abusiva, cuestión que es competencia de la SIC. Lo que esta Comisión ha sostenido desde hace muchos años, es que la posición dominante constituye una falla de mercado que impide la competencia efectiva o suficiente en el mercado, por lo cual, constatada su existencia, se puede hacer necesario adoptar medidas regulatorias tendientes a eliminarla o mitigarla como instrumento de promoción de la competencia, en el marco de sus competencias regulatorias y bajo el principio de proporcionalidad.

Lo anterior explica el yerro en el que incurre **COMCEL** al citar referencias del derecho europeo, como lo son el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y un aparte del artículo 2 de la Ley 15 de 2007 *"de Defensa de la Competencia"* de España, normas en cita que son referencias claras al concepto europeo de "Posición dominante" aplicado al abuso de la

<sup>725</sup> Modificado por el artículo 6 de la Ley 1978 de 2019.

<sup>726</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA C.P: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ Santa Fe de Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1.998). Radicación número: 4443: CONSEJO DE ESTADO SECCION PRIMERA C.P: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil (2000). Radicación número: 6022

misma; jurisprudencia que en todo caso se detalla más adelante para ilustrar el alcance del concepto de "Posición dominante", que guarda relación directa con el derecho de la competencia, en su comprensión como abuso de poder de mercado y sus diferencias sustanciales con el poder dominante desde la perspectiva *ex ante*, que es la materia objeto de la presente actuación administrativa, es decir, la constatación o no de la posición dominante de **COMCEL** desde la órbita de la regulación *ex ante*, esto es, desde el concepto europeo de "Poder Significativo de Mercado".

**(iii) La jurisprudencia respalda la intervención del Estado Colombiano en la economía frente a la posición dominante**

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la regulación de los servicios públicos, incluidas las comunicaciones, es una modalidad de intervención del Estado en la economía<sup>727</sup>, que "*supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas*"<sup>728</sup>. Esta se puede desarrollar a través de distintas clases de facultades:

*"En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia*"<sup>729</sup>.

La jurisprudencia ha establecido que la función regulatoria "*se justifica no sólo para garantizar el cumplimiento de los fines sociales, sino también para corregir las imperfecciones del mercado en materia de condiciones de competitividad, o para protegerlo de acciones orientadas a romper el equilibrio que debe regirlo*"<sup>730</sup>.

La Corte Constitucional ha admitido la atribución de facultades regulatorias de diversas clases, en materia de servicios públicos. En la sentencia C-1162 de 2000 avaló constitucionalmente la decisión de crear las comisiones de regulación y consideró su existencia, naturaleza y funciones como compatibles con la estructura del Estado colombiano<sup>731</sup>. En la sentencia C-389 de 2002 declaró exequible la norma sobre el régimen tarifario de los servicios públicos, que permitió a las comisiones de regulación definir las fórmulas para fijar las tarifas, y otorgó libertad a las empresas para fijar tarifas "*cuando no tengan una posición dominante en su mercado*"<sup>732</sup>. En la sentencia C-150 de 2003, declaró exequibles varias facultades regulatorias de las comisiones, así como los criterios para la definición del régimen tarifario<sup>733</sup>. En la sentencia C-1120 de 2005, declaró exequibles las normas que atribuyeron funciones de solución de conflictos a las comisiones de regulación, y en especial a la entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones<sup>734</sup>. En la sentencia C-396 de 2006, declaró exequibles las normas que facultaron a dos comisiones de

<sup>727</sup> Ver, por ejemplo, sentencias C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-1120 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, C-396 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-955 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-186 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>728</sup> Sentencia C-186 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>729</sup> Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada en este punto, entre otras, en las sentencias C-186 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto y C-263 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio.

<sup>730</sup> Sentencia C-741 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada en este punto en la sentencia C-955 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>731</sup> Sentencia C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>732</sup> Sentencia C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>733</sup> Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>734</sup> Sentencia C-1120 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería.

regulación para determinar la metodología para fijar el precio por el uso de infraestructura de servicios públicos para facilitar el servicio de televisión<sup>735</sup>. En la sentencia C-955 de 2007, decidió a favor de la creación de la Comisión de Regulación en Salud, y la atribución a esta de la función de establecer un sistema de tarifas<sup>736</sup>. En la sentencia C-186 de 2011 la Corte declaró constitucional la norma que prohíbe a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones suscribir acuerdos que menoscaben, limiten o afecten la facultad de intervención regulatoria y de solución de controversias de la CRC<sup>737</sup>.

Finalmente, en la sentencia C-263 de 2013, la Corte declaró exequible la norma que facultó a las comisiones de regulación a adoptar medidas diferenciales según la posición de la empresa en el mercado, con el fin de evitar el abuso de la posición dominante<sup>738</sup>. Dijo en esa oportunidad la Corte:

*"Ahora bien, es cierto que la norma no especifica qué posición o porcentaje (%) de participación de una empresa en el mercado autoriza a las Comisiones de Regulación para imponer un trato diferencial. Sin embargo, esto no implica desconocer la cláusula de reserva de ley, por cuanto solamente permite que sea un **órgano especializado** quien, **de acuerdo con las dinámicas condiciones del mercado y las necesidades propias de cada sector, adopte los ajustes a que haya lugar dentro del marco de competencias definido por la ley y teniendo en cuenta los hechos previamente comprobados**. Lo contrario, es decir, pretender que el Legislador individualice cada una de las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se podría requerir un tratamiento diferencial, implicaría exigir de él complejos conocimientos (técnicos y especializados) y una extrema capacidad predictiva, que en últimas podría afectar el cumplimiento de uno de los fines sociales del Estado.*

*La intervención de las Comisiones de Regulación **mediante tratamientos diferenciales no puede ser concebida entonces como una censura al éxito empresarial de una compañía**; es, más bien, un mecanismo de racionalidad instrumental diseñado para adoptar con celeridad los ajustes técnicos requeridos en un mercado donde la libre competencia y la iniciativa privada se encuentran constitucionalmente protegidas, pero cuyo fin último es la prestación eficiente y adecuada de servicios públicos"*(NFT).

La jurisprudencia constitucional, de esta forma, ha avalado el actual esquema de regulación de servicios públicos, incluyendo la decisión de crear comisiones de regulación, de atribuirles funciones para intervenir en el mercado, y de permitirles ejercer estas funciones de manera flexible.

Esa jurisprudencia ya ha analizado la pregunta de si las autoridades pueden actuar de manera preventiva, respecto de la formación de una posición dominante, o si deben esperar a que esta se consolide y a que se configuren situaciones de abusos de la posición dominante, para que se activen constitucionalmente las facultades del Estado de intervención en la economía.

En respuesta a esa pregunta, la Corte ha interpretado el artículo 333 de la Constitución en el sentido de que, si bien no está prohibida la existencia de una posición dominante sino su abuso<sup>739</sup>, la Constitución permite al Estado ejercer controles previos para impedir que se concrete el abuso de la posición dominante. Ha dicho la Corte que:

*"Cuando se trata efectivamente de una situación de posición dominante, la labor del Estado es la de **impedir el abuso de la misma** a través de una serie de controles e instrumentos de intervención, que están orientados a evitar las siguientes conductas o prácticas contrarias a la honestidad y lealtad comercial: a) Imponer precios, b) limitar la producción, c) aplicar en la relaciones contractuales condiciones desiguales y d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias."*<sup>740</sup> (SNFT).

La Corte además ha declarado exequibles varias normas que se dirigen a prevenir el abuso de posición dominante, en lugar de controlarla de manera posterior. En la sentencia C-389 de 2002, la Corte analizó una demanda presentada contra varias normas de la Ley 142 de 1994 relacionadas con el régimen tarifario de los servicios públicos. Estas normas establecían, entre

<sup>735</sup> Sentencia C-396 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>736</sup> Sentencia C-955 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>737</sup> Sentencia C-186 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>738</sup> Sentencia C-263 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>739</sup> Sentencia C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>740</sup> Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el caso concreto, la Corte consideró que una norma legal que permitía a las EPS prestar servicios de salud a través de sus propias IPS no desconocía este deber del Estado.

otras cosas, una diferenciación de regímenes tarifarios que dependían de que hubiera o no posición dominante en el mercado. Así, el numeral 88.2 del artículo 88 de esta Ley señala que "[l]as empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado"; y el numeral 88.3, a su vez, establece que las empresas "tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores". Estas normas, además, facultan a las comisiones de regulación para determinar periódicamente si en el mercado hay una posición dominante o si hay competencia entre los proveedores. Al analizar la constitucionalidad de estas normas tarifarias, la Corte consideró que:

*"La Constitución no prohíbe que las empresas ocupen una posición dominante en un mercado determinado. Lo que impone al Estado es la obligación de evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de ella en el mercado nacional (CP art. 333 inc. 4°). La Ley 142 de 1994, que contiene el régimen especial de los servicios domiciliarios, en armonía con la Constitución, establece unos criterios generales orientados a determinar la intervención estatal en dicho sector a fin de garantizar la libre competencia e impedir el abuso de la posición dominante (art. 2.6), todo con miras a realizar la finalidad social que caracteriza a dichos servicios. Dicha legislación además, contiene un sinnúmero de artículos que pretenden diseñar un régimen especial para evitar tal abuso, señalando expresamente desde dos ópticas diferentes los criterios para establecer cuándo una empresa tiene dicha posición dominante en el mercado, al disponer que es la "que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado"(art.14.13). En el primer caso, se establece que la empresa de servicios públicos domiciliarios per se tiene una posición dominante frente a los usuarios. Y en el segundo, se establece cuándo una empresa tiene una posición dominante respecto al mercado de sus servicios y de sus sustitutos próximos.*

*Esta doble connotación del concepto de posición dominante se refleja en el régimen tarifario que se les aplica a tales empresas al impedirseles que en ejercicio de su posición privilegiada señalen libremente las tarifas de los servicios públicos, quedando sometidas a un régimen de regulación o de libertad regulada o vigilada, en los cuales, la comisión respectiva al señalar los parámetros, métodos o fórmulas a que deben sujetarse estas empresas para evitar que abusen de su posición dominante debe hacerlo de tal manera que los usuarios queden protegidos"<sup>741</sup>.*

De esta forma, la Corte estableció que, si bien no se prohíbe la existencia de una posición dominante *per se*, la Constitución sí permite que las comisiones de regulación definan medidas regulatorias específicas a los agentes del mercado que tienen una posición dominante, como medida preventiva para evitar un eventual abuso de la misma.

En la sentencia C-1041 de 2007, la Corte declaró exequible la norma introducida en la Ley 1122 de 2007 que limitó la integración vertical de las EPS e IPS, indicando que la finalidad perseguida era constitucionalmente válida, ya que:

*"de la misma redacción de la disposición constitucional [artículo 333 de la Constitución] se deriva que el deber del Estado no se limita a controlar abusos de la posición dominante, imputables a personas o empresas, sino igualmente a prevenir que los mismos tengan lugar en el futuro."<sup>742</sup>*

En la sentencia C-228 de 2010 la Corte conoció una demanda contra el régimen de control de integraciones empresariales previsto en la Ley 1340 de 2009, el cual, desde la perspectiva del derecho de la competencia, es el rol de la autoridad de competencia que más se asimila al rol del regulador sectorial, en la medida en que, para objetar una integración, no requiere constatar la ocurrencia de abusos de posición dominante ni demás prácticas restrictivas. El demandante argumentó que la norma era contraria a los artículos 333 y 334, entre otros motivos, porque "censura la posibilidad de que las empresas adquieran una posición dominante en el mercado mediante ciertas operaciones, pese a que la Carta solo se limita a prohibir el abuso de la posición dominante y no cualquier expresión de la misma".

La Corte consideró que "en lo que respecta a la configuración de conglomerados empresariales, la Carta Política faculta al Estado para que ejerza labores de intervención, inclusive de carácter previo, con el fin de asegurar que los bienes y valores constitucionales que se realizan en el mercado sean garantizados"; y afirmó adicionalmente que "la Constitución está especialmente interesada en que se eviten las concentraciones empresariales que, por su condiciones, llegaren a hacer nugatoria la libre competencia económica". Además, rechazó expresamente la posición

<sup>741</sup> Sentencia C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>742</sup> Sentencia C-1041 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.



según la cual los controles a la posición dominante deben ser exclusivamente posteriores, una vez se ha concretado el abuso de la misma, ya que *"el grado de intervención estatal en la economía bien puede mostrarse desde una perspectiva sancionatoria de las prácticas contrarias de la libre competencia económica, como también de la prevención de actuaciones que por su naturaleza y potencial grado de influencia en la facultad de concurrencia de los agentes que concurren al mercado, puedan afectar dicha libertad"*. Agregó la Corte que:

*"Si, como lo propone el demandante, las labores de intervención del mercado solo tuvieran carácter sancionatorio ex post, el aparato estatal provocaría un déficit de protección del derecho a la libre competencia, puesto que diferiría su salvaguarda efectiva a la comprobación de una conducta constitutiva de abuso de posición dominante. En últimas, lo que propone el cargo es que el Estado retroceda en su facultad constitucional de intervención en el mercado, adoptando una posición propia del liberalismo económico clásico. Esta postura, como ya se ha analizado, es incompatible con el modelo económico adoptado por el Constituyente."*<sup>743</sup>

Finalmente, aunque el problema jurídico tratado en la sentencia fue otro —relacionado con el respeto por la reserva de ley— cabe reiterar que en la sentencia C-263 de 2013 la Corte declaró exequible una norma que permite a las comisiones de regulación *"adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado"*. Es claro, entonces, que no es extraño a la Constitución ni al régimen legal de las comisiones de regulación, que se constate objetivamente una posición dominante de uno o varios agentes en un mercado relevante y, como consecuencia, se establezcan reglas específicas para quienes ostentan dicha posición.

En conclusión, aunque la Constitución y la ley no prohíben la posición dominante *per se*, estas sí obligan al Estado a adoptar medidas preventivas, especialmente regulatorias de carácter particular, para evitar que se configuren situaciones de abuso de la posición dominante. El Estado no está obligado a esperar a constatar un abuso, pues tiene la facultad de actuar *ex ante* para prevenirlo, al punto que, si la constatación de un abuso fuera presupuesto para la intervención regulatoria ex ante de una comisión de regulación, mal podría decirse que actúa, como ordena la ley, para prevenirlo, pues no puede prevenirse lo que ya ocurrió.

En Colombia, al igual que en Europa -a pesar de no existir una diferenciación entre los dos conceptos, pues solo se habla de posición dominante-, encontramos que existen dos regímenes que guardan relación directa con el asunto, y que difieren el uno del otro no solo en su naturaleza, sino respecto de la entidad encargada de darle aplicación a cada uno de ellos, además de los efectos que derivan de dicha aplicación.

El primer régimen aplicable es el de la regulación *ex ante*, que reglamenta la forma en que debe analizarse la dominancia de un agente en determinado mercado (lo que se compagina con el concepto europeo de "Poder Significativo de Mercado"), mientras que el segundo es el de la regulación *ex post*, el cual se aplica para establecer los correctivos necesarios a un abuso de posición dominante (lo que se identifica con el concepto europeo de "Posición dominante").

Para el caso concreto, el primer régimen es el contenido en la Resolución CRT 2058 de 2009, compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016, en la que se determinan criterios y condiciones para determinar la existencia de mercados relevantes y mercados de servicios de telecomunicaciones sujetos a regulación *ex ante*, para la definición de posición dominante en dichos mercados y para el establecimiento de las medidas regulatorias necesarias para solucionar los problemas de competencia identificados, entre ellos, aunque no limitados a, la existencia de posición dominante<sup>744</sup>. Así, entonces, la aplicación del régimen en descripción es del resorte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, cuya labor se rige por lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, y la regulación que esta misma Comisión expide, la cual, evidentemente, no tiene carácter sancionatorio<sup>745</sup>, como sí lo tiene el otro régimen identificado anteriormente -el que sanciona el abuso de la posición dominante-.

<sup>743</sup> Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>744</sup> CRT. Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia. Coordinación de Regulación (2008) p. 19

<sup>745</sup> Para el H. Consejo de Estado, *"la potestad sancionadora de la administración surge como un instrumento eficaz para facilitar el ejercicio de las funciones públicas y un medio para asegurar la consecución de los fines estatales que consiste en la facultad de imponer sanciones de tipo correctivo, encaminada a reprimir la realización de acciones u omisiones antijurídicas en las que incurrir tanto los particulares como los funcionarios públicos"*. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 11001-03-06-000-2013-00401-00(2164) de 5 de junio de 2014, C.P.: Germán Alberto

Ese otro régimen es el relacionado con el abuso de la posición dominante, y es del resorte del derecho de la competencia. Se encuentra establecido en la Ley 1340 de 2009, según la cual "[/]as disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales"<sup>746</sup>.

Este sí es de carácter sancionatorio, y dicha función de vigilancia y control es ejercida por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), que es la autoridad nacional de protección de la competencia<sup>747</sup>. En virtud de las competencias que le atribuye la norma en mención, la SIC puede investigar casos de abuso de posición dominante, y de encontrar mérito para ello, imponer sanciones.

Así las cosas, **COMCEL** parte de una premisa cierta al afirmar que el ordenamiento jurídico colombiano no condena la existencia de posición dominante, pero incurre en una imprecisión al confundir los dos regímenes antes descritos. En efecto, le asiste razón al afirmar que la concentración no debe ser reprimida *per se*, pero se equivoca al condicionar la intervención del Estado únicamente a cuando la misma asuma la forma concreta de prácticas restrictivas de la competencia o la libertad económica. El aludido condicionamiento únicamente tiene en cuenta el derecho de la competencia, como también lo hace la jurisprudencia citada por **COMCEL**<sup>748</sup>.

La intervención del Estado, como ya se explicó, puede darse de manera *ex ante* o *ex post*, y el anterior escenario se centra en esta última, dejando de lado la intervención que en materia de comunicaciones puede adelantar la CRC. Se recuerda que esta Comisión, mediante la Resolución CRT 2058 de 2009, estableció de manera integral las condiciones, metodologías y criterios para: **a)** la definición de mercados relevantes de servicios de telecomunicaciones en Colombia; **b)** la identificación de las condiciones de competencia de los mercados analizados; **c)** la determinación de la existencia de posición dominante en los mismos; y **d)** la definición de las medidas aplicables en los mismos<sup>749</sup>.

Lo anterior no aplica a la actividad de intervención del Estado en materia de derecho de la competencia, pues está circunscrito a las facultades y competencias determinadas en la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, para la CRC, quien no está facultada para controlar y vigilar a ningún actor del mercado de comunicaciones en materia de derecho de la competencia, y, más concretamente, para lo relacionado con el abuso de posición dominante.

Adicionalmente, no es cierto que esta Comisión procure evitar la posición de agentes con participaciones mayoritarias en el mercado. De lo que se trata, en los términos del artículo 19<sup>750</sup> de la Ley 1341 de 2009, es de "*promover la competencia en los mercados, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad, de las redes y los servicios de comunicaciones, incluidos los servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora*".

Por ende, falta a la verdad **COMCEL** al afirmar que con la presente actuación administrativa se busca reprimir a ese proveedor, beneficiar a los demás y forzar la entrada de nuevos agentes, pues como ya se manifestó en otros apartes de esta resolución, de lo que se trata es, en concordancia con el objeto de la presente actuación administrativa claramente definido en la Resolución CRC 5110 de 2017, identificar una o varias fallas de mercado y evaluar si se deben

Bula Escobar. Al respecto, la H. Corte Constitucional ha señalado que "(i) la potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues, (ii) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos; (iii) constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas, (iv) se diferencia de la potestad sancionadora por vía judicial; (v) se encuentra sujeta al control judicial; y (vi) debe cumplir con las garantías mínimas del debido proceso". Sentencia C-125 de 2003, citada por MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA y MARÍA ANGÉLICA NIETO RODRÍGUEZ, *El derecho administrativo Sancionador en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario y Legis, 2017, pp. 21-22.

<sup>746</sup> Artículo 2.

<sup>747</sup> Artículo 6 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>748</sup> La sentencia C-228 de 2010.

<sup>749</sup> Artículo 1 Resolución CRT 2058 de 2009. El contenido del artículo 1 de la Resolución CRT 2058 de 2009 en la actualidad se encuentra en el artículo 3.1.1.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

<sup>750</sup> Modificado por el Artículo 15 de la Ley 1978 de 2019.

tomar medidas particulares para corregir o mitigar los efectos de las mismas en el mercado de "Servicios Móviles".

Vale la pena resaltar que el mismo **COMCEL** sostiene que "*le está permitido a la autoridad administrativa intervenir el mercado*", pero una vez más se equivoca al limitar dicha intervención a evitar abusos de posición dominante, pues circunscribe la actuación de la CRC al derecho de la competencia, imprecisión que no se compadece con la realidad jurídica que aquí se pone de presente. La órbita de las competencias de la CRC se circunscribe a la regulación *ex ante* y, por tanto, en los términos del artículo 19 de la Ley 1341 de 2009<sup>751</sup>, no solo pretende evitar el abuso de posición dominante de algún actor en determinado mercado, sino que además debe velar porque la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad.

Ahora bien, en lo que respecta a la condición temporal de la dominancia, se aclara que esta Comisión es consciente del dinamismo de los mercados que regula, y por ello realiza un monitoreo constante de los mismos, con el fin de determinar las condiciones y características de cada uno, para adoptar las medidas que más se ajusten a las problemáticas que puedan evidenciarse en cada uno de ellos. Dicho monitoreo, para el caso de medidas regulatorias tomadas sobre mercados relevantes, es además una obligación de esta Comisión, tal como lo dispone el artículo 11 de la Resolución CRT 2058 de 2009, compilado en el artículo 3.1.4.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016, que establece que esta Comisión "*revisará periódicamente los mercados con el fin de analizar el efecto de las medidas implementadas y la conveniencia de adoptar medidas adicionales o de retirar las establecidas*". Sin embargo, no existe una obligación legal o regulatoria que exija que la temporalidad de las medidas regulatorias impuestas en virtud de las competencias *ex ante* de esta Comisión deban estar sometidas a un plazo extintivo o fecha de caducidad *ex ante*, pues su razón de ser consiste en superar los problemas de competencia identificados sobre los mercados susceptibles de regulación de este carácter. Así pues, las medidas regulatorias desde el ámbito *ex ante* preferiblemente deben estar sometidas a condición, siendo esta condición la erradicación o mitigación de los problemas de competencia constatados, por lo que resulta necesario que el monitoreo que ejerce la CRC sobre estos mercados dé cuenta del estado real de tales problemáticas, para luego evaluar la procedencia de profundizar las medidas, modificarlas o retirarlas.

Así entonces, en lo que respecta a la posición dominante -entendida como "Poder Significativo de Mercado"- de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles", es evidente que la misma puede variar con el paso del tiempo, razón por la cual la Comisión en el mismo acto administrativo en donde estableció la metodología para la identificación de operadores con posición de dominio, determinó la necesidad de una revisión periódica de las condiciones de mercado con el fin de evaluar si los fundamentos de hecho que dieron origen a determinada medida se mantienen y, por lo tanto, se justifica la intervención regulatoria, o si, por el contrario, se requiere el levantamiento de la misma.

No es cierto, por lo tanto, que la CRC haya impuesto una declaratoria permanente de posición de dominio, pues desde las mismas reglas que rigen su actividad regulatoria en esta materia, y atendiendo a la lógica y dinámicas del mercado, se establece la obligación de revisar periódicamente los efectos de las medidas con el fin de determinar si es pertinente y necesario modificarlas o eliminarlas.

En ese sentido, en la medida en que al constatar la dominancia de un agente en un mercado relevante la CRC no hace nada distinto a constatar una situación fáctica de poderío de tal agente en dicho mercado, no puede pretenderse, como lo requiere **COMCEL**, que dicha dominancia se sujete a plazo extintivo, como si ella desapareciera por el mero transcurso del tiempo. Que dicha calificación jurídica desaparezca en el tiempo dependerá de la evolución de las condiciones de competencia en el mercado que pueda constatar hacia el futuro la CRC, de oficio o a petición de parte.

Lo propio puede sostenerse de las medidas regulatorias particulares que la CRC pueda adoptar en relación con el proveedor cuya dominancia se haya constatado, que no son permanentes ni atemporales, pero tampoco están necesariamente sujetas a un plazo extintivo o fecha de caducidad, precisamente porque su vigencia y eficacia pueden no depender del mero transcurso del tiempo. Si en el marco del margen de discrecionalidad administrativa, la Comisión considera

<sup>751</sup> *Ibíd.*

adecuado no sujetar las medidas regulatorias a plazo extintivo, su temporalidad dependerá de la evolución de las condiciones de competencia en el mercado regulado, esto es, de la desaparición de las fallas de mercado que dieron origen a las medidas regulatorias.

Cabe señalar que esta postura no es nueva, sino que hace parte de la práctica administrativa de esta Comisión. En efecto, en la Resolución CRC 4050 de 2012, que modificó la Resolución CRC 4002 del mismo año, la CRC sostuvo que la temporalidad de la medida regulatoria allí prevista no estaba atada a un plazo o fecha de caducidad ex ante, sino a la evolución de las condiciones de competencia en el mercado regulado, esto es, a la desaparición de las fallas de mercado que habían dado origen a ella:

*"Al respecto, es necesario tener en cuenta que el alcance del artículo 3 de la mencionada resolución impone leerlo integralmente:*

*"Artículo 3°. Principios de la regulación por mercados relevantes. En la regulación por mercados relevantes que expida la CRT, se tendrá en cuenta que el propósito fundamental de la misma es la promoción de la competencia, la protección de los derechos de los usuarios, la promoción de la inversión, así como la prestación eficiente y continua de los servicios en términos de calidad y cobertura, en aras de mejorar el bienestar social y la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional. En tal sentido, **las medidas deben ser temporales y proporcionales en consideración al nivel de competencia que se logre alcanzar con las mismas.**"*  
(NFT)

*Como se desprende de la norma bajo análisis, la temporalidad y proporcionalidad de la regulación por mercados relevantes se determina en función del nivel de competencia "que se logre alcanzar con las mismas". La norma emanada de esta Comisión, en consecuencia, no tiene por objeto ni como efecto expedir medidas con fecha de caducidad ex ante, como parece entenderlo **COMCEL**, pues ello implicaría abstraerse del nivel de competencia en los mercados que se logre alcanzar con las mismas, desvirtuando así no sólo la esencia de la regulación de mercados sino las mejores prácticas en la materia.*

*La temporalidad a la que se refiere el artículo 3 de la Resolución 2058, supone que la vigencia de las medidas en el tiempo no se prolongue indefinidamente sin consideración a la evolución de las condiciones de competencia en el mercado regulado, de manera tal que si surtieron efecto y las condiciones de competencia mejoran sustancialmente, las medidas se levanten, y si no funcionan, o funcionan insuficientemente, se modifiquen, a efectos de "la promoción de la competencia, la protección de los derechos de los usuarios, la promoción de la inversión, así como la prestación eficiente y continua de los servicios en términos de calidad y cobertura, en aras de mejorar el bienestar social y la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional."*

*En ese contexto, vale la pena precisar que las medidas adoptadas son temporales en tanto su vigencia en el tiempo está intrínsecamente relacionada con la existencia de las fallas del mercado minorista de "Voz Saliente Móvil" que las inspiraron. En este sentido, si las medidas regulatorias impuestas sobre el mercado mayorista de terminación de llamadas móvil – móvil en todo el territorio nacional y sobre el mercado minorista anteriormente mencionado tienen efectos positivos sobre la falla de mercado, esto es, si se elimina o corrige la misma, como debería suceder, la Comisión, en uso de sus facultades legales, procederá a levantar dichas medidas. En caso contrario, es decir, si como resultado de la revisión de las condiciones de competencia del mercado móvil no se identifican o detectan cambios correctivos en la falla de mercado, la Comisión estará en el deber de introducir modificaciones en las medidas para lograr los fines regulatorios de establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios y la prevención de conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas."*

En conclusión, deben desestimarse los argumentos de **COMCEL** analizados en esta sección en lo concerniente a los aspectos jurídicos sobre la constatación de la dominancia, pues como quedó evidenciado, no cuentan con sustento alguno. Los yerros e imprecisiones en que incurre **COMCEL** al confundir conceptos relevantes para la presente actuación restan solidez a sus argumentos, no solo en lo relativo a las referencias de derecho comparado que pretende utilizarse, sino también a la temporalidad de las medidas y a la dinámica regulatoria aplicable en nuestro país.

### **8.1.2. Tamaño relativo**

La CRC, en el documento soporte "Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios Móviles" que hizo parte integral de la Resolución CRC 5110 de 2017, analizó el criterio del tamaño relativo de **COMCEL** en el mercado, calculado a partir de su participación en términos de usuarios, tráfico e ingresos, con el fin de evaluar preliminarmente la posición del operador en el

mercado de "Servicios Móviles", advirtiendo que *"la utilización de indicadores de concentración y las participaciones de mercado deben ser [analizados] con cautela por cuanto no son el único indicador determinante para definir las condiciones de competencia de un mercado."*

Del análisis de la participación de mercado del operador en los servicios de voz e Internet móvil, que componen el mercado de "Servicios Móviles", se concluyó de manera preliminar en el citado documento soporte que:

"(...)

- i. *A excepción de la participación de mercado del servicio de voz saliente móvil a nivel de usuarios, que fue impactada por las depuraciones que adelantó COMCEL de su base de usuarios en distintos momentos del tiempo (2011 y 2013), la participación de COMCEL supera holgadamente el 50% en el mercado nacional colombiano de voz móvil e Internet móvil. Teniendo como punto de referencia las directrices emitidas por la Comisión Europea, se tiene que, para la determinación de una posición dominante, las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas (superiores al 50%) evidencian por sí mismas el cumplimiento de dicho supuesto. Bajo dichos parámetros, puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene posición dominante en el mercado si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo<sup>752</sup>, situación que se presenta en las cifras de COMCEL.*
- ii. *La participación de mercado tanto para voz móvil como para Internet móvil equivale a más del doble que la de sus competidores más próximos MOVISTAR y TIGO, estimada en términos de usuarios, tráfico e ingresos.*
- iii. *La participación de mercado de COMCEL según tráfico de Internet móvil, si bien no presentaba una diferencia significativa frente a la de MOVISTAR en 2012, tan solo en 4 años aumentó 16,2 puntos porcentuales, alejándose de manera importante de sus competidores.*
- iv. *Participaciones de mercado similares en los diferentes servicios sugieren que a través del empaquetamiento COMCEL ha logrado apalancar su posición en el mercado de "servicios móviles" a partir de su posición en el mercado de "voz saliente móvil". (...)"*

En el documento de contestación que presentó en respuesta al inicio de la presente actuación administrativa, **COMCEL** cita el Documento Soporte para afirmar que los indicadores de concentración y las participaciones de mercado no son los únicos indicadores determinantes para definir las condiciones de competencia de un mercado. En su entender, *"[E]n un sector dinámico, con nuevos jugadores y con operadores de escala, con precios a la baja, con consumos por usuario al alza, con facilidades de portabilidad y sin compromisos de permanencia, la participación de mercado es indicativa de preferencia"*.

Para soportar su posición, **COMCEL** hace uso de una tabla en la que presenta una disminución en sus participaciones respecto de las variables usuarios, tráfico e ingresos para los servicios de voz móvil e Internet móvil. Así mismo, en el documento denominado, *"Alegatos de Conclusión"* allegado a la CRC en diciembre de 2020<sup>753</sup>, **COMCEL** afirma que aproximadamente cerca del 50% del mercado colombiano al cuarto trimestre de 2018 no había sido atendido o no tenía acceso a servicios de internet móvil-servicios móviles, por lo que consideran que las medidas regulatorias de la CRC no deberían enfocarse en el 50% que ya tiene acceso a los servicios móviles, sino en el 50% que aún no lo tienen. De igual manera, en el mismo documento, **COMCEL** cita algunas conclusiones del peritaje de Marcela Melendez en donde muestra disminuciones en el HHI del mercado de voz aduciendo que estos no son malos resultados, en particular porque se trata de una industria con economías de red en la que la tendencia natural es que el mercado se concentre en el operador que ofrece la red más grande.

Por otro lado, en el documento de contestación, **COMCEL** afirma que la participación en el mercado no puede ser el único criterio que se tenga en cuenta al determinar la dominancia de cualquier agente en un mercado. No obstante, asegura, que, si bien la CRC teóricamente tiene esto en consideración, todos los problemas que considera existen en el mercado de "Servicios Móviles" son fundamentados en su participación.

Una vez más, **COMCEL** asevera que, en concordancia con la autoridad nacional de competencia, la CRC ha reconocido que un elevado índice de concentración o una significativa variación en los índices de concentración no se constituyen en condición suficiente para determinar que existe una posición dominante.

<sup>752</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2002): Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>753</sup> Específicamente el 16 de diciembre de 2020 mediante los radicados 2020301399 y 2020815260

Para **COMCEL**, la mayoría de las conclusiones de la CRC derivan de un párrafo del Documento Soporte, y a partir de las cifras que este contiene, el cual se reproduce a continuación:

*"La estructura del mercado de servicios móviles compuesto por los servicios de voz móvil e Internet móvil se describe a continuación. En primer lugar, en cuanto al comportamiento particular de las participaciones de mercado de voz móvil, se resalta que al tercer trimestre de 2016 las participaciones de mercado de COMCEL ascendían al 48,7% en términos de usuarios, 63,7% según tráfico y 58,2% a nivel de ingresos. Por su parte, las cifras de Internet móvil muestran que las participaciones de mercado de COMCEL para el tercer trimestre de 2016 alcanzaron un 58,9% en términos de usuarios, 53,7% según tráfico y 55,6% a nivel de ingresos".*

En opinión de **COMCEL**, la CRC contradice sus propios argumentos puesto que indica que la utilización de indicadores de concentración y las participaciones de mercado deben ser tomadas con cautela, y luego afirma, con base en esos mismos indicadores, que la participación de **COMCEL** ha disminuido, y aun así insiste en sugerir que existe posición dominante de dicho operador en el mercado de "Servicios Móviles".

En este punto **COMCEL** reitera su argumento según el cual la CRC solo tiene en cuenta sus participaciones de mercado, dejando de lado otros factores y criterios asociados a los servicios que este presta. Una vez más, manifiesta que la participación mayoritaria no implica por sí misma la existencia de posición dominante.

Por su parte, el perito Mauricio Santamaría señala que, de acuerdo con la CRC, la participación de **COMCEL** en el mercado de voz saliente móvil, medida en términos de número de usuarios, se ha reducido en 13.6 puntos porcentuales entre los años 2011 y 2016, lo que sería indicativo de una menor concentración en este mercado bajo la misma lógica de la Comisión.

En relación con la reducción en participación de mercado en términos de usuarios, el perito cita la siguiente afirmación de la CRC: "el análisis de este fenómeno también debe tener en cuenta los incrementos en la tasa de desafiliación de abonados", frente a lo cual señala que aun cuando la desafiliación de abonados resulta en un menor número total de usuarios, ello no es suficiente, pues para que la participación de **COMCEL** haya caído en 13.6 puntos, debió perder usuarios a una tasa superior a la de desafiliación de abonados. Por lo tanto, para Mauricio Santamaría, el que se haya presentado un incremento en el *churn rate* no desdice de la reducción en la participación de **COMCEL** en términos de usuarios, como evidencia de una estructura de mercado más competitiva. De igual manera, en el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, señala **COMCEL**, que el hecho de que las tasas de desafiliación (Churn) vengán aumentando desde 2012, evidencia la ausencia de barreras de cambio y la movilidad de los usuarios entre los diferentes operadores. En el caso de COMCEL en la mayoría del período se encuentra por encima de las cifras de Movistar, y a partir de 2015 también supera las de Tigo.

De manera posterior, indica el perito que a la CRC le alarma que los resultados de reducción de participación de mercado que se evidencian en usuarios, no se replican al medir las participaciones en términos de tráfico. En este sentido, expresa que a pesar de que **COMCEL** tiene una menor participación en el total de usuarios del mercado de "Voz Saliente Móvil", su participación en términos de tráfico se ha mantenido relativamente estable entre 2008 y 2016. Lo anterior, en su opinión, implica que los usuarios han incrementado su consumo de manera más que proporcional que los de los demás operadores. Ese resultado es, para el perito, evidencia de una caída sustancial en el precio promedio enfrentado por los usuarios que se refleja en que, el ARPU de **COMCEL** ha presentado la caída más importante, al compararse con los demás operadores, a lo largo de los últimos 8 años.

Mauricio Santamaría complementa sus consideraciones agregando que este es precisamente uno de los beneficios de un mayor nivel de competencia en el mercado que no debe interpretarse como evidencia de poder de mercado, sino como una consecuencia deseable dentro de un mercado que parece funcionar mejor de lo que la misma Comisión cree.

Por otro lado, el perito también advierte que el análisis del índice Herfindhal – Hirschman (HHI) no es relevante para determinar si existe o no poder de mercado, ya que se limita a establecer el grado de concentración en un mercado, es decir, a caracterizar el mercado de acuerdo con las participaciones de los agentes. Según el perito, de acuerdo con ese análisis la CRC concluye que

el mercado sería excesivamente concentrado en tráfico e ingresos, lo cual no tiene implicación alguna sobre la posible posición dominante.

Para soportar sus afirmaciones, el perito cita el estudio realizado por el profesor Jerry Hausman, quien enfatiza que la concentración en el mercado, medida a través del Índice HHI, es una mala aproximación al poder de mercado en el sector de telecomunicaciones. De hecho, ese autor encuentra que países con un mayor HHI (mayor concentración en el mercado) pueden tener un menor nivel de precios para el mismo servicio de telecomunicaciones, lo que refuerza la inconveniencia de utilizar este indicador. Es así como el perito concluye que la concentración, medida ya sea por el HHI o por cualquier otro índice entre los muchos que existen, es tan solo una aproximación a la descripción de las características generales de cualquier mercado.

Frente al índice Stenbacka estimado por la CRC, afirma el perito que el valor de 40.7% para 2016 suponiendo  $\gamma = 1$ , implica que el umbral no es diciente en términos de la participación de mercado a partir de la cual se puede considerar que hay posición de dominio, por lo que la conclusión de la CRC según la cual *"la participación de COMCEL continúa ubicándose por encima del mencionado umbral"* es errada al basarse en un índice que no está correctamente estimado, en la medida en que se supone un valor de  $\gamma$  que no ha sido calculado con base en las condiciones del mercado y, por lo tanto, no refleja de manera adecuada las restricciones a la competencia futura. En este punto, manifiesta Mauricio Santamaría que, al suponer  $\gamma = 1$ , en lugar de, por ejemplo,  $\gamma = 1/2$ , se está sesgando el resultado hacia un umbral más bajo, lo que permite forzar la conclusión de que existe una posición de dominio con una participación de mercado más baja.

Ahora bien, el perito expone que las cifras que incluye la CRC en su análisis evidencian una reducción en la participación de mercado de **COMCEL** en el servicio de voz móvil, en términos de líneas activas, tráfico e ingresos, pese a que **COMCEL** sigue teniendo las mayores participaciones en las tres dimensiones citadas. Sobre esta situación particular, expresa que el análisis se ve limitado por el hecho de que el mercado de Internet Móvil se considere independiente del mercado de Internet fijo, a pesar de que según el perito los proveedores de estos dos servicios compiten entre sí. Continúa diciendo que en un mismo terminal se puede acceder a Internet por cualquiera de las dos alternativas, por lo que, el pago del servicio de Wi-Fi en el hogar, o la disponibilidad de Wi-Fi gratis en universidades, cafés, aeropuertos y parques entre otros, limita el uso de Internet móvil.

En línea con lo anterior, Mauricio Santamaría aduce que el consumo promedio y el tráfico total de cada operador se ve determinado en parte por la disponibilidad de Wi-Fi en el entorno, por lo que sugiere que se tenga en cuenta dicho consumo de Internet a través de terminales móviles, con lo cual se encontraría que la participación de **COMCEL** en tráfico e ingresos es inferior a la que se obtiene si se analiza el mercado de Internet Móvil de manera independiente.

En el dictamen pericial presentado por Marcela Meléndez, la perito afirma que la participación de mercado es una medida indirecta a través de la cual la literatura económica se aproxima al poder de mercado. Por lo tanto, agrega, el tamaño de la participación de mercado de un operador en un momento dado del tiempo no es un indicador suficiente para presumir la ausencia de competencia. Por el contrario, considera que la evolución en el tiempo de las participaciones de mercado y de otros indicadores de concentración contiene más información acerca del desempeño de un mercado que su nivel mismo.

Adicionalmente, expresa que a pesar de la entrada de nuevos jugadores entre 2012 y 2015, el mercado sigue muy concentrado en tres jugadores y que es notable la diferencia entre los niveles de concentración con los que operan los segmentos de voz móvil con y sin suscripción, frente a lo cual afirma que, a pesar de la buena dinámica de los indicadores en el tiempo, el segmento de voz móvil sin suscripción sigue aun ampliamente concentrado en manos de **COMCEL** cuando se considera su participación sobre ingresos y tráfico, mientras que esta afirmación no es cierta con el mismo nivel de contundencia para el segmento con suscripción.

Ahora bien, Marcela Meléndez señala también que la fluctuación en el tiempo de la participación de **COMCEL** sobre los ingresos del segmento por suscripción del mercado de datos sugiere que dicho proveedor ha tenido que defender su participación de mercado de la competencia, lo que es consistente con la evolución de sus precios para este segmento.

Finalmente, la Perito considera que en contraste con lo que ocurre en el mercado de voz móvil, en datos móviles la mayor parte de usuarios del servicio pertenece al segmento por suscripción,

que es el que aporta la mayor parte de los ingresos y el tráfico, de modo que lo que en este ocurre refleja adecuadamente el comportamiento del mercado.

**Consideraciones de la CRC:**

Frente a los argumentos que plantea **COMCEL**, debe decirse que, aunque el análisis de participaciones de mercado<sup>754</sup> y de los indicadores de concentración y dominancia no debe ser el único aspecto a partir del cual se concluya que un agente tiene posición dominante en el mercado, debido a que es necesario realizar un estudio conjunto de factores tales como tamaño absoluto, barreras de entrada, y competencia potencial, sí es el primer aspecto que debe ser considerado en el análisis de dominancia. Como lo expone Ortiz Blanco, *"aunque ciertamente no es el único elemento que debe examinarse, la indicación estructural más significativa del poder de mercado de las empresas es, sin duda, su cuota de mercado absoluta"*, cuyo valor práctico -afirma el autor- *"no debe subestimarse, ya que al menos sirve como punto de partida para cada examen. Al ser un parámetro relativamente fácil de medir, la cuota de mercado es de gran importancia cuando se evalúa el poder de mercado de las empresas, y por lo tanto al examinar la existencia, creación o fortalecimiento de una posición dominante"*<sup>755</sup>.

En ello coincide la Corte Constitucional, corporación para la cual la existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, *"de los cuales el principal estar en posesión de una gran cuota de mercado"*<sup>756</sup>.

La doctrina autorizada reconoce que los datos acerca de la cuota de mercado son el primer y más importante elemento en la evaluación de la posición dominante<sup>757</sup>, y que las cuotas de mercado proporcionan información valiosa sobre la estructura del mercado y sobre la importancia relativa de las empresas activas en él<sup>758</sup>. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>759</sup>, referente en este tipo de análisis, ha sostenido que, aunque la importancia de las cuotas de mercado puede variar de un mercado a otro, puede legítimamente considerarse que las cuotas muy elevadas son, en sí mismas y salvo circunstancias excepcionales, evidencia de la existencia de una posición dominante<sup>760</sup>.

Desde los primeros casos, el TJUE ha indicado que un número de factores deben ser considerados en la evaluación de dominancia, pero ha atribuido un papel importante a las participaciones de mercado:

<sup>754</sup> Es importante señalar que las participaciones de mercado que se van a calcular en la presente sección tienen como fuente primaria el Formato 1 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012 (usuarios de voz), Formatos 1.6 (ingresos de voz), 1.7 (tráfico de voz) y 1.9 (usuarios, tráfico e ingresos de Internet móvil) de la Resolución CRC 5050 de 2016. Adicionalmente, los usuarios del mercado relevante de "Servicios Móviles" se obtuvieron a través de los autos de prueba del 8 de diciembre de 2017, 18 de junio y 10 de septiembre de 2019 y 19 de junio de 2020. Es importante señalar que el mercado relevante de "Servicios Móviles se refiere a los usuarios que adquieren de manera conjunta los servicios de voz y datos, que de acuerdo con la encuesta citada en el documento soporte de la Resolución CRC 5108 de 2017, representaban aproximadamente el 60% del total de usuarios móviles en el año 2016. Cifra que fue corroborada por los autos de prueba anteriormente referenciados registrando un valor de 57.7% para el 3T-2017, 55.1% para el 1T-2018 y 77.8% para el 1T-2020. Con esto en mente, a partir de las series individuales tanto de voz móvil como de Internet móvil (se excluyeron los usuarios que usan el servicio a través de data cards dejando solo los usuarios con teléfonos celulares) y, teniendo en cuenta la proporción de usuarios empaquetados respecto del total de usuarios de servicios móviles las series individuales capturan en gran parte el comportamiento de este tipo de usuarios, razón por la cual dichas series, así como la información de los autos de prueba precitados son evidencia complementaria que da cuenta de las dinámicas del mercado de "Servicios Móviles".

<sup>755</sup> ORTIZ BLANCO, L. Market Power in EU Antitrust Law. Bloomsbury Publishing. (2011).

<sup>756</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1041 de 2007

<sup>757</sup> O'DONOGHUE, R. & PADILLA, J. The Law and Economics of Article 102 TFEU. Hart Publishing. 2<sup>nd</sup> Edition (2013) p. 217; SLOT, P.J. & FARLEY, M. An Introduction to Competition Law. Hart Publishing 1<sup>st</sup> Edition (2017) p. 97, 209; NIHOUL, P & RODFORD, P. EU Electronic Communications Law. Competition & Regulation in the European Telecommunications Market. Oxford University Press 2<sup>nd</sup> edition (2011) p. 223; BISHOP, S & WALKER, M. The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement. Sweet & Maxwell (2010) p. 232; DABBAH, M. EC and UK Competition Law: Commentary, Cases and Materials. Cambridge University press 1<sup>st</sup> edition (2004) p. 300; SIGNES DE MESA, J. et al. Derecho de la Competencia. Thomson Reuters. 1a edición (2013) p. 217; IBAÑEZ COLOMO, P. et al. Manual de Derecho de la Competencia. Tecnos (2008) p. 151. GARCÍA, F. Fundamentos del derecho de la libre competencia; en Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español. María Pilar Bello Martín-Crespo & Francisco Hernández Rodríguez (Coordinadores) Thomson- Aranzadi (2009) p. 47.

<sup>758</sup> WHISH, R & BAILEY, D. Competition Law. Oxford University Press; 7th edition. p. 181

<sup>759</sup> Se hace referencia a la jurisprudencia de este organismo, toda vez que, es el encargado de ejercer control judicial ex post de la aplicación de la metodología utilizada por la Comunidad Europea para la determinación de poder significativo de mercado, la cual inspiró la metodología definida por la CRC en la Resolución CRT 2058 de 2009.

<sup>760</sup> TJUE. Asunto Hoffmann- La Roche v Commission 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211; la Comisión hizo referencia específica a este párrafo en Van den Bergh Foods Ltd OJ [1998] L 246/1, [1998] 5 CMLR 530, párrafo 258.



*"La existencia de una posición dominante se puede derivar de diferentes factores las cuales tomadas de manera separada no son necesariamente determinantes, pero entre esos factores uno altamente importante es la existencia de participaciones de mercados muy altas"<sup>761</sup>.*

De esa manera, se ha sostenido que cuotas de mercado superiores al 70% son, en sí mismas, una indicación clara de la existencia de una posición dominante<sup>762</sup>, sin que se requieran pruebas adicionales<sup>763</sup>. Por ejemplo, en el caso *United Brands*, se halló que el acusado era dominante con participaciones de mercado de alrededor de 40-45 por ciento (nuevamente este fue uno de varios elementos considerados por ECJ), y de algún modo este rango, dicha autoridad todavía lo considera como el nivel de comparación para la presunción de dominancia<sup>764</sup>. En el asunto *AKZO vs Comisión*<sup>765</sup>, el TJUE señaló que una cuota de mercado del 50% podía considerarse muy alta, de modo que, a falta de circunstancias excepcionales que indiquen lo contrario, se asumirá que una empresa con tal cuota de mercado es dominante y dicha empresa tendrá la carga probatoria de establecer que no lo es.

El TJUE ha dispuesto también que una cuota de mercado entre el 40% y el 50% puede indicar una posición dominante, pero otros factores económicos, como los cambios en la cuota de mercado a lo largo del tiempo, la cuota de mercado del competidor más cercano y el número y la fuerza de otros competidores, etc., deben ser tomados en consideración<sup>766</sup>. Bajo esa misma lógica, ha sostenido el TJUE que, con cuotas de mercado entre el 25% y el 40%, no se puede asumir la existencia de dominancia a menos que se den algunas circunstancias excepcionales, por ejemplo, disparidades sustanciales en las cuotas de mercado o barreras significativas de entrada<sup>767</sup>.

La Comisión Europea, en esta materia, ha señalado que no es probable que las empresas con cuotas de mercado inferiores al 25% ocupen una posición dominante individual en el mercado correspondiente y que, en la práctica decisoria de dicha Comisión, en la evaluación de poder significativo en el mercado es importante tener en cuenta la cuota de mercado de la empresa y las posibles presiones que pudieran ejercer los competidores en el mediano plazo. La inquietud por una posible posición dominante individual solo suele plantearse en el caso de empresas con cuotas de mercado superiores al 40%, aunque puede en algunos casos preocuparse por una posible posición dominante con cuotas de mercado inferiores, ya que puede darse la posición dominante sin posesión de una cuota de mercado considerable.

Así mismo, en consonancia con la jurisprudencia europea en la materia, la Comisión Europea ha sostenido que las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas, como aquellas superiores al 50%, atestiguan por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, la existencia de una posición dominante, y que puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene poder significativo de mercado (PSM), y por tanto ocupa una posición dominante, si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo<sup>768</sup>.

En la Comunicación de Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 102 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, dicha Comisión sostuvo que unas cuotas de mercado bajas son generalmente un buen indicio de la falta de poder sustancial de mercado, y que, según su experiencia, no es probable que haya dominancia si la cuota de mercado de la empresa en el mercado de referencia

<sup>761</sup> Hoffman/la Roche: 520. Un enunciado similar es hecho en *United Brands*

<sup>762</sup> TPI. Sentencia del 12 de diciembre de 1991, Asunto T-30/89 – *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439, párrafo 92. Véase también *Tetra Pak/Alfa-Laval*, OJ 1991 L 290/35; Asunto T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) v Comisión* [2001] ECR II-3413, párrafo 52; Asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co AG v Comisión* [1979] ECR 461, párrafo 59.

<sup>763</sup> TPI. Sentencia del 23 de diciembre de 2003, Asunto T-65/98 – *Van den Bergh Foods Ltd v Commission* [2003] ECR II-4653, párrafo 154.

<sup>764</sup> <https://prezi.com/4lbuo0cur1es/united-brands-company-v-commission-of-the-european-communit/>

<sup>765</sup> TJUE. Asunto *Akzo Chemie vs. Comisión*. Asunto C- 62/86 [1991] ECR I- 3359, [1993] 5 CMLR 215, párrafo 60.

<sup>766</sup> TJUE. Sentencia del 14 de febrero de 1978), Asunto 27/76 – *United Brands v Commission* [1978] ECR 207, párrafos. 108–10.

<sup>767</sup> TJUE. Sentencia del 15 de diciembre de 1994), Asunto C-250/92 – *Gøttrup-Klim y otros; Grovwareforeninger v Dansk Landbrugs Grovvareselskab* [1994] ECR I-5641, párrafo 48; TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA. Sentencia del 17 de diciembre de 2003), Asunto T-219/99 – *British Airways v Comisión* [2003] ECR II-5917, párrafos. 211–24.

<sup>768</sup> CE. Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del poder significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Numeral 55. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/revision-guidelines-significant-market-power-commission-publishes-drafts-revised-guidelines-and>

es inferior al 40%, sin perjuicio de lo cual puede haber casos concretos por debajo de este umbral en los que los competidores no estén en condiciones de ejercer una presión efectiva sobre la conducta de una empresa dominante<sup>769</sup>.

En cualquier caso, para dicha Comisión la experiencia sugiere que cuanto mayor es la cuota de mercado y cuanto mayor es el periodo de tiempo durante el cual se tiene dicha cuota, más probable es que constituya un indicio preliminar importante de la existencia de una posición dominante<sup>770</sup>.

De igual manera, si la empresa en cuestión tiene una cuota de mercado elevada en comparación con otros operadores en el mercado, es un indicio de dominio, siempre que esta cuota de mercado se haya mantenido durante algún tiempo<sup>771</sup>. En adición a lo anterior, se ha señalado que *"Tan importante como la cuota de mercado absoluta es la cuota de mercado relativa, es decir, la cuota de mercado de los competidores más cercanos de la empresa que se supone mantiene una posición dominante. Cuanto más bajas sean sus cuotas de mercado, más probable es que la Comisión concluya que la empresa más significativa es dominante."*<sup>772</sup>

En general, cuando la Comisión Europea ha encontrado que la diferencia de cuota de mercado entre la empresa "dominante" y su próximo mayor competidor supera el 20%, ha considerado que existe una mayor probabilidad de dominancia, consideración a la cual se le ha dado mayor peso cuando la brecha entre la empresa líder y su competidor más cercano se ha mantenido estable durante un periodo de tiempo significativo<sup>773</sup>.

De otra parte, la jurisprudencia europea ha identificado que la disminución, aun constante, de la cuota de mercado, no excluye la posición dominante. En el asunto Cewal, el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que, mientras el mantenimiento de una cuota alta de mercado puede demostrar que la posición dominante se mantiene, una erosión constante de ella, cuando continúa siendo muy alta, no puede constituir en sí misma prueba de ausencia de posición dominante<sup>774</sup>. Por ejemplo, la Comisión Europea abrió una investigación en contra de Slovak Telekom y su casa matriz Deutsche Telekom por no permitir que sus competidores hicieran uso de la desagregación de bucle local (ULL) y el acceso nacional de banda ancha mayorista (WBA) durante el periodo entre agosto de 2005 y diciembre de 2010, considerando esta acción como un abuso de posición dominante violando el artículo 102 TFEU y el artículo 54 del acuerdo EEA<sup>775</sup>.

En este caso, la Comisión concluyó que Slovak Telekom obtuvo una posición de monopolio en el mercado ULL, y que además las altas barreras a la entrada de este mercado tuvieron como consecuencia la ausencia de competidores. Esta compañía también ocupaba una posición dominante en el mercado de servicios minoristas ofrecidos en ubicaciones fijas. De este modo la participación de mercado para esta empresa con base en el número de suscriptores sostuvo una variación entre el 35% y 55% durante el periodo de infracción, mientras que su más cercano competidor UPC Broadband Slovakia tenía una participación comprendida entre 5% y 15%.

Por su parte, en diciembre de 2016 la Comisión Europea decidió abrir un expediente a Amazon por un posible abuso de posición dominante en el mercado de distribución minorista de libros electrónicos en inglés y alemán a consumidores en el espacio económico europeo (EEA). Se estimó que Amazon poseía entre (70-90%) de participación de mercado en el caso de los libros electrónicos en inglés contemplando Reino Unido e Irlanda entre 2010-2015. Mientras que en el caso de los libros electrónicos en alemán que contemplan Alemania y Austria fue estimado entre (40-60%) para los años 2012-2015. Por lo tanto, la participación de mercado fue utilizada para sustentar la posición dominante de Amazon en el mercado<sup>776</sup>.

En el caso Google Shopping (2017) la Comisión Europea sostuvo:

<sup>769</sup> CE. Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Numeral 14

<sup>770</sup> *Ibid.*, Numeral 15

<sup>771</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Public consultation. Brussels, Diciembre 2005

<sup>772</sup> ORTIZ BLANCO, L. Op. Cit.

<sup>773</sup> O'DONOGHUE, R. & PADILLA, J. The Law and Economics of Article 102 TFEU. Ob. Citada. Pág. 222

<sup>774</sup> TPI. Sentencia del 8 de octubre de 1996), Asunto Cewal (T-24-26/93 y T-28/93) [1996] ECR II-1201, párrafo 77. Véase igualmente TPI. Sentencia del 30 de septiembre de 2003 (Michelin, T-203/01) [2003] ECR II-4071 Párrafo 245

<sup>775</sup> Antitrust Procedure (2014). Case AT.39523 – Slovak Telekom.

<sup>776</sup> Antitrust Procedure (2017). Case AT.40153 – E-book MFNs and related matters (Amazon).

*"(265) La existencia de una posición dominante se deriva en general de una combinación de varios factores que, tomados por separado, no son necesariamente determinantes.<sup>777</sup>*

*(266) Un factor importante es la existencia de cuotas de mercado muy grandes, que son en sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, evidencia de la existencia de una posición dominante.<sup>778</sup> Una empresa que tenga una cuota de mercado muy grande por algún tiempo, sin que competidores más pequeños puedan satisfacer rápidamente la demanda de aquellos que quisieran romper con esa empresa, está en virtud de esa participación en una posición de fuerza que la convierte en un socio comercial inevitable y que, ya por ello, asegura, al menos durante períodos relativamente largos, esa libertad de acción que es la característica especial de una posición dominante<sup>779</sup>. Es el caso en que una empresa tiene una cuota de mercado del 50% o más.<sup>780 781</sup>*

De igual manera, en el caso Google Android (2018), señaló el órgano europeo:

*(434) También es importante la comparación entre las cuotas de mercado de la empresa en cuestión y las de sus competidores. Por ejemplo, una empresa que tenga una cuota de mercado muy grande por algún tiempo, sin que competidores más pequeños puedan satisfacer rápidamente la demanda de aquellos que quisieran romper con esa empresa, está en virtud de esa participación en una posición de fuerza que la convierte en un socio comercial inevitable y que, ya por ello, asegura, al menos durante períodos relativamente largos, esa libertad de acción que es la característica especial de una posición dominante<sup>782</sup>. Del mismo modo, una empresa que goza de una cuota de mercado mucho más importante que la de sus competidores es un indicio válido de una posición dominante.<sup>783 784</sup>*

En línea con lo anterior, la Comisión Europea ha señalado que el hecho de que una empresa con una posición significativa reduzca de manera paulatina su cuota puede ser indicio de que el mercado se está haciendo más competitivo, pero ello no excluye que se declare la existencia de una posición dominante, en términos de la Comisión Europea, un peso significativo en el mercado<sup>785</sup>.

Ahora bien, el otro asunto neurálgico, relacionado con la participación de mercado, es el relativo a la forma de determinar la cuota de mercado de la empresa en cuestión. Según el Departamento de Justicia de los Estados Unidos -DOJ, la medida más común para determinar las cuotas de mercado es la de **ingresos**, ya que estos reflejan la capacidad real de las firmas para superar todos los obstáculos necesarios para ofrecer productos en términos y condiciones que sean atractivos para los clientes. No obstante, en casos en los que una unidad de producto de menor valor sea sustituta de una unidad de producto de mayor valor, las participaciones de mercado en términos de ventas (en el caso de comunicaciones, tráfico) es un mejor indicativo del nivel de competencia del mercado analizado que aquellas medidas en términos de ingresos<sup>786</sup>. De igual manera, otro caso en el cual son más dicientes las participaciones en términos de ventas (tráfico)

<sup>777</sup> Caso 27/76, United Brands and United Brands Continental v Commission, EU:C:1978:22, párrafo 66. (Pie de página original 255)

<sup>778</sup> Caso 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, EU:C:1979:36, párrafo 41; Caso T-65/98, Van den Bergh Foods v Commission, EU:T:2003:281, párrafo 154. (Pie de página original 256)

<sup>779</sup> Caso 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, EU:C:1979:36, párrafo 41; Caso T-139/98, AAMS v Commission, EU:T:2001:272, párrafo 51; Case T-65/98, Van den Bergh Foods v Commission, EU:T:2003:281, párrafo 154; Caso T-336/07, Telefónica SA v Commission, EU:T:2012:172, párrafo 149. (Pie de página original 257)

<sup>780</sup> Caso C-62/86, Akzo v Commission, EU:C:1991:286, párrafo 60; Caso T-340/03, France Télécom SA v Commission, EU:T:2007:22, párrafo 100; Caso T-336/07, Telefónica SA v Commission, EU:T:2012:172, párrafo 150. (Pie de página original 258)

<sup>781</sup> COMMISSION DECISION of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (AT.39740 - Google Search - Shopping-. (traducción libre)

<sup>782</sup> Caso 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission, EU:C:1979:36, párrafo 41; Caso T-139/98, AAMS v Commission, EU:T:2001:272, párrafo 51; Case T-65/98, Van den Bergh Foods v Commission, EU:T:2003:281, párrafo 154; Caso T-336/07, Telefónica SA v Commission, EU:T:2012:172, párrafo 149. (Pie de página original 428)

<sup>783</sup> Caso 27/76 United Brands v Commission, EU:C:1978:22, párrafo 111; Caso 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission, EU:C:1979:36, párrafo 48; Caso T-395/94 Atlantic Container Line and Others. v Commission, EU:T:2002:49, párrafo 341; Casos acumulados T-191/98, T-212/98 to T-214/98 Atlantic Container Line and Others v Commission, EU:T:2003:245, párrafo 967; Caso T-219/99 British Airways v Commission, EU:T:2003:343, párrafo 210; Caso T-340/03 France Telecom v Commission, EU:T:2007:22, párrafo 109; Caso T-336/07 Telefónica v Commission, EU:T:2012:172, párrafo 163. (Pie de página original 429)

<sup>784</sup> COMMISSION DECISION of of 18.7.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT.40099 – Google Android) (traducción libre)

<sup>785</sup> CE. Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Numeral 75

<sup>786</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines (2010) p. 17.

que de ingresos, es cuando se trata de mercados con productos homogéneos pues allí la importancia competitiva de una empresa se deriva principalmente de su capacidad para expandir rápidamente la producción en respuesta a un aumento de precio o a una reducción de la producción por parte de sus competidores<sup>787</sup>.

Para la Comisión Europea, a su turno, el tamaño total del mercado y las cuotas de mercado de cada proveedor se calculan, en principio, sobre la base de las **ventas** de los productos considerados en la zona estudiada, aunque existen también otros indicadores, según los productos o el sector, que pueden aportar información útil, tales como la capacidad, el número de licitadores, las unidades de flota en la industria aeroespacial, o las reservas existentes cuando se trata de sectores como la minería, añadiendo que *"Por experiencia se sabe que tanto el volumen como el valor de las ventas proporcionan información útil. En el caso de productos diferenciados, suele considerarse que el valor de las ventas y la cuota de mercado correspondiente refleja mejor la posición y fuerza relativa de cada proveedor."*<sup>788</sup>

Para Niels et al (2011), *la medida más común* para determinar la cuota de mercado es el **valor de ventas**, la cual es frecuentemente usada cuando los productos son diferenciados, de manera que pueda haber un espectro de precios del mercado y los productos puedan ser agregados, poniendo mayor peso sobre los proveedores de los productos más caros<sup>789</sup>.

De otra parte, afirman los autores, usar el valor de ventas puede subestimar la importancia competitiva de proveedores de menor precio, por lo cual el **volumen**, en términos de unidades provistas, es una alternativa común para medir cuotas de mercado, especialmente cuando los productos en cuestión son suficientemente homogéneos<sup>790</sup>.

Finalmente, el **número de clientes** resulta también ser relevante para calcular las cuotas de mercado en aquellos casos en que la fortaleza de la firma en el mercado está dada por la atención de diferentes clientes o diferentes grupos de clientes<sup>791</sup>. Al respecto, han señalado Nihoul y Rodford (2011):

*"Cómo calcular cuotas de mercado. El método usado para calcular las cuotas de mercado puede tener un considerable impacto en el caso bajo estudio. Generalmente, la cuota es calculada con base en el valor generado por las operaciones llevadas a cabo por la empresa en el mercado. Supongamos que debe establecerse la cuota de mercado en el mercado de servicios de comunicaciones electrónicas móviles. El método normal es ver el valor que ha obtenido cada empresa por las ventas de sus servicios. Después de establecer el valor total obtenido en el mercado, puede hacerse una división para tener la proporción correspondiente a cada empresa. Otra posibilidad es analizar la cantidad de productos vendidos o el número de clientes servidos, por una empresa. **Estas últimas figuras pueden, sin embargo, parecer menos relevantes porque no proveen una indicación acerca de la importancia relativa de las empresas.** Donde una empresa tiene 100.000 clientes cada uno gastando €10 mientras otra tiene 10.000 clientes con un gasto de €1.000 por persona, la segunda tendrá probablemente más poder que la primera, porque genera más valor y probablemente tiene menores costos. En el ejemplo considerado, la respuesta dependerá de la definición del mercado relevante. Si los clientes son tan distintos que ellos constituyen mercados diferentes, no habrá que hacer ninguna comparación entre las dos empresas. Si los clientes son idénticos por naturaleza, y la diferencia escasamente radica en la cantidad de servicios que ellos requieren, la empresa con el menor número de clientes, pero el mayor ingreso tiene más poder que la otra"*<sup>792</sup> (NFT).

Ahora bien, tal como se describió anteriormente, las participaciones de mercado suelen calcularse en tres dimensiones, ingresos, productos vendidos y usuarios, en el caso de los mercados de telecomunicaciones, ingresos, tráfico y usuarios. Si bien, de acuerdo con la literatura revisada la participación en ingresos tiende a tener cierta preferencia, lo cierto es que analizar las participaciones en las tres dimensiones referenciadas permite tener una visión integral de las dinámicas del mercado bajo estudio y es insumo fundamental del análisis multicriterio señalado en el artículo 3.1.3.1., de la Resolución CRC 5050 de 2016, para constatar la posición dominante

<sup>787</sup> *Ibíd.*

<sup>788</sup> CE. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. OJ C 372, 9.12.1997. Numerales 54-55

<sup>789</sup> NIELS, G., JENKINS, H., & KAVANAGH, J. Economics for Competition Lawyers. Oxford University Press 1<sup>ST</sup> Edition (2011) p. 125

<sup>790</sup> *Ibíd.*

<sup>791</sup> *Ibíd.*

<sup>792</sup> NIHOUL, P & RODFORD, P. EU Electronic Communications Law. Competition & Regulation in the European Telecommunications Market. Oxford University Press 2<sup>nd</sup> edition (2011) p.224

de uno o más operadores en un mercado relevante determinado. En el caso que a esta Actuación Administrativa compete, la estructura del mercado de "Servicios Móviles", compuesto tal como se definió en la Resolución CRC 5108 de 2017, por el servicio de voz móvil e Internet móvil<sup>793</sup> se presentará a lo largo de la presente sección incluyendo las series del servicio de voz móvil, las de Internet móvil y la información de los Autos de pruebas que recabaron el número de usuarios de servicios móviles para el tercer trimestre de 2017, primer y cuarto trimestre de 2018, cuarto trimestre de 2019 y primer trimestre de 2020. Las Gráficas 1, 2 y 3. muestran las participaciones para el servicio de voz móvil, a nivel de tráfico, ingresos y usuarios, respectivamente, desde el año 2008 y hasta el primer trimestre de 2020<sup>794</sup>.

En la Gráfica 1, se puede observar que la participación de mercado de **COMCEL** medida en términos del tráfico de voz cursado, apenas ha disminuido cerca de 4 puntos porcentuales en algo más de doce (12) años. El comportamiento a lo largo del tiempo de esta variable permite observar cómo la participación de dicho operador se ha mantenido en promedio para el periodo 2008 – 1T-2020 por encima del 65%. Ahora bien, no se puede dejar de lado que la participación de mercado de **COMCEL** con respecto a su inmediato competidor representaba para el primer trimestre del año 2020 cerca de 2.8 veces la de este, y más preocupante aún, aproximadamente 4.2 veces la del tercero proveedor en importancia. Por su parte, a nivel de tráfico de voz se evidencia el bajo impacto de los demás proveedores de servicios móviles (Otros OMR<sup>795</sup> y los OMV) quienes en conjunto apenas alcanzan el 2.7% de participación en el primer trimestre de 2020.

A su turno, la Gráfica 2, en donde se muestra la participación de mercado medida en términos de ingresos por voz móvil, tampoco da cuenta del comportamiento competitivo del mercado al que hace referencia **COMCEL** de manera reiterada. Aun cuando se evidencia una tendencia decreciente entre 2013 (donde alcanzó uno de los valores de participación más altos, 69%) y 1T-2020 con una reducción de catorce (14) puntos porcentuales, su participación en términos de ingresos sigue estando por encima del 50%, sin mencionar que representa 2.5 veces la participación de su inmediato perseguidor y 2.9 veces la del tercero. Vale la pena resaltar que, en los cerca de doce años analizados, **COMCEL** fue el operador con mayor participación en términos de ingresos, teniendo un promedio de participación en el período referenciado de 62.4%.

Debe reiterarse, a este respecto, que constituye un indicio de dominio que la empresa en cuestión tenga una cuota de mercado elevada en comparación con otros operadores en el mercado, cuando ésta se ha mantenido a lo largo del tiempo<sup>796</sup>, y que, en general, se considera que existe una mayor probabilidad de dominancia cuando la diferencia de cuota de mercado entre la empresa líder y su mayor competidor supera el 20%, consideración a la cual se le ha dado mayor peso cuando dicha la brecha se ha mantenido estable durante un período de tiempo significativo<sup>797</sup>.

Por último, en materia de usuarios se tiene que al final del primer trimestre de 2020 había cerca de 65.9 millones de líneas activas de telefonía móvil en Colombia. En los operadores de la categoría "Otros OMR", se encuentran AVANTEL, ETB, y UNE<sup>798</sup>, que en conjunto alcanzaron una participación de 4% al final de dicho periodo. De igual forma, tal como lo mencionan **COMCEL** y

<sup>793</sup> Vale la pena mencionar, que para el servicio de Internet Móvil se tuvieron en cuenta aquellos usuarios que hacen uso del servicio a través de un teléfono móvil, esto con el fin de capturar los usuarios de Internet móvil que se encuentran en el mercado relevante de "Servicios Móviles".

<sup>794</sup> La fecha más actualizada posible de acuerdo con la información del Sistema Colombia TIC, plataforma administrada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-MinTIC, y el cual, entre otras cosas, se nutre de las obligaciones de información impuestas a los proveedores de redes y servicio de telecomunicaciones por parte de la CRC.

<sup>795</sup> A la categoría de "OMR" pertenecen Avantel y después de 3T-2013 ETB y UNE (este deja de reportar información desde el 4T-2017, al oficializar su fusión con el proveedor móvil Tigo). Mientras que en la categoría de OMV se encuentran Éxito, ETB (antes del 4T-2013), UNE (antes del 4T-2013), Flash, Suma Móvil, UFF (sale de operación el 2T-2018) y Virgin.

<sup>796</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Public consultation. Brussels, December 2005

<sup>797</sup> O'DONOGHUE, R. & PADILLA, J. The Law and Economics of Article 102 TFEU. Ob. Citada. P.222. Véase también Caso 27/76 United Brands v Commission, EU:C:1978:22, párrafo 111; Caso 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission, EU:C:1979:36, párrafo 48; Caso T-395/94 Atlantic Container Line and Others. v Commission, EU:T:2002:49, párrafo 341; Casos acumulados T-191/98, T-212/98 to T-214/98 Atlantic Container Line and Others v Commission, EU:T:2003:245, párrafo 967; Caso T-219/99 British Airways v Commission, EU:T:2003:343, párrafo 210; Caso T-340/03 France Telecom v Commission, EU:T:2007:22, párrafo 109; Caso T-336/07 Telefónica v Commission, EU:T:2012:172, párrafo 163.

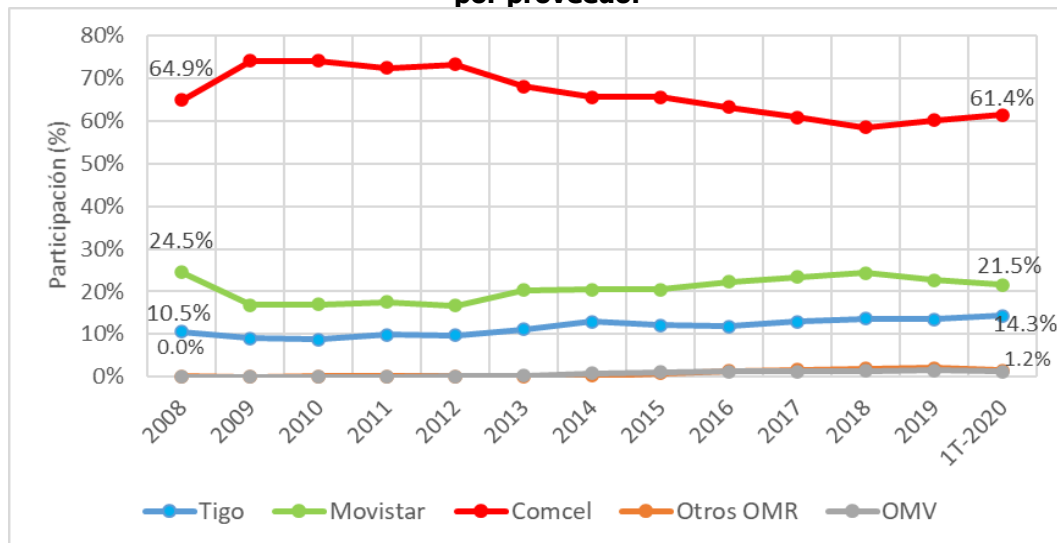
<sup>798</sup> El proveedor UNE dejó de reportar usuarios desde el tercer trimestre de 2017, pues pasó a pertenecer al mismo grupo empresarial de Colombia Móvil.

Mauricio Santamaría, la Gráfica 3 muestra que la participación de mercado de **COMCEL** en términos de usuarios fue de 47.3% para el último periodo disponible, la cual, aunque refleja una reducción de diecinueve (19) puntos porcentuales con respecto a 2008, sigue siendo considerablemente alta (cercana al 50%), más si se tiene en cuenta que la reducción de la participación en términos de usuarios puede ser explicada por dos fenómenos: i) incrementos en la tasa de desafiliación de abonados (churn); y ii) menor participación de mercado sobre las nuevas vinculaciones. Ambas situaciones facilitadas en buena parte por las medidas regulatorias implementadas en el pasado por la CRC como son, entre otras, la implementación de la portabilidad numérica móvil, la obligación de venta de equipos con bandas abiertas y la prohibición de suscripción de contratos con cláusulas de permanencia mínima, remedios regulatorios que contribuyeron a disminuir los costos de cambio para el usuario.

De otra parte, hace bien la perito Marcela Meléndez en reconocer que, a pesar de la entrada de nuevos jugadores a los mercados móviles, este sigue muy concentrado<sup>799</sup>, lo cual denota las dificultades a las que se enfrentan los nuevos jugadores para generar presiones competitivas sobre **COMCEL**. A nivel de usuarios de voz móvil, a corte del primer trimestre de 2020, la participación agregada de los seis (6) "nuevos"<sup>800</sup> agentes en el mercado, alcanzó apenas el 11.4%, es decir, menos de la cuarta parte de la participación del operador líder, situación que es aún más crítica a nivel de tráfico, donde la participación es apenas del 2.7%, y a nivel de ingresos alcanza un 7.4%.

Lo anterior se reafirma con la persistencia a lo largo de toda la serie analizada de la alta cuota de mercado de **COMCEL** medida en tráfico, ingresos y aún de usuarios (para el periodo 1T-2020: 61.4%, 53%, y 47.3%); la diferencia entre la participación de **COMCEL** y el segundo proveedor en todos los casos equivale a más del doble; las bajísimas cuotas de participación de los nuevos operadores, individual y de manera agregada, y los bajos niveles de participación de los OMR que operan en Colombia. Esto aún después de que hace ya más de 10 años que entró en vigencia la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019 y tres años de la expedición de la regulación<sup>801</sup> para promover el desempeño competitivo de los OMR, lo cual demuestra la dificultad para ejercer presiones competitivas sobre el proveedor que tiene la mayor cantidad de usuarios, tráfico e ingresos de acuerdo con las series de voz móvil.

**Gráfica 1. Participación de mercado en términos de tráfico del servicio de voz móvil por proveedor**



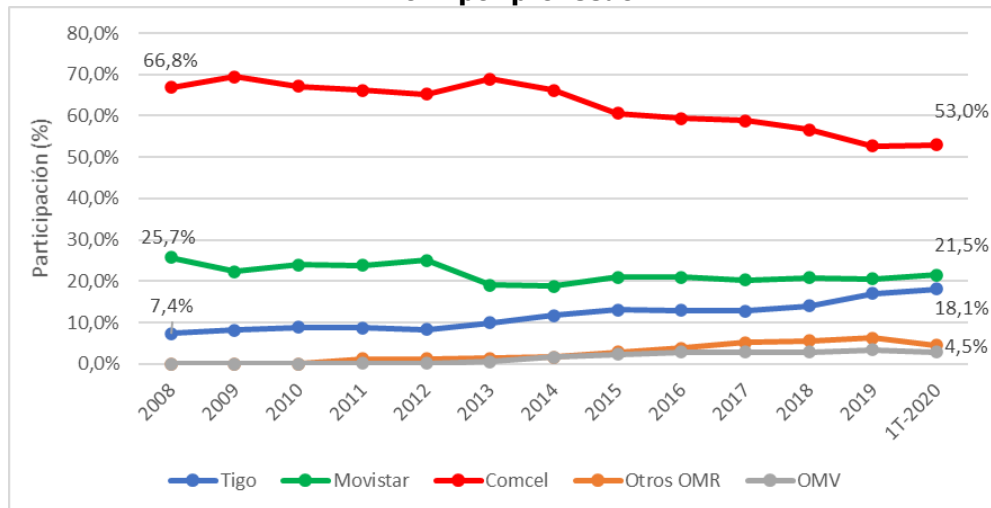
Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

<sup>799</sup> La perito afirma que: "Es cierto que a pesar de la entrada de nuevos jugadores entre 2012 y 2015 el mercado sigue muy concentrado en tres jugadores y siempre es deseable la profundización de la competencia". Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 6. Folios 1251.

<sup>800</sup> Se hace referencia a Éxito Móvil, Virgin, Avantel, Suma Móvil, Flash y ETB.

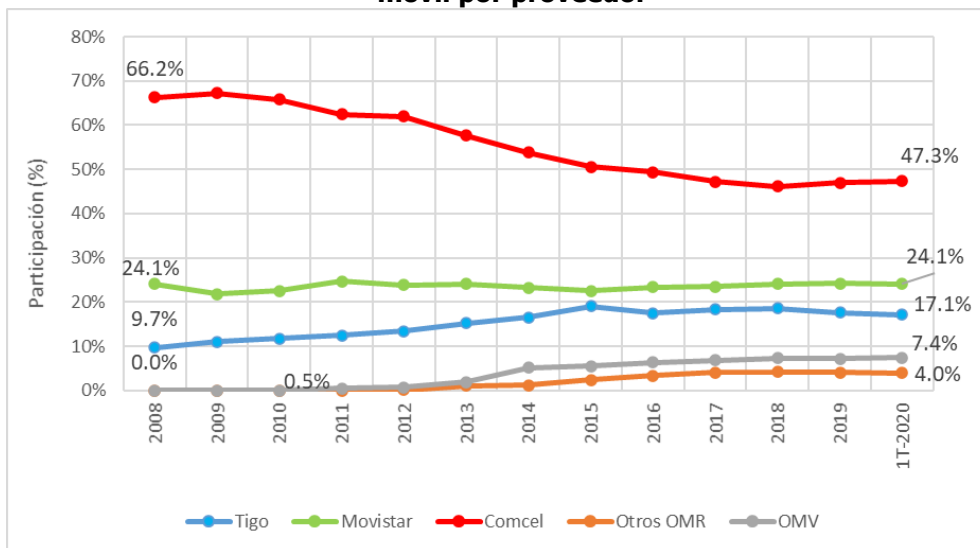
<sup>801</sup> Resolución CRC 5108 de 2017

**Gráfica 2. Participación de mercado en términos de ingresos del servicio de voz móvil por proveedor**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

**Gráfica 3. Participación de mercado en términos de usuarios del servicio de voz móvil por proveedor**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

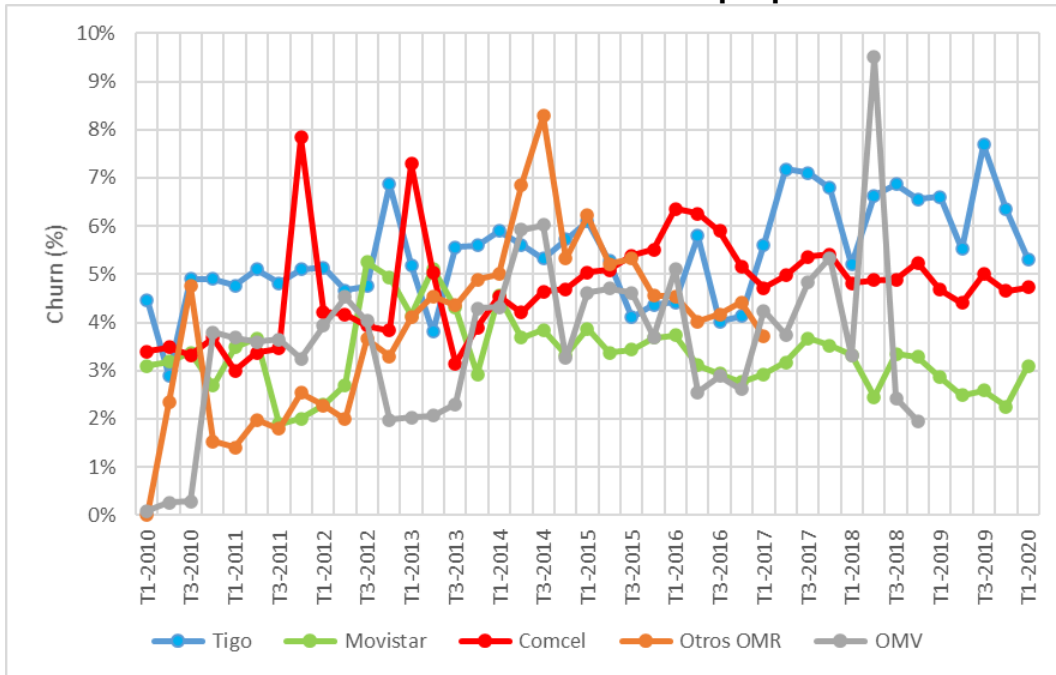
La información de tasa de desafiliación de abonados (churn) se incorporó al expediente por solicitud de **COMCEL**, lo cual quedó consignado en la parte resolutoria del auto de pruebas del 11 de agosto de 2017. En efecto, por tal razón se incorporó al expediente el radicado 201721252 del 26 septiembre 2017, información que se presenta en la Gráfica 4. En dicha Gráfica se observa que la tasa de desafiliación de **COMCEL** a lo largo de la serie fue en promedio superior a la de **MOVISTAR**, los **Otros OMR**, los **OMV** y solamente inferior a la registrada por **TIGO**, aunque vale la pena mencionar que en todo el año 2016, **COMCEL** registró la tasa de desafiliación más alta, incluso por encima de **TIGO**, proveedor con la tasa promedio más alta de todo el periodo analizado (1T-2010 – 4T-2019).

Como se puede observar en la Gráfica 5, y contrario a lo manifestado por Mauricio Santamaría, **COMCEL** sigue activando líneas de manera proporcional a su participación de mercado a nivel de usuarios, por lo que su reducción en participación de mercado tiene más que ver con su tasa de desafiliación, la cual es superior al promedio del mercado (4.4%), que con la menor captura de nuevos usuarios, pues tal como se observa en la Gráfica precitada, **COMCEL** tiene la mayor participación de nuevas vinculaciones.

En cuanto a la variación neta de usuarios, lo observado en la Gráfica 6 permite afirmar que, para el periodo analizado, **COMCEL** en términos netos obtuvo cerca de 45% menos de usuarios que el promedio neto obtenido por los proveedores **MOVISTAR** y **TIGO** (7.3 millones), por lo que a pesar de seguir siendo positivo el número de usuarios este se ve diezmado por aquellos que se desafiliaron, confirmando lo explicado en los dos párrafos anteriores. Vale la pena resaltar que

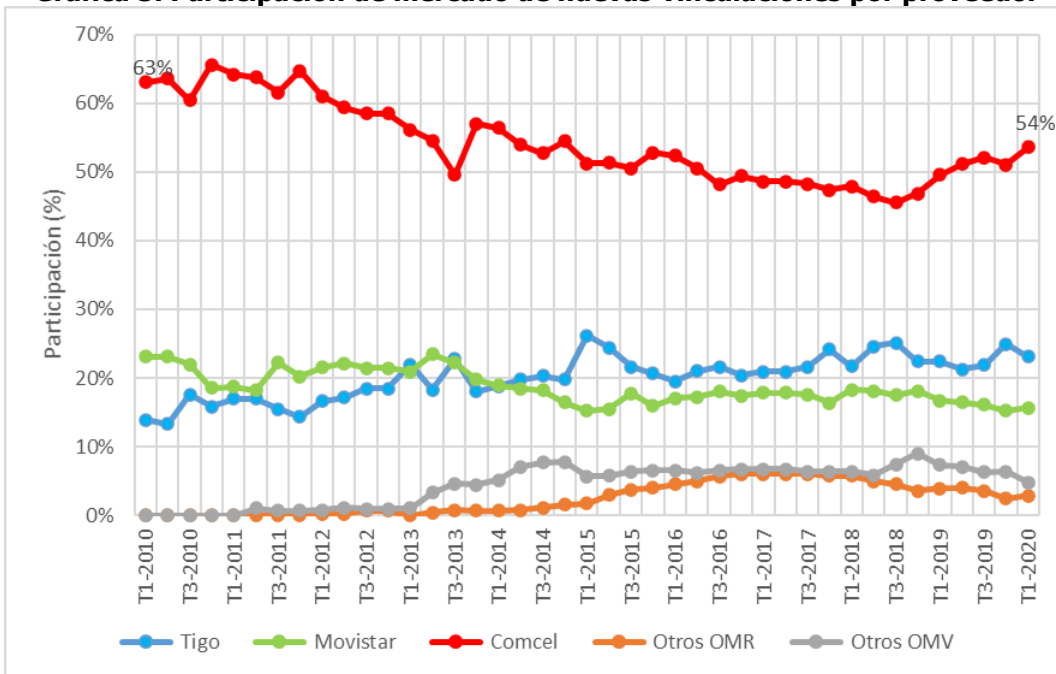
**COMCEL** experimentó dos reducciones trimestrales considerables en los años 2011 y 2013, lo cual, de acuerdo con sus informes trimestrales para los accionistas<sup>802</sup>, se debió a una depuración de la base de clientes prepago. Posteriormente, para los años 2015 y 2016, los informes de sostenibilidad para los accionistas hacen referencia únicamente a una caída de usuarios prepago, sin mencionar la causa de dicha reducción.

**Gráfica 4. Evolución tasa de desafiliación por proveedor**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC y Radicado CRC 201721252

**Gráfica 5. Participación de mercado de nuevas vinculaciones por proveedor**

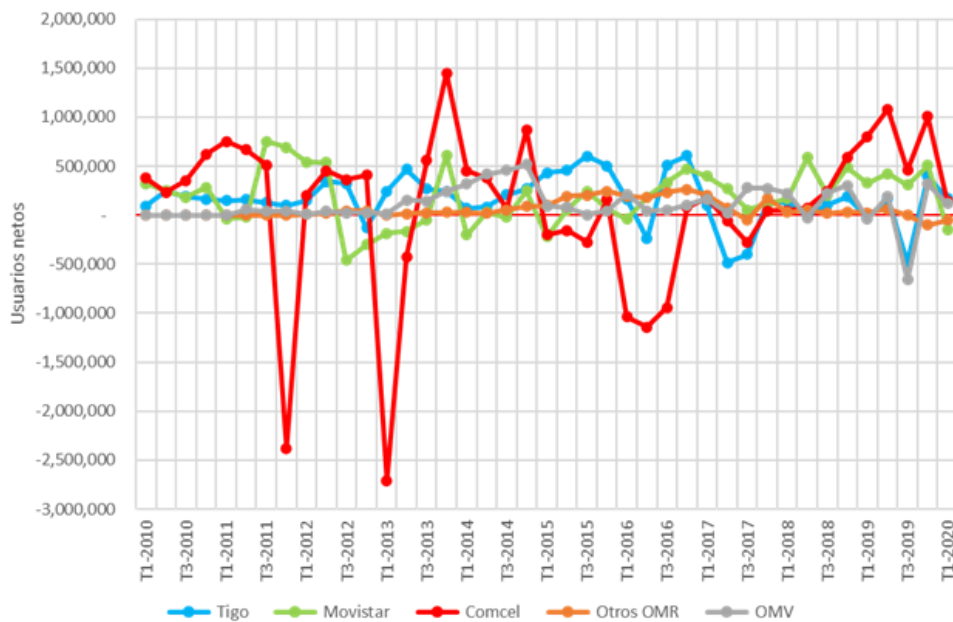


Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC

<sup>802</sup> COMCEL. Informes trimestrales de la operación. [En Línea]. Disponibles en [https://s22.q4cdn.com/604986553/files/doc\\_financials/quarterly\\_spa/2011/4T11\\_VF.pdf](https://s22.q4cdn.com/604986553/files/doc_financials/quarterly_spa/2011/4T11_VF.pdf) y [https://s22.q4cdn.com/604986553/files/doc\\_financials/quarterly\\_spa/2013/3T13.pdf](https://s22.q4cdn.com/604986553/files/doc_financials/quarterly_spa/2013/3T13.pdf)



**Gráfica 6. Variación neta de usuarios por proveedor: 1T-2010 - 1T-2020**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC

Precisamente, debido a que las participaciones medidas en términos de usuarios pueden obedecer a factores diferentes a las presiones competitivas efectivas que **COMCEL** enfrenta por parte de sus competidores, es que a nivel internacional -como también lo hace esta Comisión – los análisis también se realizan con base en las participaciones de tráfico e ingresos, máxime cuando en materia de usuarios se constata que el proveedor dominante en el mercado de voz móvil, mercado que hace parte del mercado de "Servicios Móviles", se encuentra 23 puntos porcentuales por encima de su inmediato perseguidor, óptica bajo la cual no sorprende que a nivel internacional se sostenga que la disminución, aun constante, de la cuota de mercado, cuando continúa siendo muy alta, no puede constituir en sí misma prueba de ausencia de posición dominante<sup>803</sup>, y que el hecho de que una empresa con una posición significativa reduzca de manera paulatina su cuota, si bien puede ser indicio de que el mercado se está haciendo más competitivo, **no excluye que se declare la existencia de una posición dominante o un peso significativo en el mercado**<sup>804</sup>.

Ahora bien, debe decirse que múltiples afirmaciones del peritaje de Mauricio Santamaría se realizan sin fundamento en cifras y evidencia empírica. Esta situación se hace evidente cuando el perito manifiesta que los usuarios de **COMCEL** han incrementado su consumo en voz móvil de manera más que proporcional que los demás operadores. En ese sentido, es pertinente señalar que la tasa compuesta anual de crecimiento de **COMCEL** en el periodo 2008-2019 no solo es estadísticamente igual a la de **MOVISTAR** (9.3%), sino que además es inferior a la **TIGO** (12.5%) y a la de los otros **OMR** (48.1%).

Así entonces, tal como se observa en la Gráfica 7, si bien **COMCEL** experimentó un crecimiento considerable de tráfico entre los años 2008 y 2019 (la pendiente es mucho más empinada que la de los demás proveedores), del 2013 al 2018, su variación no es significativa, mientras que sus dos inmediatos competidores registran crecimientos constantes durante dicho periodo. Cabe mencionar que, durante los años 2018 y 2019, todos los proveedores registran un crecimiento en la cantidad de minutos cursados, esto en parte gracias a la proliferación de planes y ofertas comerciales de consumo de voz ilimitado tanto en el segmento pospago como en el prepago, lo que refuerza la hipótesis de la pérdida de relevancia de la voz como factor diferencial.

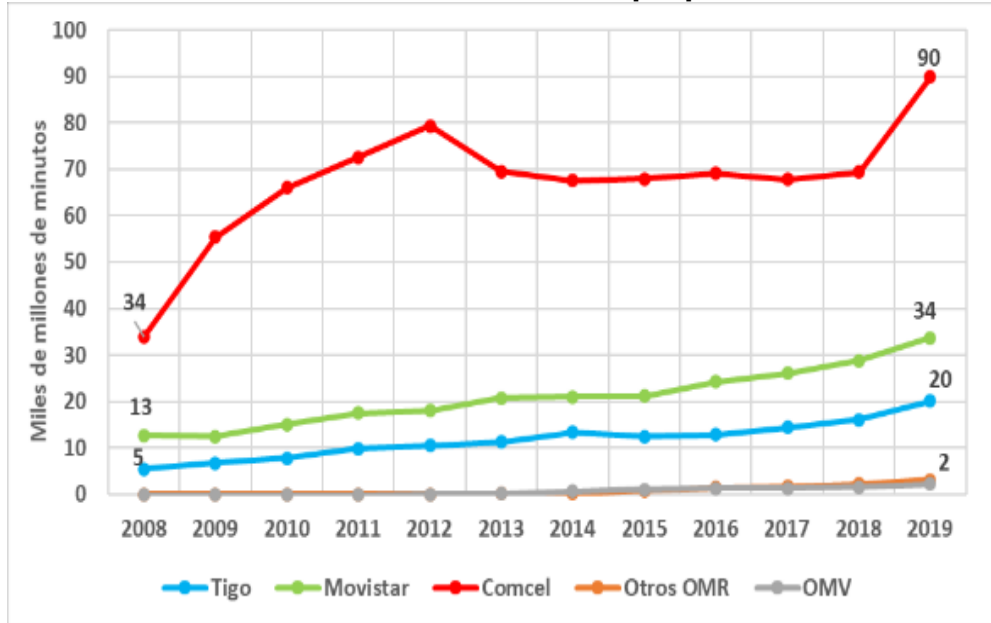
Así mismo, cuando se analizan los minutos promedio por usuario expuestos en la Gráfica 8, **COMCEL**, pese a que registra la mayor cantidad en el período analizado (198 minutos en promedio), no es posible evidenciar, tal como lo afirma Santamaría, que los usuarios de dicho

<sup>803</sup> TPI. Sentencia del 8 de octubre de 1996), Asunto Cewal (T-24-26/93 y T-28/93) [1996] ECR II-1201, párrafo 77. Véase igualmente TPI. Sentencia del 30 de septiembre de 2003 (Michelin, T-203/01) [2003] ECR II-4071 Párrafo 245

<sup>804</sup> CE. Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Numeral 75

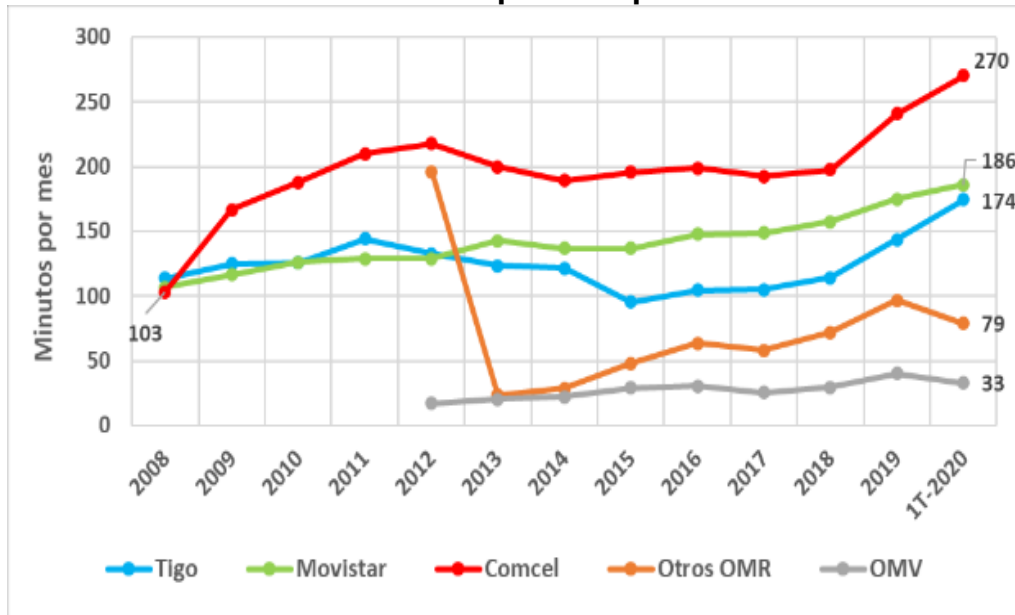
proveedor hayan aumentado su consumo más que el crecimiento mismo de los usuarios, toda vez que si se observan las variaciones anuales de todo el periodo (2008 – 1T-2020) la mediana para **COMCEL** fue de 3.5%, mientras que la de TIGO fue de 3.9% y la de MOVISTAR de 4.4%.

**Gráfica 7. Tráfico de voz cursado por proveedor**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC

**Gráfica 8. Minutos promedio por usuario**



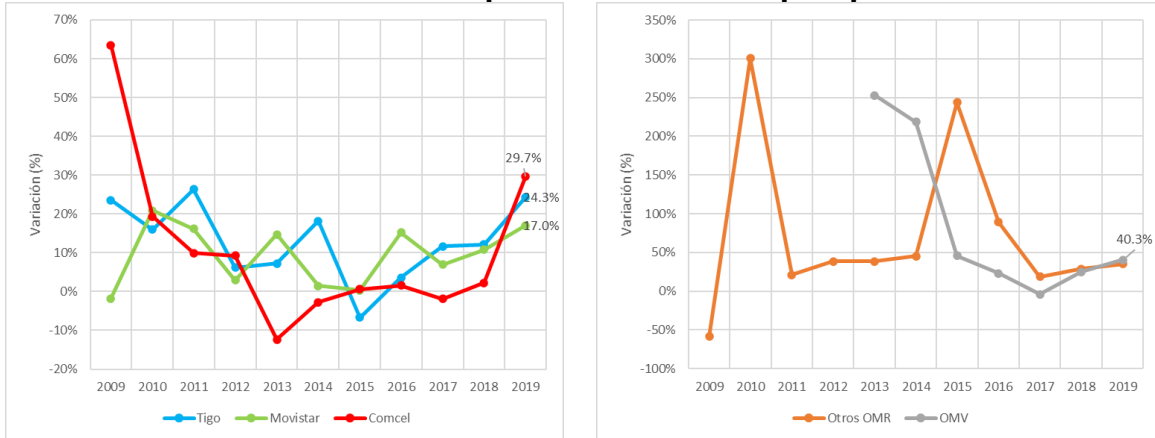
Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC

En línea con lo anterior, y contrario a lo que manifiesta Mauricio Santamaría, si bien los precios de **COMCEL** han mostrado una tendencia decreciente durante los últimos años, tal como también lo han experimentado el resto de los competidores, no es cierto que **COMCEL** se diferencie del resto en cuanto a precios más bajos y mayor consumo<sup>805</sup>. Por ejemplo, en la Gráfica 9 se puede observar que la tasa de crecimiento del tráfico cursado de los tres proveedores más significativos del mercado es similar a lo largo del periodo analizado, por lo que no hay una diferenciación de **COMCEL** en términos de consumo, como así lo afirma el perito. De hecho, el repunte del tráfico

<sup>805</sup> Es importante señalar, que el perito cae en el error de afirmar que existe una correlación entre el “precio” y el consumo. Lo anterior, en la medida que la variable que a lo largo de la presente Resolución y del Documento Soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, se ha utilizado como “precio” corresponde al ingreso promedio por minuto, que se construye con los ingresos y el tráfico cursado, por lo que es evidente que el constructo “precio” está directamente relacionado con los movimientos de la serie tráfico. Por lo que mal hace el perito al inferir que estas dos series son independientes y que el hecho de estar correlacionadas sugiere que es gracias a una disminución en el precio que aumenta el tráfico cursado.

en el último año (2019), producto de la masificación de ofertas ilimitadas de voz, no es propia de ningún operador, sino que ya es, tal como se puede observar en las dinámicas de consumo (ver Gráficas 7, 8 y 9), una práctica generalizada del mercado colombiano.

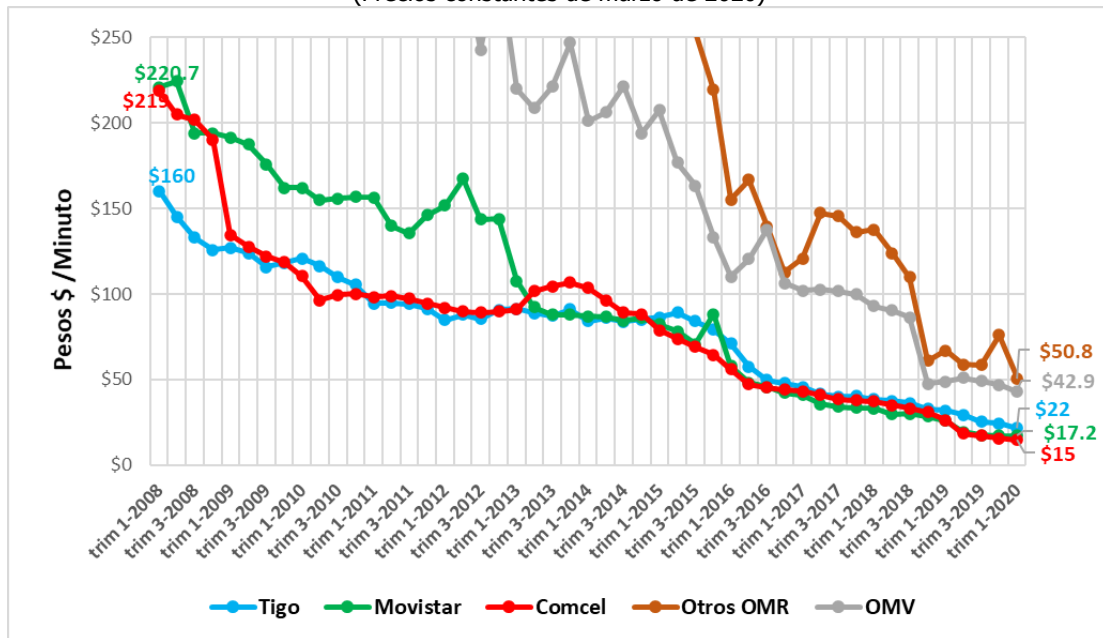
**Gráfica 9. Variación porcentual del tráfico por operador**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC

En ese sentido, no es cierto que la reducción de precios que se evidencia en el comportamiento del ingreso promedio por usuario sea exclusiva de **COMCEL** (ver Gráfica 10), de hecho, no fue este proveedor el que tuvo el ingreso promedio por minuto más bajo en el periodo analizado (1T-2008-1T-2020), pues fue TIGO con \$80.3 pesos por minuto, siendo además este último el operador que registró por mayor tiempo el ingreso promedio por minuto más bajo (21 trimestres de los 49 observados). Adicionalmente, es importante señalar que la reducción de precios en sí misma no demuestra la existencia de competencia efectiva en el mercado; otros factores pueden explicar la existencia de precios decrecientes en industrias de red, más allá del aumento del consumo de minutos de los usuarios y de la competencia efectiva en el mercado, como lo son: i) las economías de escala, como resultado de la reducción de costos promedio al aumentar el tráfico cursado; ii) las economías de alcance, particularmente relevantes en redes multiservicio; y iii) en mercados maduros, la amortización del CAPEX<sup>806</sup> asociado al despliegue de infraestructura realizado.

**Gráfica 10. Ingreso promedio por minuto**  
(Precios constantes de marzo de 2020)



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC y DANE (Variación trimestral IPC 2008 a 2020)

En cuanto al servicio de Internet móvil, el cual también hace parte del mercado de “Servicios Móviles”, se observa que la participación en términos de tráfico mostraba en 2012 un entorno competitivo desde la perspectiva de tamaño relativo, esto, debido a que no se observaban

<sup>806</sup> CAPEX (Capital Expenditures): Es el costo de suministro de capital fijo o de bienes de capital para el proceso productivo.

diferencias significativas entre **COMCEL** y MOVISTAR; de hecho, este último proveedor era el de mayor participación con 37.3%, un punto porcentual más que **COMCEL**. Sin embargo, este comportamiento se revirtió a partir del año 2013, momento en el cual **COMCEL** se convirtió en el agente con mayor participación en términos de tráfico del servicio de Internet móvil, situación que se mantiene hasta el primer trimestre de 2020, en donde se evidencia que la participación de **COMCEL** medida por tráfico equivale al 47.1%, lo que representa un incremento de 11 puntos porcentuales entre 2012 y 2020 (ver Gráfica 11). Adicionalmente, vale la pena mencionar que la participación de **COMCEL** en términos de tráfico representa 1.7 veces la participación de MOVISTAR y 3.1 veces la de TIGO, confirmando no solo el aumento de la brecha de participación entre el líder y los seguidores sino su consistencia a lo largo del tiempo.

En línea con lo anterior, se observa que la participación de **COMCEL** a nivel de ingresos de Internet móvil<sup>807</sup> era del 50.3% en el año 2012, cifra 15.7 puntos porcentuales mayor al de su inmediato seguidor. Distancia que fue aumentando con el pasar del tiempo hasta alcanzar una diferencia de 43.3 puntos porcentuales en el primer trimestre de 2020, en donde **COMCEL** alcanzó una participación de 61.8% mientras que la MOVISTAR fue de 18.5% (ver Gráfica 12). Lo anterior, evidencia las disparidades en términos de ingresos generados en el servicio de Internet móvil prestado a través de un teléfono celular.

Por su parte, la participación en términos de usuarios<sup>808</sup> de **COMCEL** en el 2012 alcanzaba el 64.8%, llegando a un valor máximo de 70% en 2014, para posteriormente presentar una reducción de 16 puntos porcentuales y ubicarse en el primer trimestre de 2020 en 55%, cifra considerable en términos de cuotas de mercado, más si se tiene en cuenta que la diferencia en participación en dicho trimestre con sus dos inmediatos competidores es más del doble, siendo 2.4 veces la de MOVISTAR y 3.6 veces la de TIGO.

En el marco del análisis de dominancia llevado a cabo por la Comisión, incluso considerando los referentes internacionales sobre la materia, tres situaciones preocupan a la CRC frente al tamaño de **COMCEL** en el servicio de Internet móvil. La primera es la diferencia entre la participación de **COMCEL** y sus competidores más próximos, pues tanto en términos de tráfico, como de ingresos, y usuarios, la participación de **COMCEL** ha representado cerca o más del doble de la del segundo participante en el mercado y al triple que la del tercero. Preocupación que además esta debidamente sustentada en las recomendaciones de la Comisión Europea tal como se referenció anteriormente en la presente sección.

La segunda es la evolución de las participaciones de mercado de **COMCEL**, criterio que, de acuerdo con la perito Marcela Meléndez, contiene más información acerca del desempeño del mercado que su nivel mismo. Si bien, en principio, los tres operadores con mayor cantidad de usuarios iniciaron la prestación del servicio de Internet Móvil de manera casi que simultánea, por lo que **COMCEL** no tenía una ventaja de primer jugador al menos frente a los operadores de red establecidos desde el año 2010<sup>809</sup>, sorprende el crecimiento acelerado de las participaciones de **COMCEL** frente a las de sus competidores. En tercer lugar, si bien para el caso del servicio de voz móvil ya se había mencionado que los operadores móviles de red categorizados como Otros OMR y los OMV, después de un tiempo prudencial en el mercado, no alcanzan participaciones significativas de forma que puedan ejercer presión competitiva sobre **COMCEL**, esta situación es aún más crítica en la prestación del servicio de Internet móvil, más si se tiene en cuenta que es dicho servicio el más atractivo para los usuarios dentro del paquete (voz + datos), tal como se señala en el documento soporte de la Resolución CRC 5108 de 2017. En específico, la participación de mercado a nivel de tráfico, ingresos y usuarios de los demás proveedores de servicios móviles (Otros OMR y los OMV) en conjunto alcanzan el 10.7%, 5.3% y 7.2% respectivamente.

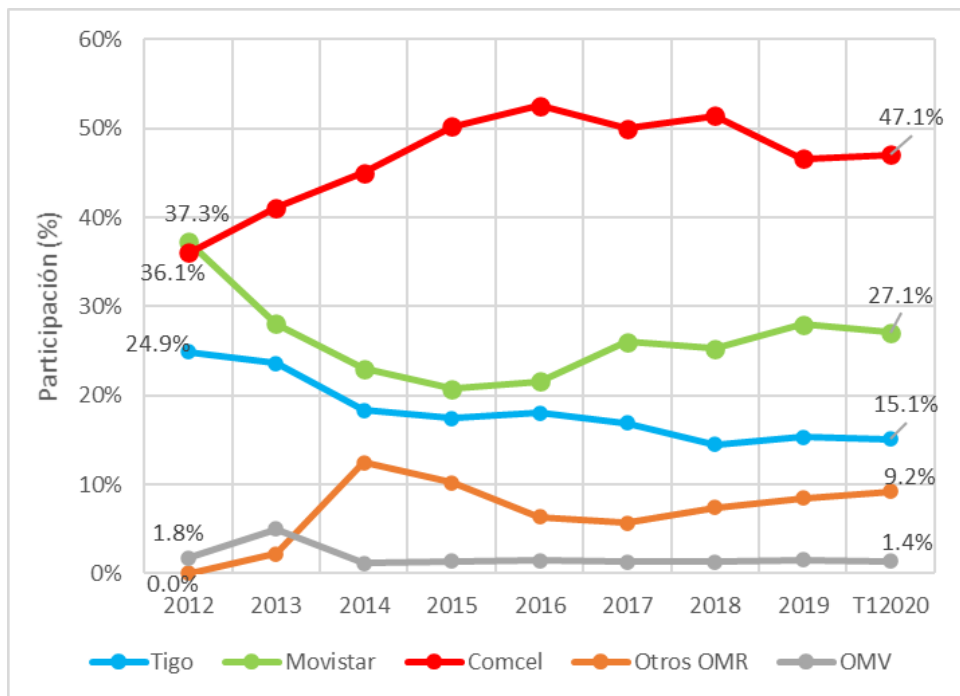
Las Gráficas 11, 12 y 13 muestran la participación de **COMCEL** frente a los demás operadores en términos de tráfico, ingresos y usuarios del servicio de Internet móvil:

<sup>807</sup> Sin incluir los ingresos generados por el servicio prestado a usuarios con terminales Data Card.

<sup>808</sup> Sin incluir los usuarios que acceden al servicio con terminales Data Card.

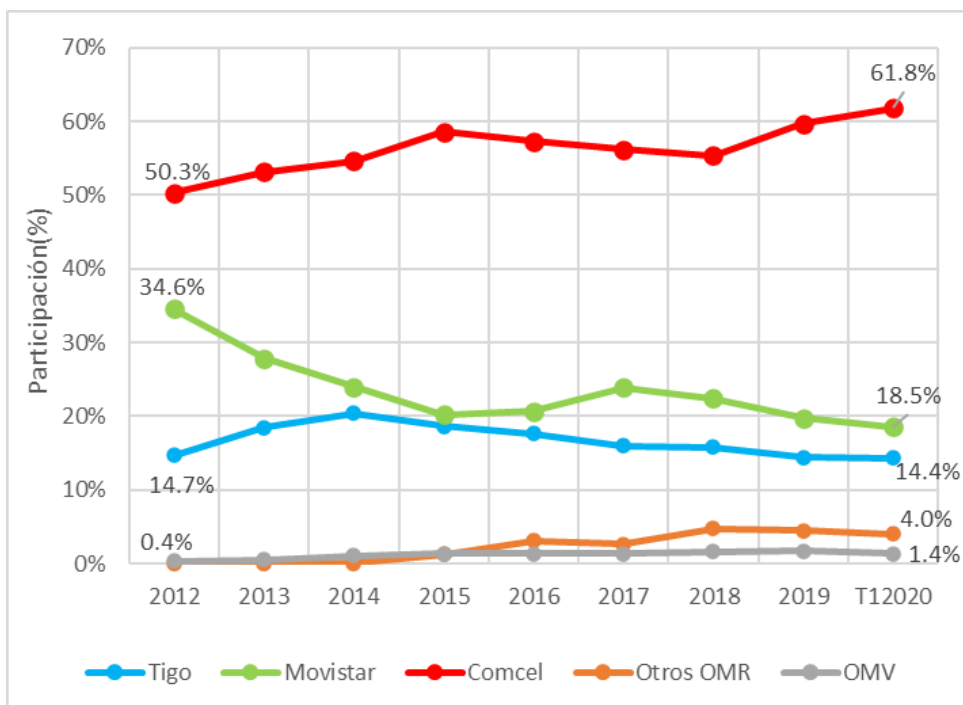
<sup>809</sup> Recordemos que la información del servicio de Internet aquí analizada tiene como año base 2012 toda vez que debido a un cambio metodológico de revisión, la serie empieza a ser consistente y comparable en dicho año.

**Gráfica 11. Participación de mercado en términos de tráfico del servicio de Internet móvil por proveedor**



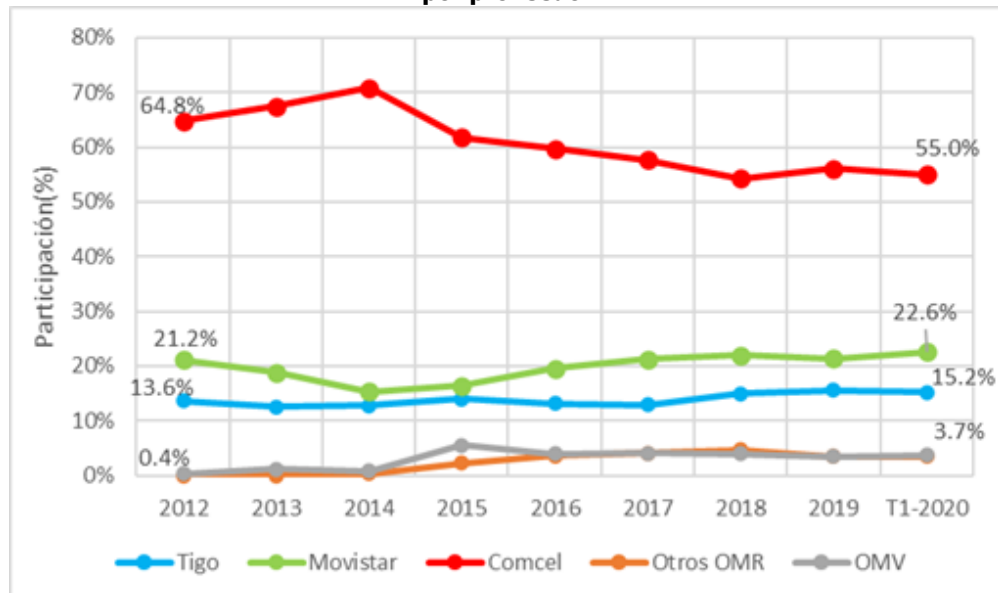
Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC. No incluye suscriptores o abonados con terminales Data Card.

**Gráfica 12. Participación de mercado en términos de ingresos del servicio de Internet móvil por proveedor**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC. No incluye suscriptores o abonados con terminales Data Card.

**Gráfica 13. Participación de mercado en términos de usuarios del servicio de Internet móvil por proveedor**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Colombia TIC. No incluye suscriptores o abonados con terminales Data Card.

Ahora bien, considera Mauricio Santamaría que la CRC comete un error al estimar las participaciones de Internet móvil sin considerar el consumo y los ingresos de los usuarios a través de redes Wi-Fi, a pesar de que, en su opinión, los mercados de Internet fijo y móvil compiten directamente. Al respecto, debe decirse que la estimación de participaciones se efectúa a partir de la delimitación de mercado realizada durante su definición, ello en aplicación de los criterios y metodología establecida en la Resolución CRT 2058 de 2009, compilada en el Título III de la Resolución CRC 5050 de 2016. Producto de lo anterior, la Resolución CRC 5108 de 2017 definió el mercado de “Servicios Móviles” como un mercado con alcance nacional conformado por los servicios de voz móvil e Internet móvil. Por tal razón, la discusión acerca de los límites del mercado relevante en su dimensión de producto, o en su dimensión geográfica, no es pertinente en la presente actuación administrativa. Sin embargo, se observa que el perito no dimensionó la determinación de un mercado relevante, sino que señaló la sustituibilidad de dos bienes y/o servicios basado en la percepción personal.

No obstante, si en gracia de discusión, ese aspecto fuera pertinente en el marco de esta actuación, habría que señalar que el documento soporte del proyecto regulatorio que culminó en la Resolución CRC 5108 de 2017<sup>810</sup> fue contundente al constatar que no existe sustituibilidad entre los servicios de Internet móvil e Internet fijo. Al respecto se señaló en dicho documento:

**"i. Sustituibilidad entre Internet fijo e Internet móvil**

*Al revisar literatura relacionada con la sustitución de los servicios de Internet móvil e Internet fijo se evidenció que autores como Wulf, Zelt y Brenner (2013), al analizar los efectos competitivos entre Internet móvil e Internet fijo, encontraron que la demanda del servicio de Internet móvil es acompañada por una alta demanda de servicios de Internet fijo, lo que se traduce en que los usuarios no perciben los servicios de Internet móvil y fijo como sustitutos sino, por el contrario, como complementarios<sup>811</sup>.*

*En línea con lo anterior, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) publicó en 2015 el documento "Measuring the Information Society Report"<sup>812</sup>, en el que se expone que las suscripciones fijas a Internet no son comparables con las suscripciones móviles, debido a que las primeras pretenden proveer acceso a hogares y empresas con múltiples usuarios, mientras que las segundas pretenden proveer acceso a individuos.*

<sup>810</sup> CRC. Revisión de los mercados de servicios móviles. Documento Soporte. Noviembre de 2016. Disponible en <[https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/regulatoria/Documento\\_soporte.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/regulatoria/Documento_soporte.pdf)>

<sup>811</sup> WULF, J., ZELT, S, y BRENNER, W. *Fixed and Mobile Broadband Substitution in the OECD Countries -- A Quantitative Analysis of Competitive Effects*. En: in System Sciences (HICSS), 2013 46th Hawaii International Conference. pp.1454-1463, 7-10 Jan. 2013

<sup>812</sup> International Telecommunication Union, "Measuring the Information Society Report". Página. 3. [En Línea]. Consultado en octubre de 2016. Disponible en <<http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2015/MISR2015-w5.pdf>>

Adicionalmente, la Federal Communications Commission (FCC) se pronunció en 2015<sup>813</sup> en relación a si los usuarios necesitan acceso a Internet móvil y fijo, o si por el contrario, mediante el consumo de uno se puede sustituir el otro. Al respecto, la FCC afirma que en la actualidad los usuarios utilizan con frecuencia Internet tanto en el hogar como cuando están en movimiento. No obstante, el servicio de Internet fijo tiene algunas ventajas en términos de mayor capacidad, mayor ancho de banda, menor latencia, menor variabilidad en velocidad, menores precios y amplias posibilidades de uso que incluyen, por ejemplo, la reproducción de videos HD o la posibilidad de utilizar la conexión fija para trabajar.

A pesar de lo anterior, el servicio de Internet fijo carece de movilidad, mientras que el Internet móvil ha cobrado importancia para acceder a sitios web, conectarse a redes sociales, utilizar aplicaciones y comunicarse con amigos y familia. Con lo anterior en mente, la FCC argumenta que el servicio de Internet fijo y el móvil atienden necesidades diferentes de los usuarios, por lo cual el consumo del primero no reduce el consumo del segundo, sino por el contrario son servicios que el usuario puede tener de manera simultánea.

En la práctica se observa que las características de prestación del servicio, la oferta y las necesidades que suple cada red son muy diferentes, a continuación, una comparación resumida:

**Tabla 1. Comparación entre Redes Fijas y Redes móviles.**

<b>ELEMENTO</b>	<b>RED FIJA</b>	<b>RED MÓVIL</b>
<i>Susceptibilidad a Interferencias</i>	<i>Baja</i>	<i>Media/Alta</i>
<i>Velocidades</i>	<i>256 kbps – 1 Gbps (Uso frecuente entre 1 Mbps y 100 Mbps)</i>	<i>64 kbps – 100Mbps<sup>814</sup> (Uso frecuente entre 1 Mbps y 25 Mbps)</i>
<i>Oferta</i>	<i>Basada en la velocidad</i>	<i>Basada en el tráfico (Data Caps)</i>
<i>Mejor esfuerzo</i>	<i>Enfocado en la velocidad</i>	<i>Enfocado en la cobertura y las disponibilidades</i>
<i>Empaquetamiento y oferta conjunta</i>	<i>Otros servicios de telecomunicaciones</i>	<i>Voz y aplicaciones de internet</i>
<i>Enfoque en el consumo</i>	<i>Colectivo (Familiar – Empresarial)</i>	<i>Individual</i>

**Fuente:** Elaboración CRC

En consecuencia, teniendo en cuenta las diferencias inherentes a la prestación del servicio de Internet fijo y móvil que se presentan en la actualidad (velocidad, latencia, límites en la descarga, movilidad, necesidades atendidas por cada servicio, etc.), la Comisión considera pertinente, por lo pronto, mantener un mercado para Internet fijo de manera independiente al mercado de Internet móvil, sin perjuicio de que ante aumentos en la cobertura y penetración de servicios de Internet móvil soportados en tecnologías de cuarta generación, y la evolución de la oferta comercial, los dos servicios puedan hacia futuro hacer parte del mismo mercado<sup>815</sup>.

En el documento de respuestas a comentarios, al responder el presentado por **COMCEL** según el cual la CRC, en el análisis de la sustituibilidad de servicios móviles por parte de los paquetes de servicios fijos, no consideró el efecto que tiene el acceso a través de Wi-Fi, ni analizó el comportamiento de consumo de una y otra red, dijo esta Entidad:

*"Por otro lado, respecto a la inclusión de los servicios Wifi como restricción competitiva de los servicios móviles, la CRC advierte que en el documento soporte de la propuesta regulatoria se analizó de manera cualitativa la sustituibilidad entre Internet fijo e Internet móvil, siendo el acceso a Wifi un mecanismo de conexión de dispositivos electrónicos de forma inalámbrica que requiere del uso de Internet fijo; en este sentido, y contrario a lo manifestado por COMCEL, esta Comisión sí consideró este tipo de acceso dentro del análisis de sustituibilidad encontrando que son productos complementarios, no sustitutos, que no se compran de manera conjunta, y por lo mismo no hacen parte del mismo mercado relevante"<sup>816</sup>.*

<sup>813</sup> FCC, "Eleventh Broadband Progress Notice of Inquiry". [En Línea]. Consultado septiembre 2016. Disponible en <[https://apps.fcc.gov/edocs\\_public/attachmatch/FCC-15-101A1.pdf](https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-101A1.pdf)>

<sup>814</sup> Limitado por el despliegue de red

<sup>815</sup> Ibid., pp. 58 y 59

<sup>816</sup> Revisión de los mercados de servicios móviles: Documento de Respuesta a Comentarios. Comisión de Regulación de Comunicaciones. Febrero de 2017 p.28

Sin embargo, pese a que tales documentos son públicos y de libre acceso a través de la página web de la CRC, el perito Mauricio Santamaría no los controvertió, limitándose simplemente a afirmar que la CRC cometía un error al estimar las participaciones de Internet móvil sin considerar el consumo y los ingresos de los usuarios a través de redes Wi-Fi, a pesar de que en su opinión los mercados de Internet fijo y móvil compiten directamente, sin hacer esfuerzo alguno por desvirtuar las consideraciones expuestas en los documentos publicados por la CRC. Por lo demás, sostener que la cuota de mercado de un agente cambia cuando se incluye en el mismo mercado otro servicio y otras cantidades -de tráfico, ingresos y usuarios-, en manera alguna desvirtúa el hecho primario de que tal servicio (en este caso el Internet fijo), y tales cantidades, no hacen parte del mercado relevante en el cual se analiza la dominancia de **COMCEL**.

En ese contexto, el uso de la interfaz Wi-Fi utilizando terminales móviles no cambia, como equivocadamente lo entiende el perito Santamaría, la naturaleza fija del Servicio de Acceso a Internet sobre WiFi, aunque el usuario utilice para el efecto un dispositivo móvil, precisamente porque, una vez el dispositivo móvil se conecta a un acceso WiFi, pierde, mientras ello suceda, el atributo de la movilidad, en tanto el uso de Internet depende del ámbito de cobertura local del router de WiFi, normalmente limitado a ciertos metros dentro de una unidad residencial o laboral.

Sobre ello, esta Comisión ya se había pronunciado en el documento de análisis "Revisión del mercado de datos fijos", en el cual se revisó la potencial sustituibilidad de servicios móviles y servicios fijos, encontrando que las características de prestación del servicio, la oferta y las necesidades que suple cada red son muy diferentes, tal como se observa en la Tabla 1 de dicho documento. Al respecto concluyó que no se trata de servicios sustitutos, sino complementarios, por lo que la pretensión de **COMCEL** para que se considere el acceso a Internet a través de la interfaz WiFi -la cual se constituye en una tecnología de acceso fijo- como sustituto de la provisión de servicios móviles, no tiene vocación de prosperar. Es así como la tendencia referida por **COMCEL** respecto del incremento en el uso de aplicaciones de voz por parte de los usuarios, no se entiende relacionado solamente con el mercado móvil, pues en ese caso las mismas están siendo usadas a través de la conexión WiFi como tecnología de acceso fijo a Internet-, hecho que fue reconocido por ANDRÉS CARLÉSIMO REY (ACR), en su calidad de Director Corporativo de Producto de **COMCEL**, en audiencia de testimonio rendida el 11 de septiembre de 2017:

*"CRC: (...) ¿Qué pasa si ese usuario del que hablábamos hace un rato sale de la localización geográfica a la calle?, ¿qué va a pasar con sus datos o con su servicio de datos?"*

*ACR: No, pues tiene que usar un operador evidentemente. Eso es indudable, si quiere movilidad tiene que usar el operador, ahora, habrá usuarios que de pronto dicen, pues yo consulto mi Whatsapp a las 12 del día y lo vuelvo a consultar que estoy aquí en mi casa, y a las 6 de la tarde que vuelva, vuelvo y lo consulto, no sé. Cada uno tiene su modo operandi y sus necesidades, pero evidentemente si quiere estar aquí conectado y viendo qué pasa en Facebook o Whatsapp o consultando su mail o navegando en X página pues va a necesitar el operador celular.*

*CRC: ¿Wi-Fi es un servicio fijo o móvil?"*

*ACR: Es un servicio fijo."*

Sobre este mismo punto, el 19 de septiembre de 2017 en audiencia de testimonio, se refirió WALID GONZÁLEZ HENAO (WGH), en calidad de Senior Product Manager de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA, afirmando que:

*"CRC: Cuando hablamos de, hace un rato, de equipos sin simcard, usted decía que eventualmente podía tener acceso a la red wifi. Esa red o ese servicio de red, es un servicio móvil o es un servicio fijo.*

*WGH: Yo como usuario creo que la conexión basado en el sitio que yo como usuario lo uso, o veo que los usuarios lo usan, yo pensaría que la red wifi a pesar de ofrecer movilidad sigue siendo una red fija porque pues depende de un límite de cobertura que esta fija. Regularmente pues como lo uso yo, basado en el hogar lo cual me limita a la cobertura que me da mi hogar. Entonces yo lo sigo viendo como una red fija."*

De igual forma, el 28 de septiembre de 2017, JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA (JABV), en calidad Senior Manager de Soporte Técnico en SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA, expuso que:

*"CRC: ¿el servicio WiFi es un servicio fijo o móvil?"*



**JABV:** Pues por lo general las estaciones de WiFi son fijas. Están determinadas por unos puntos de hotspots. Pues, los usuarios... es común que los usuarios en las casas tengan hotspots propietarios de WiFi, pero también en sitios públicos como aeropuertos, restaurantes, centros comerciales, pues también hay puntos de acceso hotspots, algunos gratuitos, otros no, a través de los cuales el usuario se puede conectar a datos.

(...)

**CRC:** (...) ¿Cuál es la calidad de esas llamadas que se pueden realizar a través de estos operadores en Internet?

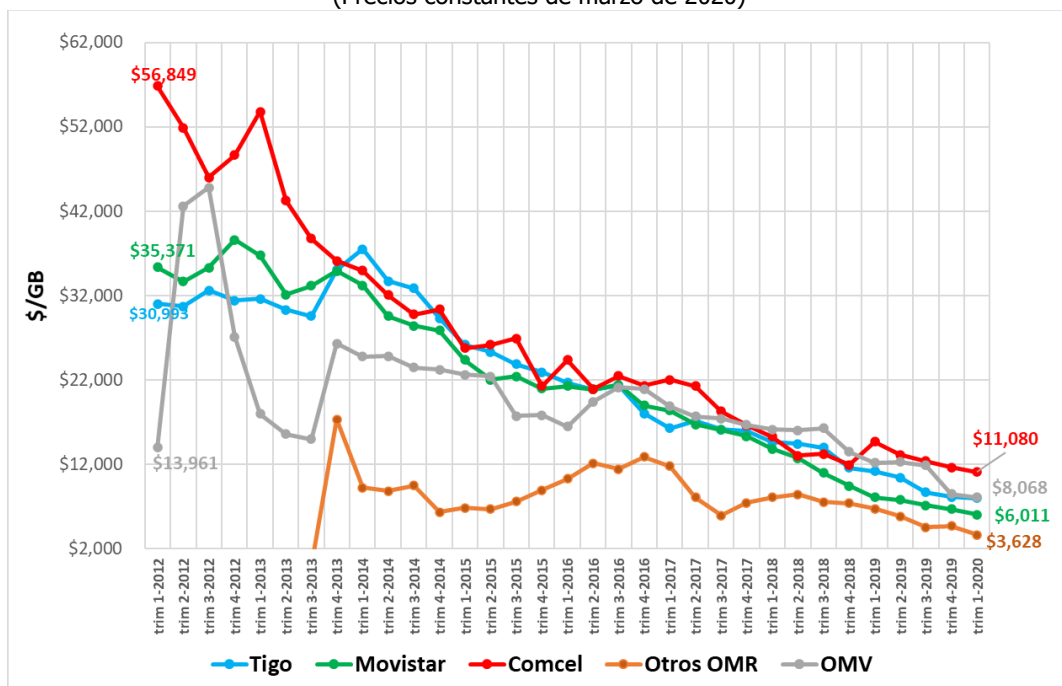
**JABV:** Depende mucho de la calidad de la conexión que tenga. Es decir, la gran diferencia de una llamada de voz sobre LTE, que es la que manejan los operadores móviles y que también se cursa a través de datos, y las llamadas sobre estas aplicaciones que usualmente usan voz sobre IP pero que van sobre el WiFi, es que en estas últimas no se puede garantizar la calidad de servicio, entonces, si bien es cierto que bajo un nivel de cobertura adecuado, con una conexión estable, las llamadas van a tener una buena calidad, no se puede garantizar porque en cualquier momento en que el usuario se mueva, se aleje de la cobertura del punto de acceso, el punto de acceso entre en congestión, eventualmente la calidad se podría degradar.

**CRC:** Y la última: ¿Es posible una interacción entre estos operadores de voz por Internet con los operadores tradicionales? Para ser más concreto con la pregunta, ¿Usted puede llamar de, por ejemplo, Whatsapp, a COMCEL?

**JABV:** No. No al servicio de voz tradicional de COMCEL.

De otra parte, frente a la evolución de las participaciones, menciona la Perito Marcela Meléndez que el comportamiento evidenciado sugiere que **COMCEL** ha tenido que defender su participación de mercado de la competencia, lo que es consistente con la evolución de sus precios para este segmento. Sin embargo, la CRC encuentra imprecisa la afirmación de la perito, pues, como se observa en la Gráfica 14, el ingreso promedio por GB, que es una *proxy* de los precios minoristas cobrados por el operador, muestra a **COMCEL** como el operador con el precio más alto del mercado en 26 de 33 trimestres evaluados, es decir, en el 77% de la muestra, y en todos los periodos es superior al precio promedio del mercado, motivo por el cual se descarta que el precio ofrecido por dicho agente sea la razón por la cual ha alcanzado su nivel de participación actual. Sobre el comportamiento de los precios de **COMCEL** se discute con mayor profundidad en la sección 8.1.8. Conducta de la firma.

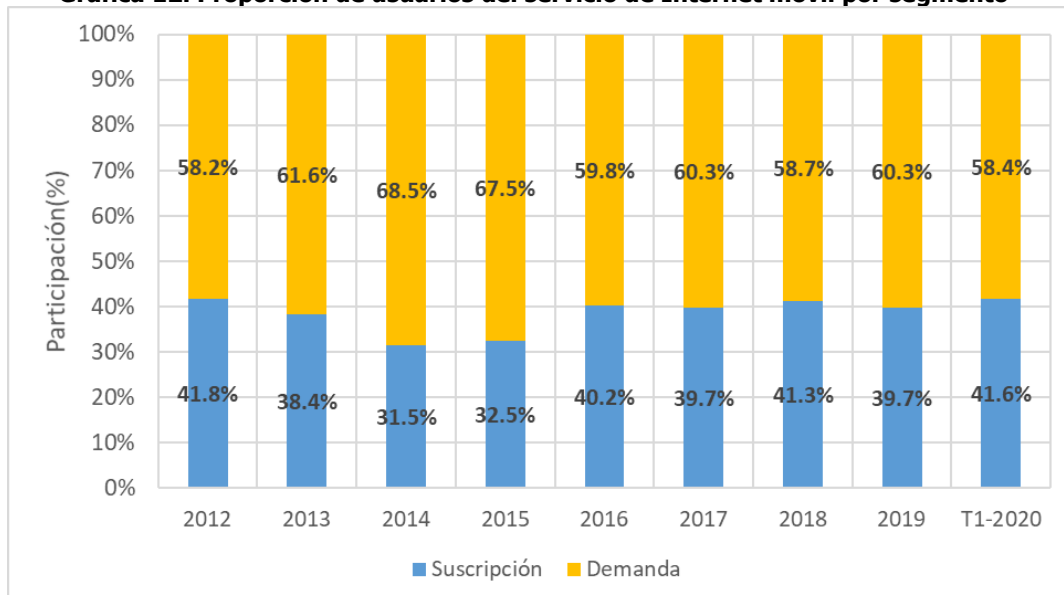
**Gráfica 11. Ingreso promedio por GB**  
(Precios constantes de marzo de 2020)



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC y DANE (Variación trimestral IPC 2012 a 2020)

Por otro lado, la Perito realiza una afirmación inexacta que no se compadece con las cifras de mercado, como es la de que "en datos móviles la mayor parte de usuarios del servicio pertenece al segmento con suscripción", ya que, es el segmento por demanda el que representa la proporción más grande de usuarios de Internet móvil (ver Gráfica 15), situación que siembra serias dudas en la CRC sobre la calidad de la información a la que accedió la Perito y en la que soporta varias de sus conclusiones.

**Gráfica 12. Proporción de usuarios del servicio de Internet móvil por segmento**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Colombia TIC. No incluye suscriptores o abonados con terminales Data Card. No obstante, incluyéndolos sigue siendo mayor la proporción de usuarios por demanda.

Ahora bien, para calcular la participación de mercado de **COMCEL**, en términos de usuarios que consumen de manera conjunta los servicios de voz e Internet móvil, y verificar la tendencia de los resultados obtenidos con las participaciones de mercado estimadas anteriormente de manera separada para los servicios de voz móvil e Internet móvil así como también complementar los análisis, mediante Auto de Pruebas de fecha 8 de diciembre de 2017 se solicitó a todos los Proveedores de Redes y Servicios Móviles (PRSTM) reportar (i) el número de usuarios con contrato vigente (prepago o pospago) y (ii) el número de usuarios con contrato vigente que tuvieran un plan de servicios móviles (es decir voz y datos de manera conjunta), o que hubieran consumido en el mismo periodo los servicios de voz y datos; en los dos casos se solicitó la información con corte al tercer trimestre de 2017 y discriminada por usuarios con equipos terminales con una tarjeta SIM y usuarios con equipos terminales con dos o más tarjetas SIM.

Posteriormente, con el fin de contar con otro periodo de referencia<sup>817</sup>, mediante Auto de fecha 18 de junio de 2018, se requirió a todos los PRSTM actualizar dicha información con corte al primer trimestre de 2018. Adicionalmente, mediante Auto de Pruebas de 10 de septiembre del 2018, la CRC solicitó a los proveedores móviles remitir nuevamente la información solicitada en el Auto de Pruebas de 18 junio de 2018, pero esta vez con firma o remisión directa por parte del representante legal.

Una vez procesada dicha información, la Comisión encontró algunas diferencias entre el universo total de usuarios con celulares Uni SIM y Multi SIM, y la cantidad total de usuarios del servicio de voz móvil que es reportada periódicamente por parte de los agentes al Sistema Colombia TIC<sup>818</sup>. Así mismo, se hallaron diferencias entre la información reportada mediante el Auto de Pruebas del 18 de junio de 2018 y aquel del 10 de septiembre del mismo año, que requerían explicación por parte de algunos de los agentes. Vale la pena mencionar que algunas de estas discrepancias también fueron señaladas por **COMCEL** mediante el radicado 2018303624 del 15 de noviembre del año 2018.

Adicionalmente, un aspecto que exigió verificación fue el comportamiento de las cifras reportadas por algunos operadores, dado que mostraban reducciones en el número de usuarios clasificados

<sup>817</sup> Tercer Trimestre de 2017 y primer trimestre de 2018.

<sup>818</sup> Formatos 1 y 2 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012.

en el mercado de "Servicios Móviles". A manera de ejemplo, las cifras reportadas por el operador MOVISTAR aducían una participación de los usuarios de "Servicios Móviles" sobre los usuarios totales inferior al 50%, lo cual resultaba contrario a la tendencia de los demás operadores que se encontraban por encima de dicho número.

Por lo anterior, esta Comisión, a través del radicado 2018537951 del 7 de diciembre de 2018, solicitó a los proveedores móviles remitieran las explicaciones de las diferencias anteriormente referenciadas, así como también, en caso de ser necesario, ajustes a los valores previamente reportados con su respectiva justificación.

Al respecto es pertinente destacar la respuesta suministrada por los operadores TIGO y MOVISTAR. En el caso de TIGO, en el que la cantidad de usuarios totales con contrato vigente indicaba un crecimiento del 6,6% entre los dos periodos (3T-2017 y 1T-2018), mientras la cantidad de usuarios de "Servicios Móviles" indicaba una disminución del 12,6%, en comunicación con radicado CRC 2018809221<sup>819</sup> este operador confirmó las cifras y explicó que dicha variación negativa obedecía a lo siguiente:

*"Al respecto, confirmamos que las diferencias relacionadas con el decrecimiento en la participación de usuarios con terminales móviles Multi SIM y/o Uni SIM, que utilizan servicios móviles de voz y datos de manera simultánea, a corte primer trimestre de 2018 con base en el tercer trimestre de 2017; (y aunque la base general de usuarios con estos dispositivos haya aumentado), obedece a factores asociados al vencimiento de promociones, cambios de productos y otros similares definidos en la estrategia."*

En el caso de Movistar, a quien se le solicitó aclarar o confirmar las cifras reportadas para los dos periodos, este operador mediante comunicación con radicado CRC 2018809055<sup>820</sup> confirmó las cifras en los siguientes términos:

*"(...) debemos mencionar que por un error de construcción de las consultas, toda la información antes suministrada se dio para la planta de clientes residenciales. Una vez hechas las consultas en nuestras bases de datos para cada uno de los tres periodos anteriormente solicitados<sup>821</sup> por la Comisión, para la totalidad de la planta se tienen los siguientes datos:*

# Usuarios	3Q-2017	1Q-2018
Con equipos dual SIM o multi SIM	3,045,595	3,395,019
Con equipos uni SIM total	11,084,492	11,321,121
Con equipos dual SIM o multi SIM, con plan de servicios móviles o que hayan consumido en el mismo periodo servicios de voz y datos	1,007,757	1,053,125
Con equipos uni SIM, con plan de servicios móviles o que hayan consumido en el mismo periodo los servicios de voz y datos	3,185,826	3,136,452

*(...) En lo que respecta al numeral 2.2, se aprecia que, una vez efectuada la consulta para la totalidad de la planta, el número es idéntico para el 1Q 2018, y tiene unas diferencias mínimas, de 0.0014% al 3Q de 2017:*

Concepto	3Q 2017	1Q-2018
Total consulta	14,130,087	14,716,140
Total Colombia TIC	14,129,896	14,716,140
Diferencia	0.0014%	0%

"

Luego de la confirmación y/o aclaración de información por parte de cada uno de los proveedores móviles se procedió a determinar, para el tercer trimestre de 2017 y el primer trimestre de 2018, el total de usuarios con contrato vigente (prepago o pospago) y el total de usuarios de "Servicios Móviles".

Para tal fin se tuvo en cuenta que la información correspondiente al número de usuarios con contrato vigente (prepago o pospago) permite determinar el universo o la totalidad de usuarios

<sup>819</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 12. Folio 2214.

<sup>820</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 11. Folios 2203-2205

<sup>821</sup> En la comunicación el proveedor habla de tres periodos, sin embargo, los Autos de pruebas solo involucraban dos trimestres: 3T-2017 y 1T-2018.

de servicios de voz y/o Internet móvil de cada proveedor, pues contienen los usuarios que están vinculados con planes individuales de voz y datos móviles y los usuarios que están vinculados en planes empaquetados de estos dos servicios. Igualmente, se tuvo en cuenta la cifra de usuarios clasificados como "Servicios Móviles", es decir, que tenían un plan de voz y datos de manera conjunta o que consumieron en el mismo período los servicios de voz y datos, independientemente del tipo de plan al que se encontraban vinculados, con el fin de calcular su participación dentro del universo de usuarios de servicios móviles.

Así las cosas, en la Tabla 1 se presentan las cifras consolidadas del número de usuarios de los servicios de voz y datos móviles y del número de usuarios de "Servicios Móviles" en los dos trimestres requeridos.

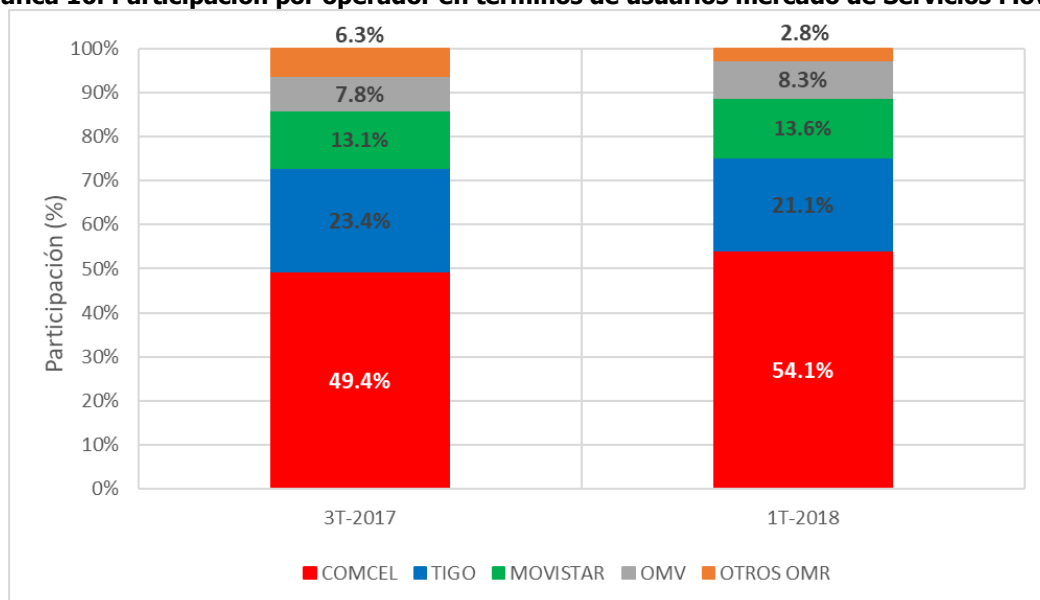
**Tabla 1. Respuesta consolidada del Auto de prueba información usuarios de "Servicios Móviles"**

Proveedor	[Variable A] Usuarios con contrato vigente - prepago o postpago		[Variable B] Usuarios Servicios Móviles	
	3T-2017	1T-2018	3T-2017	1T-2018
Comcel	26,073,896	26,441,622	15,769,132	16,685,128
Movistar	14,130,087	14,716,140	4,193,583	4,189,577
Tigo	9,542,096	10,167,873	7,457,076	6,520,184
Otros OMR	2,264,621	1,217,047	2,015,438	867,170
OMV	3,268,685	3,432,050	2,475,634	2,568,445
<b>Total</b>	<b>55,279,385</b>	<b>55,974,732</b>	<b>31,910,863</b>	<b>30,830,504</b>

**Fuente:** Elaboración CRC, datos Autos de Pruebas 8 de diciembre 2017, 18 de junio, 10 de septiembre 2018 y respuesta al requerimiento 2018537951

Teniendo en cuenta lo anterior, en la Gráfica 16 se muestran las participaciones por proveedor en términos de usuarios del mercado de "Servicios Móviles", tanto para el tercer trimestre de 2017 como para el primer trimestre de 2018. Allí se puede observar que en ambos trimestres **COMCEL** es el operador con mayor participación, superando a su más cercano seguidor en cerca de 33 puntos porcentuales, es decir, aproximadamente 2.6 veces. Adicionalmente, vale la pena destacar que, si bien TIGO registra la variación más alta (6.6%) en los usuarios totales, este presenta una disminución en usuarios de servicios móviles cercana a -12.6%, mientras **COMCEL** a pesar de que en usuarios totales apenas crece 1.4%, en usuarios de servicios móviles crece 5.8%, lo que refleja la tendencia de los usuarios de **COMCEL** a contratar los servicios de voz y datos de manera conjunta.

**Gráfica 16. Participación por operador en términos de usuarios mercado de Servicios Móviles**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Autos de Pruebas 8 de diciembre 2017, 18 de junio, 10 de septiembre 2018 y respuesta al requerimiento con radicado 2018537951.

Ahora bien, teniendo en cuenta la necesidad de contar con información actualizada del mercado de "Servicios Móviles" así como también verificar si la tendencia en el crecimiento de los usuarios que adquirieron voz y datos de manera conjunta se mantenía en el tiempo, la Comisión expidió el 19 de julio de 2020 un Auto de pruebas que tenía como fin obtener información de los años 2018, 2019 y 2020 relacionada con los usuarios que tuvieron algún plan, paquete o bolsa vigente (prepago o pospago) o que hubieran consumido durante dicho periodo bajo la modalidad de recarga en prepago, y contarán con un equipo terminal que permitiera introducir una única SIM o más de una.

Adicionalmente, en el referido Auto, se solicitó a todos los proveedores móviles, tanto a los de red como a los operadores móviles virtuales, allegar el número de usuarios con corte al cuarto trimestre de 2018, cuarto trimestre de 2019 y primer trimestre de 2020, diferenciando el tipo de equipo terminal, es decir, Uni SIM o Multi SIM, y que hayan pertenecido a alguna de las siguientes tres modalidades: i) que estuvieran suscritos durante el periodo de referencia a un plan pospago vigente de servicios móviles; ii) que hayan adquirido durante el período de referencia un paquete o bolsa en modalidad prepago de servicios móviles; o iii) que, bajo la modalidad de recarga en prepago, hayan consumido al menos una vez en el periodo de referencia tanto los servicios de voz móvil como los de Internet móvil con saldos de recarga y a tarifa plena de prepago.

Una vez remitida la mencionada información, la Comisión solicitó a través del radicado 2020516216 a MOVISTAR aclaración de las cifras previamente remitidas por dicho operador mediante el radicado 2020808626. Así mismo, **COMCEL** mediante el oficio con radicado 2020809988, se refirió a las cifras del operador MOVISTAR, afirmado: "*Sobre el particular, a simple vista y sin entrar a emitir pronunciamiento alguno sobre las cifras como tal, en la medida en que no es este el momento oportuno en tanto que, se insiste, esta solicitud es para que se requiera al operador aclarar la presunta inconsistencia en la información reportada, en sana lógica el número total de equipos Dual Sim reportado en la primera columna no puede ser inferior al número de usuarios con equipos Dual o Multi Sim Servicios Móviles reportado en la tercera columna*".

Sobre el particular, el operador MOVISTAR a través del Radicado CRC 2020809681<sup>822</sup> del 26 de agosto de 2020, remitió las cifras corregidas estableciendo como respuesta definitiva la siguiente información:

**Tabla 2. Corrección de información MOVISTAR Auto 19 de junio de 2020**

Periodo	Número de usuarios con equipos Dual SIM o Multi SIM	Número de usuarios con equipos Uni SIM	Número de usuarios con equipos Dual SIM o Multi SIM Servicios Móviles	Número de usuarios con equipos Uni SIM Servicios Móviles
4T-2018	6,168,465	9,547,751	2,925,245	3,791,059
4T-2019	7,614,208	8,466,172	3,695,758	3,347,039
1T-2020	7,539,195	8,345,057	3,533,692	3,285,794

Fuente: Elaboración CRC, datos Radicado CRC 2020809681

Así mismo, mediante los radicados 2020518026, 2020518028, 2020518032, 2020518138, 2020518395, 2020518401, 2020518406 y 2020518407, esta Comisión, les solicitó a los ocho proveedores móviles restantes<sup>823</sup>, remitir aclaraciones de las cifras allegadas en respuesta al Auto de pruebas del 19 de junio de 2020. En virtud de lo anterior, dichos proveedores remitieron las respuestas a los interrogantes planteados, viéndose en la necesidad de corregir la información inicial los proveedores **COMCEL**, VIRGIN MOBILE y ÉXITO MÓVIL.

De igual manera, en contestación al traslado de todas las respuestas al Auto del 19 de junio de 2020, **COMCEL** mediante radicado 2020812440 le solicitó a la Comisión por un lado, requerir a los proveedores ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. - MÓVIL ÉXITO Y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. las aclaraciones de la información reportada, y por otro lado, solicitar a los operadores VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., ALMACENES ÉXITO INVERSIONES SAS -MÓVIL ÉXITO, LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S. Y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., que notifiquen si la información suministrada corresponde a todo el período o al corte del último día del mismo. De igual manera, **COMCEL** solicitó que la CRC requiriera a AVANTEL S.A.S. para que este reportara toda la información del período y no solamente la del último día.

<sup>822</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 15. Folio 3134

<sup>823</sup> AVANTEL, ÉXITO, COMCEL, VIRGIN, ETB, TIGO, FLASH y SUMA.

En tal virtud, tras un análisis jurídico y técnico de la solicitud, mediante Auto de pruebas del 13 de noviembre del año 2020, la Comisión rechazó lo concerniente a las aclaraciones de la información reportada de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. Y ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. - MÓVIL ÉXITO, en la medida que la CRC ya había realizado dicha solicitud y las respuestas ya habían sido remitidas a **COMCEL**. Por otro lado, en lo correspondiente a determinar si la información suministrada correspondía a todo el período o al corte del último día, la CRC requirió a los operadores AVANTEL S.A.S., VIRGIN MOBILE COLOMBIA S.A.S., ALMACENES ÉXITO INVERSIONES S.A.S. - MÓVIL ÉXITO, LOGÍSTICA FLASH COLOMBIA S.A.S y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. para que dieran respuesta. De esa manera, con excepción de AVANTEL S.A.S., los operadores afirmaron que la información allegada cumplía con todas las consideraciones del Auto de pruebas del 19 de junio de 2020. Por su parte, AVANTEL S.A.S. confirmó que efectivamente había tomado los datos registrados en los sistemas correspondientes con el último día del trimestre por lo que realizó el cambio correspondiente tomando en consideración los registros de todo el período solicitado.

En ese sentido, en varios apartes del presente escrito, la Comisión ha dejado constancia de las solicitudes de aclaración y/o explicación de los cambios entre un trimestre y otro, así como las diferencias con respecto a lo reportado en el sistema Colombia TIC. En este punto es necesario recordar que la veracidad de la información decretada mediante los Autos de Prueba que sirvieron de fuente está dada por el principio de buena fe dispuesto en el numeral 4 del artículo 3 del CPACA, que indica que las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

En ese orden de ideas, en la Tabla 3 se presentan las cifras consolidadas de la base total de usuarios de los proveedores móviles y del número de usuarios de "Servicios Móviles" en los tres trimestres requeridos.

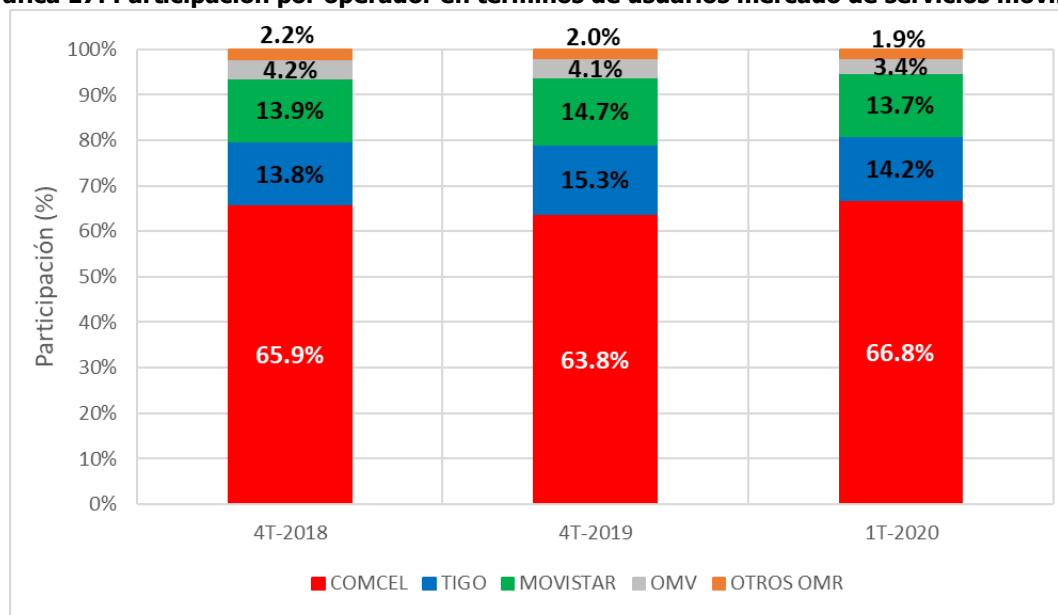
**Tabla 3. Respuesta consolidada del Auto de pruebas 19 de junio de 2020 información usuarios de "Servicios móviles"**

Proveedor	[Variable A] Usuarios con contrato vigente - prepago o postpago			[Variable B] Usuarios Servicios Móviles		
	4T-2018	4T-2019	1T-2020	4T-2018	4T-2019	1T-2020
Comcel	33,290,684	31,919,229	34,337,844	31,749,836	30,520,646	33,258,682
Movistar	15,716,216	16,080,380	15,884,252	6,716,304	7,042,797	6,819,486
Tigo	10,088,454	10,321,249	10,477,574	6,665,933	7,310,222	7,048,927
Otros OMR	1,884,838	1,926,358	2,041,233	1,050,489	959,630	931,450
OMV	2,384,689	2,083,144	1,837,799	2,026,960	1,973,534	1,696,278
<b>Total</b>	<b>63,364,881</b>	<b>62,330,360</b>	<b>64,578,702</b>	<b>48,209,522</b>	<b>47,806,829</b>	<b>49,754,823</b>

**Fuente:** Elaboración CRC, datos Auto de Pruebas 19 de junio de 2020, y radicados CRC 2020811425, 2020811428, 2020811433 y 2020814216

Teniendo en cuenta lo anterior, en la Gráfica 17 se observan las participaciones por proveedor en términos de usuarios del mercado de "Servicios Móviles", para los periodos 4T-2018, 4T-2019 y 1T-2020. En la precitada Gráfica se muestra no solo que **COMCEL** es de lejos el proveedor con mayor participación, en promedio 65%, sino que además la diferencia con respecto a su inmediato perseguidor alcanza los 50 puntos porcentuales, es decir, representa cerca de 4.7 veces la participación de TIGO. Así, entonces, la información a 2020 confirma no solamente lo observado en las series de voz e Internet móvil sino también lo aportado mediante los Autos de prueba de diciembre de 2017 y septiembre de 2018.

**Gráfica 17. Participación por operador en términos de usuarios mercado de servicios móviles**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Auto de Pruebas 19 de junio de 2020, y radicados CRC 2020811425, 2020811428, 2020811433 y 2020814216

Ahora bien, para determinar las participaciones de mercado en términos de tráfico e ingresos generados por los usuarios de servicios móviles se calculó, para cada proveedor, el porcentaje de sus usuarios de servicios móviles (variable B de las Tablas 1 y 3) respecto de la totalidad de sus usuarios (variable A de las Tablas 1 y 3), cuyos resultados se presentan en las Tablas 4 y 5. Luego, este ponderador obtenido, se multiplica por la suma de los ingresos generados por el servicio de voz y de Internet móvil, para así obtener la participación de los ingresos en el mercado de “Servicios Móviles”. Lo propio se hace con el tráfico tanto de voz como de datos, con la diferencia que ante la imposibilidad de sumar minutos y GB, se calcula una participación de tráfico de voz y una participación en términos del tráfico de datos.

**Tabla 4. Relación de usuarios de “Servicios Móviles” respecto del total de usuarios móviles: respuestas Autos 8 de diciembre de 2017, 18 de junio y 10 de septiembre de 2018**

Proveedor	Porcentaje o Ponderador (Variable B / Variable A)	
	3T-2017	1T-2018
Comcel	60.5%	63.1%
Movistar	29.7%	28.5%
Tigo	78.1%	64.1%
Otros OMR	89.0%	71.3%
OMV	75.7%	74.8%
<b>Total</b>	<b>57.7%</b>	<b>55.1%</b>

**Fuente:** Elaboración CRC, datos Autos de Pruebas 8 de diciembre 2017, 18 de junio, 10 de septiembre 2018 y respuestas requerimiento 2018537951.

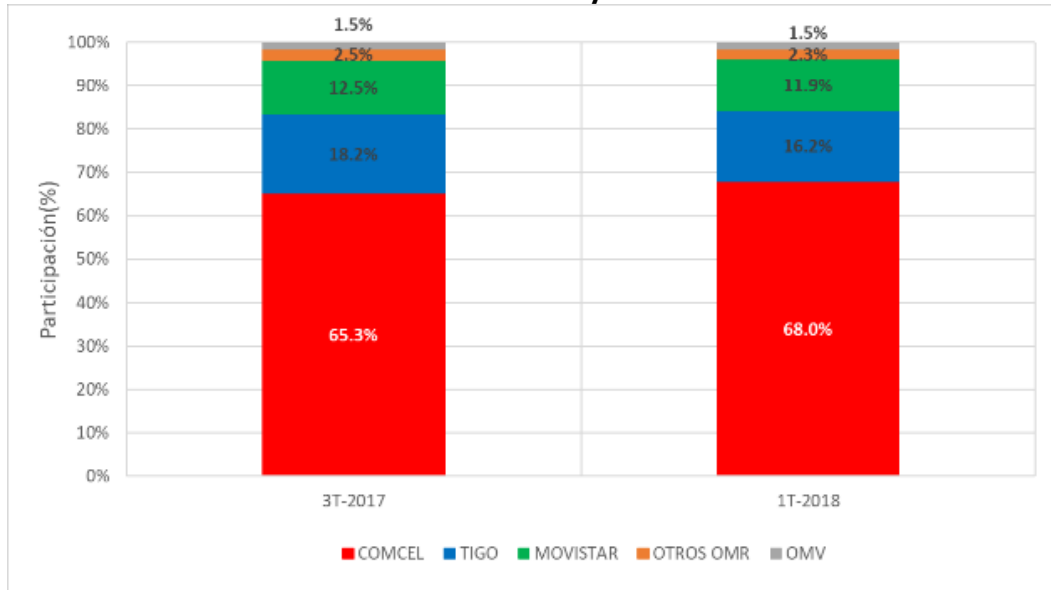
**Tabla 5. Relación de usuarios de servicios móviles respecto del total de usuarios móviles: respuestas Auto 19 de junio de 2020**

Proveedor	Porcentaje o Ponderador (Variable B / Variable A)		
	4T-2018	4T-2019	1T-2020
Comcel	95.4%	95.6%	96.9%
Movistar	42.7%	43.8%	42.9%
Tigo	66.1%	70.8%	67.3%
Otros OMR	55.7%	49.8%	45.6%
OMV	85.0%	94.7%	92.3%
<b>Total</b>	<b>76.1%</b>	<b>76.7%</b>	<b>77.0%</b>

**Fuente:** Elaboración CRC, datos Auto de Pruebas 19 de junio de 2020, y radicados CRC 2020811425, 2020811428, 2020811433 y 2020814216

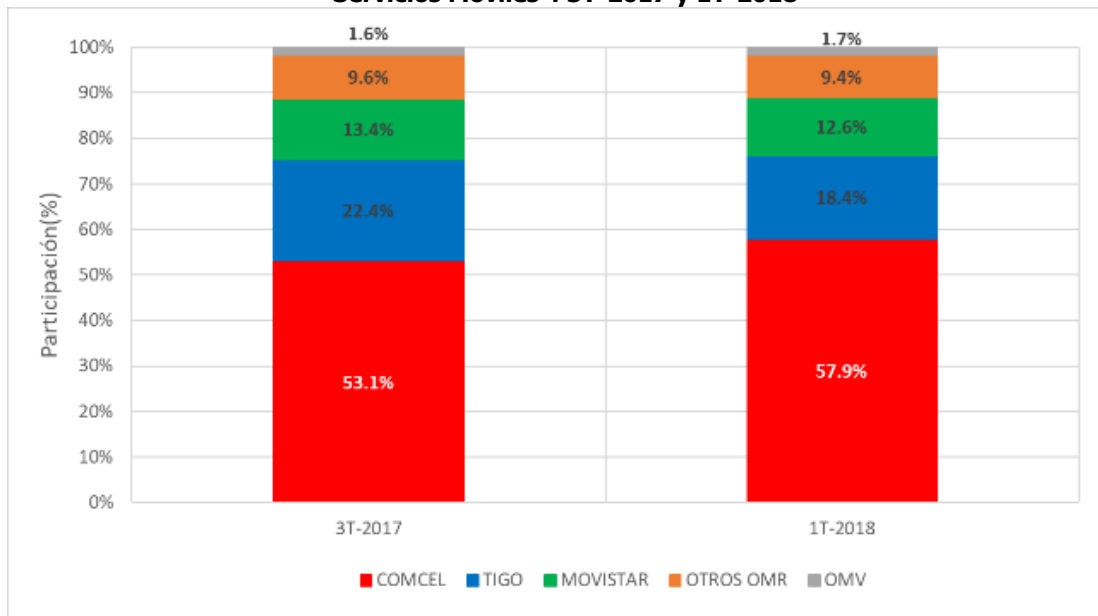
En ese sentido, tal como se indicó previamente, estos porcentajes o ponderadores fueron aplicados para cada proveedor a sus correspondientes cifras de ingresos y tráfico, lo que permitió calcular de manera aproximada, las participaciones bajo estas variables tanto para los trimestres 3T-2017 y 1T-2018, como para el último trimestre de los años 2018 y 2019, y el primer trimestre de 2020. En las Gráficas 18, 19 y 20, se evidencia que **COMCEL** fue el proveedor con la mayor participación tanto en términos de tráfico (voz y datos) como en ingresos, siendo en el tráfico de voz en donde **COMCEL** alcanza la mayor diferencia con respecto a su inmediato competidor, registrando una distancia de 51.8 puntos porcentuales, aunque vale recordar que en ningún caso la diferencia con respecto al segundo del mercado es inferior a 30 puntos porcentuales.

**Gráfica 18. Participación por operador en términos de tráfico de voz mercado de "Servicios Móviles": 3T-2017 y 1T-2018**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Autos de Pruebas 8 de diciembre 2017, 18 de junio, 10 de septiembre 2018 y respuestas requerimiento 2018537951.

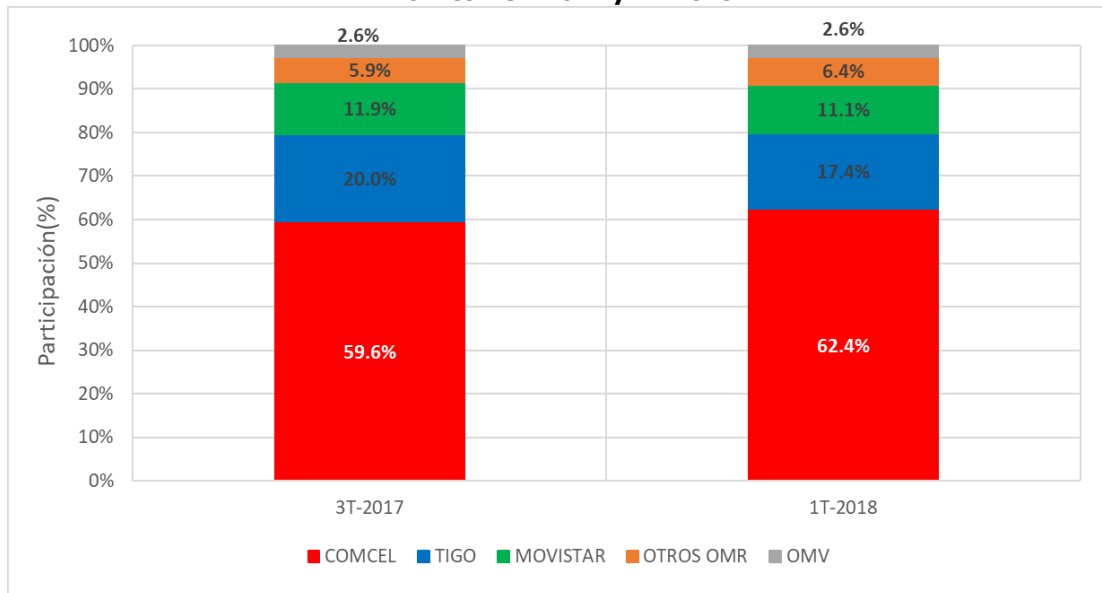
**Gráfica 19. Participación por operador en términos de tráfico de Internet móvil mercado de "Servicios Móviles": 3T-2017 y 1T-2018**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Autos de Pruebas 8 de diciembre 2017, 18 de junio, 10 de septiembre 2018 y respuestas requerimiento 2018537951.



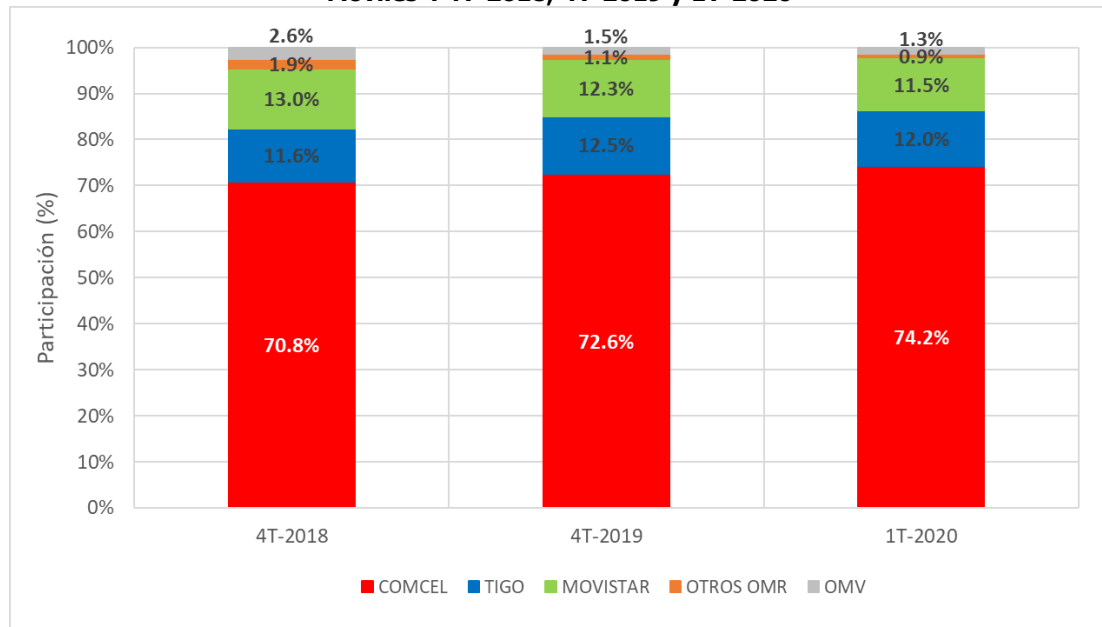
**Gráfica 20. Participación por operador en términos de ingresos mercado de "Servicios Móviles": 3T-2017 y 1T-2018**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Autos de Pruebas 8 de diciembre 2017, 18 de junio, 10 de septiembre 2018 y respuestas requerimiento 2018537951.

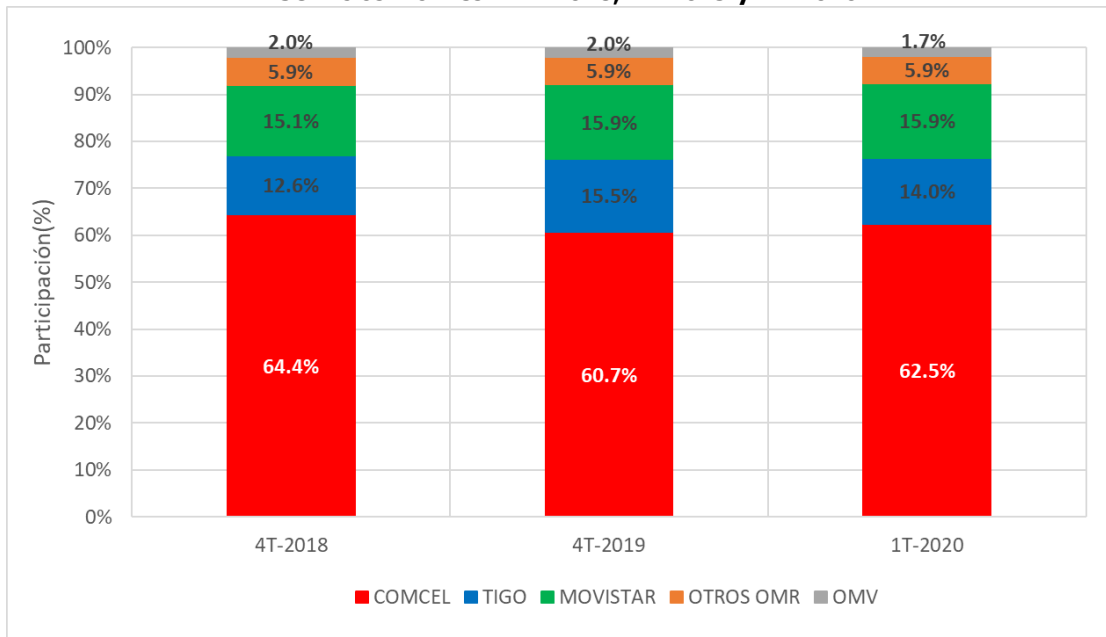
Lo mismo sucede con las cifras aportadas mediante el Auto de Pruebas del 19 de junio de 2020, pues tal como se puede observar en las Gráficas 21, 22 y 23, **COMCEL** ostenta la mayor participación de mercado en las dimensiones de tráfico (voz y datos) e ingresos. De hecho, las cifras más actualizadas disponibles, muestran el fortalecimiento de **COMCEL** medido en participaciones que superan el 70%, como es el caso de la dimensión de tráfico de voz y de ingresos. En ese mismo sentido, la diferencia con respecto a su inmediato perseguidor se profundiza en la medida que **COMCEL** registra una participación de sus usuarios de Servicios Móviles con respecto al total de su base de usuarios móviles cercana al 95%, es decir, de cada 100 usuarios que tiene COMCEL 95 adquieren los servicios de voz y datos de manera conjunta, mientras que dicha tasa para el promedio del mercado es cercana al 77%. Lo anterior, explica que la diferencia de participación tanto en términos de tráfico como de ingresos entre **COMCEL** y su inmediato perseguidor se ubique entre 43 y 62 puntos porcentuales en los períodos 4T-2018 y 1T-2020.

**Gráfica 21. Participación por operador en términos de tráfico de voz mercado de "Servicios Móviles": 4T-2018, 4T-2019 y 1T-2020**



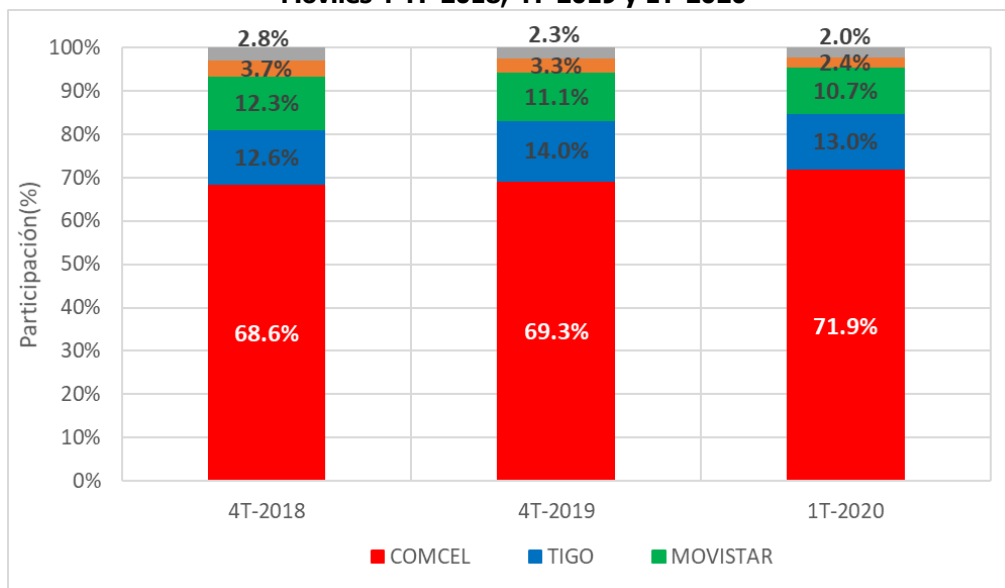
**Fuente:** Elaboración CRC, datos Auto de Pruebas 19 de junio de 2020, y radicados CRC 2020811425, 2020811428, 2020811433 y 2020814216

**Gráfica 22. Participación por operador en términos de tráfico de Internet móvil mercado de "Servicios Móviles": 4T-2018, 4T-2019 y 1T-2020**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Auto de Pruebas 19 de junio de 2020, y radicados CRC 2020811425, 2020811428, 2020811433 y 2020814216

**Gráfica 23. Participación por operador en términos de ingresos mercado de "Servicios Móviles": 4T-2018, 4T-2019 y 1T-2020**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Auto de Pruebas 19 de junio de 2020, y radicados CRC 2020811425, 2020811428, 2020811433 y 2020814216

Por otro lado, en cuanto al análisis de **indicadores de concentración**, debe decirse que la teoría económica sugiere que el vigor de la competencia está relacionado positivamente con el número de empresas en la industria relevante en igualdad de condiciones, pues en una industria con 100 vendedores, no es lo mismo si cada empresa controla el 1% de la industria, que si cuatro firmas controlan el 80% y las 96 firmas restantes controlan el 20%, por lo cual las medidas de concentración pueden ser un indicador del poder de mercado potencial<sup>824</sup>.

Desde una perspectiva de bienestar y antimonopolio, un índice de concentración debe medir la capacidad de las empresas para subir el precio por encima del nivel competitivo, de manera que un valor más alto para un índice de concentración debería indicar un margen de precio-costos más

<sup>824</sup> VASSILOPOULOS, P. Models for the Identification of Market Power in Wholesale Electricity Markets. D.E.A 129, Industrial Organization, September 2003

alto o una mayor probabilidad de que las empresas puedan coludir con éxito<sup>825</sup>. En esa línea, Motta (2004) ha señalado, en materia de integraciones empresariales, que, en igualdad de condiciones, cuanto mayor sea el número de empresas independientes que funcionen después de una fusión, menos probable es que sea perjudicial para los consumidores, añadiendo que la intuición para este resultado es directa, puesto que la capacidad de fusionar empresas para ejercer poder de mercado depende claramente del número de rivales<sup>826</sup>. Ukav (2017) explica al respecto:

*"Los índices de concentración de mercado proporcionan indicadores útiles y prácticos de poder de mercado. Porque estos índices son valores basados en el mercado, son mucho más útiles cuando el poder de una empresa en el mercado se determina junto con otros datos. Los índices de concentración de mercado son fáciles de calcular y dan pistas sobre qué tan competitivo es el mercado. La concentración disminuye y la competencia aumenta dentro de la proporción de multitud de empresas que operan en el mercado, y en términos de equivalencia de estas compañías. En la medida en que la estructura del mercado es competitiva, disminuye el poder de las empresas que operan en el mercado para influir en las variables del mismo. Por esta razón, es importante conocer las tasas de concentración del mercado para determinar qué tan competitivo es.*

(...)

*La concentración significa que un pequeño número de empresas en una economía están en el primer lugar en términos de varios indicadores y controlan el sector. Una alta concentración resulta en el control de economías o áreas de la industria por un cierto número de empresas. La consecuencia de la concentración es que el aumento de las tendencias monopólicas, junto con costos y precios más altos, y menores volúmenes de producción, conducen a un desempeño económico deficiente como resultado del alejamiento de la competencia en el mercado. Esta situación llega a un punto de deterioro en la distribución de recursos y disminuye el nivel de bienestar. Tales aspectos negativos creados por estructuras oligopolistas y monopolistas no son bienvenidas por las sociedades, y la prevención de la competencia desleal y protección de los consumidores siempre están en la agenda. (...)<sup>827</sup>.*

Algunos autores han llegado a establecer incluso una clara correlación entre concentración y poder de mercado, como es el caso de Pavic et al (2016), para quienes en mercados no concentrados el poder de mercado es muy limitado, si lo hay; los mercados moderadamente concentrados tienen un poder de mercado moderado, y las industrias altamente concentradas, como es el caso de los oligopolios estrechos y la dominancia, ostentan un alto poder de mercado<sup>828</sup>. De esa manera, es claro que, al analizar el poder de mercado, la cuota de mercado de la compañía en cuestión no es la única estadística de interés, pues es necesario conocer el tamaño relativo y fortaleza de los competidores, aspectos estos que pueden ser capturados en varias medidas de concentración, donde la más común es el Índice de Herfindahl y Hirschman (HHI por sus siglas en inglés).

El HHI es entonces una medida idónea para establecer el nivel de concentración en un mercado y darse una idea de las presiones competitivas en este, calculándose a partir de la suma de los cuadrados de la cuota de mercado de todas las empresas que confluyen en el mercado, de manera que entre más alto sea el índice, mayor será la concentración en la industria y menor la competencia. Así, cuando el HHI se aproxima a cero (Competencia Perfecta) el mercado está constituido por un gran número de empresas de tamaño relativamente igual, mientras un índice HHI de 10,000 es indicativo de una posición de monopolio. De esa manera, el HHI aumenta cuando el número de empresas en un mercado disminuye y cuando la disparidad en el tamaño entre ellas aumenta. En Estados Unidos, el Departamento de Justicia establece 1,500 como límite comparativo, de tal manera que una industria con un HHI menor a 1,500 se considera como no concentrada, entre 1,500 y 2,500 como moderadamente concentrada, y con un índice superior a 2,500 como concentrada<sup>829</sup>.

Otro indicador de concentración de mercado es el Cn, que mide la cuota combinada de los (n) más grandes competidores en un mercado, y que fue ampliamente usada por los economistas de

<sup>825</sup> VISCUSI, W., VERNON, J. & HARRINGTON. Economics of Regulation and Antitrust. MIT Press. 4th Edition (2005)

<sup>826</sup> MOTTA, M. Competition Policy. Theory and Practice. Cambridge University Press (2004). p.234

<sup>827</sup> UKAV, I. Market Structures and Concentration Measuring Techniques. Asian Journal of Agricultural Extension, Economics & Sociology. (2017) ISSN: 2320-7027

<sup>828</sup> PAVIC, I. Similarities and Differences between the CR and HHI as an Indicator of Market Concentration and Market Power. British Journal of Economics, Management & Trade (2016) ISSN: 2278-098X

<sup>829</sup> US Department of Justice (2015 July), "Herfindahl-Hirschman Index," [Online], Disponible en <<https://www.justice.gov/atr/herfindahl-hirschman-index>>

organización industrial (IO) en las décadas de los 50's y 60's del siglo pasado. Por ejemplo, el C4 arroja la cuota de mercado combinada de los 4 más grandes competidores en un mercado, mientras el C8 hace lo propio con los 8 más grandes.

La ventaja del HHI sobre el Cn, es que el primero brinda información sobre la dispersión de la participación de mercado entre todas las empresas presentes en él, y no solamente sobre las empresas más grandes, lo cual puede tener un impacto importante al tratar de determinar cuán concentrado es un mercado, como lo ilustra el siguiente cuadro:

	Industria No. 1		Industria No. 2	
	Participación de mercado	HHI	Participación de mercado	HHI
Firma 1	35	1,225	20	400
Firma 2	35	1,225	20	400
Firma 3	5	25	20	400
Firma 4	5	25	20	400
Firma 5	5	25	4	16
Firma 6	5	25	4	16
Firma 7	4	16	4	16
Firma 8	3	9	4	16
Firma 9	3	9	4	16
Total	100	2,584	100	1,680
C4	80		80	

Fuente: Niels et al (2011)<sup>830</sup>. Traducción propia.

En el cuadro anterior, ambos mercados tienen un C4 de 80, por lo que, según dicho índice, serían igual de concentrados, pese a que en el mercado 1 dos competidores tienen el 70% de participación del mercado, mientras el mercado 2 muestra una situación de competencia más balanceada (4 competidores tienen el 80%, cada uno con una cuota del 20%). El HHI da cuenta de la diferencia, al arrojar 2,584 para el mercado uno, y 1,680 para el mercado 2.

En adición a lo anterior, a continuación, se presenta una demostración matemática que indica la relación entre participación de mercado, concentración y poder mercado. Suponiendo que se está interesado en estudiar el poder de mercado de una firma *i* en cierto mercado con N firmas, y asumiendo también que las firmas compiten en cantidades, producen un bien homogéneo (hay un solo precio en el mercado, *p*), y hay un costo total *C<sub>i</sub>*, que depende de las cantidades producidas *q<sub>i</sub>* los beneficios de la firma *i* pueden ser expresados como:

$$\pi_i = P(\sum_{j=1}^N q_j) q_i - C_i(q_i) \quad (1)$$

donde  $Q = \sum_{j=1}^N q_j$ . La maximización de beneficios dada la producción de sus rivales llevará a las siguientes condiciones de primer orden:

$$\frac{d\pi_i(q_i, Q-i)}{dq_i} = P(\sum_{j=1}^N q_j) + q_i P'(\sum_{j=1}^N q_j) - C'_i(q_i) = 0 \quad (2)$$

El precio de equilibrio *P\** en este mercado estará definido por la solución de todas las condiciones de primer orden. A tal precio, las condiciones de primer orden para la firma *i* pueden ser reescritas como:

$$P^*(Q) - C'_i(q_i) = -q_i P'(Q) \quad (3)$$

Dividiendo ambos lados de esta expresión por *P\**, multiplicando y dividiendo por Q el lado derecho, se tiene que:

$$\frac{P^*(Q) - C'_i(q_i)}{P^*(Q)} = -\frac{q_i P'(Q) Q}{Q P^*(Q)} \quad (4)$$

<sup>830</sup> NIELS, G., JENKINS, H., & KAVANAGH, J. Economics for Competition Lawyers. Oxford University Press 1<sup>ST</sup> Edition (2011) p.129

que puede ser finalmente reescrito como:

$$L_i = \frac{m_i}{\varepsilon} \quad (5)$$

donde  $L_i$  es el índice Lerner de poder de mercado de la firma  $i$ ,  $m_i$  es la participación de mercado de la firma  $i$ , y  $\varepsilon = -\left(\frac{dQ}{Q}\right) / \left(\frac{dP}{P}\right)$  es la elasticidad de la demanda de mercado con respecto al precio. Para un monopolio se encuentra la conocida relación  $L_i = 1/\varepsilon$ <sup>831</sup>.

Aunado a lo anterior, se puede encontrar un índice agregado de poder de mercado para la industria como un todo. Denotando como  $L = \sum_i m_i L_i$  dicho índice, y usando (5) se obtiene:

$$L = \sum_i \frac{m_i^2}{\varepsilon}, \quad (6)$$

Dado que la elasticidad-precio de la demanda es la misma para todas las firmas, la ecuación (6) se puede reescribir como:

$$L = \frac{1}{\varepsilon} \sum_{i=1}^N m_i^2$$

Recordando que el índice de Herfindahl-Hirschman está definido como la sumatoria del cuadrado de las participaciones de mercado de todas las firmas, es decir,  $IHH = \sum_{i=1}^N m_i^2$ , finalmente, se puede expresar la ecuación (6) como:

$$L = \frac{HHI}{\varepsilon}$$

Lo anterior demuestra que existe una relación directa entre el grado de concentración industrial y el grado promedio de poder de mercado, un resultado que ha sido usado para justificar el papel prominente asignado por el Departamento de Justicia de Estados Unidos al HHI como un elemento decisivo en los análisis de competencia.<sup>832</sup>

En ese sentido, llama la atención entonces que Mauricio Santamaría con el fin de resaltar las bondades del test de Hausman & Sidak<sup>833</sup> en favor de **COMCEL**, considere que los índices de concentración como por ejemplo el HHI, no son un indicativo de la estructura del mercado que está bajo estudio, más si se tiene en cuenta que dicho indicador no solo es utilizado por el DOJ, la Comisión Europa y algunas agencias de regulación a nivel internacional, sino que es común su utilización en diferentes artículos académicos en las áreas de organización industrial y derecho de la competencia entre otros.

En las Gráficas 24 y 25 se exponen los resultados de la estimación del índice HHI en términos de tráfico, ingresos y usuarios, para voz e Internet móvil<sup>834</sup>. En el caso del primer servicio, se puede observar que desde el año 2009 la cota inferior de concentración de mercado está dada por la concentración a nivel de usuarios, sin embargo, los valores actuales (1T-2020) de HHI en términos de tráfico (4,448) e ingresos (3,625) ubican a Colombia como uno de los mercados más concentrados a nivel mundial. Sin mencionar, que, en los dos últimos periodos de observación, la tendencia decreciente se aplanó e incluso se registró un leve crecimiento en las tres dimensiones. Ahora, si se compara el índice HHI con los estándares del DOJ, se evidencia que incluso a nivel de usuarios el resultado del indicador ubica el servicio de voz móvil como altamente concentrado.

En cuanto a Internet móvil, entre 2012 y 1T-2020, se observa una tendencia decreciente en usuarios, una tendencia creciente en términos de ingresos y cierta estabilidad en la dimensión de

<sup>831</sup> Davis y Garcés, 2010. "Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis". Primera edición, p. 287.

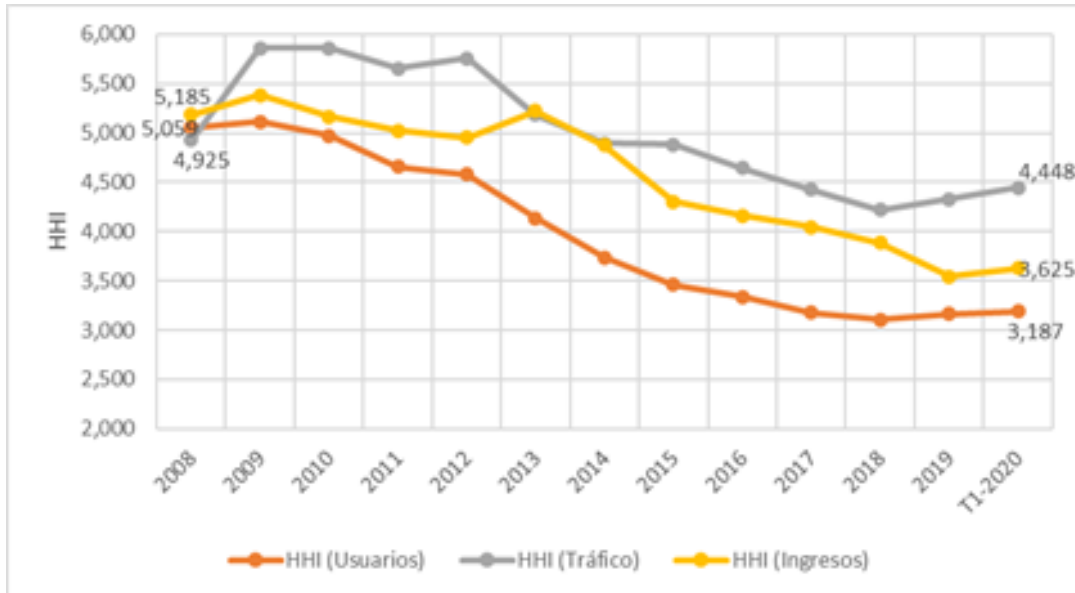
<sup>832</sup> Ver Dansby y Willig (1979) y la discusión en Rey (2000: 32-34).

<sup>833</sup> HAUSMAN, J. y SIDAK, G. Evaluating Market Power Using Competitive Benchmark Prices Rather than the Hirschman-Herfindahl Index. Antitrust Law Journal No2 2007. pp. 387-407. Disponible en <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=971114](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=971114)>

<sup>834</sup> Con base en las participaciones calculadas a partir de la información del Formato 1 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012 (usuarios de voz), Formatos 1.6 (ingresos de voz), 1.7 (tráfico de voz) y 1.9 (usuarios, tráfico e ingresos de Internet móvil) de la Resolución CRC 5050 de 2016.

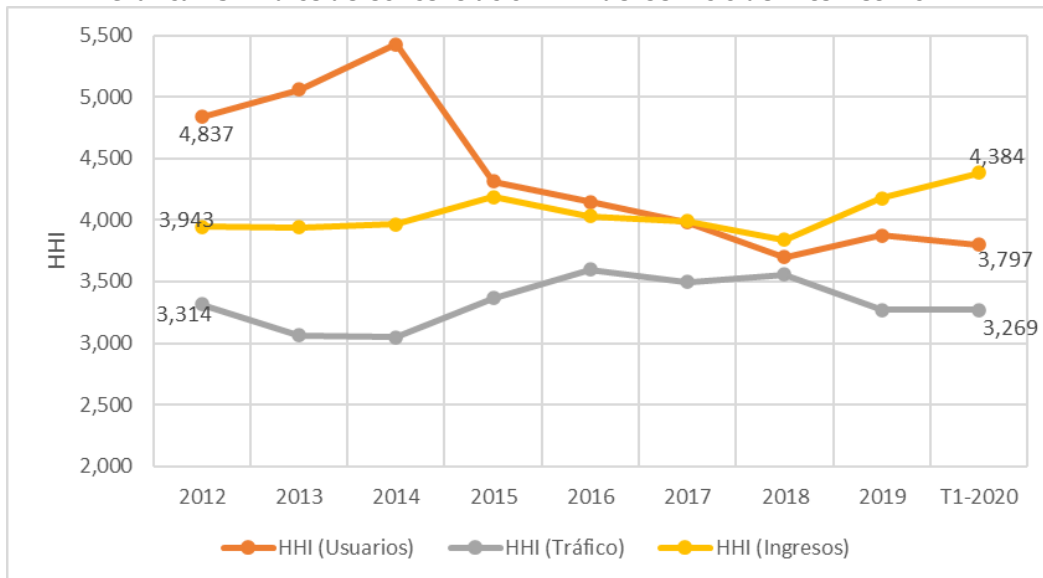
tráfico, sin que esto signifique cambios sustanciales en los niveles de concentración, pues tal como se observa en la Gráfica 25 en ninguno de los nueve periodos observados se registra un índice inferior a los 3000 puntos, lo que lleva a afirmar que el servicio de Internet móvil también se encuentra altamente concentrado.

**Gráfica 24. Índice de Concentración HHI del servicio de voz móvil**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC

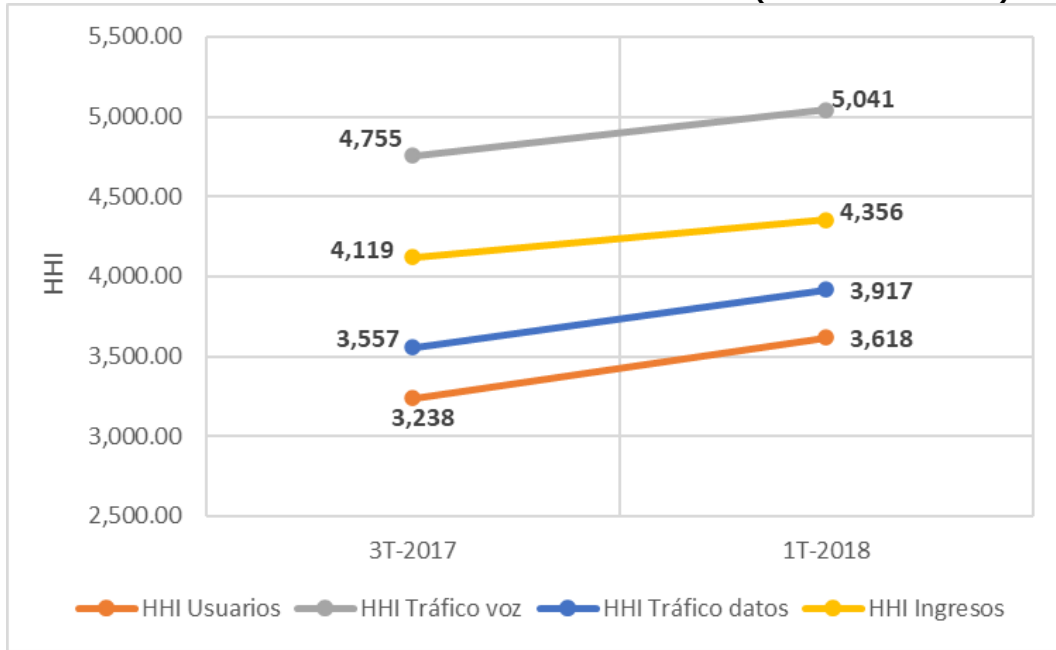
**Gráfica 25. Índice de Concentración HHI del servicio de Internet móvil**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC

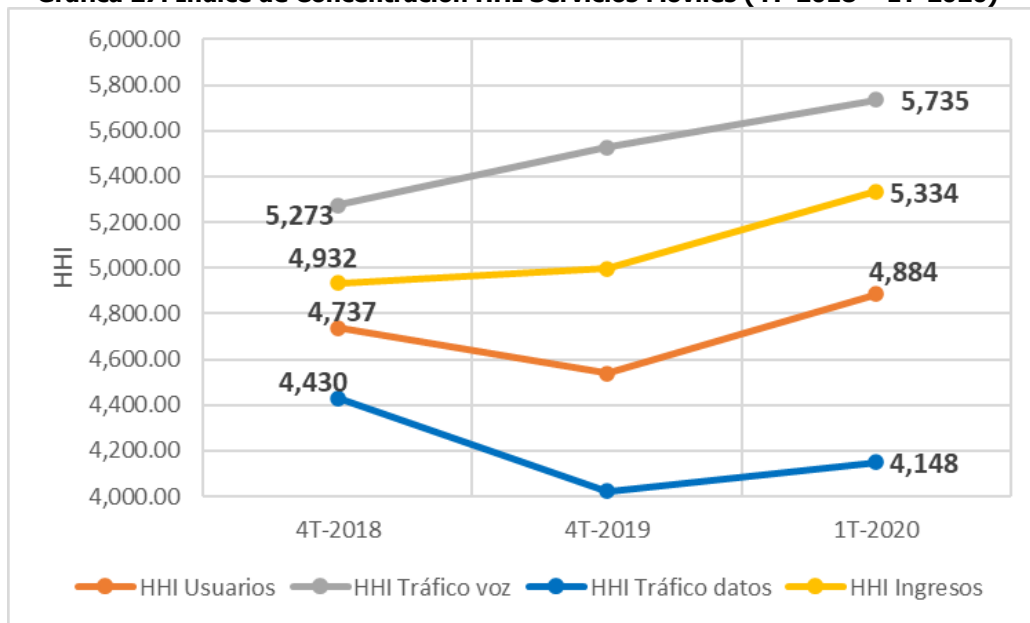
Por su parte, en cuanto al indicador de concentración para el mercado de Servicios Móviles, el Índice HHI medido en usuarios, tráfico (voz y datos) e ingresos se encuentra siempre por encima de los 3.000 puntos e incluso alcanza los 5,700 tanto el calculado con la información del Auto de pruebas del 10 de septiembre de 2018 como con aquella allegada en virtud del Auto de pruebas del 19 de junio de 2020, lo que, de acuerdo con la literatura especializada, hace referencia a un mercado altamente concentrado (ver Gráficas 26 y 27). Adicionalmente, vale la pena resaltar que, en todas las dimensiones, el Índice aumenta en el último periodo (1T-2020) en promedio 5.3%, lo que evidencia la consolidación de **COMCEL** y el aumento de la brecha con respecto a los demás agentes en este mercado.

**Gráfica 26. Índice de Concentración HHI Servicios Móviles (3T-2017 – 1T-2018)**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Autos de Pruebas 8 de diciembre 2017, 18 de junio, 10 de septiembre 2018 y respuesta requerimiento 2018537951.

**Gráfica 27. Índice de Concentración HHI Servicios Móviles (4T-2018 – 1T-2020)**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Auto de Pruebas 19 de junio de 2020, y radicados CRC 2020811425, 2020811428, 2020811433 y 2020814216

Por otro lado, debe decirse que el indicador de Melnik, Shy y Stenbacka (2008), provee información para identificar cuándo una empresa podría tener posición dominante en un mercado, partiendo de la participación de mercado de la empresa líder y de la segunda empresa más importante. El índice arroja un umbral de cuota de mercado después del cual la empresa líder posiblemente ostentaría posición de dominio<sup>835</sup>. Este índice es utilizado para encontrar el límite de participación de mercado máximo que puede tener una firma sin ser considerada dominante. El límite está construido de la siguiente manera:

$$S^D = \frac{1}{2} [1 - \gamma(S_1^2 - S_2^2)] \quad (7)$$

<sup>835</sup> Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Guía de análisis de integraciones empresariales. Numeral 123. Disponible en <[https://issuu.com/asteroide10/docs/gu\\_aintegracionesempresariales\\_esp](https://issuu.com/asteroide10/docs/gu_aintegracionesempresariales_esp)>

Donde  $S^D$  es el límite de participación de mercado, el parámetro gamma ( $\gamma$ ) mide las barreras a la entrada que tiene el mercado: bajos (altos) valores de  $\gamma$  significan pocas (altas) barreras a la entrada. Por último,  $S_1$  y  $S_2$  son las participaciones más grandes del mercado. Por lo tanto, si  $S_1$  es mayor que  $S^D$  la firma 1 es considerada dominante. Su aplicación en la academia se ha dado para dos razones principales: determinar si en los mercados existen empresas dominantes o analizar el cambio en las participaciones de mercado en caso de fusiones entre firmas.

Se debe resaltar que los citados autores, en la sección 6 del artículo sobre la configuración del parámetro de competencia  $\gamma$ , señalan que los planteamientos iniciales del índice siempre asumieron  $\gamma = 1$ . Sin embargo, los autores deciden flexibilizar el parámetro, para que reconociera aspectos como: existencia de compradores poderosos, regulación económica, presencia de derechos de propiedad, y demás barreras a la entrada.

En relación con los contextos en los cuales ha sido empleado este índice, se resalta el análisis de los mercados de electricidad nórdico y sueco por Hellmer y Waller (2009). En este sentido, los resultados del uso del índice de Melnik et al (2008) mostraron que en el mercado sueco existía una empresa dominante por un corto periodo de tiempo. Dadas las barreras de entrada al mercado los autores asumen el parámetro  $\gamma = 1$ . Finalmente, recomiendan que el análisis de dominancia se debe realizar a partir de este índice utilizando como complemento el de Herfindahl y Hirschman (HHI).

En casos de fusión entre firmas, McIntosh y Hellmer (2011) realizan diferentes simulaciones con el fin de dar recomendaciones a casos aplicados. Sus principales hallazgos son: primero, que en casos de fusión el HHI debe ser visto con mucho cuidado incluso por encima del valor límite de participación de mercado, aunque en la mayoría de los casos van en la misma dirección; segundo, el valor límite no puede reemplazar al HHI; finalmente, el valor límite de participación de mercado es una variable clave al momento de determinar si una firma es dominante, mas no para determinar si el mercado está concentrado.

Una medida análoga al índice de valor máximo de participación de mercado es utilizada por Grönlund y Björkroth (2015). Su estudio sobre el mercado de periódicos en Finlandia muestra cómo la competencia y el marco institucional se han desarrollado en los últimos 20 años. Para efecto de este estudio se hizo uso del cociente entre las dos participaciones más grandes del mercado ( $S_1/S_2$ ), como una medida de qué tanta participación tiene relativamente la primera firma con respecto a la segunda.

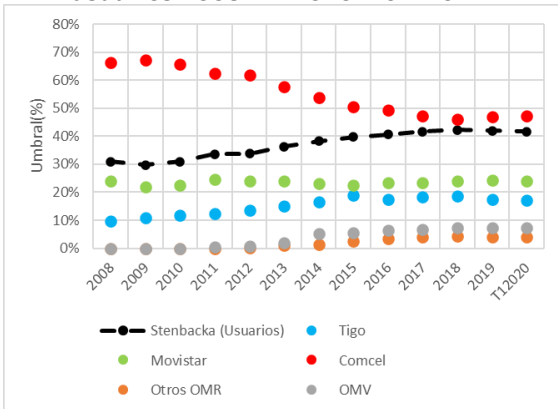
Por último, Hsieh y Mei Lin (2016) utilizan el índice de Melnik et al (2008) con el fin de analizar dominancia cuando hay alianzas estratégicas en el mercado de hoteles de cadenas internacionales en Taiwan. Los resultados muestran que cuando las dos firmas con mayor participación en el mercado forman una alianza estratégica, la firma con mayor participación en el mercado se convierte en dominante para varios periodos de tiempo.

Teniendo en cuenta lo anterior, si se estima el índice de dominancia Stenbacka en términos de usuarios, tráfico e ingresos tanto para voz como para Internet móvil, con un parámetro  $\gamma = 1$  como se evidencia en las Gráficas 28 a 33, la participación de **COMCEL** en el mercado se ubica por encima del umbral en todos los casos, incluso en el servicio de voz en donde ha registrado el mayor descenso durante los últimos años en términos de participación de mercado. La situación más crítica para el caso de voz móvil se presenta a nivel de tráfico e ingresos, en donde la participación de **COMCEL** supera en más de 28 y 14 puntos porcentuales el umbral obtenido, respectivamente. Por su parte, para Internet móvil, la diferencia más grande entre el umbral y la participación de mercado se observa en términos de ingresos y usuarios, con 18 y 17 puntos porcentuales respectivamente.

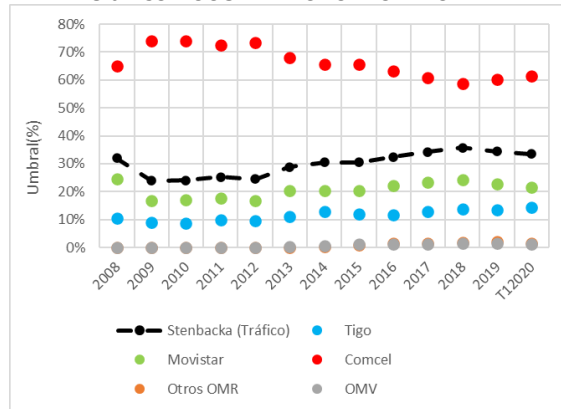
En lo atinente al cálculo del Índice con base en la información directa del mercado de Servicios Móviles, recopilada mediante los Autos de prueba del 8 de diciembre de 2017, 10 de septiembre de 2018 y 19 de junio de 2020, la participación de **COMCEL** medida en usuarios, tráfico (voz y datos) e ingresos, en los trimestres 3T-2017, 1T-2018, 4T-2018, 4T-2019 y 1T-2020, siempre sobrepasa el umbral de Stenbacka, que conforme aumenta la participación de **COMCEL** este va disminuyendo, lo que evidencia la enorme brecha en términos de participación que existe entre **COMCEL** y el segundo proveedor del mercado (ver Gráficas 34-41).



**Gráfica 28. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 1$ ) y participación por operador según usuarios 2008-1T-2020: voz móvil**

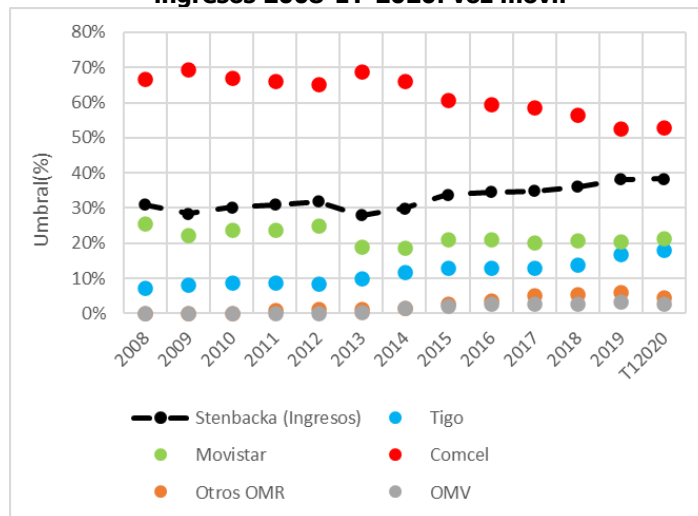


**Gráfica 29. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 1$ ) y participación por operador según tráfico 2008-1T-2020: voz móvil**



Fuente: Elaboración CRC, datos ColombiaTIC.

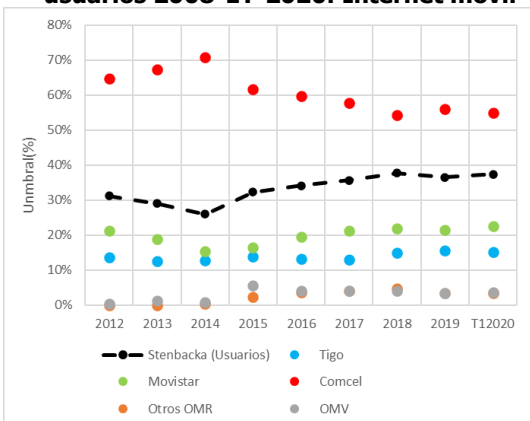
**Gráfica 30. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 1$ ) y participación por operador según ingresos 2008-1T-2020: voz móvil**



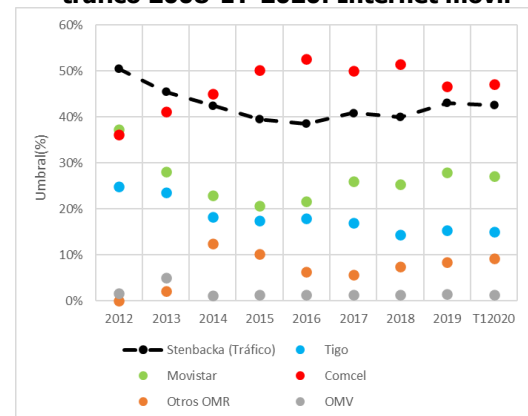
Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

En relación con Internet Móvil:

**Gráfica 31. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 1$ ) y participación por operador según usuarios 2008-1T-2020: Internet móvil**

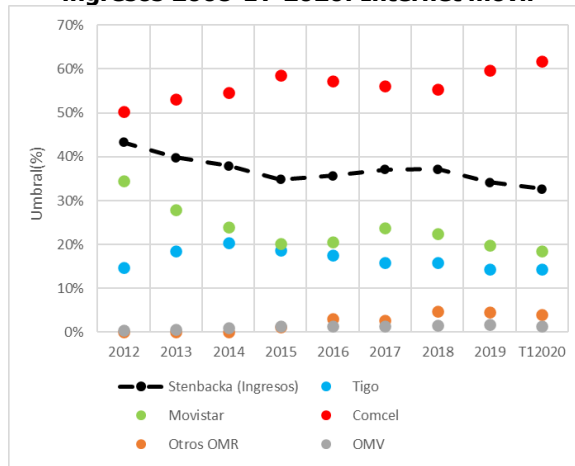


**Gráfica 32. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 1$ ) y participación por operador según tráfico 2008-1T-2020: Internet móvil**



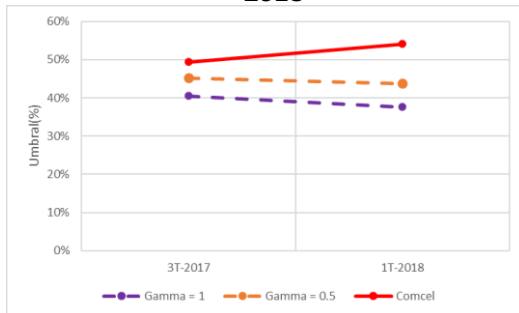
Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC. No oncluye suscriptores o abonados con terminales Data Card

**Gráfica 33. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 1$ ) y participación por operador según ingresos 2008-1T-2020: Internet móvil**



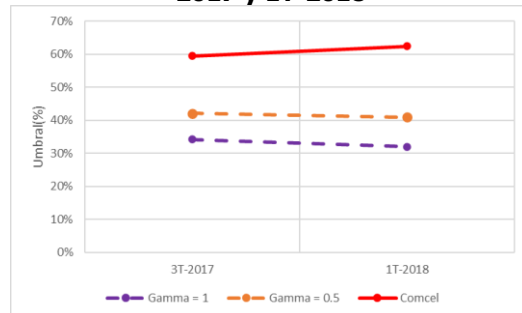
Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC. No incluye ingresos generados por terminales Data Card.

**Gráfica 34. Índice de dominancia Stenbacka Usuarios Servicios Móviles: 3T-2017 y 1T-2018**

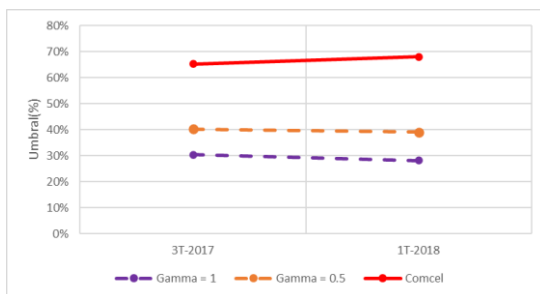


Fuente: Elaboración CRC, datos Autos de Pruebas 8 de diciembre 2017, 18 de junio, 10 de septiembre 2018 y respuesta requerimiento 2018537951.

**Gráfica 35. Índice de dominancia Stenbacka Ingresos Servicios Móviles: 3T-2017 y 1T-2018**

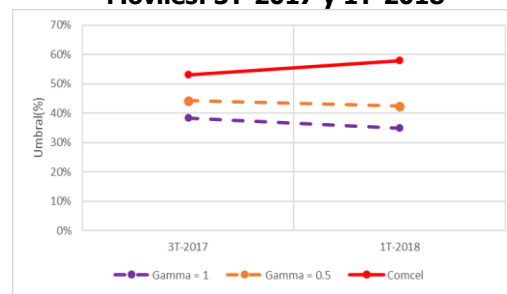


**Gráfica 36. Índice de dominancia Stenbacka Tráfico Voz Servicios Móviles: 3T-2017 y 1T-2018**

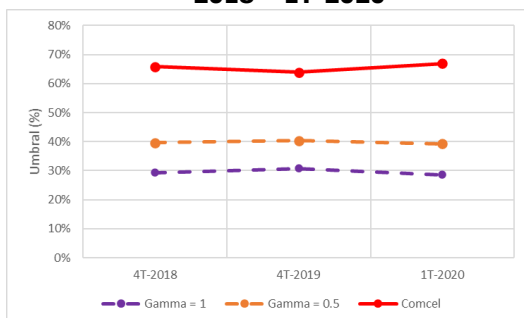


Fuente: Elaboración CRC, datos Autos de Pruebas 8 de diciembre 2017, 18 de junio, 10 de septiembre 2018 y respuesta requerimiento 2018537951.

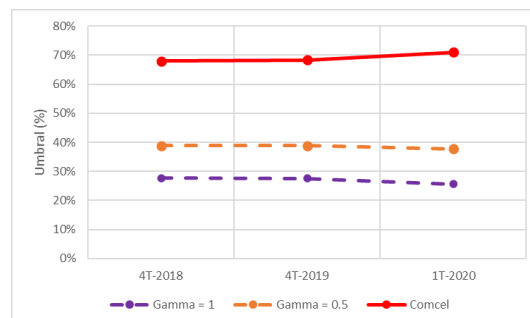
**Gráfica 37. Índice de dominancia Stenbacka Tráfico Datos Servicios Móviles: 3T-2017 y 1T-2018**



**Gráfica 38. Índice de dominancia Stenbacka Usuarios Servicios Móviles: 4T-2018 – 1T-2020**

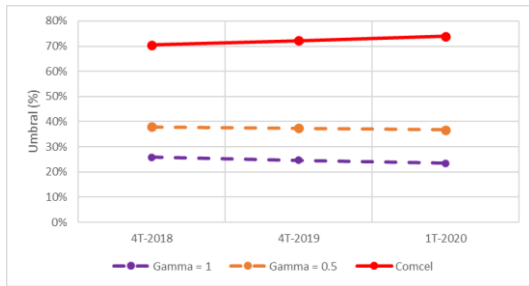


**Gráfica 39. Índice de dominancia Stenbacka Ingresos Servicios Móviles: 4T-2018 – 1T-2020**

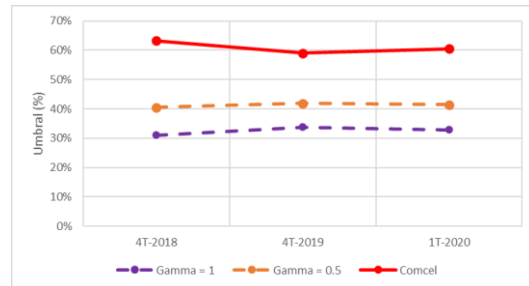


Fuente: Elaboración CRC, datos Auto de Pruebas 19 de junio de 2020, y radicados CRC 2020811425, 2020811428, 2020811433 y 2020814216

**Gráfica 40. Índice de dominancia Stenbacka Tráfico Voz Servicios Móviles: 4T-2018 – 1T-2020**



**Gráfica 41. Índice de dominancia Stenbacka Tráfico Datos Servicios Móviles: 4T-2018 – 1T-2020**

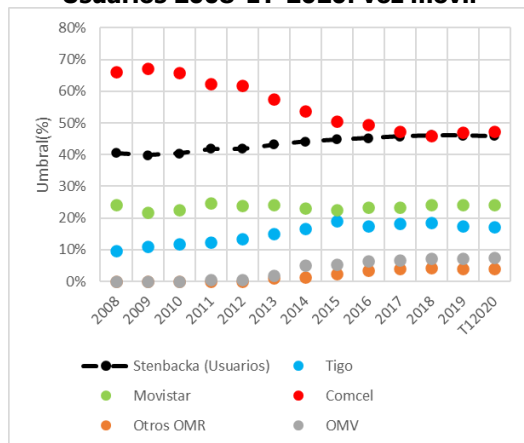


**Fuente:** Elaboración CRC, datos Auto de Pruebas 19 de junio de 2020, y radicados CRC 2020811425, 2020811428, 2020811433 y 2020814216

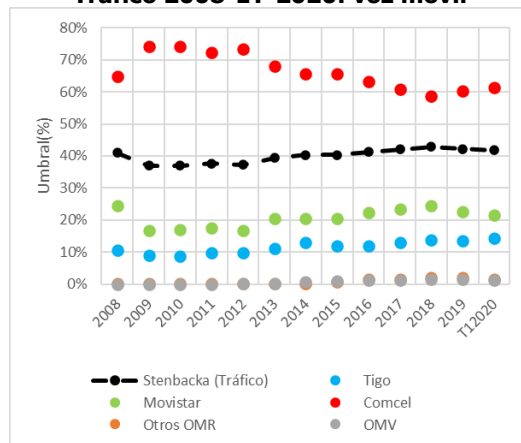
Debe mencionarse que este indicador representa únicamente un indicio de la posible existencia de dominancia en el mercado, por lo que la CRC no lo considera, ni lo ha considerado nunca de manera aislada, pues como bien señalan la doctrina y la jurisprudencia internacional en la materia, la dominancia es el resultado del análisis conjunto de distintas variables y factores en el mercado como lo son: tamaño relativo, tamaño absoluto, barreras a la entrada y competencia potencial.

Sin embargo, debido a que Mauricio Santamaría en su escrito sugiere a la Comisión estimar el Índice Stenbacka con un parámetro  $\gamma = 0.5$ , esta Comisión realizó dicho cálculo con el fin de determinar si los resultados a los que había llegado inicialmente variaban en alguna medida. Las Gráficas 42 a 47 permiten concluir que aun cuando el umbral aumenta debido a menores barreras (gamma menor), las participaciones de **COMCEL** se siguen ubicando por encima del umbral. Vale la pena mencionar que en términos de usuarios de voz y tráfico en Internet móvil<sup>836</sup>, en los últimos tres periodos observados y aplicar este criterio, **COMCEL** se encuentra en unos pocos puntos porcentuales por encima del umbral. Así las cosas, las conclusiones a las que llega la Comisión se consideran robustas, puesto que, aun estimando el Índice Stenbacka con un parámetro de  $\gamma = 0.5$ , el resultado sobre la posible posición de dominio de **COMCEL** se mantiene.

**Gráfica 42. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 0.5$ ) y participación por operador según Usuarios 2008-1T-2020: voz móvil**



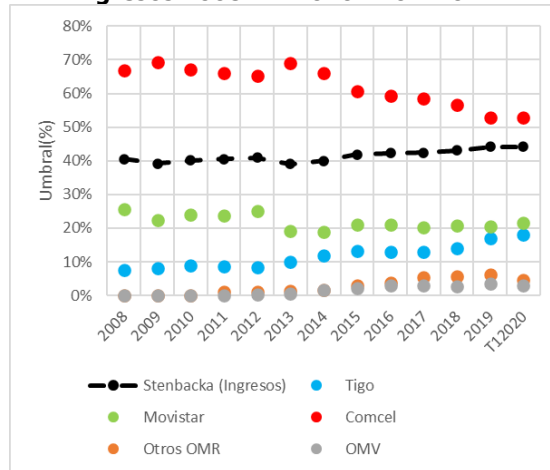
**Gráfica 43. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 0.5$ ) y participación por operador según Tráfico 2008-1T-2020: voz móvil**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Colombia TIC

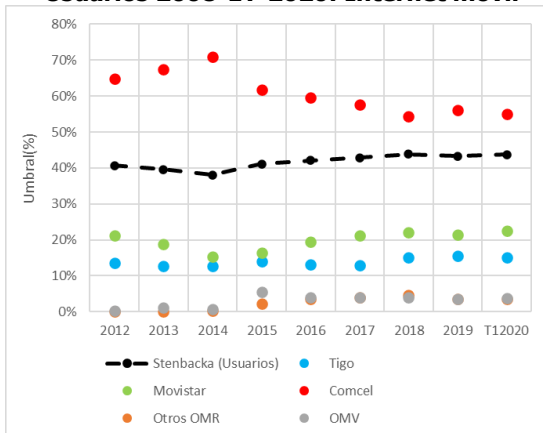
<sup>836</sup> Vale la pena mencionar que, debido a una corrección en la información de Tráfico del segmento de Internet móvil por demanda desde el primer trimestre de 2019, la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio TIC se encuentra adelantando las pesquisas del caso para asegurarse que se esté reportando la información conforme a lo establecido en el Formato 1.9 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

**Gráfica 44. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 0.5$ ) y participación por operador según Ingresos 2008-1T-2020 - voz móvil**



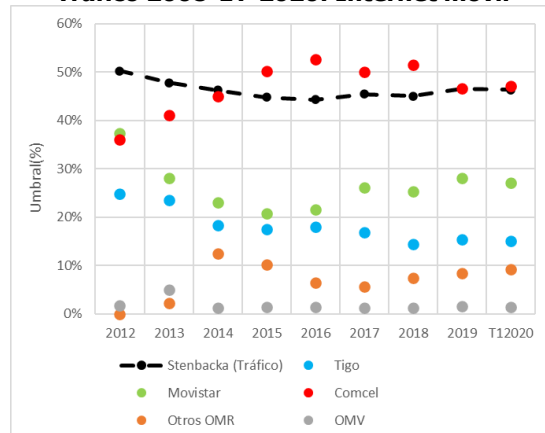
Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

**Gráfica 45. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 0.5$ ) y participación por operador según Usuarios 2008-1T-2020: Internet móvil**

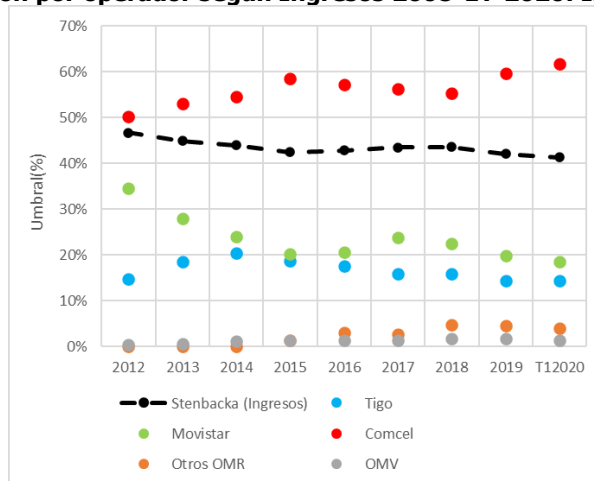


Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC. No incluye suscriptores o abonados con terminales Data Card

**Gráfica 46. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 0.5$ ) y participación por operador según Tráfico 2008-1T-2020: Internet móvil**



**Gráfica 47. Índice de dominancia Stenbacka ( $\gamma = 0.5$ ) y participación por operador según Ingresos 2008-1T-2020: Internet móvil**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC. No incluye ingresos generados por terminales Data Card.

En lo que respecta al mercado de Servicios Móviles, al modificar el valor del parámetro gamma ( $\gamma$ ) a 0.5, el umbral de Stenbacka aumenta en promedio cerca de 9 puntos porcentuales, tal como se puede apreciar en las Gráficas 42 a 47. Sin embargo, **COMCEL** en todas las variables

evaluadas, es decir, en tráfico (voz y datos), ingresos y usuarios, se encuentra con varios puntos porcentuales por encima de la mencionada franja.

Por otro lado, vale la pena mencionar que tal como se profundizará en la sección 8.1.4. en los mercados de telecomunicaciones dadas sus características de red y al tratarse de un negocio intensivo en capital, entre otras cosas, existen barreras de entradas inherentes a él, que hace poco probable que el parámetro que mide las barreras a la entrada dentro de la fórmula de Stenbacka se encuentre por debajo de los 0.5 puntos.

De lo anteriormente expuesto, se evidencia a partir de los resultados que arrojan los índices de concentración, que aun si los mismos son aplicados de la manera sugerida por **COMCEL** e incluso en situaciones hipotéticas de mínimas barreras de entrada al mercado, y en conjunto con i) las altas cuotas de mercado medidas en términos de tráfico, ingresos y usuarios; ii) la significativa diferencia entre la cuota de mercado de **COMCEL** y la de sus competidores; iii) la persistencia y continuidad en el tiempo de las altas cuotas de mercado medidas en tráfico, ingresos y usuarios tanto con las series del servicio de voz e Internet móvil, como con la información de los autos de prueba de las observaciones del mercado de "Servicios Móviles"; y iv) la poca presión competitiva que han podido ejercer tanto sus dos competidores más representativos como los que han ido llegando al mercado, como otros "OMR" y los OMV; son indicios relevantes de la falta de competencia efectiva en el mercado relevante de "Servicios Móviles". Es importante tener en cuenta que la existencia de dominancia genera la imposibilidad de competencia efectiva y esta si bien se consta mediante un análisis de competencia multicriterio, el estudio del tamaño de relativo de **COMCEL**, el cual es uno de los criterios para la constatación de dominancia, da indicios fundamentales de posibles problemas de competencia, por lo que las características enumeradas anteriormente son indicativas del poder de dicho proveedor en el mercado de "Servicios Móviles".

En las siguientes secciones, se procederá a analizar el tamaño absoluto de **COMCEL** en el mercado, las barreras de entrada existentes en el mismo, y la competencia potencial tanto en el corto como en el mediano plazo, con el fin de concluir acerca de la existencia o no de posición dominante de **COMCEL** en el mercado relevante de "Servicios Móviles".

### **8.1.3. Tamaño absoluto**

En el documento soporte que acompañó la expedición de la Resolución CRC 5110 de 2017, esta Comisión se refirió a la explicación de las distintas razones que se traducen en una ventaja competitiva para **COMCEL**, en virtud de su tamaño absoluto en el mercado. En este sentido, se analizaron: i) las economías de escala alcanzadas por el operador; ii) el despliegue de infraestructura comparado con el de sus competidores más cercanos; y iii) la estructura de costos por la distribución de tráfico on-net/off-net.

*A partir de lo anterior, la CRC concluyó de manera preliminar que "el tamaño de su cobertura y despliegue de infraestructura de acceso, le permiten a COMCEL explotar mayores economías de escala, lo que redundo en una ventaja en costos frente a los demás operadores. Sumado a lo anterior, COMCEL cuenta con una ventaja competitiva en costos al estar en capacidad de explotar sus economías de escala al tener la mayor parte de su tráfico concentrado en su propia red (on-net), con lo cual puede hacer uso de su capacidad instalada ociosa y producir a un costo marginal de corto plazo significativamente bajo que le permite aprovechar las eficiencias de su red, situación a la que no se enfrentan los OMV ni los demás operadores móviles de red."*

Para **COMCEL**, las afirmaciones de la CRC para hacer uso de este criterio ignoran el hecho de que las economías de escala de los operadores no deben observarse a nivel local sino a nivel regional. Utiliza como ejemplo a MOVISTAR y TIGO, destacando que tienen presencia en 14 y 6 países respectivamente, lo que les aporta la escala necesaria para acceder a precios y economías de escala comparables con las de **COMCEL**. Concluye este último proveedor que su situación en el mercado nacional se debe únicamente a la inversión que ha realizado, y no a una consecuencia de una ventaja de escala, pues sus competidores están en una posición financiera que les permitiría realizar un esfuerzo similar.

El perito Mauricio Santamaría señala que la afirmación de la CRC según la cual el tamaño absoluto de la firma se constituye en un criterio relevante para evaluar el poder de mercado, en la medida en que este puede traducirse en ventajas competitivas derivadas de economías de escala y de alcance, es un argumento bastante dudoso y con poco sustento.

Adicionalmente, el perito señala que la CRC concluye que el mayor número de usuarios y de tráfico se constituye en una ventaja competitiva en costos para **COMCEL**. Luego cita que la CRC concluyó que *“Esto explica la disminución constante de las tarifas en el tiempo, que si bien podría pensarse obedece a las condiciones de competencia en que se desenvuelve dicho mercado, teniendo en cuenta lo antes señalado, también es producto de las mayores economías de escala que se presentan”*. Posteriormente advierte que, si bien es cierto que el mayor despliegue de infraestructura de **COMCEL** le da una ventaja sobre sus competidores, esto hace parecer que la mayor inversión que ha hecho la empresa es una cosa mala y debe evitarse. También indica que esto no evidencia ninguna conducta anticompetitiva que implique que **COMCEL** deba ser sujeto de una regulación particular para mitigarla. Adicionalmente, afirma el Perito que el penalizar este comportamiento, que beneficia de manera directa a los usuarios, implicaría penalizar la inversión y considera que, dado que los demás operadores no han incurrido en grandes costos fijos, no necesitan un nivel de ingreso tan elevado para que su operación sea viable desde el punto de vista financiero. En este orden de ideas, estos operadores pueden potencialmente tener utilidades similares a las de **COMCEL** con un nivel de ingresos menor.

**Consideraciones de la CRC:**

Dado los cuestionamientos que realizan **COMCEL** y el perito Santamaria sobre las ventajas competitivas que se derivan de las economías de escala y alcance y que se relacionan directamente con el análisis del tamaño absoluto, esta Comisión procederá a exponer por qué las tales economías constituyen una ventaja para la firma que las ha podido alcanzar.

Las economías de escala se refieren a las ventajas en costos experimentadas por una firma, cuando esta aumenta su nivel de producción. Las ventajas surgen debido a la relación inversa entre el costo fijo medio por unidad y la cantidad producida. Entre mayor sea la cantidad producida, menor es el costo fijo medio por unidad. Las economías de escala también resultan en disminuciones de los costos variables promedio (costos promedio no fijos) con incrementos en la producción. Esto es el resultado de eficiencias operacionales y sinergias producto de aumentos en la escala de producción (Kwack y Sun, 2005<sup>837</sup>).

De acuerdo con Krugman et al (2016)<sup>838</sup>, las economías de escala pueden ser internas o externas. Las internas ocurren cuando el costo de producción depende del tamaño de la firma. Por ejemplo, una firma puede tener una patente sobre una máquina de producción masiva, lo cual le permite reducir su costo promedio de producción más de lo que pueden otras firmas en la industria. Las externas tienen que ver más con el tamaño del mercado y cómo este influye en los costos de producción<sup>839</sup>.

Entre las fuentes de economía de escala se cuentan el (i) poder de compra ya que las firmas que han alcanzado escala pueden disminuir los costos promedio comprando los insumos requeridos para el proceso de producción en volumen o de proveedores especiales; (ii) una mejor estructura administrativa con personal más calificado o con mayor experiencia también puede ser un factor que disminuya los costos promedio; y (iii) avances tecnológicos pueden drásticamente cambiar el proceso de producción.

Por otro lado, el término economías de alcance se usa para describir una propiedad atractiva del proceso de producción: el ahorro de costos que resulta del alcance (más que de la escala) de la firma. Existen economías de alcance cuando es menos costoso para una firma combinar dos o más líneas de producción que producirlas separadamente. Siempre que los costos de proveer los servicios de un insumo común a dos o más líneas de producción sean subaditivos (es decir, menor que los costos totales de proveer esos servicios para cada línea de producto de manera separada),

<sup>837</sup> KWACK, S.Y, y SUN, L.Y. Economies of Scale, technological progress, and the sources of economics growth: cae of Korea 1969-2000. Vol 27 (3), 2005. pp. 265-283.

<sup>838</sup> KRUGMAN, P, OBSTFELD, M., y MELITZ, M. International Economics: Theory and Policy. Chapter 7 External Economies of Scale and the International Location of Production. 2016. [En Línea]. Disponible en <[http://www.econ.boun.edu.tr/content/2017/fall/EC-36101/Lecture%20Note-C07\\_Krugman425789\\_10e-12-08-2016.pdf](http://www.econ.boun.edu.tr/content/2017/fall/EC-36101/Lecture%20Note-C07_Krugman425789_10e-12-08-2016.pdf)>

<sup>839</sup> En este caso se puede suponer, como ejemplo, que el gobierno quiere aumentar la producción de acero. Para lograr este objetivo, el gobierno anuncia que todos los productores de acero que empleen más de cien mil trabajadores tendrán una reducción de impuestos del 20%. De esta manera, las firmas que emplean menos de cien mil trabajadores pueden potencialmente disminuir su costo promedio de producción empleando más trabajadores. Esto es un ejemplo de una economía de escala externa.

la función de costos multiproducto exhibe economías de alcance (Chavas y Kim, 2007<sup>840</sup>). En otras palabras, se experimentan economías de alcance, cuando en un proceso productivo, es mejor para la firma, en términos de costos, producir más de un bien de manera conjunta que separada.

Conceptualmente, las economías de alcance surgen de dos fuentes principales: de la dispersión de costos fijos sobre un conjunto variado de productos, y de las complementariedades de costos, que surgen entre diferentes categorías de producto cuando estos son desarrollados por una misma firma (Pulley y Humphrey, 1993<sup>841</sup>). La dispersión de costos fijos contribuye a beneficiarse de economías de alcance cuando la capacidad instalada, y los costos asociados de recursos físicos indivisibles, puede ser reducida produciendo dos productos conjuntamente en vez de hacerlo de manera separada. Esta compartición de insumos es la fuente de economías de alcance que, al tiempo que permite a las firmas multiproducto expandir el número de líneas de producción, le permite mantener los costos relativamente bajos (Panzar y Willig, 1981<sup>842</sup>). De igual forma, complementariedades en costos surgen de la explotación de recursos intangibles y habilidades que son transferibles entre diferentes productos que son generados por una firma. Si los recursos son usados para desarrollar competencias en ciertas actividades operacionales, una vez estas han sido interiorizadas operacionalmente, pueden servir de apalancamiento para proveer otros productos o servicios a un costo por unidad considerablemente menor. El uso de tales actividades transferibles da surgimiento a economías de alcance.

Respecto de los mercados de servicios móviles en particular, hay que tener presente que cualquier operador de telecomunicaciones en el despliegue de una nueva red enfrenta costos iniciales considerables, como lo son el valor de adquirir el espectro, desplegar una red núcleo y una de acceso, y las inversiones asociadas al backhaul, entre otros. Esos costos son fijos en el sentido de que el operador incurre en ellos antes de que pueda ofrecer cualquier volumen de servicio. Estos costos también son hundidos, ya que una vez hechos, no pueden ser destinados a otro uso – una situación que hace la inversión particularmente riesgosa. En contraste, una vez la red está activa y operando, el costo marginal de proveer el servicio a un consumidor adicional es frecuentemente bajo por comparación. Dados estos enormes costos fijos y costos marginales decrecientes, resulta más barato por consumidor para un operador proveer el servicio a un millón de usuarios que a cien mil; no obstante, esta ganancia en eficiencia dependerá de que la firma esté por encima de la escala mínima eficiente, que por lo general es el nivel de producción más bajo en donde los costos promedio de largo plazo se minimizan (Nam, et al., 2009<sup>843</sup>).

Con respecto a las economías de escala, Klette (1999)<sup>844</sup> investigó los sectores industriales en Noruega y mostró que las firmas con un fuerte poder de mercado tienden a generar economías de escala significativas en casi todos los sectores seleccionados. A través de combinar una función de producción primaria y una función de costos dual, Kee (2002)<sup>845</sup> desarrolló un modelo donde sugiere una relación positiva entre poder de mercado y retornos crecientes a escala en diferentes sectores económicos en Singapur. A través de una derivación teórica, Fare et al. (2012)<sup>846</sup> verificaron una relación cercana entre poder de mercado y el grado de las economías de escala.

Costos fijos altos y costos marginales bajos llevan a economías de escala sustanciales en muchas industrias, desde la automovilística hasta el diseño y desarrollo de software, y muchas de esas industrias no están por lo general sujetas a esquemas prescriptivos de regulación económica como sucede en la industria de telecomunicaciones. En muchas circunstancias, las economías de escala no aumentan “sobre toda la extensión del mercado” ya que en algún punto los costos promedio ya no se reducen con cada unidad incremental. Sin embargo, en la industria de telecomunicaciones, el incentivo de querer atender a todos los usuarios del mercado hace que las economías de escala sigan aumentando. En ese contexto, hay situaciones donde una sola

<sup>840</sup> CHAVAS, Jean Paul, y KWANSOO, Kim. Measurement and Sources of Economies of Scope: A Primal Approach. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. Vol. 163. N. 3, 2007. pp. 411-427

<sup>841</sup> PULLEY, L.B., y HUMPHREY, D.B. The role of fixed costs and cost complementarities in determining scope economies and the cost of narrow banking proposals. *The Journal of Business* 66, 1993. pp. 437-462

<sup>842</sup> PANZAR, J.C., y WILLING, R.D. Economies of scope. *American Economic Review* 71, 1981. pp. 481-492.

<sup>843</sup> NAMI, C., KWON, Y., KIM, S. y LEE, H. Estimating scale economies of the Wireless telecommunications industry using EVA data. *Telecommunications Policy*. Vol. 33, Issues 1-2. pp. 29-40

<sup>844</sup> KLETTE, T.J. Market power, scale economies and productivity: estimates from a panel of establishment data, *Journal of Industrial Economics*, Vol. 47 No. 4, 1999. pp. 451-475.

<sup>845</sup> KEE, H.L. Markups, returns to scale, and productivity: a case study of Singapore’s manufacturing sector”, *World Bank Policy Research Working Paper No. 2857*, Washington, DC, 2002.

<sup>846</sup> FARE, R., GROSSKOPF, S. y TREMBLAY, V.J. Market power and technology, *Review of Industrial Organization*, Vol. 40 No. 2, 2012. pp. 139-146.

firma podría atender todo el mercado a un costo promedio por usuario menor del que tendrían múltiples firmas, por lo tanto, para evitar que el mercado tienda hacia un monopolio es que se hace necesaria la intervención del regulador (Nuechterlein y Weiser, 2013<sup>847</sup>).

Desde la perspectiva técnica, también se aprovechan las economías de escala, pues el operador busca hacer cada vez más rentables las inversiones que realiza. Las economías de escala se materializan, entonces, cuando una red con un dimensionamiento determinado y con unos costos fijos de operación y mantenimiento, incrementa cada vez más la cantidad de usuarios que acceden a los servicios, y por ende los niveles de tráfico, generando así mayores niveles de rentabilidad con los mismos costos fijos. Ahora bien, cuando la red se encuentra en niveles de usuarios y tráfico cercanos al límite de su capacidad, la empresa realiza nuevas inversiones para ampliar tal capacidad, esto con miras a captar más usuarios y seguir rentabilizando la red, que, generalmente, experimenta costos marginales decrecientes.

En relación con lo anterior, el despliegue de la infraestructura de red de un operador requiere de la instalación de unidades enteras con el fin de satisfacer las necesidades de sus usuarios. En otras palabras, no es posible instalar 0.75 partes de una central de conmutación, o de dos terceras partes de un controlador de estación base, sino que cada elemento de infraestructura debe instalarse en unidades completas. Así, los elementos de la red móvil, entre los cuales se tienen, entre otros, las estaciones base y sus controladores, los elementos de transmisión requeridos a nivel de red de acceso y de red de núcleo, los Media Gateways, los Mobile Switching Center Server (MSC), así como los Serving GPRS Support Node (SGSN) y los Gateway GPRS Support Node (GGSN), se adquieren e instalan en cantidades discretas enteras, por lo que, como se anotó previamente, la empresa tiene incentivos para aprovechar el uso de esta infraestructura incrementando los niveles de usuarios y tráfico.

Aclarado lo anterior, es importante tener en cuenta que el tamaño absoluto se refiere a las ventajas potenciales, y la sostenibilidad en el tiempo de esas ventajas, que pueden surgir del tamaño de un operador en relación con el de sus competidores. En una industria que presenta economías de escala y de alcance, una reducción de precios o el establecimiento de precios bajos puede estar asociado a la mayor eficiencia alcanzada por prestar el servicio a más usuarios (economías de escala) o prestar más servicios a los mismos usuarios (economías de alcance).

En ese orden de ideas, el tamaño de la firma juega un factor preponderante. En la mayoría de los estudios empíricos para medir el tamaño de la firma se utilizan variables tales como el total de activos, los ingresos operacionales e incluso el número de empleados. Sin embargo, independientemente de la variable que capture el tamaño de la firma, se ha podido establecer que este afecta la capacidad, el alcance, la estructura y los resultados de la misma, concluyendo que las firmas más grandes tienen mayor probabilidad de contar con procesos especializados que aumentan la eficiencia, disminuyen los costos de transacción y de producción, y cuentan con una mano de obra de mejor calidad (Hagedoorn & Schakenraad, 1994<sup>848</sup>).

La relación entre el tamaño de la firma y su desempeño ha sido discutida ampliamente por la literatura económica; específicamente, la discusión se ha centrado en la existencia o no de una correlación positiva entre el tamaño de la firma y su desempeño. De acuerdo con Majumdar (1997)<sup>849</sup>, las firmas de mayor tamaño aprovechan sus habilidades para explotar las economías de escala y alcance, logrando así un mejor desempeño que aquellas de menor tamaño. Es importante mencionar que el precitado autor utiliza como variable de desempeño la productividad de la firma. Por su parte, Falkowski (2012)<sup>850</sup> refuerza la hipótesis de la influencia positiva del tamaño de la firma sobre la estructura financiera de la organización. A este respecto, en el ejercicio empírico realizado por Lopez-Valeiras et al. (2016)<sup>851</sup> se logró demostrar una relación positiva entre tamaño de la firma y su desempeño financiero. Estos autores enfatizan que firmas de mayor tamaño tienen un mayor número de recursos disponibles para uso organizacional,

<sup>847</sup> NUECHTERLEIN, J., & WEISER, P. *Digital Crossroads: Telecommunications Law and Policy in the Internet Age*. Second Edition, 2013. MIT Press.

<sup>848</sup> HAGEDOORN, John, y SCHAKENRAAD, J. The Effect of Strategic Technology Alliance on Company Performance. *Strategic Management Journal*. 1994.

<sup>849</sup> Majumdar, S. K. (1997). The impact of size and age on firm-level performance: some evidence from India. *Review of industrial organization*, 12(2), pp. 231-241.

<sup>850</sup> Falkowski, J. (2012). Vertical coordination, access to capital, and producer loyalty in the Polish dairy sector. *Agricultural Economics*, 43 (2), pp. 155-164.

<sup>851</sup> Lopez-Valeiras, E., Gomez-Conde, J., & Fernandez-Rodriguez, T. (2016). Firm Size and Financial Performance: Intermediate Effects of Indebtedness. *Agribusiness*.



haciendo que tengan un mayor poder de negociación con clientes y proveedores, así como mayor facilidad de acceso al mercado de capitales.

En la misma vía, otros estudios muestran que las firmas de mayor tamaño tienen mayores niveles de retorno sobre activos (Nehring et al., 2009<sup>852</sup>; Adenauer y Heckelei, 2011<sup>853</sup>; Chaddad y Mondelli, 2013<sup>854</sup>), mayores niveles de retorno sobre el patrimonio o sobre el capital invertido (Adenauer y Heckelei, 2011<sup>855</sup>), mayores márgenes de ganancia (Adenauer y Heckelei, 2011<sup>856</sup>), y/o mayores retornos sobre las ventas (García-Fuentes et al., 2013<sup>857</sup>). De manera específica a la industria de telecomunicaciones móviles, Jakopin y Klein (2012)<sup>858</sup> analizan las cifras de 191 redes móviles en 49 países (73% de la base mundial de suscriptores móviles) y encuentran una correlación positiva entre entrada temprana al mercado, participación de mercado y resultados financieros.

Por su parte, Asimakopulos y Whalley (2017)<sup>859</sup> analizan la función de producción de las firmas que participan en la industria móvil europea (37 países) y particularmente su habilidad para transformar insumos en productos. A través de la aplicación de la técnica DEA (Data Envelopment Analysis), los autores están en capacidad de analizar el desempeño relativo de las firmas al interior de una industria y evaluarlas bajo la óptica de ventajas competitivas en función de esa mayor eficiencia. Así mismo, los autores evaluaron la habilidad que tienen las empresas para apalancarse en su base de usuarios para, en función de ella, obtener mejores resultados en términos de eficiencia, identificando de esta manera líderes y competidores. A partir de lo anterior, estos autores encuentran que las firmas líderes del mercado, esto es, las de mayor cantidad de usuarios, presentan un mejor desempeño en términos financieros en comparación con sus contrapartes.

Visto lo anterior, se tiene que, contrario a lo que afirma el perito Mauricio Santamaría sin soporte alguno, tal como se ha mostrado en el presente aparte, existen artículos académicos publicados en revistas internacionales con evaluaciones realizadas por pares, que demuestran la existencia de una relación positiva entre el tamaño del operador móvil y su desempeño financiero en comparación con sus competidores, evidenciando así las ventajas del tamaño absoluto de una firma en un mercado como el de "Servicios móviles".

Por otra parte, Eggers et al (2011)<sup>860</sup> muestran la relevancia que tiene la heterogeneidad de consumidores en los resultados financieros de las firmas. De acuerdo con los autores, no todos los consumidores contribuyen de igual manera a la rentabilidad de una firma. En ese sentido, un competidor de la empresa líder puede obtener resultados financieros satisfactorios a pesar de no ser un líder del mercado en la medida en la que atiende un nicho de consumidores que genera mayor rentabilidad, lo que no implica que dicha firma esté en capacidad de competir con la empresa líder en términos generales, esto es, en la totalidad del mercado. De igual manera, los autores demuestran mediante un ejercicio empírico que las ventajas del primer jugador dependen de que este logre capturar los consumidores de mayor valor o una masa crítica de primeros clientes que se identifiquen con el producto e imagen de la firma<sup>861</sup>.

En virtud de lo anterior, es claro que aun en el caso de una diferencia de desempeño y eficiencia de una firma líder frente a sus competidores, los segundos podrían contar con índices financieros satisfactorios, sin que por ello se pueda concluir que el mercado en general es saludable o que

<sup>852</sup> Nehring, R., Gillespie, J., Sandretto, C., & Hallahan, C. (2009). Small U.S. dairy farms: Can they compete? *Agricultural Economics*, 40 (1), pp. 817-825.

<sup>853</sup> Adenauer, L., & Heckelei, T. (2011). Foreign direct investment and the performance of European agri-business firms. *Journal of Agricultural Economics*, 62 (3), pp. 639-654.

<sup>854</sup> Chaddad, F.R., & Mondelli, M.P. (2013). Sources of firm performance differences in the US Food Economy. *Journal of Agricultural Economics*, 64 (2), pp. 382-404.

<sup>855</sup> *Ibid*

<sup>856</sup> *Ibid*

<sup>857</sup> García-Fuentes, P.A., Ferreira, G.F.C., & Kennedy, P.L. (2013). Economic performance of U.S. Multinational agribusinesses: Foreign direct investment and firm strategy. *Agribusiness*, 29, pp. 242-255.

<sup>858</sup> Jakopin, M.N., Klein, A., 2012. First-mover and incumbency advantages in mobile telecommunications. *Journal of Business Research* 65 (2012), pp. 362-370.

<sup>859</sup> Asimakopulos, G., & Whalley, J. (2017). Market leadership, technological progress and relative performance in the mobile telecommunications industry. *Technological Forecasting and Social Change*. Volume 123, October 2017, Pages 57-67. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2017.06.021>.

<sup>860</sup> Eggers, J.P., Grajek, M., Kretschmer, T., 2011. Decomposing first mover advantages in the mobile telecommunications industry. In: DRUID Working Paper 11-09, <<http://www3.druid.dk>>

<sup>861</sup> *Ibid.*, p.17

funciona de manera eficiente, como lo pretende hacer ver Mauricio Santamaría, nuevamente sin sustentar sus afirmaciones en un estudio o cifra alguna.

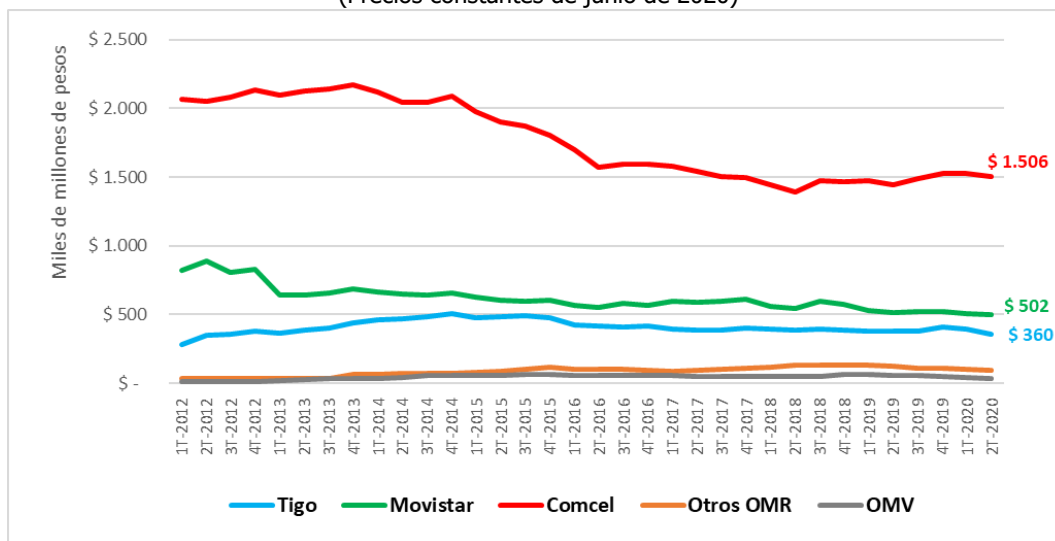
Ahora bien, el perito Santamaría manifiesta que "(...) esto no evidencia ninguna conducta anticompetitiva que implique que **COMCEL** deba ser sujeto de una regulación particular para mitigarla". En este sentido, debe aclararse nuevamente que el objeto de la presente actuación administrativa no es determinar si **COMCEL** ha cometido conductas catalogadas como prácticas restrictivas de la competencia, sino determinar si el operador ostenta o no posición dominante en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y analizar la posibilidad de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo, esto en el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 19<sup>862</sup>, 22<sup>863</sup>, 23 y 50 de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019. Por su parte, a lo que hace referencia el Perito es al abuso de la posición dominante que es una práctica restrictiva de la competencia prohibida por la Ley, que amerita la imposición de las sanciones previstas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, por parte de la autoridad competente - Superintendencia de Industria y Comercio-, lo cual fue ampliamente explicado en la sección 8.1.1.3 del presente acto administrativo.

Una vez revisada la literatura sobre la materia en donde se pudo constatar el por qué las economías de escala y alcance constituyen una ventaja para la firma que las ha podido alcanzar, se procede a continuación a analizar las cifras correspondientes en el mercado colombiano:

**8.1.3.1. Economías de escala de COMCEL**

Respecto del tamaño absoluto de una firma, es apropiado considerar que el tamaño de las ventas es uno de los criterios que debe ser tenido en cuenta como variable de análisis. Bajo este criterio, se observa que históricamente y en la actualidad **COMCEL** es operador con el mayor monto de ingresos por concepto de servicios móviles en Colombia, con unos ingresos trimestrales por la prestación de los servicios de voz, Internet y SMS que superan los \$1.5 billones de pesos, de acuerdo con la información del segundo trimestre de 2020, y equivalen a tres (3) veces los de su inmediato seguidor y 4,2 veces los del tercero, tal como se puede observar en la Gráfica 48.

**Gráfica 48. Ingresos trimestrales por la prestación de los servicios: Voz, Internet y SMS**  
(Precios constantes de junio de 2020)



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC y DANE (Variación trimestral IPC 2012 a 2020)

Además de la elevada diferencia que presenta **COMCEL** frente a sus más inmediatos competidores en la generación de ingresos, esta también se evidencia en los activos utilizados para producir tales ingresos. De acuerdo con la información pública<sup>864</sup> de los Estados Financieros

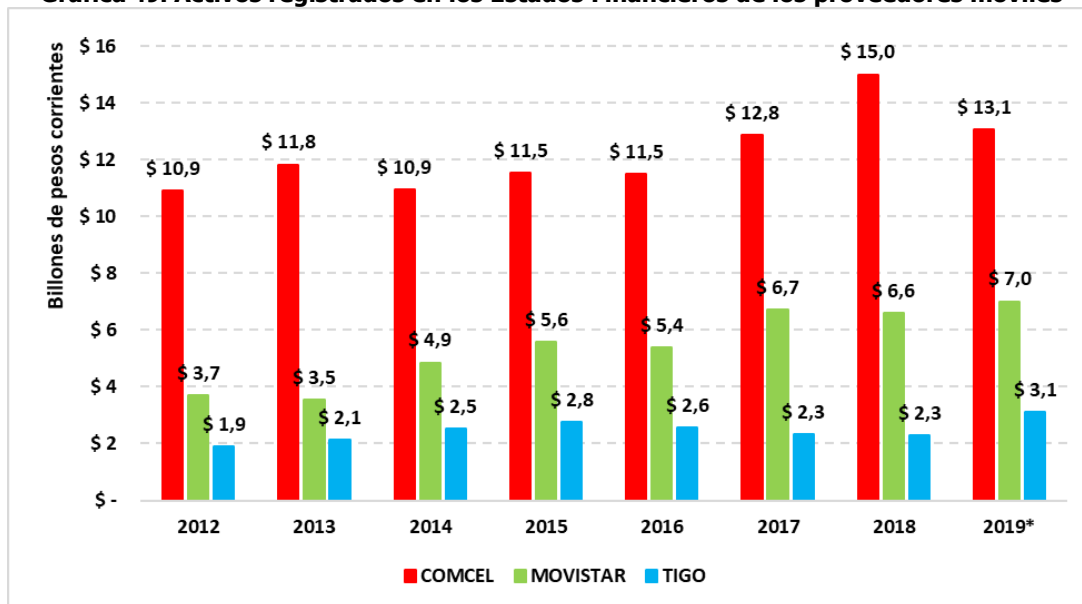
<sup>862</sup> Modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019.

<sup>863</sup> Modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019.

<sup>864</sup> La informes fueron consultados, entre otras fuentes, a través de los siguiente sitios web: <https://www.tigo.com.co/nuestra-compania/inversionistas/informacion-financiera>; <https://www.telefonica.co/estados-financieros>; <https://www.claro.com.co/institucional/responsabilidad-social/>. Ultima consulta realizada el 7 de septiembre de 2020. Los estados financieros de 2019 del proveedor Comunicación Celular S.A., fueron consultados de la información soporte de contribuciones que entregó el operador a la CRC en septiembre de 2020.

de los años 2012 a 2019 de los proveedores de redes y servicios móviles, los activos totales de **COMCEL** ascendieron a \$15 billones al final de 2018, mientras que los activos de la operación móvil de MOVISTAR se estiman del orden de \$6.6<sup>865</sup> billones y los activos totales de TIGO corresponden a \$2.3 billones, tal como se puede apreciar en la Gráfica 49.

**Gráfica 49. Activos registrados en los Estados Financieros de los proveedores móviles**



**Fuente:** Estados Financieros de los proveedores Comcel, Movistar y Tigo.

\* La cifra de activos de COMCEL de 2019 asociados a la prestación de servicios móviles, corresponde a una estimación realizada con base en la cifra de activos al final de 2018 del mismo operador y del proveedor Telmex Colombia, empresa con la que se fusionó y absorbió en 2019.

Al final de 2019, **COMCEL** registró activos por un total de \$18 billones, dentro de los cuales se incluyen los activos obtenidos producto de la fusión con el proveedor de servicios fijos TELMEX COLOMBIA S.A. Si bien esa cifra reúne los activos para la provisión de los servicios fijos y móviles, es posible estimar que en 2019 los activos totales de **COMCEL** destinados a la provisión de servicios móviles fueron del orden de \$13 billones<sup>866</sup>, mientras que los activos de MOVISTAR y de TIGO destinados a la prestación de servicios móviles fueron del orden de \$7 billones y \$3 billones, respectivamente.

Por tanto, se hace evidente que, históricamente, para el desarrollo de los servicios de comunicaciones móviles en Colombia **COMCEL** en promedio ha dispuesto recursos equivalentes a 2.4 veces los recursos destinados por MOVISTAR, y 5 veces los recursos destinados por TIGO para el mismo fin.

Adicionalmente, al revisar las cifras de los activos fijos de los tres operadores se observa que históricamente esta categoría de recursos, que representan en su mayoría las inversiones en infraestructura, ha correspondido a un valor equivalente entre el 70% y 88% del total de activos en cada operador. Para el final de 2018 **COMCEL** registró un total de activos fijos del orden de \$11 billones, mientras que para el caso Movistar se estima que fueron del orden de \$5.6 billones y en el caso de TIGO ascendieron a \$1.6 billones. Estas cifras indican que los activos fijos de **COMCEL** equivalían a esa fecha al doble de los activos fijos de Movistar y a siete veces los activos fijos de TIGO.

<sup>865</sup> Las cifras de MOVISTAR son estimadas a partir de los Estados Financieros de Colombia Telecomunicaciones, quien publica EF unificados para los servicios fijos y móviles. La distribución se realizó con base en la participación de los activos de Telefónica Móviles Colombia registrados en 2011 al adicionar a estos los activos de Colombia Telecomunicaciones registrados también en dicho periodo, lo cual corresponde al 54,3%. La participación que tienen los ingresos de los servicios móviles en el total de ingresos de Colombia Telecomunicaciones en 2018 es del 58%. Si se utiliza este porcentaje para distribuir los activos de la empresa la estimación de los activos utilizados en los servicios móviles asciende a \$7,2 billones.

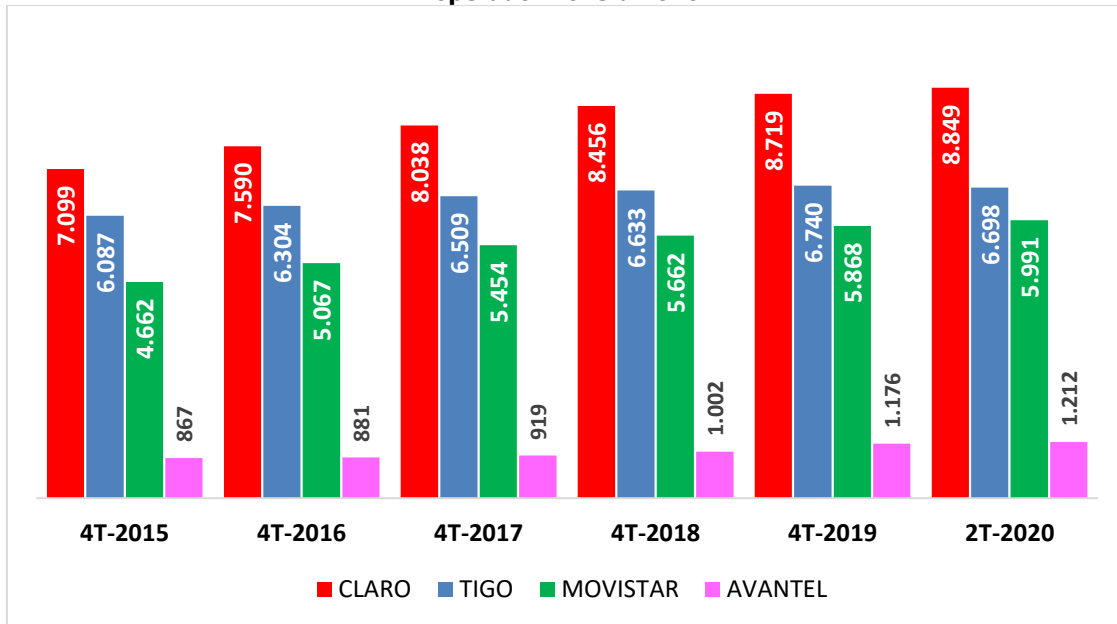
<sup>866</sup> Cifra estimada a partir de la participación de los activos de COMCEL en la suma de estos con los activos de TELMEX COLOMBIA S.A. al final de 2018. Tal participación, equivalente al 73%, se aplica sobre el total de activos de COMCEL al final de 2019.

Si bien estas diferencias pueden ser atribuibles a la mayor inversión que ha realizado **COMCEL** frente a los demás operadores, bien sea por los compromisos de cobertura adquiridos con el Estado o por su estrategia de negocio, lo cual es un aspecto totalmente positivo y de interés del regulador, no se puede desconocer que **COMCEL**, desde 2012, efectivamente tiene un tamaño considerablemente superior al de los demás competidores en el mercado de “Servicios Móviles”.

Adicional a lo anterior, tal como fue señalado en el documento soporte que acompañó la expedición de la Resolución CRC 5110 de 2017, otro indicador representativo del tamaño de cada uno de los operadores que prestan servicios móviles en el mercado colombiano es el nivel de despliegue de infraestructura, lo que permite comparar la red móvil de **COMCEL** en relación con otros operadores en el país. En la Gráfica 50 se puede observar la cantidad de sitios (infraestructura civil) en los que tienen estaciones base los cuatro principales proveedores móviles. Posteriormente, en las Gráficas 51, 52 y 53 se puede observar la evolución en la cantidad de sectores de estación base por tecnología de este grupo de proveedores.

A partir de estas cifras se obtiene que **COMCEL**, al final del segundo trimestre de 2020 tiene presencia en un 32% más de sitios en los que está TIGO, en un 48% más de sitios en los que está MOVISTAR y en 630% más de sitios en los que se encuentra AVANTEL, lo cual evidencia la superioridad de **COMCEL** en términos de infraestructura desplegada.

**Gráfica 50. Cantidad de sitios (infraestructura civil) con una o más estaciones base por operador 2015 a 2020**

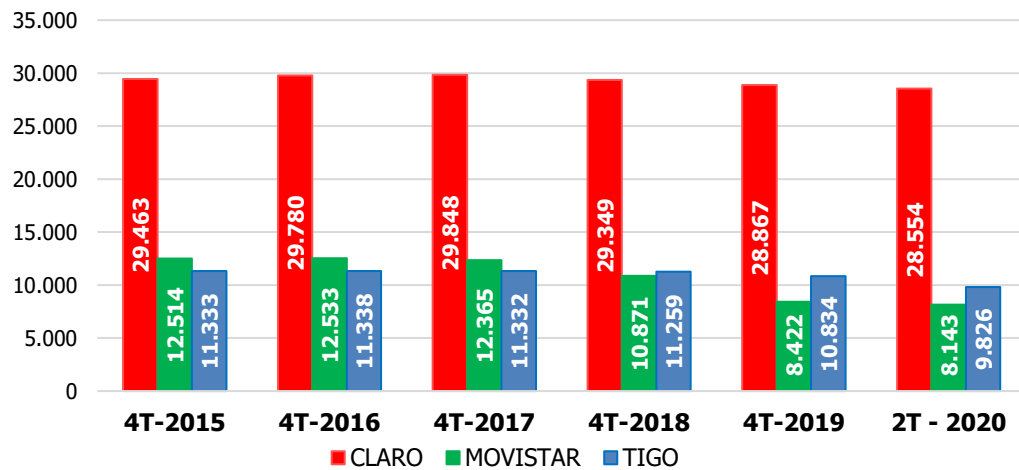


Fuente: Elaboración CRC con información del Formato 7 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012

Al comparar la cantidad de sectores de estación base, las diferencias se hacen más evidentes entre **COMCEL** y sus competidores. Al final del segundo trimestre de 2020, la diferencia entre **COMCEL** y el segundo operador con mayor número de sectores por tecnología es del 191% para la tecnología 2G, del 168% para el caso de la tecnología 3G y del 247% para la tecnología 4G. De igual manera, la diferencia entre **COMCEL** y el tercer operador con mayor número de sectores por tecnología es del 251% en 2G, del 191% en 3G y del 314% en 4G.

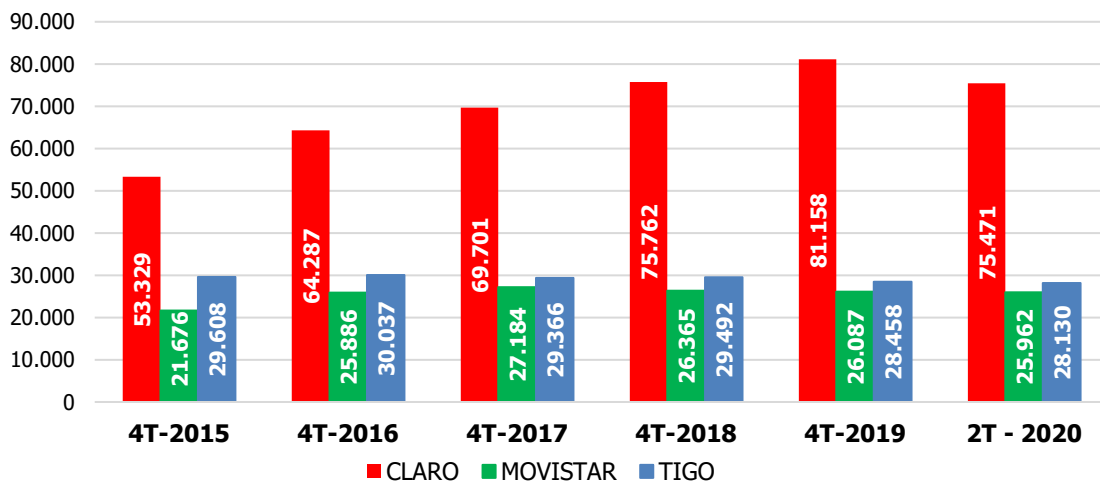
Adicionalmente, si se revisa la evolución de la distribución de sectores por tecnología se encuentra que **COMCEL** pasó de contar con el 55% de sectores 2G en 2015 a disponer del 61% de este tipo de sectores en 2020; también pasó en este periodo de tener el 51% de los sectores 3G a contar con el 58% y en el caso de la tecnología 4G pasó de disponer del 38% de sectores a contar con el 63% de estos, lo cual indica que periodo tras periodo **COMCEL** ha incrementado su tamaño, por lo que la brecha con respecto a sus demás competidores también ha aumentado.

**Gráfica 51. Cantidad de sectores de estación base 2G por operador a 2015 a 2020**



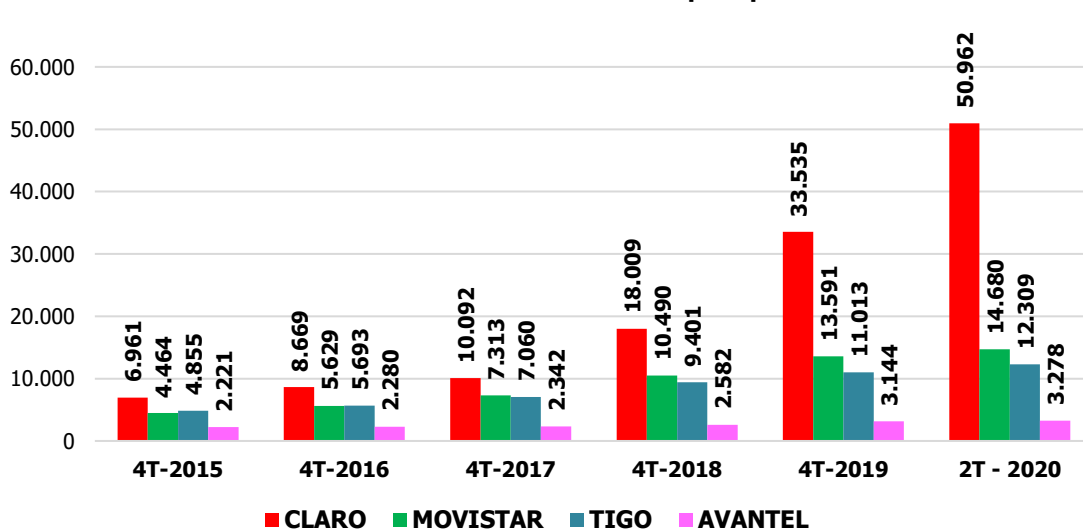
Fuente: Elaboración CRC con información del Formato 8 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012

**Gráfica 52. Cantidad de sectores de estación base 3G por operador a 2015 a 2020**



Fuente: Elaboración CRC con información del Formato 8 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012

**Gráfica 53. Cantidad de sectores de estación base 4G por operador a 2015 a 2020**



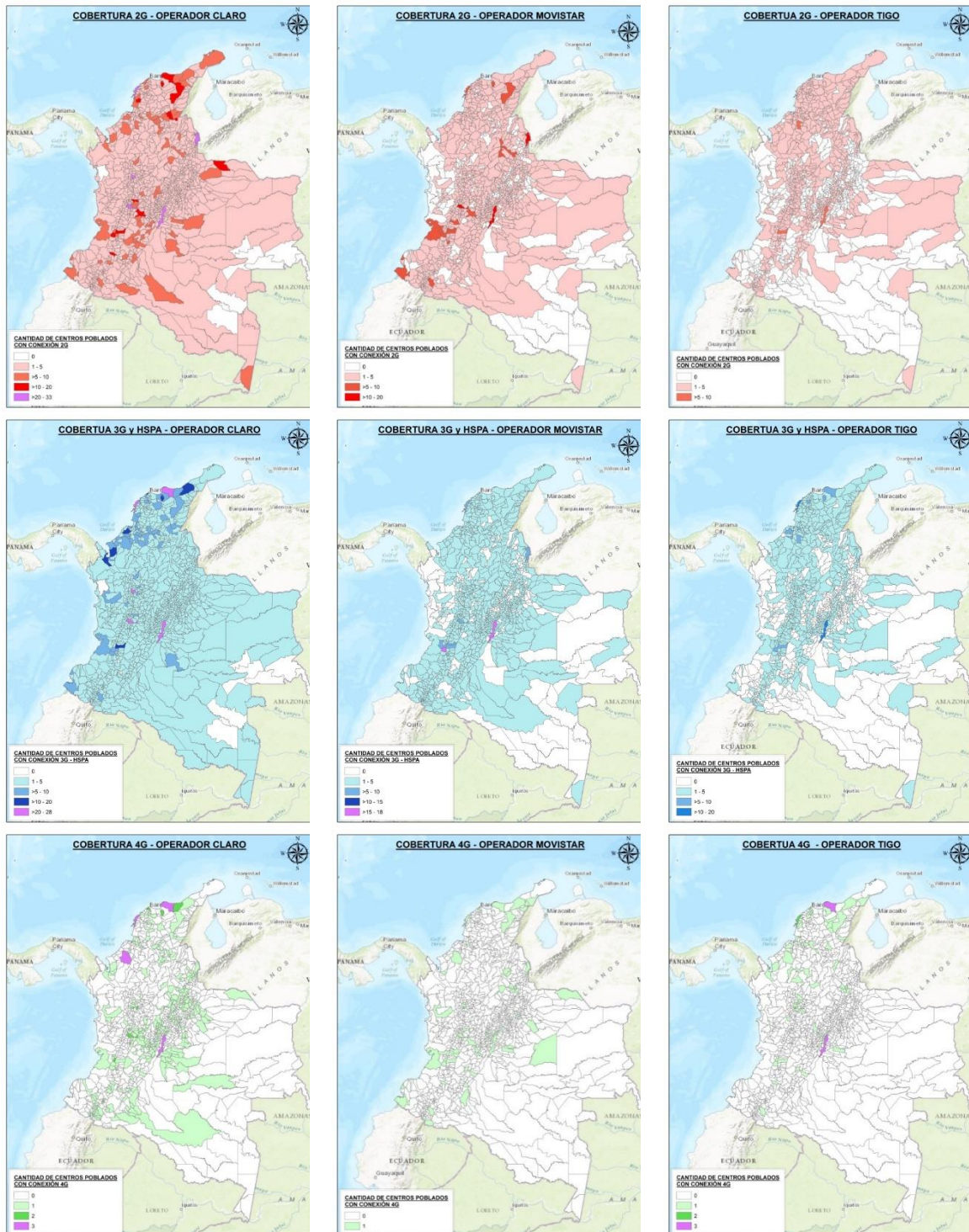
Fuente: Elaboración CRC con información del Formato 8 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012

Si bien es cierto que las diferencias en el volumen de sectores 4G que tiene **COMCEL** frente a los demás proveedores de red, se podría explicar parcialmente, en razón a que el despliegue de esa red se ha hecho sobre bandas altas del espectro radioeléctrico, lo que implica disponer de un mayor número de antenas para la lograr la misma cobertura que se tendría con una antena en una banda más baja del mencionado espectro, también es cierto que demás proveedores han

tenido que diseñar y desplegar sus redes móviles 4G bajo esa misma condición de bandas altas, por tanto, el mencionado factor técnico no explica la diferencia del tamaño de **COMCEL** respecto de los demás proveedores de servicios móviles.

Adicional a lo anterior, es pertinente tener en cuenta que en el mencionado documento se presentó información de la cobertura de los tres más grandes proveedores móviles<sup>867</sup>, confirmando así que en lo que respecta a cobertura **COMCEL** supera significativamente a los proveedores MOVISTAR y TIGO en las 3 tecnologías, tal como se muestra a continuación:

**Gráfica 54. Cobertura de COMCEL en tecnologías 2G, 3G y 4G frente a sus competidores.**



Fuente: COMCEL<sup>868</sup>

<sup>867</sup> Esta información fue suministrada por COMCEL en el marco de los comentarios realizados a la propuesta regulatoria de Revisión de Condiciones para el acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional en comparación con Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones Móviles, en el año 2016.

<sup>868</sup> Comentarios a la propuesta regulatoria de revisión de condiciones de acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional. Disponible en <[https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/ran/coment/CLARO1.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/ran/coment/CLARO1.pdf)>

La información del despliegue de infraestructura de estaciones base que reportan los proveedores móviles a través del formato 8 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012, indica que, para el final de segundo trimestre de 2020, mientras **COMCEL** tiene dispuestas estaciones base de tecnología 2G y 3G en el 94% de los 1.122 municipios del país, Movistar lo ha hecho en el 79% de los municipios y Tigo en el 60%. La diferencia es aún mayor en lo que se refiere al despliegue de estaciones base 4G, pues **COMCEL** paso de tener este tipo de infraestructura en el 27% de los municipios en 2015 a contar con ella en el 91% de los municipios en el primer trimestre de 2020, mientras que en dicho periodo Movistar paso del 7% al 38% y Tigo del 16% al 30%.

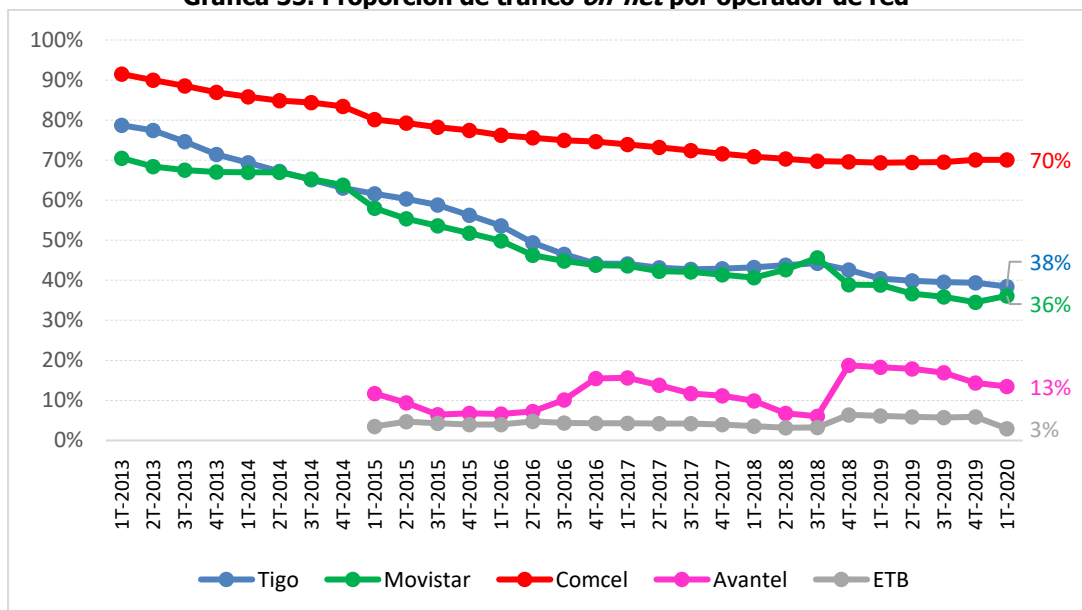
Si bien estas diferencias se pueden explicar en las decisiones de inversión de los proveedores, porque en el momento de la adjudicación de espectro adquirieron compromisos de cobertura o porque su estrategia de negocio así lo determina, las anteriores cifras nuevamente evidencian la diferencia sostenida e incremental de tamaño que ha tenido **COMCEL** frente a sus inmediatos competidores.

Al respecto, es importante recordar que las diferencias en cobertura, con infraestructura propia, entre operadores tienen a su vez un impacto en la diferencia de costos que enfrenta cada uno de ellos para competir en el mercado. En la medida en que **COMCEL** ya cuenta con una red propia con cobertura nacional superior al 90% en redes 2G, 3G y 4G, los recursos que debe invertir por concepto de cobertura son menores frente a los que debe destinar cualquier otro proveedor para tal fin. De igual forma, al haber asumido estos costos fijos, los costos variables son bajos respecto de los que asumen los demás operadores, lo que significa que tendría la capacidad de responder cualquier oferta comercial de sus competidores, dado que enfrenta el menor costo por usuario o unidad de tráfico al poseer mayores economías de escala en comparación con estos últimos.

La diferencia en la estructura de costos entre **COMCEL** (costos variables bajos), y los demás operadores (costos fijos altos y costos variables bajos en el mediano plazo) fruto de las diferencias en cobertura le asignan una ventaja competitiva a **COMCEL**, que refuerza su poder económico en el mercado y con ello su dominancia.

Adicional a lo anterior, tal como también se señaló en el documento "Intervención de carácter particular en el mercado Servicios Móviles", se debe tener en cuenta que otra ventaja de costos atribuible al solo tamaño del operador corresponde a la posibilidad de terminar una mayor proporción de tráfico de voz en su propia red. Esto obedece a que en el tráfico on-net el operador aprovecha su capacidad instalada y puede tener un costo marginal inferior al del tráfico off-net, pues evita el costo variable por minuto que tiene asociado el tráfico off net por la terminación en la red de otro operador.

**Gráfica 55. Proporción de tráfico on-net por operador de red**

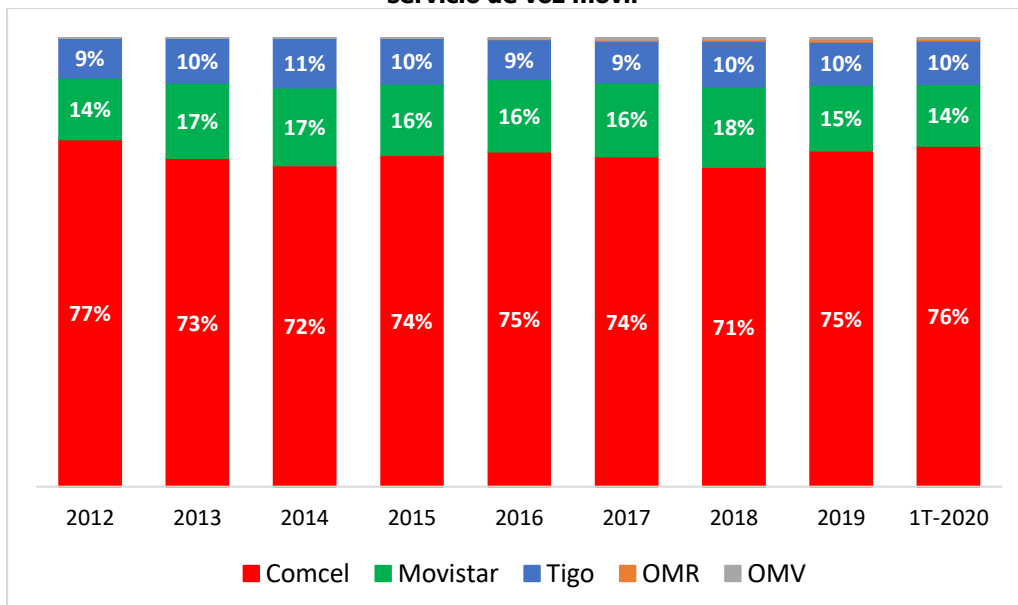


Fuente: Cálculos CRC con información del Formato 1.7 de la Resolución CRC 5050 de 2016

Al analizar la información de proporción de tráfico on-net<sup>869</sup> y off-net<sup>870</sup> respecto del total del tráfico de cada operador, se observa que, a pesar de la marcada tendencia decreciente del tráfico on-net entre el primer trimestre de 2012 y el primer trimestre de 2018, la proporción de tráfico on-net de **COMCEL** es significativamente superior a la proporción del mismo tráfico que registra cada uno de sus competidores en su operación. Adicionalmente, la diferencia en el tamaño de **COMCEL** en dicha proporcionalidad de tráfico respecto de la registrada por sus competidores se ha incrementado en los últimos cinco años. A primer trimestre de 2020, la proporción de tráfico on-net de **COMCEL** se ubicó en 70%, mientras que la de TIGO y MOVISTAR fue del orden de 38% y 36%, respectivamente, y en el caso de Avantel fue del 13% y en ETB fue del 3%, tal como se puede apreciar en la Gráfica 55.

Ahora bien, al revisar la participación de mercado de **COMCEL** en términos de tráfico originado on-net<sup>871</sup> se encuentra que también es significativamente superior a las participaciones registradas por los demás operadores móviles, e inclusive superior a la propia participación de **COMCEL** en el servicio de voz móvil medida en términos de usuarios (47.3%), tráfico (61.4%) e ingresos (53%). En la Gráfica 56 se puede observar que la participación de **COMCEL** en términos de tráfico originado on-net históricamente se ha ubicado entre el 71% y 77%. En el primer trimestre de 2020 el tráfico on-net de **COMCEL** fue del orden de 17 mil millones de minutos, lo que equivale a 5.5 veces del tráfico on-net de MOVISTAR, 7.8 veces el tráfico on-net de TIGO, 264 veces el tráfico on-net de Virgin Mobile, 269 veces el tráfico on net de Avantel, 3.837 veces el tráfico on-net de Móvil Éxito y 4.392 veces el tráfico on-net de ETB.

**Gráfica 56. Participaciones de mercado en términos de tráfico originado on-net del servicio de voz móvil**



Fuente: Cálculos CRC con información del Formato 1.7 de la Resolución CRC 5050 de 2016

Adicionalmente, en lo que respecta al tráfico de internet móvil, las cifras reportadas al sistema Colombia TIC, muestran que COMCEL en el 2019 cursó aproximadamente un total de 324 millones de gigabytes en su red móvil, cifra que equivale a 1,74 veces el tráfico de internet móvil cursado por Movistar, a tres (3) veces el tráfico cursado por Tigo, a seis (6) veces el tráfico cursado por Avantel, a 55 veces el tráfico cursado por Virgin Mobile, y 226 veces el tráfico cursado por Móvil Éxito. Estas diferencias en el tamaño de **COMCEL** frente a sus competidores se mantuvieron en el primer trimestre de 2020, periodo en el que el proveedor reportó que cursó un total de 102 millones de gigabytes en su red móvil.

Las anteriores cifras muestran entonces que el tamaño de **COMCEL** en infraestructura, cobertura, tráfico e ingresos ha sido y continúa siendo significativamente superior al tamaño de sus competidores, con lo cual obtiene ventajas competitivas producto de las economías de escala presentes en el sector de telecomunicaciones.

<sup>869</sup> [Tráfico On Net del operador / Total del tráfico de voz del operador]

<sup>870</sup> [Tráfico Off Net del operador / Total del tráfico de voz del operador]

<sup>871</sup> [Tráfico On-Net del operador / Total Tráfico On-Net]. El total de tráfico On-Net corresponde a la suma de los tráficos On-Net que cursó cada uno de los operadores móviles.



En este punto, resulta importante precisar que la existencia de economías de escala es un criterio que se considera cuando un aumento en el tamaño y volumen de las redes de telecomunicaciones y/o de los servicios ofrecidos resulta en menores costos promedio para **COMCEL**. En el mercado de "Servicios Móviles" las economías de escala existen para **COMCEL** cuando su costo promedio se reduce porque el proceso de producción y realización de servicios está acompañado por costos fijos altos y/o existe un alto grado de especialización que resulta en mayor productividad. La existencia de economías de escala genera barreras a la entrada de nuevos competidores en el mercado, y también crea ventajas para **COMCEL** respecto de los competidores existentes.

El desempeño de los otros operadores que hacen parte del mercado de "Servicios Móviles" muestra que no están en una posición similar a la de **COMCEL** y por el contrario se encuentran en desventaja respecto de las economías de escala que tiene este proveedor. Es generalmente reconocido dentro del sector, así como en diferentes estudios académicos, que los costos de inversión y los costos fijos son altos para los proveedores de telecomunicaciones, lo cual significa que los costos unitarios y el desempeño operacional son altamente dependientes del número de usuarios. Este argumento confirma la conclusión de la CRC según la cual **COMCEL** explota economías de escala, las cuales surgen de manera más probable debido a su tamaño en activos, despliegue de infraestructura y tráfico en su red, entre otros factores.

### **8.1.3.2. Economías de alcance de COMCEL**

Las economías de alcance se dan cuando existen instalaciones comunes que hacen que la producción de una combinación de bienes sea menos costosa que producir estos bienes por separado<sup>872</sup>. En la provisión de servicios de telecomunicaciones, las economías de alcance se dan en el uso de una misma infraestructura para proveer dos o más servicios, como pueden ser las edificaciones, equipos, redes, estaciones base y medios de atención a los clientes, entre otros tipos de infraestructura. A continuación, se analiza la existencia de economías de alcance para la provisión de los servicios de 4G mediante el uso de instalaciones que sean comunes a estas redes y también a las redes de 3G o 2G, lo cual corresponde al mayor componente de la infraestructura que tienen y utilizan los proveedores de comunicaciones móviles para prestar servicios al público en general.

Inicialmente, es importante recordar que la evolución tecnológica de las redes móviles de telecomunicaciones se analiza como una sucesión de generaciones las cuales suelen denominarse 1G (primera generación), 2G (segunda generación), 3G (tercera generación), 4G (cuarta generación) y 5G (quinta generación). Cada una de ellas está caracterizada por cambios fundamentales en la naturaleza técnica y del servicio, los cuales están definidos por una serie de estándares y funcionalidades<sup>873</sup>.

La mayoría de los operadores que ingresaron al mercado a mediados de los años 90 actualmente prestan los servicios de telecomunicaciones mediante tres de estas generaciones tecnológicas: (i) las de segunda generación (2G), desplegadas primordialmente a finales de la década de los noventa para la provisión de servicios de voz, SMS y datos de baja velocidad, las cuales están soportadas en redes de acceso inalámbricas conocidas como GRAN (*GSM Radio Access Network*) y GERAN (*GSM EDGE Radio Access Network*); (ii) las de tercera generación (3G) que surgieron en la primera década del siglo XXI, fueron denominadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones-UIT como "IMT<sup>874</sup>-2000"<sup>875</sup>, cuyo desarrollo tenía como principal objetivo permitir a los usuarios de las redes móviles una mejor experiencia en el uso de datos (mayor velocidad de acceso) mientras mantenía las capacidades de las redes para la provisión de servicios de voz<sup>876</sup> y que en Colombia se desarrollaron principalmente con base en redes de acceso inalámbricas conocidas como UTRAN (*UMTS Radio Access Network*); (iii) y las de cuarta

<sup>872</sup> BLOCH, H., MADDEN, G., y SAVAGE, S. Economies of Scale and Scope in Australian Telecommunications, Review of Industrial Organization, vol. 18, nº 2, 2001, pp. 219-227.

<sup>873</sup> SHARMA, P. Evolution of Mobile Wireless Communication Networks-1G to 5G as well as Future Prospective of Next Generation Communication Network. International Journal of Computer Science and Mobile Computing, vol. 2, nº 8, 2013, pp. 47-53.

<sup>874</sup> IMT – Telecomunicaciones móviles internacionales. En inglés: *International Mobile Telecommunications*.

<sup>875</sup> UIT, «REPORT ITU-R M.2074 Radio aspects for the terrestrial component of IMT-2000 and systems beyond IMT-2000».

<sup>876</sup> UIT, «Recomendación UIT-R M.1645 (06/2003) Marco y objetivos generales del desarrollo futuro de las IMT-2000 y de los sistemas posteriores,» 2003.

generación (4G) cuyo desarrollo e implementación se ha dado luego de 2010<sup>877</sup> y cuyo objetivo principal ha sido proporcionar a los usuarios servicios móviles inalámbricos de datos de alta velocidad<sup>878</sup>, soportados en la adopción de técnicas de radio avanzadas mediante redes de acceso inalámbricas conocidas como EUTRAN (*Evolved UMTS Radio Access Network*).

Así las cosas, dichos operadores pueden proveer servicios que son prestados por hasta tres tipos de generaciones tecnológicas dependiendo de si cuenta con cobertura de una o más de estas en un punto dado de la geografía. Si bien las tres tecnologías permiten prestar servicios móviles de voz, tradicionalmente la mayor proporción de este tráfico se cursa en 2G y 3G. Por otra parte, los servicios de datos móviles prestados por 4G son más veloces que los de 3G y estos a su vez que los de 2G.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que las redes de acceso de radio de 2G, 3G y 4G están soportadas por un conjunto de infraestructuras físicas que pueden llegar a ser comunes, tales como torres, postes, mástiles o similares, que se utilizan para desplegar los equipos de radio, incluyendo antenas y componentes electrónicos de las diferentes tecnologías de red. Esta infraestructura física, que puede llegar a ser común, utiliza a su vez una serie de facilidades tales como espacio físico (por ejemplo, un terreno o una azotea de un edificio), equipos de energía, cableado, edificaciones y cerramientos que también son comunes. A este conjunto de elementos se le puede denominar "infraestructura física de las estaciones bases". A su vez, una estación base está definida por la UIT-R en la Recomendación UIT-R M.1224<sup>879</sup> como el: "*Nombre común de los equipos radioeléctricos situados en un mismo lugar y utilizados para dar servicio a una o varias células*" y por el Reglamento de Radio de la UIT-R<sup>880</sup> como una "*Estación terrestre del servicio móvil terrestre*".

Por otra parte, de acuerdo con el reporte UIT-R M.2375<sup>881</sup>, en el cual se describe la arquitectura y topología de las redes IMT, las redes de transporte son las que soportan las conexiones entre funciones separadas de transceptores de radio en una misma estación base, entre diferentes estaciones base de la red móvil y también entre una estación base con los otros elementos de la infraestructura móvil. De acuerdo con lo anterior, la red de transporte conecta los sitios donde está ubicada cada estación base con todos los otros elementos de la red móvil, incluida la parte central de la red, la cual es denominada núcleo de red<sup>882</sup>. Por lo tanto, las redes de transporte se utilizan para comunicar los diferentes sitios y edificios en los cuales se ubican los elementos de la red de núcleo de un PRSTM en diversas ciudades del país, así como las redes de transporte que permiten la interconexión con otros operadores fijos y móviles y con la red de internet a nivel nacional e internacional.

Considerando lo anterior, esta red de transporte, que se encarga de la transmisión entre la red de acceso inalámbrica y la red de núcleo, también puede ser común para las redes de acceso inalámbricas 2G, 3G y 4G. Se trata de infraestructura física (por ejemplo, tendidos aéreos o canalizados de fibra óptica y/o torres para el despliegue de redes de microondas) y de elementos de red asociados (tales como multiplexores, enrutadores, radios, etcétera) que puede estar compartida para transportar el tráfico de voz y datos de las redes de acceso inalámbricas 2G, 3G y 4G con la red de núcleo del operador y también para la interconexión con otros operadores fijos, móviles y con internet.

Finalmente, los elementos de la red de núcleo 2G, 3G y 4G en ocasiones pueden estar ubicados en un mismo edificio, por lo que pueden llegar a compartir una infraestructura física común.

Considerando los análisis previos, la Tabla 6 presenta un resumen donde se identifican aquellos elementos de red e infraestructura física que generan economías de alcance en una red móvil con tecnología 2G, 3G y 4G. Como puede verse, hay tres tipos de infraestructura/elementos de la red que pueden ser comunes: (i) infraestructura física de las estaciones base; (ii)

<sup>877</sup> En Colombia se asignó espectro en la Banda de 2.5 Ghz para el desarrollo de 4G en el año 2010. La asignación se hizo en el año 2010. Posteriormente, en el 2013 se asignó espectro IMT con el mismo fin a los operadores COMCEL, MOVISTAR, AVANTEL y DIRECTV y a la Unión Temporal TIGO-ETB.

<sup>878</sup> UIT, Recomendación UIT-R M.2012-3 (01/2018) Especificaciones detalladas de las interfaces radioeléctricas terrenales de las telecomunicaciones móviles internacionales-avanzadas (IMT-Avanzadas), 2018.

<sup>879</sup> UIT, «Recomendación M.1224 Vocabulario de términos de las telecomunicaciones móviles internacionales (IMT),» 2012.

<sup>880</sup> UIT-R, «Reglamento de Radio,» 2016 y 2020.

<sup>881</sup> UIT-R, «Report ITU-R M.2375 Architecture and topology of IMT networks, » 2015.

<sup>882</sup> Llamada también "*core network*" en inglés y que es donde se realizan, entre otras funciones, las labores de conmutación de circuitos y/o paquetes de las comunicaciones de la red móvil.

infraestructura física y elementos de las redes de transporte; e (iii) infraestructura física (terrenos y edificaciones) de las redes de núcleo.

**Tabla 6. Identificación de tipos de elementos presente en redes móviles con tecnología 2G, 3G y 4G y análisis de economías de alcance**

Tipo de infraestructura/elementos de la red	Red 2G	Red 3G	Red 4G
<b>Infraestructura física de las estaciones bases</b>	Puede ser infraestructura común y generar economías de alcance		
<b>Redes de acceso inalámbricas</b>	Tiene sus propios elementos de red	Tiene sus propios elementos de red	Tiene sus propios elementos de red
<b>Redes de transporte</b>	Puede ser tanto infraestructura común (p.ej torres o tendidos de redes de fibra óptica) como elementos de red (p. ej. Multiplexores y enrutadores) comunes y en ambos casos generar economías de alcance		
<b>Redes de núcleo</b>	Puede tener algunos elementos de red comunes que generen economías de alcance entre 2G y 3G tales como SMSC, SGSN, GGSN, MSC/VLR, HLR. Los demás elementos de red no son comunes		Tiene sus propios elementos de red
<b>Infraestructura física de las redes de núcleo</b>	Puede ser infraestructura común (terrenos y edificaciones) y generar economías de alcance		

Fuente: Elaboración CRC

Hasta este punto, se han identificado la infraestructura común y los elementos de red que generan economías de alcance en redes móviles con tecnología 2G, 3G y 4G. Sobre esta base, a continuación, se considera el caso específico de la red de **COMCEL**.

En primer lugar, se analizan las economías de alcance que están vinculadas con la infraestructura física de las estaciones base. Para ello se tomó en cuenta la información aportada por **COMCEL** en respuesta al Auto de Pruebas decretado por la CRC el 18 de octubre de 2018, y en el cual dicho proveedor informó las coordenadas geográficas donde se encuentran ubicados todos los sectores de su red correspondientes a tecnologías 2G, 3G y 4G que estaban instalados a septiembre de 2018.

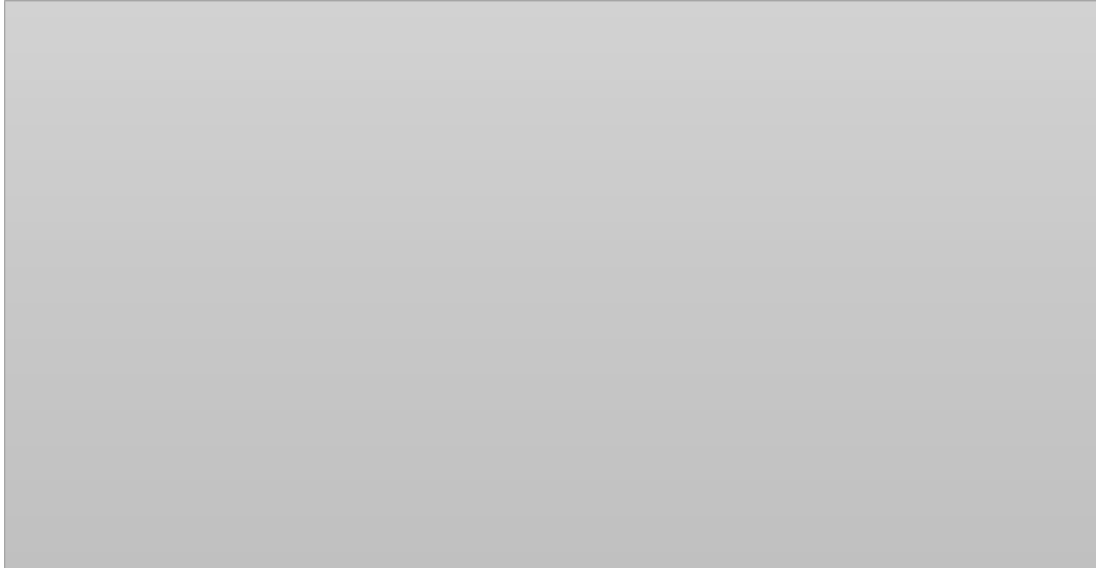
Dicha información fue analizada mediante georreferenciación y se identificaron todos los casos en los cuales había sectores de tecnología 2G, 3G y 4G que eran reportados en una misma coordenada geográfica correspondiente a un par ordenado (latitud, longitud). Esta coordenada geográfica, por ser única, se identifica en este análisis como una estación base de acuerdo con la definición contenida en la Recomendación UIT-R M.1224<sup>883</sup>, según la cual la estación base corresponde a los "(...) *equipos radioeléctricos situados en un mismo lugar y utilizados para dar servicio a una o varias células*".

Con esta información se procedió a establecer, para cada municipio y departamento del país, el número de casos en los cuales una estación base tenía: (i) únicamente sectores 2G (2G exclusivo); (ii) únicamente sectores 3G (3G exclusivo); y (iii) únicamente sectores 4G (4G exclusivo). También se identificaron aquellos casos donde la estación base contenía: (iv) sólo infraestructura 2G y 3G (compartido 2G y 3G); o (v) contenía sólo infraestructura 3G y 4G (compartido 3G y 4G). Finalmente, se identificaron los casos donde (vi) en la misma estación base se reportaban sectores 2G, 3G y 4G (compartido 2G, 3G y 4G).

Los resultados de estos análisis agregados a nivel de departamento se presentan en forma detallada en la Gráfica 57 y en la Tabla 7. A su vez, la Gráfica 58 presenta los resultados a nivel porcentual agregados por departamento y se incluye el total nacional.

<sup>883</sup> UIT, «Recomendación M.1224 Vocabulario de términos de las telecomunicaciones móviles internacionales (IMT),» 2012.

**Gráfica 57. Análisis del uso de la infraestructura física de las estaciones base de COMCEL para los diferentes tipos de tecnología por departamento (totales) – septiembre de 2018**



Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas de **COMCEL** al Auto de pruebas del 18 de octubre de 2018<sup>884</sup>

**Tabla 7. Análisis del uso de la infraestructura física de las estaciones base de COMCEL para los diferentes tipos de tecnología por departamento (totales) – septiembre de 2018**

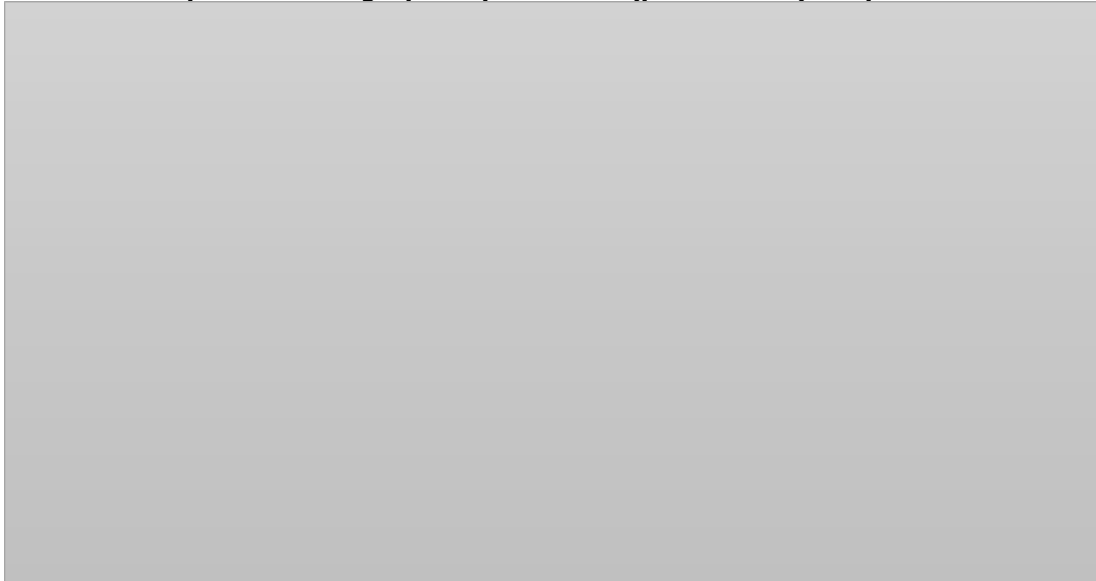
Departamento	2G exclusivo	3G exclusivo	4G exclusivo	compartido 2G y 3G	Compartido 2G y 4G	Compartido 3G y 4G	Compartido 2G, 3G y 4G
Amazonas							
Antioquia							
Arauca							
Atlántico							
Bogotá							
Bolívar							
Boyacá							
Caldas							
Caquetá							
Casanare							
Cauca							
Cesar							
Chocó							
Córdoba							
Cundinamarca							
Guainía							
Guaviare							
Huila							
La Guajira							
Magdalena							
Meta							
Nariño							
Norte de Santander							
Putumayo							
Quindío							
Risaralda							
San Andrés y Providencia							
Santander							
Sucre							
Tolima							
Valle del Cauca							
Vaupés							
Vichada							
<b>Nacional (totales)</b>							
<b>Nacional (porcentaje)</b>	<b>4,5%</b>	<b>11,5%</b>	<b>0,4%</b>	<b>25,9%</b>	<b>0,1%</b>	<b>12,2%</b>	<b>45,3%</b>

Fuente: Elaboración propia a partir de las respuestas de **COMCEL** al Auto de pruebas del 18 de octubre de 2018<sup>885</sup>

<sup>884</sup> COMCEL, «Radicación 201803511 Respuesta Auto pruebas 18 octubre 2018 - Actualización de información Capacidad Utilizada Red y Ancho de Banda,» 2018.

<sup>885</sup> COMCEL, «Radicación 201803511 Respuesta Auto pruebas 18 octubre 2018 - Actualización de información Capacidad Utilizada Red y Ancho de Banda,» 2018.

**Gráfica 58. Análisis del uso de la infraestructura física de las estaciones base de COMCEL para los diferentes tipos de tecnología por departamento (porcentuales) – septiembre de 2018**

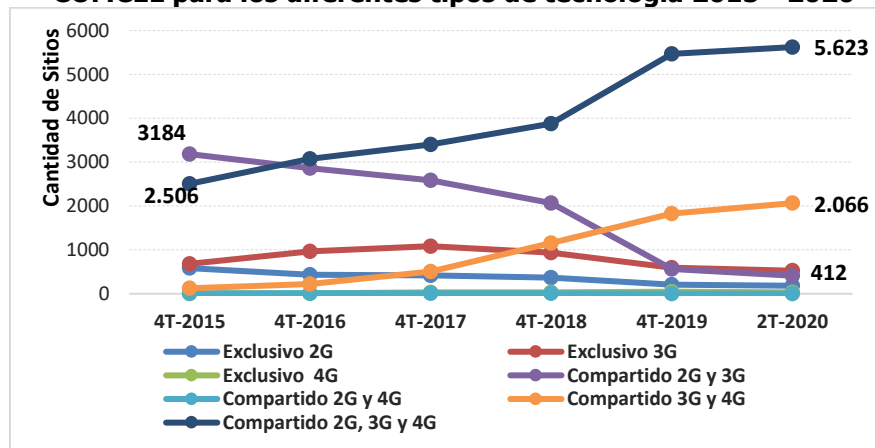


**Fuente:** Elaboración propia a partir de las respuestas de COMCEL al Auto de pruebas del 18 de octubre de 2018<sup>886</sup>

Como puede observarse, el 45.3% de las estaciones base de **COMCEL** (■ de un total de ■) corresponden a infraestructura compartida entre 2G, 3G y 4G; y el 12.2% de las estaciones base de **COMCEL** (■) corresponden a infraestructura compartida entre 3G y 4G. Estas dos categorías cuentan por casi la totalidad de los sitios donde se han instalado sectores 4G, ya que en únicamente ■ sitios se comparte infraestructura 2G y 4G (0,1% de las estaciones base) y en apenas ■ sitios (0,4% de las estaciones base) la infraestructura se utiliza sólo para 4G. El resto de los sitios (■) equivalentes al 42%, corresponde a aquellos donde sólo hay infraestructura 2G y/o 3G, es decir, son las estaciones base existentes donde todavía no se han instalado redes 4G.

Ahora bien, al revisar la información de sitios (infraestructura civil) reportada por el proveedor **COMCEL** a través del formato 7 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012 (ver Gráfica 59) se observa la tendencia creciente entre 2015 y 2020 en el número de sitios que comparten las tres tecnologías, a tal punto que la cifra de participación de las estaciones base con esta característica ascendió al 64% al final de segundo trimestre de 2020 (5,623 de un total de 8,849), y la cifra de las estaciones base con infraestructura compartida 3G y 4G correspondió al 23% (2,066) del total de estaciones base.

**Gráfica 59. Uso de la infraestructura física de las estaciones base de COMCEL para los diferentes tipos de tecnología 2015 - 2020**



**Fuente:** Elaboración CRC con información del Formato 7 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012

Por tanto, la evidencia mostrada es contundente respecto de la existencia de economías de alcance en la infraestructura física de las estaciones base utilizadas para instalar la tecnología 4G,

<sup>886</sup> COMCEL, «Radición 201803511 Respuesta Auto pruebas 18 octubre 2018 - Actualización de información Capacidad Utilizada Red y Ancho de Banda,» 2018.

que aprovecha la infraestructura ya existente para las tecnologías 2G y 3G: se evidencia una estrategia de despliegue donde se busca preferentemente instalar sectores 4G en estaciones base donde ya existen redes 2G y/o 3G y sólo en contadas excepciones se instalan nuevas estaciones base para el despliegue único de 4G<sup>887</sup>. Este patrón de comportamiento es además consistente a nivel nacional como se evidencia a partir de la revisión de la Gráfica 58<sup>888</sup>.

La presencia de economías de alcance entre las redes 2G, 3G y 4G es muy importante, porque de acuerdo con el modelo de costos de redes móviles denominado "Empresa eficiente móvil 2016"<sup>889</sup>, la inversión en la infraestructura física de las estaciones base corresponde aproximadamente al 37%<sup>890</sup> de la inversión total de red de un operador.

En cuanto a las economías de alcance que pueden surgir por la compartición de las redes de transporte, no se solicitó información específica en los Autos de Prueba requeridos a **COMCEL**. Sin embargo, recurriendo nuevamente al modelo de costos de redes móviles utilizado por la CRC se encuentra que el costo de las redes de transporte corresponde aproximadamente al 10%<sup>891</sup> de la inversión de red de un operador como **COMCEL**.

En lo que respecta a las economías de alcance asociadas con los edificios y terrenos que pueden ser compartidos por el núcleo de la red, es evidente que los operadores tienden a utilizar las mismas edificaciones que ya tienen en uso para instalar los equipos que conforman el núcleo de red de nuevas tecnologías, sin desconocer que ello les pueda demandar, en algunos casos, la realización de adecuaciones de obra civil.

Otro tipo de infraestructura que da cuenta del tamaño absoluto de un operador es la red de canales de venta y distribución. En este caso, las economías de alcance se explican en que el uso de un canal de atención (entre ellos los sitios de atención físicos), que haya sido dispuesto inicialmente para venta y/o atención de usuarios de un servicio en específico, fácilmente puede ser utilizado para la venta y/o atención de otros servicios o productos del operador móvil.

En el caso del proveedor **COMCEL** se identificaron a corte de septiembre de 2020 a nivel nacional un total de 113 Centros de Atención y Ventas<sup>892</sup> y 316 agencias comerciales<sup>893</sup>. Estas cifras, junto con lo señalado en materia de canales de atención y distribuidores en los Informes de Sostenibilidad<sup>894</sup> que publica anualmente este operador, dan nuevamente cuenta del tamaño del **COMCEL** y confirman el aprovechamiento de las economías de alcance que realiza a través de su red de canales de atención. De igual forma, a pesar de la tendencia a la comercialización y a la atención virtual, la magnitud de canales de distribución le da a **COMCEL** un mecanismo para diferenciarse y construir una ventaja competitiva.

Finalmente, como síntesis de los análisis desarrollados en la presente sección se precisa que, contrario a lo señalado por **COMCEL**, existe suficiente evidencia teórica y empírica que demuestra que las economías de escala y alcance constituyen una ventaja para la firma que las ha podido

<sup>887</sup> Según la información del formato 7 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012, al final del segundo trimestre en 36 sitios la infraestructura es utilizada de manera exclusiva para la tecnología 4G.

<sup>888</sup> Las mayores diferencias en el comportamiento de las gráficas por departamento se dan en casos como los de Amazonas, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada, donde hay poca infraestructura móvil desplegada. En los demás departamentos hay mayor similitud con la columna de la derecha que representa el promedio a nivel nacional.

<sup>889</sup> Utilizado por la CRC para determinar las tarifas mayoristas reguladas en las Resoluciones 5107 y 5108 de 2017. Ver documento CRC "Revisión de los mercados de servicios móviles" (2016) – Sección 6.2.2 Modelo de Costos; disponible en: [https://www.crc.com.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/regulatoria/Documento\\_soporte.pdf](https://www.crc.com.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/regulatoria/Documento_soporte.pdf)

<sup>890</sup> El valor de la inversión en infraestructura física se obtiene de la suma de los valores referidos a la subcategoría "Sitios" (Filas 1529 a 1588) de la Empresa Eficiente Móvil (EE Móvil – Columna AL) en la sección "Inversión a través del tiempo" en la hoja del "Cálculo.CTLP" del modelo de costos "Empresa Eficiente Móvil 2016"; el resultado de la suma divide en el valor de inversión (celda AL2030). El modelo se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.crc.com.gov.co/es/pagina/revision-de-los-mercados-de-servicios-moviles>

<sup>891</sup> El valor de la inversión en infraestructura de transporte se obtiene de la suma de los valores referidos a la subcategoría "Backhaul" (Filas 1650 a 1653) de la Empresa Eficiente Móvil (EE Móvil – Columna AL) en la sección "Inversión a través del tiempo" en la hoja del "Cálculo.CTLP" del modelo de costos "Empresa Eficiente Móvil 2016"; el resultado de la suma divide en el valor de inversión (celda AL2030). El modelo se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.crc.com.gov.co/es/pagina/revision-de-los-mercados-de-servicios-moviles>

<sup>892</sup> Disponible en <<https://www.claro.com.co/personas/legal-y-regulatorio/?pf=3/>> (Comunicado horarios de atención y/o cierre de CAVs)

<sup>893</sup> Disponible en <<https://www.claro.com.co/personas/legal-y-regulatorio/?pf=3/>> (Agencias Comerciales)

<sup>894</sup> Claro. Informe de Sostenibilidad 2019 (Páginas 71, 72 y 151 a 159), disponible en <[https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/pdf/Informe\\_de\\_Sostenibilidad\\_Claro\\_2019.pdf](https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/pdf/Informe_de_Sostenibilidad_Claro_2019.pdf)>  
Claro. Informe de Sostenibilidad 2018 (Páginas 23 a 25 y 76 a 78), disponible en <[https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/pdf/Informe\\_de\\_Sostenibilidad\\_Claro\\_2018.pdf](https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/pdf/Informe_de_Sostenibilidad_Claro_2018.pdf)>

alcanzar y que el tamaño absoluto de **COMCEL** y las significativas diferencias frente a sus más inmediatos competidores, en términos de activos, ingresos, cobertura, tráfico e infraestructura, le otorgan ventajas competitivas en el mercado de "Servicios Móviles", que le han permitido consolidarse a través del tiempo en este y le facilitan actuar con independencia de los demás operadores.

#### **8.1.4. Barreras a la entrada**

Las barreras de entrada son aquellos factores que impiden, obstaculizan o retrasan la entrada de competidores al mercado relevante. Su importancia en el análisis de dominancia radica en que el peso de las cuotas de participación y el nivel de concentración del mercado, como unos de los indicadores de la existencia de aquella, dependen de la presencia y nivel de dichas barreras: en mercados con bajas o inexistentes barreras de entrada, una alta cuota de participación o un alto nivel de concentración son irrelevantes, en la medida en que la fácil entrada de competidores disciplina al agente más grande, esto es, le resta aptitud o capacidad para determinar las condiciones del mercado, entre ellas el nivel de precios, de producción, el grado de innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios u otros parámetros de la competencia en el mercado durante un período de tiempo significativo. En otras palabras, bajas o nulas barreras a la entrada aumentan la probabilidad de la llegada de agentes que puedan desafiar la estructura de mercado vigente, lo que en últimas se traduce en mayores presiones competitivas.

Contrario sensu, en mercados con barreras de entrada altas o sustanciales, la importancia de las cuotas de participación y el nivel de concentración del mercado, como algunos de los indicadores de dominancia, se maximiza, en la medida en que la dificultad de entrada de nuevos competidores elimina las presiones competitivas potenciales que, de otra forma, disciplinarían al agente más grande y, como explica Whish (2012)<sup>895</sup>, donde una empresa no enfrenta presiones competitivas, puede ejercer poder sustancial de mercado.

La CRC hizo referencia a algunos de los aspectos que constituyen barreras a la entrada para nuevos agentes en el mercado de "Servicios Móviles", y que pueden tener como efecto que el análisis prospectivo del mismo no permita inferir un cambio en las condiciones de competencia en el futuro previsible, ni que haya fuentes de competencia potencial que disciplinen el comportamiento de un agente en el respectivo mercado. En específico, las cinco barreras a las que se hizo referencia en el Documento Soporte que acompañó la expedición de la Resolución CRC 5110 de 2017 fueron:

- i. Tecnológicas, legales y/o administrativas.
- ii. Costos hundidos.
- iii. Economías de escala y alcance.
- iv. Acceso a recursos financieros.
- v. Acceso a canales de ventas y distribución.

En el documento de contestación presentado por **COMCEL** en respuesta al inicio de la presente actuación administrativa, se refirió a las barreras de entrada como criterio, presentando sus consideraciones respecto de cada una de las que utilizó la CRC en su análisis preliminar, especificando que deben analizarse bajo la lente de un mercado regional, así:

(i) Barreras tecnológicas, legales y/o administrativas: según **COMCEL**, la CRC admite que no existen o que han sido eliminadas por la regulación, como por ejemplo las condiciones de participación en procesos de subasta de espectro o la regulación de OMV.

(ii) Costos hundidos: **COMCEL** afirma que para la CRC los costos hundidos se han eliminado como barrera de entrada gracias a la obligación de RAN. También señala "*que si bien es cierto que un precio bajo puede fomentar el uso por parte de los operadores, un precio bajo tiene a la vez el efecto negativo de desincentivar el despliegue de nuevas redes, y el no establecer un límite temporal al RAN puede retrasar este despliegue*". Adicionalmente, en el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que **COMCEL** denominó "*Alegatos de conclusión*", el proveedor señala que la regulación sobre RAN eliminó el factor de diferenciación en cobertura y calidad de red, lo que "*(...) impide afirmar que exista una empresa con posición de dominio cuando todos los competidores tienen la posibilidad de ofrecer servicios*".

<sup>895</sup> WHISH, R & BAILEY, D. Competition Law. Oxford University Press; 7th edition. (2012) p.180

*móviles en todo el territorio nacional, sin necesidad de realizar inversiones ni en cobertura ni capacidad de red propia, utilizando como sustituto la red de COMCEL a tarifa regulada."*

(iii) Economías de escala y alcance: para **COMCEL** estas no pueden ser analizadas a nivel país, sino que deben analizarse a nivel región.

(iv) Acceso a recursos financieros: en este numeral **COMCEL** no presenta argumento alguno.

(v) Acceso a canales de ventas y distribución: para **COMCEL** es errada la afirmación de la CRC según la cual dicha empresa dispone de la red de distribución más extensa del país, pues ignora que (i) dicha red es consecuencia del compromiso de **COMCEL** por un modelo de atención enfocado en el usuario y de inversión dentro del país, y que (ii) disponer de una red física se hace cada vez menos relevante debido al cambio en los hábitos de consumo de los usuarios. En todo caso, para **COMCEL** no es lógico que se justifique un tratamiento asimétrico respecto del operador que más ha invertido para beneficiar a sus usuarios.

En el dictamen pericial presentado por Mauricio Santamaría se señala que la CRC acusa a **COMCEL** de tener un mayor número de puntos de venta físicos, señalándolo como un factor determinante sobre el potencial de competencia en el mercado minorista, a la vez que desconoce el creciente potencial de los canales de venta virtuales que permiten llegar a los usuarios con menores costos. Complementa lo anterior, afirmando que, en el mundo, los mercados minoristas se están moviendo cada vez más hacia las ventas y atención al usuario en línea. Por lo tanto, hacia el futuro las ventas online serán cada vez más importantes. Así las cosas, para Mauricio Santamaría, el número de puntos de venta físicos no debería considerarse una barrera a la entrada en este mercado, advirtiendo que resulta sorprendente que se acuse a cualquier empresa por tener más puntos donde atender a sus clientes actuales y potenciales.

Frente a las barreras a la entrada descritas como economías de escala y costos hundidos, Mauricio Santamaría expresa que *"sí bien es claro que hay una diferencia en las estructuras de costos de los diferentes operadores, estas no reflejan un comportamiento anticompetitivo de **COMCEL**. Son el resultado de distintas apuestas, así como de diferentes niveles de riesgo asumidos, reflejados en montos e inversión muy diferentes (en promedio al -sic- CAPEX de **COMCEL** supera los US\$500 millones en el período, mientras el de MOVISTAR no llega a los US\$300 millones y el de TIGO ronda los 100 millones de dólares)".*

Adicionalmente, reconoce Mauricio Santamaría que el acceso a recursos financieros puede constituir una barrera a la entrada, lo cual considera que es punto relevante, sin embargo, afirma que nada tiene que ver con la conducta de **COMCEL**. En este sentido, a su parecer, la CRC debería concentrar sus esfuerzos en buscar facilitar el acceso al sistema financiero nacional e internacional, así como la participación de actores como el IFC, del Banco Mundial para ampliar los recursos disponibles y reducir el costo de financiamiento.

Por su parte, Marcela Meléndez afirma que en los mercados de datos móviles y voz móvil, es notable la entrada de nuevos jugadores desde el primer trimestre de 2013, así como sus ofertas de precio, muy por debajo de las de los incumbentes para el segmento de usuarios con suscripción, lo cual es reiterado por **COMCEL** en el documento denominado *"Alegatos de Conclusión"*, en el cual adicionalmente, dicho proveedor cita el dictamen de Mauricio Santamaría, que da cuenta de que las supuestas barreras de entrada identificadas por la CRC son inexistentes.

#### **Consideraciones de la CRC:**

**COMCEL** argumenta que la Comisión se contradice puesto que reconoce que hoy en día no existen barreras a la entrada al mercado. Sin embargo, es importante tener en cuenta que dicho operador saca de contexto las afirmaciones de la CRC para extraer sus propias conclusiones. En virtud de lo anterior, a continuación, se exponen las razones por las cuales se considera que en la actualidad existen en el mercado "Servicios Móviles" barreras a la entrada que pueden llegar a afectar la materialización de presiones competitivas por parte de los entrantes sobre los establecidos.

Frente a la primera barrera, descrita en el literal a. de la sección 4.2.3 del documento soporte de la Resolución 5110 de 2017 y que corresponde a las barreras *Tecnológicas, legales y/o administrativas*, es importante notar que efectivamente la CRC ha reconocido que, a partir de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, y la creación de la habilitación general, las barreras legales y administrativas se han reducido, más no eliminado. Ya no se requiere una



concesión por parte del Estado colombiano para prestar un servicio de comunicaciones móvil y, en principio, cualquier operador puede prestar cualquier servicio. Sin embargo, la citada Ley 1341 también es clara en indicar, en su artículo 10<sup>896</sup> que trata de la habilitación general, que esta no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico. De hecho, el artículo 11<sup>897</sup> de la Ley referida señala que el uso de este recurso requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-MinTIC quien adelantará mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso. De esta manera, existe una clara barrera tecnológica y administrativa a la entrada al mercado para operadores de red, constituida por la necesidad de contar con un permiso para el uso de espectro.

Desde el inicio de la prestación de servicios de comunicaciones móviles en Colombia con espectro IMT y hasta la fecha del presente acto administrativo, se han asignado permisos de espectro radioeléctrico en bandas IMT a las siguientes empresas: **COMCEL**, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (MOVISTAR), COLOMBIA MÓVIL (TIGO), AVANTEL, DIRECTV, la Unión Temporal COLOMBIA MÓVIL-ETB y PARTNERS TELECOM COLOMBIA. Confunde entonces **COMCEL** la asignación de permisos de uso de espectro a un número limitado de agentes, con la eliminación de barreras a la entrada del tipo administrativo y legal. De hecho, el impacto de esta barrera tecnológica y administrativa lo ilustra la realidad: la dos últimas subastas para obtención de permisos para el uso de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios móviles en bandas IMT en Colombia fueron: (i) en 2013, cuando se asignaron permisos para uso de las bandas AWS y 2.5 GHz; y (ii) casi siete años después, entre diciembre de 2019 y febrero de 2020, cuando se asignaron permisos para uso en las bandas de 700 MHz y 2.5 GHz.

Para acceder a los respectivos bloques en las bandas mencionadas, dichos operadores participaron en procesos administrativos de adjudicación de permisos para uso del espectro, para lo cual previamente tuvieron que cumplir con un mínimo de requisitos para participar y posteriormente, con obligaciones económicas y de hacer, de acuerdo con lo ofertado en la subasta de asignación de espectro. En el año 2013 los operadores se comprometieron: (i) a pagar al Estado montos que van desde los \$71,8 mil millones<sup>898</sup> hasta cerca de \$198 mil millones<sup>899</sup> por bloque, (ii) a entregar en 30 mil y 309 mil tabletas y (iii) a proveer servicios móviles con tecnología 4G en 57 cabeceras municipales, en el menor de los casos, o en 660 cabeceras municipales, en la mayor de los casos, tal como se resume en la Tabla 8.

**Tabla 8. Adjudicación de espectro IMT en 2013**

Proveedor	Bloque adjudicado	Cantidad MHz	Valor pagado (Miles de pesos corrientes)	Obligaciones de Tabletadas	Obligación de cobertura en cabecera municipales
<b>Comcel</b>	Banda 2,500	30	\$ 119,996	309,630	660
<b>DIRECTV</b>	Banda 2,500	30	\$ 71,856	30,000	57
	Banda 2,500	40	\$ 77,565		
<b>Avantel</b>	Banda AWS	30	\$ 107,464	30,000	57
<b>ETB - Tigo</b>	Banda AWS	30	\$ 195,750	67,426	144
<b>Movistar</b>	Banda AWS	30	\$ 197,899	119,317	255

Fuente: MinTIC - ANE

De acuerdo con lo estipulado en las Resoluciones MINTIC 328, 329 y 330 de 2020, el nuevo operador que tiene la intención de entrar al mercado debe pagar al Estado un monto de \$466 mil millones por dos (2) bloques de 10 MHz en la banda de 2.5 GHz y un monto de \$380 mil millones por un bloque de 20 MHz en la banda de 700 MHz, de los cuales debió pagar el 10% (\$84 mil millones) dentro del siguiente mes a la fecha de adjudicación, y el 90% restante lo deberá pagar de manera diferida a partir de sexto año y hasta el décimo séptimo año siguientes a la fecha de adjudicación; adicionalmente se comprometió a desplegar infraestructura para llevar cobertura a 674 localidades<sup>900</sup> en un plazo de un año luego de adjudicado el permiso de uso del espectro (Ver Tablas 9 y 10).

<sup>896</sup> Modificado por el artículo 7 de la Ley 1978 de 2019.

<sup>897</sup> Modificado por el artículo 8 de la Ley 1978 de 2019.

<sup>898</sup> Cifra que equivale a \$94,9 mil millones en precios constante a junio de 2020

<sup>899</sup> Cifra que equivale \$261,8 mil millones en precios constantes a junio de 2020

<sup>900</sup> El valor del espectro (pecuniario + localidades) fue de \$950 mil millones

Por su parte, **COMCEL** debe pagar al Estado un billón de pesos por tres (3) bloques de 10 MHz en la banda de 2.5 GHz y por un bloque de 20 MHz en la banda de 700 MHz; adicionalmente se comprometió a desplegar infraestructura para cubrir 1,348 localidades en un plazo de 5 años; de acuerdo con lo establecido en las Resoluciones MNTIC 325, 326, 327 y 331 de 2020, COMCEL debió pagar el 10% de tales montos (\$101,6 mil millones) dentro del siguiente mes a la fecha de adjudicación, y el 90% restante lo deberá pagar de manera diferida a partir del segundo año y hasta el décimo séptimo año siguientes a la fecha de adjudicación (Ver Tablas 9 y 10).

**Tabla 9. Adjudicación de espectro IMT en 2019 – 2020: Banda de 2500 MHz**

Proveedor	Cantidad MHz	Bloque adjudicado (MHz)	Valor ofertado (Miles de pesos corrientes)
<b>Comcel</b>	10	2440 - 2445	\$ 169.008
	10	2545 - 2550	\$ 197.825
	10	2550 - 2555	\$ 271.145
<b>Partners</b>	10	2515 - 2520	\$ 293.157
	10	2520 - 2525	\$ 173.475

Fuente: Resoluciones MinTIC 325 a 329, del 20 de febrero de 2020

Así mismo, según lo estipulado en las Resoluciones MINTIC 332 y 333 de 2020 el proveedor TIGO debe pagar al Estado \$1,34 billones por dos (2) bloques de 20 MHz en la banda de 700 MHz, de los cuales debió pagar el 10% (\$134 mil millones) dentro del siguiente mes a la fecha de adjudicación, y el 90% restante lo deberá pagar de manera diferida a partir de sexto año y hasta el décimo séptimo año siguientes a la fecha de adjudicación; adicionalmente debe desplegar infraestructura para cubrir 1.636 localidades entre 2021 y 2025, tal como se resume en la Tabla 10.

**Tabla 10. Adjudicación de espectro IMT en 2019 – 2020: Banda de 700 MHz**

Proveedor	Cantidad MHz	Bloque adjudicado (MHz)	Valor del espectro (pecuniario + localidades) (Miles de pesos corrientes)	Valor ofertado (Miles de pesos corrientes)	Obligación de cobertura Localidades
<b>Comcel</b>	20	733 - 743	\$ 949.257	\$ 379.703	1.348
<b>Partners</b>	20	723 - 733	\$ 950.000	\$ 380.000	674
<b>Tigo</b>	20	703 - 713	\$ 950.000	\$ 380.000	1.099
	20	713 - 723	\$ 1.500.000	\$ 967.500	537

Fuente: Resoluciones MinTIC 331 a 333 del 20 de febrero de 2020

De acuerdo con lo anterior, es evidente que el acceso al espectro es una barrera tecnológica, legal y administrativa y a su vez económica, pues en el caso que un nuevo proveedor quiera ingresar al mercado o un operador desee aumentar su capacidad en espectro IMT, debe esperar a que se adelante un nuevo proceso de adjudicación y en ese momento presentar la documentación y garantías necesarias para participar, debiendo posteriormente cubrir los costos correspondientes al valor del espectro adjudicado y/o los compromisos que se deriven por el derecho al uso de este, tal como sucedió en los procesos de adjudicación de 2013 y 2020. En este caso, un nuevo proveedor tiene la desventaja de que no cuenta con las economías de escala que tienen los operadores establecidos para recuperar con mayor celeridad tales costos.

Ahora bien, la entrada a un mercado puede ser exógena o endógena dependiendo de las características de la competencia bajo las cuales las firmas desarrollan sus estrategias. La hipótesis de entrada endógena, según explica Etro (2010)<sup>901</sup>, debe entenderse como una condición bajo la cual dicha decisión de entrada se configura una vez se identifica una oportunidad de negocio en el mercado. Así, una vez los potenciales entrantes identifican escenarios en donde pueden maximizar sus beneficios, ingresan al mercado sin que dicha decisión esté sujeta a la expedición de permisos o actuaciones administrativas, por tanto, en ese escenario, ejercen presiones competitivas sobre las firmas establecidas.

<sup>901</sup> ETRO, F., COLCIAGO, A. Endogenous Market Structures and the Business Cycle. The Economic Journal, 120: 1201-1233, 2010. doi:10.1111/j.1468-0297.2010.02384.x.

En contraposición, la entrada exógena corresponde a aquellos casos donde las decisiones de entrar o salir del mercado están condicionadas por la decisión de alguna institución o autoridad regulatoria. Resulta evidente por lo descrito anteriormente, que la entrada de operadores móviles de red al mercado en Colombia se da de manera exógena, esto es, que no es posible que firmas que no hacen parte del mercado puedan entrar cuando las condiciones de mercado les permitan identificar oportunidades de negocio, y por lo mismo, la entrada potencial de este tipo de operadores al mercado difícilmente disciplina el comportamiento de los operadores establecidos, al menos en el corto y mediano plazo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que dicha entrada se da únicamente cuando el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-MinTIC adelanta mecanismos de selección objetiva, previa convocatoria pública, para el otorgamiento del permiso del uso de espectro radioeléctrico<sup>902</sup>, resulta claro que persisten barreras a la entrada para operadores de red de tipo tecnológico, administrativo y legal, que se traducen en barreras de tipo económico.

Por otra parte, y también a raíz de la habilitación general concebida en la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, se permitió la entrada de agentes al mercado bajo diferentes modelos de negocio, y en particular de Operadores Móviles Virtuales-OMV, agentes que carecen de espectro radioeléctrico, pero que recurren a los operadores móviles de red para obtener los insumos requeridos para prestar servicios minoristas en el mercado "Servicios Móviles".

De manera posterior al 2010 entraron al mercado a través de este modelo de negocio operadores como Uff Móvil<sup>903</sup>, Móvil Éxito, Virgin Mobile y, recientemente, Suma Móvil y Flash Mobile, que iniciaron operaciones en 2018. También operaron por un tiempo limitado bajo dicho esquema UNE y ETB. Al respecto, si bien tanto **COMCEL** como Marcela Meléndez manifiestan que esto es evidencia suficiente de la inexistencia de barreras a la entrada al mercado, debe aclararse que dicho operador no analiza en sus escritos el impacto que han tenido estos agentes en el mercado, sin explicar cómo o por qué aún hoy, después de la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017 que contempla la obligación de poner a disposición de los operadores móviles virtuales una oferta mayorista de minutos y Megabytes (MB), no hay ningún OMV prestando servicios sobre la red de **COMCEL**. En la misma línea, no se sustentan las razones por las cuales se tiene una baja entrada de operadores de este tipo al mercado, a pesar de que, bajo su criterio, son tan bajas las barreras a la entrada, al menos las de tipo legal o administrativo.

Al respecto, y en relación con el impacto que han tenido en el mercado los OMV, es importante notar que, bajo diferentes métricas, la participación de mercado de los OMV este tipo de agentes da cuenta de la situación de estancamiento en la que se encuentran, pues tal como se puede observar en las Gráficas 1, 2, 11 y 12 de la sección 8.1.2 del presente acto administrativo, en el caso del servicio de voz móvil la participación conjunta de los cuatro OMV en términos de tráfico es de 1.2% y en ingresos de 2.9%; en cuanto al servicio de Internet móvil la participación apenas alcanza el 1.4% en ambas dimensiones. De igual manera, el análisis que se desarrolla en la sección 8.1.5.1 del presente acto administrativo evidencia el bajo impacto que han tenido los OMV para generar presiones competitivas en el mercado de "Servicios Móviles".

En este punto, es importante tener en cuenta que los análisis llevados a cabo por esta Comisión con motivo del proyecto regulatorio "*Revisión de los mercados de servicios móviles*", que concluyó con la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, permitieron evidenciar las restricciones que enfrentaban los operadores móviles virtuales para ejercer una verdadera presión competitiva sobre los operadores móviles de red, y en particular, la baja sostenibilidad del modelo de negocio bajo las condiciones comerciales que imperaban en ese momento.

En efecto, tal y como consta en el documento de respuestas a comentarios que acompañó la expedición de la citada Resolución CRC 5108, la CRC estimó pertinente revisar las condiciones pactadas en los contratos vigentes entre OMV y OMR, encontrando que, los precios definidos en los mismos no permitían obtener un margen de rentabilidad a los OMV en la prestación del servicio de voz al compararlo con el precio promedio de mercado, y tan solo conferían un margen bajo en el servicio de Internet móvil, lo que les restaba competitividad en el mercado de "Servicios Móviles" donde se empaquetan los servicios de voz y datos.

<sup>902</sup> De acuerdo con el documento "Plan 5G Colombia" publicado por el MINTIC en diciembre de 2019, se prevé que en el tercer trimestre de 2021 asignará espectro en la Banda de 3.5 GHz.

<sup>903</sup> UFF Móvil cesó operaciones en Julio de 2018.

No obstante, pese a las diferentes medidas regulatorias implementadas por la CRC en el año 2017 en relación con el acceso que deben brindar los operadores móviles de red a los operadores móviles virtuales, el mercado para éstos no ha cambiado. Según las cifras observadas, se mantiene prácticamente el mismo estado de acceso a redes móviles que se observó antes de 2017, teniendo en cuenta que al final del segundo trimestre de 2020 los únicos operadores de red que alojan OMV son MOVISTAR y TIGO, sin que **COMCEL** aloje alguno a pesar de la obligación que existe en la actualidad de ofrecer a los OMV insumos mayoristas de voz y datos. Excepto por los casos de Suma Móvil y Flash Mobile, no hay ningún otro acuerdo operativo diferente de los que había en 2017; a pesar de que para esa fecha existían cerca de siete acuerdos adicionales negociados entre OMV y OMR.

Lo anterior indica que, si bien jurídicamente la eliminación de la concesión y de las obligaciones de despliegue de red que contenían las leyes 37 de 1993 y 555 de 2000 ha permitido la entrada de OMV al mercado colombiano, lo cierto es que este tipo de operadores también enfrentan barreras de tipo tecnológico, legal y administrativo, específicamente los requisitos de tipo jurídico, técnico y económico que imponen los operadores móviles de red establecidos para permitirles el acceso mayorista en la modalidad de operación móvil virtual, lo cual se evidencia en los pocos acuerdos que efectivamente han entrado en operación y en que el operador móvil de red de mayor tamaño no aloja a ningún OMV.

Por tanto, si bien un nuevo operador desea ingresar al mercado bajo la figura de OMV no enfrenta las barreras relacionadas con el acceso al espectro radioeléctrico, si debe afrontar las barreras relacionadas con el acceso mayorista a la red de los operadores móviles de red. Adicionalmente, este tipo de operadores tienen poco control sobre la operación del servicio, dado que depende significativamente de la gestión que realiza el operador de red en que se aloja.

Caso contrario ocurre cuando un potencial competidor desea ingresar al mercado como operador móvil de red. Si bien este nuevo operador logra tener mayor o total control sobre la operación del servicio y podría estar en capacidad de desarrollar estrategias que generen presión competitiva a los operadores incumbentes, es evidente que enfrenta la mencionada barrera administrativa y económica de acceso al espectro radioeléctrico, sin mencionar los altos costos fijos, muchos de ellos hundidos, que se demandan en el despliegue de la red.

Por tanto, es claro que, a pesar de los constantes esfuerzos para reducir las barreras a la entrada de tipo tecnológico, legal y administrativo por parte del Estado colombiano en general, y de la Comisión de Regulación de Comunicaciones en particular, persisten aún en el mercado barreras de entrada adicionales, como lo son (i) los requisitos administrativos que debe cumplir y los costos en que incurre un nuevo operador para acceder al espectro radioeléctrico, en el caso de la entrada de un operador de red o, (ii) los requisitos administrativos que debe cumplir y los costos en que incurre un nuevo operador para obtener acceso a la red de uno de los operadores establecidos, en el caso de la entrada de un OMV. En este último caso, las cifras indican que es baja la presión competitiva que ejercen los OMV en el mercado de "Servicios Móviles".

El siguiente aspecto que consideró la CRC podía constituirse como una barrera a la entrada son los costos hundidos (literal b. de la sección 4.2.3 del documento soporte de la Resolución 5110 de 2017). Los costos hundidos pueden ser definidos como costos en los que incurre una empresa, que son irreversibles. Dichos costos actúan como barreras de entrada, como disuasorio, porque los potenciales entrantes corren el riesgo de sufrir enormes pérdidas si la operación no es rentable y deciden abandonar el mercado. Entre estos costos hundidos se encuentran: inversión en obra civil para el despliegue de redes, la inversión en equipos y redes, los gastos de mercadeo, el posicionamiento de marca, etc.

A este respecto, **COMCEL** advierte que la misma CRC indicó en el Documento que acompañó la Resolución CRC 5110 de 2017 que la medida de Roaming Automático Nacional (RAN) ha eliminado el impacto que tienen como barrera de entrada los costos hundidos. Añade **COMCEL** que en todo caso la elección de precios de RAN debe hacerse con cuidado toda vez que existe un balance entre precios bajos para fomentar el uso de la instalación esencial, pero asociado a desincentivos a invertir en infraestructura. Adicionalmente, señala que la regulación sobre RAN impide afirmar que exista una empresa con posición de dominio, pues todos los competidores tienen la posibilidad de ofrecer servicios móviles sin necesidad de realizar inversiones.

Respecto de lo anterior es importante tener cuenta dos aspectos. El primero, que el despliegue de infraestructura no es el único factor que se constituye como un costo hundido, ya que los

gastos de mercadeo y posicionamiento de marca son también costos de esta naturaleza para las firmas, sobre lo que no se manifiesta **COMCEL**. Lo segundo es que la medida de Roaming Automático Nacional (RAN) no descarta de tajo los costos hundidos asociados al despliegue de infraestructura como barrera a la entrada.

Frente al impacto del Roaming Automático Nacional para mitigar la barrera de entrada que representa el despliegue de redes de telecomunicaciones, es importante tener en cuenta que las condiciones técnicas y económicas plasmadas en las Resoluciones CRC 4112 de 2013, 5107 de 2017 y 5827 de 2019, compiladas en el Capítulo 7 del Título IV la Resolución CRC 5050 de 2016, están diseñadas para promover la competencia en el mercado a la vez que se incentiva el despliegue en infraestructura. Esto quiere decir que las condiciones de acceso y uso del Roaming Automático Nacional establecidas en las normas antes referidas no tienen por objeto sustituir el despliegue de red propia por parte de operadores que tengan la intención de dejar de invertir en el mercado, sino, por el contrario, contemplan elementos que permiten a los diferentes agentes que usan Roaming Automático Nacional priorizar las inversiones requeridas para reducir su dependencia de dicha instalación esencial en el mediano y largo plazo, al tiempo que desincentiva su uso en las zonas más densamente pobladas y por ello más propicias para lograr un retorno más efectivo de las inversiones asociadas al despliegue de red.

Prueba de esto se encuentra, por ejemplo, en la definición de los precios de la citada instalación esencial. En específico, los artículos 4.7.4.1. y 4.7.4.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificados por la Resolución CRC 5107 de 2017, establecen, como primera medida, la aplicación de cargos estimados con un modelo de costos eficientes. Para el caso del uso del RAN por parte de operadores entrantes para la provisión de los servicios de voz y datos móviles, la regulación prevé que por un periodo de cinco años los proveedores de dicha instalación esencial no pueden cobrar a los proveedores entrantes un valor superior al costo incremental de largo plazo o LRIC puro, lo cual tiene aplicación en todo el territorio nacional. Una vez culminado este periodo los precios son de libre negociación entre proveedores o sometidos a las condiciones regulatorias para el uso de RAN por parte de proveedores establecidos.

En el caso del uso del RAN por parte de este último grupo de proveedores, el valor regulado para la provisión del servicio de voz corresponde inicialmente al valor estimado con la metodología de costos medios o LRIC+ y se define una senda de reducción del mismo de manera lineal hasta alcanzar el valor estimado con la metodología LRIC puro en el año 2022. A su vez, en el caso del servicio de datos móviles, se define un valor constante estimado con la metodología de costos medios o LRIC+. Estos valores regulados solo tienen aplicación en aquellos municipios en los que el proveedor que hace uso de RAN haya desplegado tres o menos sectores de tecnologías 2G y 3G, en caso del servicio de voz, o haya desplegado tres o menos sectores de tecnología 4G en el caso del servicio de datos. En los municipios en los que el proveedor que hace uso de RAN ha desplegado más de 3 sectores de tecnologías 2G y 3G, en caso del servicio de voz, o más de tres sectores de tecnología 4G en el caso del servicio de datos, la CRC ha fijado ex post, ante la falta de acuerdo de los PRST establecidos, precios superiores al valor tope aplicable a ellos en la regulación general y abstracta.

Lo anteriormente expuesto se adelantó bajo la lógica de generar el incentivo de sustitución gradual en el uso del Roaming Automático Nacional por inversiones propias en infraestructura, lo cual depende directamente tanto de la capacidad de inversión de cada operador como de su capacidad de soportar los costos variables crecientes que supone el uso intensivo de RAN.

Lo anterior pone en evidencia que antes que estar desincentivando la inversión, la Comisión ha dispuesto una serie de mecanismos que buscan, entre otros objetivos, promover la inversión eficiente en infraestructura; tales mecanismos son sujetos de revisión de acuerdo con la evolución del mercado. De esta manera, es claro que los operadores entrantes, aún tendrán que incurrir en la inversión en despliegue de infraestructura, sólo que de manera diferida. Por lo anterior, es evidente que la inversión en infraestructura, y particularmente aquella relacionada con la obra civil y despliegue de redes, sigue constituyendo una barrera a la entrada, y que con el uso del RAN se mitiga temporalmente el impacto que tenía previamente, pues tales inversiones deben ser consideradas en el plan de negocio del potencial operador entrante

Dicho de otro modo, el acceso y uso de RAN presupone el despliegue -aunque gradual- de una red de telecomunicaciones que, interconectada con la red del proveedor de RAN, le permite a quien despliega la nueva red, proveer servicios allí donde ésta no tenga cobertura geográfica o de servicios. Esto por cuanto el despliegue de la nueva red comporta, necesariamente, costos

hundidos, consecuencia de lo cual, aun con la posibilidad de acceso a RAN, es una barrera de entrada al mercado que, como tal, incide en el análisis de dominancia del mercado de "Servicios Móviles".

Otro ejemplo de costos hundidos que debe asumir un operador que ingresa al mercado corresponde a los gastos en publicidad y/o posicionamiento de marca, que para el caso de **COMCEL** fueron del orden de \$323 mil millones en 2016, \$306 mil millones en 2017<sup>904</sup>, \$296 mil millones en 2018 y \$397 mil millones en 2019<sup>905</sup>, cifras que corresponden al 3,56% y 3,19% de los ingresos de dicho agente en 2018 y 2019, respectivamente. En el caso del proveedor MOVISTAR, la cifra de gastos en publicidad fue del orden de \$112 mil millones en 2018 y de \$123 mil millones en 2019<sup>906</sup>.

Estas cifras dan cuenta de la magnitud de los costos en que incurren los operadores establecidos en publicidad y posicionamiento de marca y que equivalen a una barrera para los operadores que pretenden entrar al mercado, dado que no cuentan con el nivel de ingresos que ya generan los operadores que llevan mayor tiempo en el mercado; por ejemplo, la mencionada cifra de gastos de COMCEL en 2019 equivale al 81% de los ingresos por servicios móviles registrados en conjunto por AVANTEL y ETB en ese mismo año y es 1,97 veces superior a la suma de los ingresos por servicios móviles registrados en conjunto por los operadores móviles virtuales en ese periodo..

Ahora bien, se debe precisar que tanto los costos hundidos en forma de despliegue de red como de mercadeo o posicionamiento de marca, junto con la existencia de economías de escala y de alcance (literal c. de la sección 4.2.3 del documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017) y el acceso a recursos financieros (literal d. de la sección 4.2.3 del documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017) constituyen en general barreras económicas a la entrada.

Al respecto, **COMCEL** argumenta que las economías de escala y alcance, así como el acceso a recursos financieros no deben ser analizadas desde el punto vista local (país) sino a nivel regional, y adicionalmente califica como erróneo de parte de la CRC considerar que amerita un trato asimétrico el hecho de haber invertido en su red de ventas y distribución (literal e. de la sección 4.2.3 del documento soporte de la Resolución 5110 de 2017) en beneficio del usuario.

Frente al análisis regional que propone **COMCEL** se debe realizar sobre el acceso a los mercados financieros, la CRC concuerda en que al menos de las grandes multinacionales propietarias de los tres principales operadores móviles de red del país cuentan con facilidades de acceso al mercado financiero, pero no comparte la misma certeza en cuanto a las condiciones equiparables de este acceso, pues el sector financiero también tiene en cuenta el nivel de riesgo de la operación local sobre la cual se pretende invertir<sup>907</sup>. En específico, si la operación local es deficitaria, si lleva años dando pérdidas, si el mercado es muy disputado, o si se enfrenta a un operador como **COMCEL**, las condiciones de acceso a crédito no serán las mismas que si la operación local es un éxito, si lleva años dando utilidades, si el deudor local es dominante en el mercado, o si sus competidores son deficitarios o están en graves problemas competitivos o financieros.

A partir de los estados financieros de **COMCEL** se observa que el nivel de endeudamiento<sup>908</sup> de este proveedor fue inferior al 50% entre 2012 y 2016, en 2017 ascendió al 63%<sup>909</sup>, en 2018 fue

<sup>904</sup> Informe Anual 2017 COMCEL S.A. Notas a los Estados Financieros separados por el año terminado al 31 de diciembre 2017 – Gastos en Administración y Comerciales (Uso de marca y Publicidad) – p.122. Las cifras de 2016 y 2017, corresponden a gastos exclusivos de la operación de servicios móviles.

<sup>905</sup> Informe Anual 2019 COMCEL S.A. Notas a los Estados Financieros separados por el año terminado al 31 de diciembre 2019 - Gastos en Administración y Comerciales (Uso de marca y Publicidad) – p. 84. Las cifras de 2018, corresponden a gastos exclusivos de la operación móvil, mientras que los gastos de 2019 corresponden a gastos de operación de servicios fijos y móviles.

<sup>906</sup> Estados Financieros separados Colombia Telecomunicaciones S.A. al 31 de diciembre de 2019. Gastos en publicidad. P.64. Las cifras de 2018 y 2019, corresponden a gastos de la operación de servicios fijo y móviles.

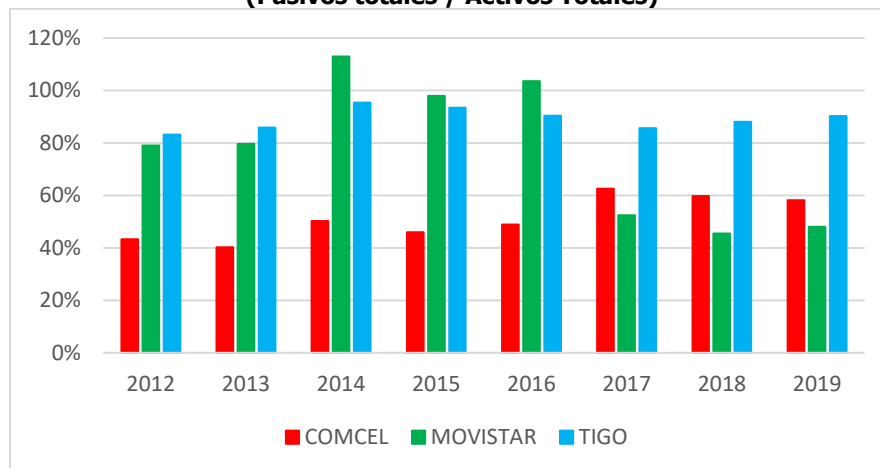
<sup>907</sup> Por ejemplo, la calificadora de riesgos "Standard & Poor's Ratings Services", dentro de los criterios de evaluación crediticia para la industria de telecomunicaciones contempla principalmente variables e indicadores que refieren a la situación del mercado en el ámbito de una nación. ver documento "Factores Crediticios Clave para la Industria de telecomunicaciones y televisión por cable" (2015). Disponible en: [https://www.standardandpoors.com/es\\_LA/delegate/getPDF?articleId=1495779&type=COMMENTS&subType=CRITERIA](https://www.standardandpoors.com/es_LA/delegate/getPDF?articleId=1495779&type=COMMENTS&subType=CRITERIA)

<sup>908</sup> Relación entre el Total de los Pasivos y el Total de los Activos.

<sup>909</sup> El incremento de los pasivos de Comcel entre 2016 y 2017 obedeció a la adquisición de un préstamo del orden de \$3,15 billones con la sociedad América Móvil S.A.B. de C.V. (que pertenece al mismo grupo empresarial de COMCEL) y con el cual efectuó el pago ordenado por el laudo arbitral emitido en julio del 2017 en el arbitraje solicitado por el Ministerio de Tecnologías de Información y las Comunicaciones en relación al cumplimiento de compromisos adquiridos en la primera concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil en Colombia.

del 60% y en 2019 del 58%. Por su parte, los estados financieros de sus competidores en el mercado de "Servicios Móviles" indican que el nivel de endeudamiento de estos fue superior al 80% entre 2012 y 2016. Para el final de 2017 el nivel de endeudamiento de MOVISTAR disminuyó al 52%<sup>910</sup>, en 2018 fue del 48% y en 2019 del 46%. Por su parte Tigo registró un indicador de endeudamiento del 86% al final de 2019, tal como se puede apreciar en la Gráfica 60. Este indicador y sus valores, junto con las cifras de Activos Totales presentadas en la Gráfica 49, reflejan el tamaño de la capacidad que han tenido y tienen los tres grandes proveedores móviles para acceder a recursos de deuda para financiar sus inversiones y la operación de los servicios que prestan.

**Gráfica 60. Nivel de endeudamiento de los proveedores móviles (Pasivos totales / Activos Totales)**



**Fuente:** Cálculos CRC con información pública de Estados Financieros de los PRST

Al cierre de 2019, el 46% del total de los pasivos de **COMCEL** correspondieron a obligaciones financieras en las cuales el 100% de los acreedores son empresas filiales o subsidiarias de la empresa<sup>911</sup>. En el caso de MOVISTAR el 63% de sus pasivos corresponde a obligaciones financieras<sup>912</sup> representadas en mayor proporción en bonos<sup>913</sup> de deuda pública emitidos en el año 2012 con vencimiento en 2022 y en obligaciones de arrendamiento financiero, mientras que el caso de TIGO el 44% de los pasivos de corresponden obligaciones financieras, representadas en su mayoría por un crédito sindicado suscrito con entidades bancarias<sup>914</sup>.

A partir de lo anterior, se puede evidenciar que efectivamente los tres principales operadores del mercado de "Servicios Móviles" recurren a recursos financieros de terceros (en mayor proporción unos que otros), o de su mismo grupo económico (en el caso de **COMCEL**), para financiar parte de sus inversiones. El acceso a estos recursos se facilita por las economías de escala que han logrado en la provisión de servicios de comunicaciones dentro del país, su capacidad para generar ingresos y el respaldo del grupo económico al que pertenece cada operador. Esta situación se convierte en una ventaja frente a los demás operadores que se encuentran en el mercado y frente a potenciales operadores entrantes, en la medida que los operadores establecidos, y en especial el operador de mayor tamaño medido en ingresos, utilidades, tráfico y usuarios, pueden acceder con mayor facilidad a grandes recursos financieros.

En cuanto al enfoque regional que según **COMCEL** se debe dar al análisis de economías de escala y alcance, es necesario advertir que el operador confunde las economías de escala y alcance con los descuentos por volumen en la adquisición de equipos, que son simplemente una fuente de las primeras, pero no la única ni la más importante. Tal y como se indicó en el Documento Soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, cualquier proveedor de telecomunicaciones al contemplar la construcción de una nueva red enfrenta costos iniciales significativos. Para los operadores móviles, los costos de inicio pueden incluir el precio de desplegar una red para la provisión de

<sup>910</sup> La disminución obedece al pago anticipado de la obligación correspondiente al contrato de explotación con PARAPAT que al iniciar el 2017 era del orden de \$4,1 billones. Este pago fue cubierto con recursos obtenidos de la capitalización realizada por la empresa a mediados de 2017 por un valor similar.

<sup>911</sup> Informe Anual 2019 COMCEL S.A. Notas a los Estados Financieros separados por el año terminado al 31 de diciembre 2019 – Partes relacionadas – p.74.

<sup>912</sup> El valor de deuda financiera de MOVISTAR al final de 2019 se encontraba alrededor de \$3,9 billones.

<sup>913</sup> El valor de la deuda en bonos de Movistar ascendió a \$2,9 billones al final de 2019.

<sup>914</sup> En Julio de 2017 TIGO adquirió un crédito sindicado por un valor cercano a \$900 mil millones con lo cual pagó una deuda por el mismo valor a su principal accionista Millicom Spain.

servicios de telecomunicaciones lo cual requiere de inversiones cuantiosas en los diferentes elementos que la componen, a nivel de núcleo (core), transmisión y acceso. Adicionalmente, es necesario considerar la tecnología bajo la cual se prestarán los servicios, las bandas de frecuencia que emplee el proveedor dependiendo del espectro radioeléctrico que le haya sido asignado, las áreas de cobertura. Todo lo anterior (red de núcleo, transporte, red de acceso, asignación de espectro, despliegue de estaciones base según la tecnología de acceso) implica costos que debe asumir la empresa para iniciar su operación. Estos costos son fijos en el sentido que el operador debe incurrir en ellos antes de que pueda ofrecer cualquier nivel de servicio.

En contraste, una vez la red está en funcionamiento, el costo marginal de proporcionar el servicio a cada consumidor adicional es "pequeño" en comparación con la inversión inicial. Dados esos enormes costos fijos y reducidos costos variables, resulta más eficiente en términos económicos para un operador ofrecer su servicio a la mayor cantidad de usuarios posibles, reduciendo el costo unitario promedio en ese proceso (costo por usuario o costo por minuto) lo cual se conoce como economías de escala.

Los descuentos por volumen en la adquisición de equipos, como se dijo, son apenas una fuente de economías de escala, mas no la única, y se encuentra lejos de ser la principal, tal y como la definición del concepto lo evidencia: reducción en el costo medio por unidad producida (minutos) o en este caso atendida (usuarios), mas no del costo promedio por equipo adquirido. Si ese fuera el caso, efectivamente **COMCEL** tendría razón en que sería necesario analizar la dimensión regional de las multinacionales CLARO, MOVISTAR y TIGO, y la capacidad que tienen estos agentes de acceder a importantes descuentos por volumen en la adquisición de equipos. Sin embargo, aun suponiendo que cada operador adquiere el equipo de red exactamente al mismo precio, el operador de mayor tamaño medido en términos de usuarios o de ingresos estará en capacidad de dividir el costo de dicho equipo entre más unidades, lo que arroja un costo promedio por unidad más bajo que su competencia. Este asunto fue desarrollado extensivamente en la sección 8.1.3.1 Economías de escala de **COMCEL**.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las economías de escala o alcance también actúan como barreras de entrada de dos maneras: la primera, cuando los proveedores entrantes solo pueden operar por debajo de la mínima escala eficiente, se genera una desventaja en términos de costos para el proveedor entrante, lo que dificulta su capacidad de competir efectivamente. La segunda, tiene que ver con el hecho de que la participación del proveedor entrante en el mercado se vea disuadida por el temor de que su entrada genere un exceso de capacidad, y, por lo tanto, disminuyan los precios afectando así la rentabilidad de su inversión (Niels, Jenkins, & Kavanagh, 2011<sup>915</sup>).

Es entonces importante reiterar que se trata de economías de escala y alcance como barreras de entrada al mercado relevante de "Servicios Móviles", que por definición es nacional y no internacional o regional. Y es a ese nivel que el Documento Soporte precitado describió las economías de escala, en términos de reducción de costos promedio en función del volumen de tráfico cursado sobre la red; y las economías de alcance, en términos de reducciones en el costo unitario cuando más de un servicio es producido usando medios comunes de producción, aspecto con implicaciones considerables para la evolución de la estructura de la industria en razón de la convergencia de redes, servicios, plataformas y contenidos que se atestigua en el ecosistema TIC de nuestros días. Y ambas son una barrera de entrada al mercado porque dificultan la entrada de potenciales competidores, al tratarse de ventajas en costos que no pueden ni podrán alcanzar en el corto ni mediano plazo, dada la escala que manejan quienes están ya en el mercado, en especial el proveedor de mayor tamaño.

En relación con lo señalado por **COMCEL** sobre un supuesto trato asimétrico en razón a las inversiones que ha realizado, se considera importante destacar que de ninguna manera busca esta Entidad castigar el modelo de negocio de un operador en particular, así como tampoco premiar a los operadores que decidieron no invertir a la escala de **COMCEL** o tomaron decisiones comerciales desacertadas, cuestiones cuyo análisis no hace parte del objeto de la presente actuación. El rol de un regulador en mercados no sujetos a competencia efectiva por la existencia de dominancia de uno o varios de sus agentes es promover la competencia a través de medidas orientadas a equilibrar el campo de juego (o en inglés "*level the playing field*") para generar presiones competitivas que brinden a los usuarios opciones contestables entre operadores en

<sup>915</sup> NIELS, Gunnar, JENKINS, Helen, y KAVANAGH, James. Economics for Competition Lawyers. Oxford University Press, 2011.p.137



materia de precio, calidad, cobertura y servicios. Mal hace **COMCEL** en señalar que la Comisión lo que pretende es castigar una determinada estrategia corporativa, pues tal como se explicó en las secciones 8.1.1.1 y 8.1.1.3, la Comisión no tiene ni persigue el ejercicio de facultades sancionatorias, sino que, por el contrario, desde su carácter preventivo lo que pretende es instaurar reglas de comportamiento lo suficientemente robustas que promuevan la competencia, incentiven la inversión y eviten el abuso de posición dominante, entre otros. Cosa distinta es que **COMCEL** perciba como un castigo el hecho de que el Estado, a través de la CRC, intervenga en la economía (Art. 334 C.P) ante la existencia de problemas de competencia en un mercado relevante del servicio público de telecomunicaciones, pero dicha percepción en manera alguna muta, de regulatoria a sancionatoria, la naturaleza jurídica de la intervención.

En el caso de **COMCEL**, sea cual sea la razón, social o empresarial, que llevó a que construyera una amplia red de distribución y comercialización, las cifras son incontrovertibles y constituyen ventajas respecto de los costos que enfrentan sus competidores, así como potenciales operadores entrantes, ventajas que por ende operan como barreras de entrada al mercado. Es por ello, que la observación hecha por el perito Santa María, es errónea al indicar que la CRC "acusa" a **COMCEL** de tener un mayor punto de ventas físicos desconociendo el potencial de los canales de venta virtual, en primer lugar porque la CRC no "acusa" sino que analiza y declara las condiciones reales del mercado en el marco de la función preventiva y no sancionatorio, competencia con la que no cuenta, y en segundo lugar porque las cifras muestran la realidad en cuanto a los puntos de venta físicos de **COMCEL** y la ventaja competitiva que estos representan.

Al respecto se debe señalar que si bien cada uno de los puntos de venta o de atención al cliente son teóricamente replicables desde lo técnico y económico para los competidores de **COMCEL** en el mercado, la diferencia en el agregado de puntos de atención entre unos y otros agentes es en la práctica insalvable desde lo económico en el corto y mediano plazo. De esta manera, **COMCEL** se hace al control de un insumo para la provisión de servicios de comunicaciones móviles difícilmente replicable para su competencia actual, y muchísimo menos para su competencia potencial, lo cual confirma su naturaleza de barrera de entrada.

Tal como se mencionó previamente, **COMCEL** en su sitio web reporta que para septiembre de 2020 tenía dispuestos un total de 113 Centros de Atención y Ventas<sup>916</sup> y 316 agencias comerciales<sup>917</sup> en todo el territorio nacional; por su parte Tigo en su página web indicaba que para ese periodo disponía de un total de 144 "Tiendas Tigo"<sup>918</sup> en todo el país, mientras que Movistar señaló la disponibilidad de 93 "Centros de Experiencia" y 270 "Centros de Ventas y Reposiciones"<sup>919</sup>.

Como se puede entender, si un operador de red quiere entrar al mercado también enfrenta la barrera económica que significa la implementación y puesta en operación del volumen y capilaridad de oficinas con las que ya cuentan los proveedores móviles de red que se encuentran en el mercado<sup>920</sup>.

En su argumentación, **COMCEL** y Mauricio Santamaría sugieren que esto no representa una ventaja competitiva en la medida en la que en la actualidad existe la posibilidad de reemplazar estos medios de atención de manera virtual. No obstante, no aportan ningún tipo de evidencia relacionada con el impacto o alcance ni en el corto, ni en el mediano, ni en el largo plazo de este tipo de prácticas.

Al respecto, se debe precisar que la misma CRC es la primera que ha propendido por generar incentivos, tanto para los usuarios como para los operadores, para que reduzcan su dependencia de los puntos de atención físicos y se concentren en los puntos de atención telefónica o virtual. Ello, sin embargo, en manera alguna enerva el hecho de que el tamaño de la red física de

<sup>916</sup> Disponible en <<https://www.claro.com.co/personas/legal-y-regulatorio/?pf=3/>> (Comunicado horarios de atención y/o cierre de CAVs). Consulta realizada en septiembre de 2020.

<sup>917</sup> Disponible en <<https://www.claro.com.co/personas/legal-y-regulatorio/?pf=3/>> (Agencias Comerciales). Consulta realizada en septiembre de 2020.

<sup>918</sup> Disponible en <<https://ayuda.tigo.com.co/hc/es/articulos/360042589654-Conoce-nuestras-l%C3%ADneas-de-atenci%C3%B3n-y-Tiendas-Tigo-General>>. Consulta realizada en septiembre de 2020.

<sup>919</sup> Disponible en <[https://atencionalcliente.movistar.co/centros\\_de\\_experiencia/](https://atencionalcliente.movistar.co/centros_de_experiencia/)>. Consulta realizada en septiembre de 2020

<sup>920</sup> En todo caso, el operador de red entrante como mínimo debe incurrir en la disposición de al menos una oficina física de atención en cada ciudad capital de departamento, tal como lo establece el Artículo 2.1.25.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016, lo cual corresponde a una medida regulatoria de protección de los derechos de los usuarios.

distribución de los operadores establecidos es una barrera de entrada al mercado que, como tal, influye en el carácter de dominante o no de un operador.

Adicionalmente, es necesario señalar que, a pesar de la observación realizada por el perito Santamaria, **COMCEL** reconoce la importancia de sus Centros de Atención y Ventas (CAV), pues en sus informes de gestión 2017, 2018 y 2019, además de las mejoras que expone sobre su canal de atención telefónico y de la implementación de otros canales de atención virtuales, la empresa señala respecto de los CAV:

*"(...) **El canal presencial también tuvo mejoras importantes** como el cumplimiento en la implementación de la atención convergente para nuestros clientes Claro, la unificación de los procesos más recurrentes de las visitas en el canal, logro de eficiencias en las capacidades del canal con la implementación de un modelo de mallas de turnos y control en línea de los indicadores de servicio.*

***Nos enfocamos en abrir nuevas tiendas, lo cual evidencia el crecimiento de transacciones de servicio y ventas cruzadas, aumento de la capacidad de atención;** además, 286 consultores ingresaron en diciembre por temporada a nivel nacional. (...)"<sup>921</sup>(NFT)*

*"(...) En estos espacios ofrecemos un punto de contacto directo y presencial para los clientes de Claro en todo el país, **con el objetivo principal de responder de forma cercana, rápida y eficaz a sus necesidades y entregar soluciones que fortalecen su confianza en nuestros servicios.** (...) **Durante el 2018 abrimos 10 nuevas tiendas y CAV,** cambiamos la imagen de 5 CAV en operación y ampliamos 12 bodegas y barras de atención en otros 13 CAV; así mismo, se instalaron pantallas y video wall en 71 CAV. (...)"<sup>922</sup>(NFT)*

*"(...) se realizaron cambios de imagen en 17 CAV que ahora ofrecen espacios más modernos, agradables y cómodos a nuestros clientes internos y externos; **en el año también realizamos 2 traslados y 6 aperturas de nuevos puntos a nivel nacional** (...)"<sup>923</sup>(NFT)*

*"Para 2020 se identifica dentro de los objetivos de la empresa "**Consolidar la presencia de la marca a través de puntos de atención y ventas propios,** mediante el análisis de capilaridad eficiente; y mejorar la imagen y experiencia en los puntos actuales"<sup>924</sup> (NFT)*

Adicionalmente destaca **COMCEL**, en el Informe de Sostenibilidad de 2019, que en ese año recibió en los CAV un poco más de 12 millones de visitas, sin contar aquellas relacionadas con pagos y compras de accesorios.

Finalmente, se debe aclarar que la Comisión no ha sostenido que la red de atención al cliente es, en sí misma, el fundamento para justificar un trato asimétrico. Lo es la constatación de la posición dominante del operador, aspecto que requiere, entre otros, analizar la existencia de barreras de entrada al mercado, entre ellas las redes de distribución y atención al público de los operadores establecidos.

### **8.1.5. Competencia potencial**

Uno de los aspectos que se considera en el análisis de dominancia, y que está en cierta medida relacionado con las barreras de entrada al mercado, es el de la competencia potencial, factor orientado a determinar en qué medida una empresa que no está presente en el mercado relevante, puede iniciar actividades en él y en tal caso ejercer una efectiva presión competitiva dentro de este.

Tal como se mencionó en la sección 8.1.4 del presente acto administrativo, las barreras a la entrada para nuevos agentes en el mercado pueden tener como efecto que el análisis prospectivo del mercado no permita inferir un cambio en las condiciones de competencia en el futuro previsible, ni que haya fuentes de competencia potencial que disciplinen el comportamiento de un agente en el mercado.

<sup>921</sup> Comcel S.A. Informe de Anual 2017 (pp. 13 y 14).

<sup>922</sup> Claro. Informe de Sostenibilidad 2018 (p.24), disponible en <[https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/pdf/Informe\\_de\\_Sostenibilidad\\_Claro\\_2018.pdf](https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/pdf/Informe_de_Sostenibilidad_Claro_2018.pdf)>

<sup>923</sup> Claro. Informe de Sostenibilidad 2019 (p.70), disponible en <[https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/pdf/Informe\\_de\\_Sostenibilidad\\_Claro\\_2019.pdf](https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/pdf/Informe_de_Sostenibilidad_Claro_2019.pdf)>

<sup>924</sup> Claro. Informe de Sostenibilidad 2019 (p.72), disponible en <[https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/pdf/Informe\\_de\\_Sostenibilidad\\_Claro\\_2019.pdf](https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/pdf/Informe_de_Sostenibilidad_Claro_2019.pdf)>

La CRC, en el Documento de inicio de la presente Actuación, luego del análisis de las barreras de entrada al mercado de Servicios Móviles, manifestó en el aparte *Competencia Potencial*, con la información disponible a la fecha, que *"En virtud de las barreras a la entrada antes descritas, resulta poco probable que un operador tenga incentivos suficientes para entrar al mercado y generar presiones competitivas reales que contrarresten la posición de COMCEL en el mercado."*

En el documento de contestación presentado por **COMCEL** en respuesta al inicio de la presente actuación administrativa, se refirió a la competencia potencial diciendo que la posición de la CRC según la cual resulta poco probable que un operador tenga incentivos suficientes para entrar al mercado y generar presiones competitivas reales que contraste la posición de **COMCEL** en el mercado es contradictoria, toda vez que se ha producido un incremento notable en la participación de los competidores, y que la Superintendencia de Industria y Comercio afirmó en el documento titulado "Estudio del servicio de Internet en Colombia" que *"frente a una nueva subasta el objetivo de esta no necesariamente es la entrada de nuevos jugadores, sino la reconfiguración del mercado para garantizar que los operadores ofrezcan servicios mediante el uso de sus propias redes"*.

Por su parte, Mauricio Santamaría, en su dictamen pericial, considera que el argumento es contradictorio, y que los beneficios derivados de la competencia incluyen menores precios para los usuarios y una mayor calidad en el servicio, en la medida en que los operadores buscan atraer más usuarios. Sin embargo, el Perito indica que de manera sorprendente la CRC plantea que es mejor tener precios altos, ya que esto genera la amenaza de que entren más operadores, que pueden funcionar con esos precios altos. Esto, de entrada, elimina los beneficios de la competencia para el usuario, manteniendo operadores que únicamente son viables si los precios son altos. Sumado a lo anterior, en la opinión de Mauricio Santamaría, el análisis es equivocado en la medida que la variable relevante no es el precio al usuario, sino el margen de utilidad. En este sentido, no debería interesarle a la CRC que los precios sean altos para que puedan entrar operadores simplemente con el objetivo de que haya más operadores en el mercado, pero limitando los beneficios esperados y verdaderos de la competencia.

Considera el Perito Santamaría que en el mercado de datos móviles se evidencia la ausencia de externalidades de red, lo cual debería ser una ventaja para los operadores pequeños que ahora están en mejor capacidad de atraer usuarios de operadores grandes como **COMCEL** mediante mejores ofertas en los planes de datos, por lo que el tamaño de la red ya no sería una barrera a la entrada en el mercado de "Servicios Móviles". Lo anterior, afirma Mauricio Santamaría, considerando que los usuarios usan más intensivamente los datos y con estos pueden de hecho sustituir el servicio de voz a través de distintas aplicaciones (VoIP), dadas sus preferencias, los usuarios estarían más dispuestos a cambiar de operador para así conseguir una mejor oferta en términos de precio y calidad de datos, incluso si esto implicara sacrificar los beneficios de pertenecer a la red más grande.

En el documento de *"Alegatos de Conclusión"*, **COMCEL** cita el Documento de inicio de la actuación particular, según el cual *"...las barreras estructurales de entrada resultan de los costos originales o condiciones de demanda que crean relaciones asimétricas entre el incumbente y los nuevos entrantes, impidiendo la entrada al mercado de estos últimos. Por ejemplo, altas barreras estructurales pueden existir cuando el mercado está caracterizado por ventajas absolutas de costos, economías de escala/alcance sustanciales, restricciones de capacidad y costos hundidos"*.

Al respecto, considera que brilla por su ausencia un análisis respecto a la competencia potencial teniendo en cuenta que no existen barreras legales, y agrega que esta afirmación contrasta con la realidad observada en el mercado en la que se ha producido un incremento de la participación de los competidores tradicionales de **COMCEL**, en la presencia de nuevos jugadores y se ha dado la entrada de operadores de red y móviles virtuales que a su vez están ganando cuota de participación. Manifiesta que, en 2007, cuando la CRC procedió con la revisión de los mercados relevantes en Colombia, se contaba con 3 operadores (MOVISTAR, TIGO y **COMCEL**) del servicio de telefonía móvil, presentando una evolución significativa en el número de competidores llegando actualmente a 5 operadores de red y al menos 3 operadores móviles virtuales.

Adicionalmente, en el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que **COMCEL** también denominó "Alegatos de conclusión", el proveedor señala que la regulación de las condiciones de acceso bajo la modalidad operación móvil virtual promovió el ingreso de nuevos operadores y dinamizó la competencia en los mercados minoristas móviles, en términos de variedad y asequibilidad, señala que esto se evidencia en la existencia

de múltiples OMV en Colombia que reúnen más de cinco (5) millones de líneas móviles. En el mismo sentido precisa que el hecho que existan doce (12) operadores móviles en el país, es evidencia de que se está ante un mercado altamente competido.

En el mismo escrito **COMCEL** señala que el proceso de subasta de espectro radioeléctrico en las bandas de 700 MHz, 1900 MHz y 2500 MHz, realizado a finales de 2019, permitió el ingreso de un nuevo operador al mercado de servicios móviles y que el operador TIGO ahora cuenta con la mayor cantidad de espectro en bandas bajas, lo que le permitirá un fuerte despliegue de infraestructura y la masificación de la cobertura de sus servicios de conectividad. Con base en ello **COMCEL** precisa que esto genera un nuevo entorno competitivo y evidencia la ausencia de dominancia y de problemas de competencia en el mercado de servicios móviles.

**Consideraciones de la CRC:**

En lo que respecta al señalamiento que realiza Mauricio Santamaría de que la CRC comete un error al considerar que se requieren precios altos para promover la entrada de nuevos agentes al mercado, lo que de por sí va en contravía del propósito de la Comisión de buscar obtener mejores precios fruto de la competencia en el mercado, esta Comisión recalca nuevamente que **COMCEL** y sus peritos buscan descontextualizar las afirmaciones realizadas por la CRC en el Documento de inicio de la presente Actuación. Por tanto, es necesario precisar que la sección "**Competencia potencial**"<sup>925</sup> hace referencia a las conclusiones que se pueden extraer luego de presentar el análisis de barreras a la entrada.

La competencia potencial es relevante en esta etapa del análisis porque la entrada probable de un competidor puede mitigar el poder de una empresa para determinar las condiciones de precio, cantidad, calidad, cobertura, etc., del mercado. Al respecto ha señalado la doctrina:

*"(3) Competencia potencial. El poder de mercado adquirido por una empresa no depende exclusivamente de las fortalezas y debilidades que ha construido, o sufrido, a lo largo de los años. Ese poder es también dependiente de la posición y dinamismo de los competidores. Entre estos competidores, debe darse especial consideración a aquellos que están fuera del mercado cuando el poder es analizado pero que pueden entrar al mismo, planteando una amenaza sobre la empresa. En otras palabras, el poder de mercado adquirido por una empresa puede ser constreñido por la existencia de competidores potenciales. Aquí, de nuevo, las autoridades deben medir la probabilidad de entrada mediante un análisis de la conducta que probablemente vaya a ser adoptada por potenciales competidores en respuesta a un aumento de precios significativo y duradero. Este análisis implica una valoración de las dificultades que posiblemente enfrente una empresa al entrar al mercado. En principio, la ausencia de barreras de entrada conducirá a una empresa con PSM a comportarse cautelosamente. Por ejemplo, dichas empresas generalmente evitarán cobrar precios excesivos por miedo a que tales precios atraigan competidores potenciales que no dudarían en entrar al mercado dada la ausencia de barreras."<sup>926</sup>*

De esa manera, la entrada probable de competidores puede erosionar el poder de una empresa para determinar unilateralmente los precios, cantidades, calidad, cobertura o cualquier otro factor del mercado, razón por la cual se realiza en el análisis de competencia para determinar si un mercado es sujeto de regulación ex ante y se profundiza en sede de dominancia, más no corresponde en la delimitación del mercado relevante, etapa donde lo que procede es analizar la sustituibilidad de la demanda y de la oferta. Por lo que, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial son conceptos por entero diferentes, pero relacionados tal como lo expone la Comisión Europea:

*"La diferencia entre competencia potencial e intercambiabilidad desde el punto de vista de la oferta reside en que esta última responde con presteza a un aumento de los precios, mientras que los entrantes potenciales pueden necesitar más tiempo para empezar a atender el mercado. La intercambiabilidad desde el punto de vista de la oferta no implica costes adicionales importantes, mientras que la entrada potencial lleva aparejados importantes costes hundidos<sup>927</sup>. Puede resultar, por tanto, más útil examinar*

<sup>925</sup> Sección f del numeral 4.2.3 del documento Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios móviles" de 2017

<sup>926</sup> NIHOUL, P y RODFORD, P. EU Electronic Communications Law: Competition & Regulation in the European Telecommunications Market. Oxford University Press. 2<sup>nd</sup> edition (2011) p.225 (traducción propia)

<sup>927</sup> Véase asimismo la Comunicación sobre la definición del mercado, puntos 20 a 23, asunto IV/M.1225 — Enso/Stora (DO L 254 de 29.9.1999, p. 9), considerando 40.

*la existencia de una competencia potencial cuando se trata de evaluar si en un mercado hay competencia efectiva con arreglo a lo dispuesto en la Directiva marco, es decir, si hay empresas con PSM*<sup>928</sup>,<sup>929</sup>

Tal diferencia ha sido reconocida también en la literatura:

**"3.125 (3) La existencia de una tercera restricción.** *Aparte de la sustitución por el lado de la oferta y la demanda, una tercera restricción -competencia potencial- es usada en el análisis del nivel de competencia existente en un mercado dado. Esta restricción es mencionada en esta etapa de la discusión en orden a evitar confusión con la sustitución por el lado de la oferta. Un análisis de competencia potencial busca determinar cuáles empresas presentes en otros mercados podrían entrar al mercado relevante. En contraste, la sustitución por el lado de la oferta examina en qué medida un servicio puede ser considerado sustituto por otro a los ojos del proveedor. Si se cumplen las condiciones para la sustitución por el lado de la oferta, los dos servicios serían considerados como parte del mismo mercado.*

**3.126. Vínculo con la sustitución por el lado de la oferta.** *Como se aprecia inmediatamente, existe un vínculo entre la competencia potencial y la sustitución por el lado de la oferta. En ambos casos, se mira la conducta de las empresas que no están actualmente prestando el servicio bajo consideración. El estatus dado a los criterios es, sin embargo, diferente. La competencia potencial es analizada allí donde el propósito es medir el grado de competencia existente en un mercado dado. En contraste, la sustitución por el lado de la oferta es examinada en el curso de definición del mercado.<sup>930</sup> Se hace una distinción entre las dos situaciones para tener en cuenta los diversos grados en la rapidez y facilidad con que las empresas pueden empezar a proveer el servicio en cuestión. En la sustitución por el lado de la oferta, se mira a empresas que pueden responder pronto a una variación en el precio sin incurrir en riesgos o costos sustanciales. Como las empresas en esta situación pueden tan fácilmente decidirse a proveer el servicio en cuestión, uno considera que el servicio originalmente ofrecido por estas empresas puede ser considerado sustituto<sup>931</sup>. La entrada es tan probable, en tal situación, que se pueden considerar los servicios actualmente ofrecidos por estas empresas como ya presentes en el mercado.<sup>932</sup>*

Gerardin et al (2012) expone así las diferencias entre ambos conceptos:

*"En lugar de ser empresas que ya suministran bienes y son capaces de cambiar rápidamente la producción en respuesta a cambios en la demanda, como ocurre con la sustitución por el lado de la oferta, la competencia potencial representa aquellas entidades que están actualmente fuera del mercado, pero podrían entrar en el largo plazo o a través de inversiones en costos hundidos.*

**4.22** *Tres características distintivas separan la competencia por el lado de la oferta de la competencia potencial. La primera es la velocidad. Con la sustitución por el lado de la oferta la competencia es rápida, mientras con la competencia potencial toma un año o más, dado las inversiones requeridas. Es aquí donde las barreras de entrada serán consideradas: bajas o ninguna barrera de entrada implican una entrada más rápida y menos costosa mientras la presencia de barreras de entrada significativas puede hacer la competencia potencial totalmente inviable. Segundo, el nivel de efectos de precio necesita ser mayor en la competencia potencial. Porque la competencia por el lado de la oferta es rápida y no requiere inversiones significativas en costos hundidos, puede responder a incrementos de precios relativamente modestos. En contraste, la competencia potencial responde a precios de largo plazo esperados y en consecuencia tiende a ser activada por mayores incrementos de precios. Tercero, el alcance de los efectos de precio también difiere. De nuevo, porque es rápida y dado que los competidores la anticipan, la sustitución por el lado de oferta afecta los precios pre-entrada y post-entrada, mientras la entrada potencial afecta solamente los precios post-entrada porque la competencia debe producirse para ser efectiva."<sup>933</sup>*

<sup>928</sup> Comunicación sobre la definición del mercado, punto 24. La distinción entre la intercambiabilidad desde el punto de vista de la oferta y la competencia potencial puede resultar más difícil en los mercados de comunicaciones electrónicas que en otros por el dinamismo que les caracteriza. Lo importante, sin embargo, es que se tenga en cuenta la entrada potencial de otros proveedores en alguna fase del análisis del mercado pertinente, sea en la fase inicial de definición del mercado, sea en la fase posterior de evaluación del poder de mercado (PSM).

<sup>929</sup> Comisión Europea. 2002/C 165/03 en las "Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas"

<sup>930</sup> Los mercados deben ser definidos antes de que el grado de competencia existente en un mercado pueda ser analizado. La sustitución por el lado de la oferta es en consecuencia examinada antes que la competencia potencial. El examen de la competencia potencial sólo se trae a colación cuando los mercados han sido definidos y la autoridad (en este caso la Comisión) se pregunta si la posición adquirida por una o varias empresas se presenta cuestionable por la posibilidad de que otras empresas puedan entrar al mercado. La existencia de competencia potencial efectiva es un argumento para concluir que no puede existir poder significativo de mercado por parte de la empresa (s) respectiva toda vez que las presiones competitivas son lo suficientemente fuertes como para hacer desafiante el mercado en cuestión.

<sup>931</sup> En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la sustituibilidad debe ser entendida, en ese caso, como el resultado de una percepción por el proveedor. Esto en contraste con la sustitución por el lado de la demanda, donde la sustituibilidad es analizada a los ojos de los consumidores.

<sup>932</sup> NIHOUL, P y RODFORD, P. Ob. Citada. p. 202 (traducción propia)

<sup>933</sup> NIHOUL, P y RODFORD, P. Ob. Citada. P. 202 (traducción propia)

De esa manera, mientras es sustituto en la oferta aquel competidor que, no estando en el mercado relevante, puede proceder a la provisión del bien o servicio -o un sustituto suyo- de manera rápida y sin incurrir en costos hundidos, el concepto de "competidor potencial" entraña la entrada probable de un competidor en el mediano plazo, incurriendo en tales costos.

Como de tiempo atrás lo había señalado la entonces existente Office of Fair Trading (OFT) del Reino Unido, la afirmación acerca de la existencia de competencia potencial es más persuasiva si existe evidencia completamente documentada de planes para ingresar a un mercado, o si existen pruebas sólidas de entrada exitosa en la reciente historia del mercado, como sería el caso de un registro histórico de entrada en el mercado (o mercados relacionados), incluida la evidencia de que los nuevos participantes alcanzaron en un período de tiempo relativamente corto una cuota de mercado suficiente para convertirse en competidores efectivos<sup>934</sup>.

Adicionalmente, para hacer hincapié en el impacto que tienen estas barreras a la entrada en la competencia en el mercado, se debe indicar que en el análisis realizado por Fernández (2017)<sup>935</sup>, la autora relaciona los elementos a los que se ha hecho referencia en la sección 8.1.4 del presente acto administrativo -costos hundidos, economías de escala, posicionamiento de marca, etc.- con los aspectos que le asignan a los operadores móviles ventajas de primer jugador al entrar de manera anticipada al mercado, citando trabajos de Schmalensee (1982) y Gerpott et al. (2001) para identificar el efecto del posicionamiento de marca, y de Schmalensee (1981) para los efectos de los costos hundidos y economías de escala. El desarrollo del artículo demuestra empíricamente las ventajas competitivas con las que cuentan los operadores establecidos y la presión negativa que ejercen sobre los beneficios que obtienen los operadores entrantes tardíos.

En este sentido, las barreras a la entrada de tipo económico a las que se ha hecho referencia en sección 8.1.4 les brindan a los operadores establecidos ventajas de primer jugador que inciden en su participación de mercado de largo plazo, y la evidente desventaja en la que se encuentran los operadores entrantes. Frente a esta ventaja de primer jugador, Bijwaard, Janssen y Maasland (2008)<sup>936</sup> analizan empíricamente hasta qué punto los operadores entrantes tardíos en la industria de telefonía móvil en Europa tienen una desventaja frente a los operadores establecidos o entrantes tempranos, llegando a la conclusión de que existe una clara ventaja para los operadores establecidos y entrantes tempranos sobre los entrantes tardíos. De hecho, a partir de la diferencia en años de entrada al mercado y la penetración del servicio es posible estimar la participación de mercado a la que puede aspirar un operador entrante tardío, ostensiblemente inferior a la de sus contrapartes. Esto constituye en sí mismo una barrera a la entrada, en la medida en la que nuevos operadores saben de antemano que su impacto en el mercado en términos de volumen de negocio no va a ser significativo, lo que a su vez implica que no alcanzará una escala eficiente que le permita competir en igualdad de condiciones con los operadores establecidos.

A partir de la literatura revisada es claro que el impacto de un operador entrante en el mercado en términos de competencia, concentración, participación de mercado, ganancias, etc., es bajo. Las barreras a la entrada que persisten en la industria le asignan una ventaja de primer jugador a los operadores establecidos, de tal suerte que los nuevos agentes están destinados a tener un rol secundario en el mercado si es que logran subsistir una vez adentro. Por lo demás, la competencia potencial como elemento de análisis de la dominancia de un agente, está orientada a analizar si es factible, atendidas las circunstancias del mercado, la entrada real -no la posibilidad hipotética y abstracta- de algún operador en el corto y mediano plazo con potencial de ser un competidor efectivo, de manera que la sola probabilidad discipline al presunto dominante. La evidencia empírica da cuenta que ese competidor efectivo con capacidad de disciplinar en el corto y mediano plazo al proveedor dominante no existe, y **COMCEL** no ha probado que exista.

Tal como se ha explicado, la secuencialidad con la que las autoridades normalmente asignan permisos de uso de espectro, los requisitos que se deben cumplir y los costos en que se debe incurrir para obtener ese permiso, los costos hundidos que enfrenta cualquier operador que ingresa al mercado, las economías de escala y alcance con las que cuentan los operadores establecidos (en especial **COMCEL**) y la desventaja en el acceso a recursos financieros,

<sup>934</sup> OFFICE OF FAIR TRADING (OFT). Assessment of market power. Understanding competition law (2004)

<sup>935</sup> FERNANDEZ MACHADO, R. Essays on empirical industrial organization: Entry and innovation Tilburg: CentER, Center for Economic Research. 2017.

<sup>936</sup> BIJWAARD, G., JANSSEN, M., y MAASLAND, E., Early mover advantages: An empirical analysis of European mobile phone markets. Telecommunications Policy 32. 2008. pp. 246-261.

corresponden a barreras de tipo económico que minimizan el posible efecto de la competencia potencial.

En todo caso, en aras de profundizar aún más en este aspecto y determinar la competencia potencial que puede tener el mercado de "Servicios Móviles", a continuación, se adelanta un **análisis prospectivo** de la evolución del mismo. Este análisis se presenta en virtud del artículo 10 de la Resolución 2058 de 2009, el cual determina que "*para establecer los operadores que ostentan posición dominante en un mercado relevante susceptible de regulación ex ante, la CRT realizará un análisis de competencia en el cual se tenga en cuenta, entre otros criterios, los indicadores de concentración y de participación de los operadores en el mercado, así como un análisis prospectivo de la evolución del mercado*". En línea con el documento de soporte "Propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes en Colombia" de diciembre de 2008, dicho análisis prospectivo incluye una revisión de los factores que inciden en el desarrollo del mercado relevante hacia el futuro. Cabe anotar que el análisis con enfoque prospectivo hace parte de las prácticas internacionales regulatorias en materia de definición de mercados relevantes y evaluación de dominancia o poder significativo de mercado (PSM). Por ejemplo, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, en la Directiva Marco 2002/21/CE relativa al marco regulatorio común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, establece que los análisis de competencia efectiva deben "*incluir un análisis de si, en prospectiva, el mercado es competitivo y, por lo tanto, si la falta de competencia efectiva tiene carácter duradero*"<sup>937</sup>.

De esta manera, en los siguientes apartados se presenta un análisis prospectivo de las perspectivas de cambios en la dinámica competitiva en los mercados móviles en Colombia para los próximos años, como consecuencia de la participación de competidores (existentes y nuevos) que han recibido o podrán recibir nuevos bloques de espectro radioeléctrico. El análisis consiste inicialmente (Sección 8.1.5.1) en una revisión de la experiencia de entradas previas de competidores a los mercados móviles en Colombia, tanto OMR como OMV. En segundo lugar (Sección 8.1.5.2) se presenta una revisión internacional de la experiencia de siete países en la realización de subastas de espectro para servicios móviles y los efectos que estas asignaciones han tenido en la dinámica competitiva de los mercados móviles. La Sección 8.1.5.3 incluye un análisis de los resultados de la subasta de espectro realizada en 2019 en Colombia y de sus posibles efectos en la competencia en los mercados. Luego, la Sección 8.1.5.4 presenta el análisis de perspectivas en competencia como consecuencia de la implementación de la política de entrada de servicios 5G en el país. Finalmente, en la sección 8.1.5.5 se precisan las conclusiones que se obtienen de este análisis prospectivo del mercado de "Servicios Móviles".

#### **8.1.5.1. Experiencia entradas previas al mercado móvil colombiano**

Los operadores que han entrado a prestar servicios en este mercado con posterioridad a 2009, año en que se expidió la Ley 1341, recientemente modificada por la Ley 1978 de 2019, se pueden clasificar en dos categorías: Operadores Móviles de Red (OMR) y Operadores Móviles Virtuales (OMV).

##### **(i) Operadores Móviles de Red (OMR)**

Como se ha mencionado, los OMR son operadores móviles que han recibido asignaciones de espectro, que cuentan con red propia, y que operan en mercados mayoristas y minoristas de voz y datos móviles. Existen dos OMR que han entrado al mercado móvil colombiano con posterioridad al año 2009. De una parte, Avantel fue adjudicatario de espectro en 2013 (30MHz en la banda AWS), y ha operado desde entonces como OMR bajo un esquema mixto de operación con red propia y operación bajo acceso a Roaming Automático Nacional (RAN). Por su parte, ETB, en alianza con TIGO, fue también adjudicatario de espectro en 2013 (30 MHz en la banda AWS) y su operación también corresponde a un esquema mixto, en el que el acceso de red mayorista se soporta en la red de TIGO.

##### **(ii) Operadores móviles virtuales (OMV)**

Tal como se señaló en la sección 8.1.4, los OMV son operadores móviles cuyo modelo de negocio no incluye el ser adjudicatarios de espectro ni desplegar redes propias. Estos operadores acceden

<sup>937</sup> Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de la redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), numeral 27.

a las redes móviles de los OMR, bajo los principios para acceso e interconexión establecidos en la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, y en el Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, con el objetivo de prestar servicios en los mercados móviles minoristas. A marzo de 2020, siete OMV habían entrado al mercado móvil colombiano: Móvil Éxito, Flash Mobile, Suma Móvil, Uff Móvil, ETB, UNE-EPM y Virgin Mobile. De acuerdo con las cifras del MinTIC<sup>938</sup>, Uff Móvil inició la prestación de servicios minoristas en los mercados de voz móvil e Internet móvil en 2011 y cerró operaciones en 2018; ETB prestó servicios móviles bajo esta modalidad hasta el 2013, año en que fue adjudicatario de espectro en alianza con TIGO; UNE-EPM inició operaciones en 2012 -empresa que dejó de ser OMV al fusionarse con el OMR TIGO-, Móvil Éxito y Virgin Mobile iniciaron operaciones en 2013, y Suma Móvil y Flash Mobile iniciaron en 2018. Estos OMV han operado mediante la utilización de las redes de dos OMR: MOVISTAR y TIGO.

(iii) Evolución de participaciones de mercado de los entrantes – OMR y OMV

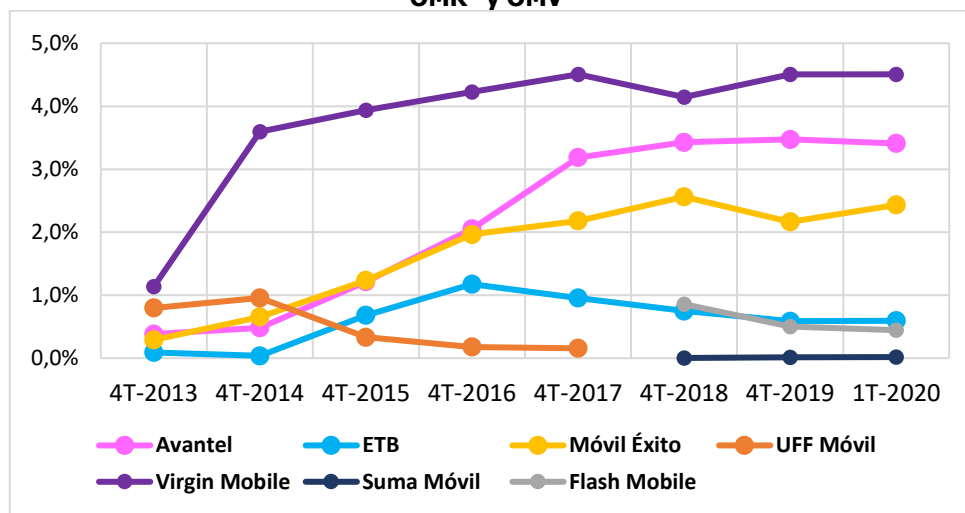
A continuación, se presentan los resultados que han alcanzado cada uno de los operadores -OMR y OMV- que han entrado al mercado móvil colombiano con posterioridad a 2009. Estos resultados se presentan en términos de participaciones de mercado, en usuarios, tráfico e ingresos, para los casos de los servicios de voz móvil y servicios de Internet móvil.

a. Servicio de Voz móvil

En términos de usuarios, las participaciones de mercado de cada uno de los diferentes operadores se han mantenido por debajo del 5%. Virgin Mobile (OMV) es el operador entrante que ha alcanzado la mayor participación de mercado con 4.5% en 2017 y 1T-2020. En segundo lugar, está Avantel (OMR) que alcanzó una participación del 3.4% en 1T-2020. A estos operadores le siguen Móvil Éxito (OMV) con 2.4% en 1T-2020, ETB (OMR) con 0.6% en 2019 y Flash Mobile con 0.44% en el mismo año. En conjunto, los OMR entrantes alcanzaron una participación de 4% en el primer trimestre de 2020 mientras que los OMV llegaron a una participación total de 7.4% en el mismo período. En síntesis, los operadores que entraron a desafiar el mercado móvil ya sea como OMR u OMV en sus más de 6 años de operación, de manera conjunta ni siquiera alcanzan 12 puntos de participación en términos de usuarios (ver Gráfica 61).

En relación con el tráfico de voz, las participaciones de mercado de cada uno de los entrantes no han superado el 2%. Avantel es el operador entrante que ha alcanzado una mayor participación con 1.7% en 2019, y para el primer trimestre de 2020 descendió a 1.2%. Siguen en magnitud Virgin Mobile con 0.6%, Flash Mobile y ETB con 0.3% cada uno en el mismo año (2020). Por su parte, Móvil Éxito alcanza a 2020 apenas 0.2% y Suma Móvil ni siquiera llega al 0.1%. Con esto, en el primer trimestre 2020 los OMR que ingresaron al mercado desde 2013 alcanzaron en conjunto una participación de mercado medida en términos de tráfico de 1.5%, mientras que los OMV llegaron a una participación conjunta de 1.2% (ver Gráfica 62).

**Gráfica 61. Participación de mercado en términos de líneas del servicio de voz móvil: "Otros OMR" y OMV**

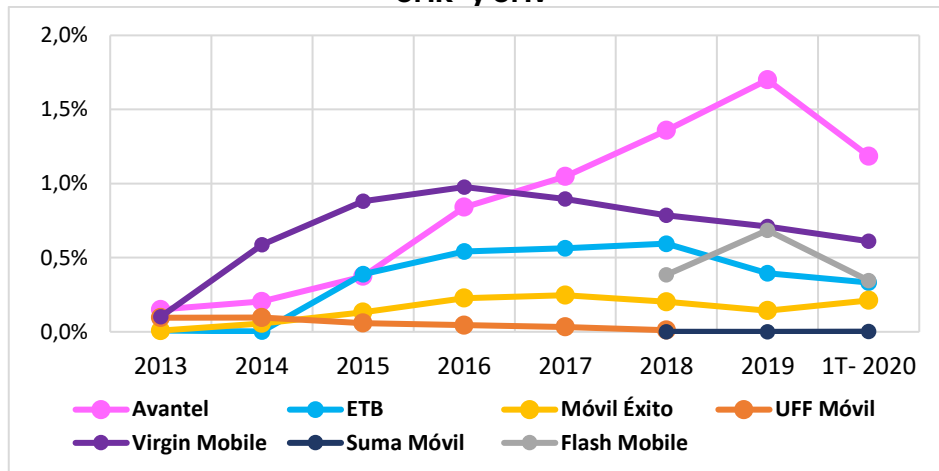


Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

<sup>938</sup> Sistema Colombia TIC



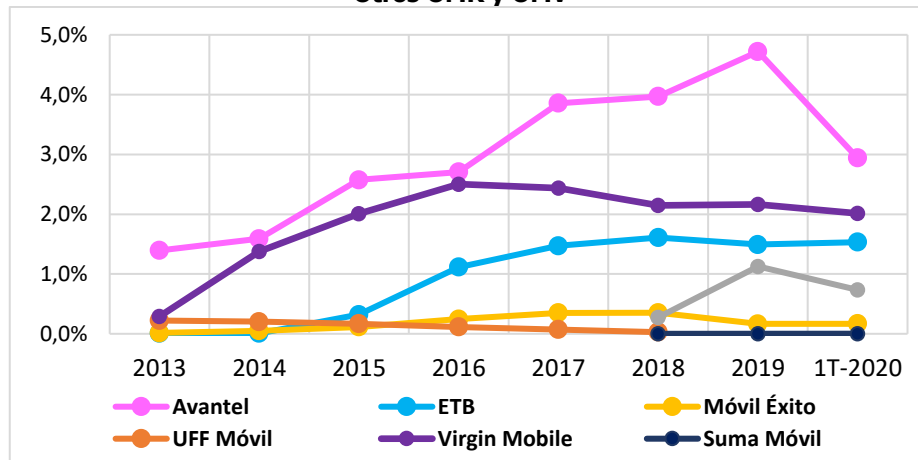
**Gráfica 62. Participación de mercado en términos de tráfico del servicio de voz móvil: "Otros OMR" y OMV**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

Adicionalmente, en términos de ingresos, las participaciones de mercado históricas de cada uno de los operadores que entraron desde 2011 al mercado se han mantenido por debajo del 5%. Avantel es el operador que ha mantenido las mayores participaciones, registrando al final del primer trimestre de 2020 un 2.9%. En segundo lugar, ha estado tradicionalmente Virgin Mobile, que alcanzó una participación de 2% en el 1T-2020. A estos operadores les siguen ETB con 1.5%, Flash Mobile con 0.7% y Móvil Éxito con 0.2% (ver Gráfica 63). Así, entonces, sumando la participación en términos de ingresos de todos los proveedores móviles con la excepción de los incumbentes (**COMCEL**, **MOVISTAR** y **TIGO**), en su mejor año ni siquiera llega al 10% del mercado (2019-9.7%), dejando en evidencia la poca presión competitiva que ejercen dichos actores.

**Gráfica 63. Participación de mercado en términos de ingresos del servicio de voz móvil: "Otros OMR y OMV"**

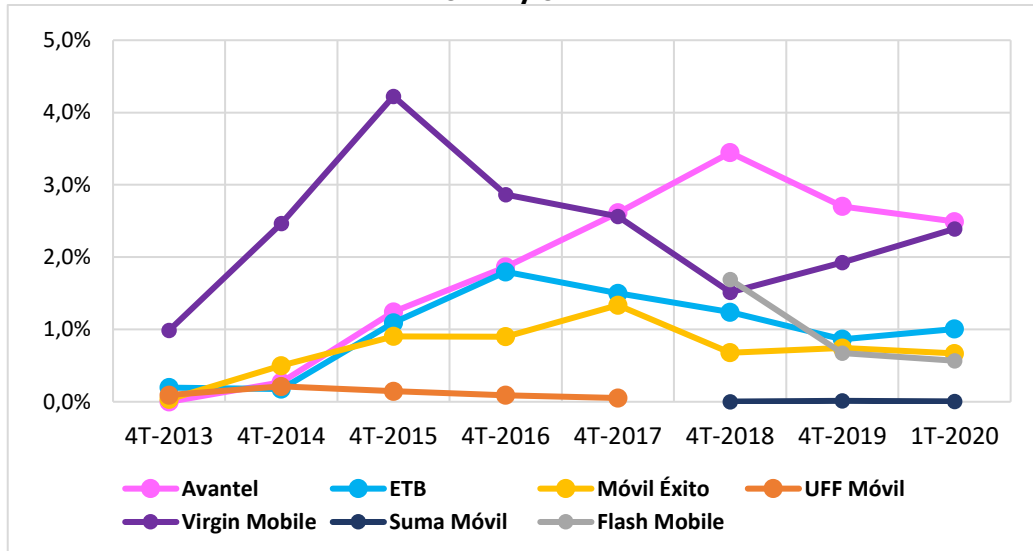


Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

b. Servicio de Internet móvil

En relación con el número de conexiones del servicio de Internet móvil a través de un teléfono celular, las participaciones de los operadores entrantes no han superado el 4.5%. Virgin Mobile alcanzó a llegar a una participación del 4.2% en el último trimestre de 2015, pero desde dicho periodo comenzó a decrecer hasta llegar a 2.4% en el primer trimestre de 2020. Por su parte, Avantel alcanzó una participación de 3.4% en 2018, la cual se redujo a 2.5% en el último periodo observado. ETB, Móvil Éxito, Flash Mobile y Suma Móvil, por su parte, en conjunto registraron una participación de 2.2% en el primer trimestre de 2020. En total, los OMR diferentes a los establecidos alcanzaron el 3.5% de participación en el primer trimestre de 2020 mientras que los OMV llegaron a una participación agregada de 3.6% en el mismo periodo (ver Gráfica 64).

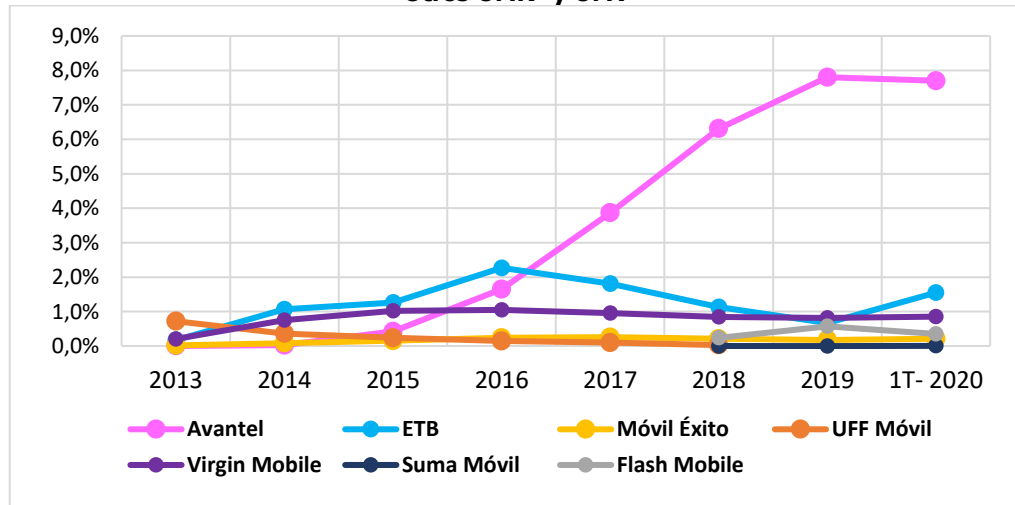
**Gráfica 64. Participación de mercado en términos de conexiones de Internet móvil: "Otros OMR" y OMV**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

Respecto del tráfico de Internet móvil, se observa que las participaciones de mercado se han mantenido por debajo del 8%. Avantel ha tenido una evolución creciente en su participación, alcanzando un 7.8% en 2019, con un marginal decrecimiento en el último periodo observado (7.7%). Los demás entrantes -Virgin Mobile, ETB, Flash Mobile, Móvil Éxito y Suma- han tenido participaciones inferiores al 2.5% durante el periodo de análisis, y en el primer trimestre de 2020, excepto ETB (1.6%), todos tienen una proporción inferior al 1%. De esta manera, en el periodo 1T-2020 los OMR entrantes tenían en conjunto una participación de 9.2%, mientras que los OMV apenas suman un 1.6% en términos de tráfico cursado (ver Gráfica 65).

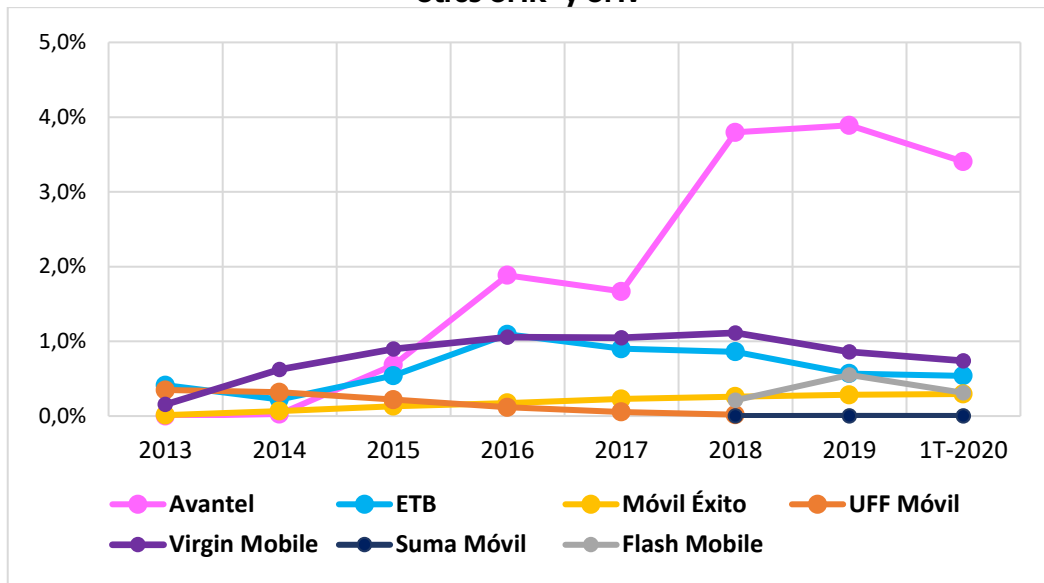
**Gráfica 65. Participación de mercado en términos de tráfico del servicio de Internet móvil: "Otros OMR" y OMV**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

Finalmente, en relación con los ingresos, las participaciones de mercado han sido inferiores al 4% a lo largo del periodo analizado. Avantel registró una participación de 3.9% en 2019. Los demás operadores entrantes -Virgin Mobile, ETB, Flash Mobile, Móvil Éxito y Suma- tenían cada uno participaciones inferiores al 1% tanto en el 2019 como en el primer trimestre de 2020. En total, los OMR entrantes registraron una participación conjunta del 4% en el periodo 1T-2020, mientras que los OMV a duras penas alcanzaron una participación agregada en términos de ingresos de 1.4% en el mismo periodo (ver Gráfica 66)

**Gráfica 66. Participación de mercado en términos de ingresos del servicio de Internet móvil: "Otros OMR" y OMV**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

De esta manera, la revisión de la evolución de las participaciones de mercado de los operadores que han entrado al mercado móvil desde 2013, bien sea en calidad de OMR o de OMV, permite señalar que: (i) en los servicios de voz móvil, en un periodo de 8 años, los operadores que recién ingresaron al mercado han alcanzado participaciones particulares de mercado que no superan el 4.7% medidas éstas por usuarios o ingresos, y el 2.7% medidas por tráfico; y (ii) en el servicio de Internet móvil, en el periodo 2013-2020 los operadores entrantes han alcanzado participaciones no superiores a 4.2% en usuarios, 7.8% en tráfico y 3.9% en ingresos. En este sentido, los operadores entrantes hasta la fecha no han competido por grandes participaciones de mercado, dejando en evidencia las dificultades para ejercer presiones competitivas en los mercados móviles. Así, de manera consecuente con el análisis presentado por la CRC en el Documento de *Revisión de Mercados de Servicios Móviles* en 2016, se puede concluir que los operadores entrantes -OMR y OMV- no han podido dinamizar de manera significativa y sostenida los mercados de servicios móviles en Colombia en la magnitud requerida para mitigar el poder de **COMCEL** y mucho menos garantizar la existencia de una competencia efectiva en el mismo.

**8.1.5.2. Experiencia internacional reciente en asignaciones de espectro y su efecto en la competencia**

En esta sección se presenta una revisión de la experiencia de siete países<sup>939</sup> – Brasil, Chile, México, Perú, Canadá, Italia y Suiza- en la realización de asignaciones de espectro para servicios móviles a partir de 2010, y los posibles efectos que estas asignaciones han tenido en la dinámica competitiva de los mercados móviles en dichos países. Los casos de los países se presentan en orden cronológico, según el año en que se realizaron las respectivas asignaciones de espectro.

**8.1.5.2.1. Revisión de asignaciones de espectro y entorno competitivo en siete países**

**a. México**

- Subasta

En México, el Instituto Federal de las Telecomunicaciones (IFT), anteriormente COFETEL, ha realizado 4 subastas de espectro desde 2010: la Licitación #20 (2010), en la que se otorgaron 3 lotes de 2x5MHz en la banda de 1900 MHz; la Licitación #21 (2010), en la que se adjudicaron cuatro lotes regionales de 2x5MHz en la banda AWS-1 a Telcel y AT&T (2 lotes cada uno), y 4

<sup>939</sup> Estos siete países se escogieron para análisis en atención a dos criterios: (i) Países de OCDE y/o de América Latina que realizaron asignación de espectro 4G en el periodo 2014-2019 y sobre los que existe información disponible sobre las respectivos procesos y la evolución de los mercados móviles antes y después de las mismas; y (ii) inclusión de casos de Chile y Perú, por ser casos de referencia en la región sobre mercados móviles en los que operadores entrantes han presentado aumentos en sus participaciones de mercado.

lotes en la banda AWS-3 a Telcel; la Licitación #3 (2016), en la que se adjudicaron 4 lotes en el espectro de AWS-1 a Telcel y AT&T (2 lotes cada uno), y 4 lotes adicionales en la banda AWS-3 asignados a Telcel; y la Licitación #7 (2018), en la que se subastó la banda de 2,5GHz a 20 años de vigencia, dividida en 4 lotes de 2×10MHz (para uso con tecnología *Frequency Division Duplex* - FDD) y 2 lotes de 20MHz (para uso con tecnología *Time Division Duplex* - TDD)<sup>940</sup>.

En esta última subasta, en particular, se establecieron límites de acumulación de espectro en función de las tenencias totales de espectro de los operadores. Este límite se definió en 32.5% del espectro otorgado en los últimos 20 años (aproximadamente 195MHz en total), por lo que Telcel, el mayor operador en el mercado móvil mexicano, no se registró para participar en la subasta, lo que dejó dos participantes elegibles: AT&T y Telefónica. En consecuencia, el espectro subastado en 2018 fue adquirido por AT&T, que ganó dos lotes de 2×10MHz en la categoría TDD y dos lotes adicionales en la categoría FDD; y por Telefónica, que obtuvo los dos lotes restantes en la categoría FDD<sup>941</sup>. Estos 2 adjudicatarios pagaron cerca de MXN \$2,1 mil millones (USD \$94,2 millones)<sup>942</sup> por la adjudicación, sumados a aproximadamente MXN \$44,4 mil millones (USD \$2,0 mil millones)<sup>943</sup> por el pago de derechos de uso del espectro<sup>944</sup>. Además, debieron comprometerse con los requisitos de cobertura impuestos por el gobierno para poblados entre 1,000 y 5,000 habitantes<sup>945</sup>.

De esta manera, antes de la Licitación #7 de 2018 Telcel tenía casi el 30% del espectro IMT en México, mientras que AT&T y Telefónica apenas poseían el 20.4% y el 10.7%, respectivamente. Tras la subasta, los porcentajes de tenencia de espectro pasaron a ser 33.7% para AT&T, y 17.4% para Telefónica<sup>946</sup>.

- Evolución del entorno competitivo

En 2010, año en que se llevaron a cabo las primeras 2 de las 4 subastas descritas, Telcel contaba con el 70.4% de las líneas móviles activas en México, participación que se redujo a 64.9% en 2016, y a 62.4% en 2019. Telefónica, el otro operador incumbente del mercado, experimentó un aumento al pasar de 21.6% a 23.3% entre 2010 y 2016, para luego registrar una cuota de 20.6% en 2019. AT&T, a su vez, actualmente el tercer operador móvil en México compró e integró en 2015 a los operadores Iusacell, Unefon y Nextel, que poseían colectivamente cerca del 8% de la cuota de mercado en 2010, para luego aumentar su participación a 10.7% en 2016 y posteriormente a 15.3% en 2019, ya bajo el nombre de AT&T. Entre 2014 y 2016, así mismo, entraron a este mercado diferentes OMV a ofrecer servicios de telefonía móvil, tales como Virgin Mobile, QboCel, Weex, Maz Tiempo y Flash Mobile, entre otros, alcanzando una participación agregada en el mercado móvil del 1.1% en 2016 y 1.7% en 2019<sup>947</sup>.

Al comparar estas participaciones entre los dos grandes operadores (Telcel y Telefónica) respecto al tercer operador (AT&T), se observa que tras las subastas de 2016 y 2018 ganó 4.4 puntos porcentuales de participación de mercado (entre 2016 y 2019), cifra similar a la que perdieron los grandes operadores (5.2 puntos porcentuales) en el mismo periodo.

Las subastas llevadas a cabo en este país entre 2010 y 2018 han generado efectos positivos en el crecimiento y tamaño del mercado móvil, pues tan solo entre 2012 y 2016 la banda ancha móvil casi triplicó su número de suscripciones, pasando de 24,5 a 74,5 millones<sup>948</sup>. No obstante, pese al aumento en participación por parte del tercer operador, lo cierto es que los grandes operadores (Telcel y Telefónica) siguen concentrando el 83% del mercado, con una participación superior al 60% por parte de Telcel, catalogado por el regulador mexicano como operador preponderante.

<sup>940</sup> Aetha (2018). *Estudio sobre la Valuación y Determinación de Derechos para Bandas IMT en México*.

<sup>941</sup> Infotec (2019). *Análisis y Evaluación de la Licitación No. IFT-7*.

<sup>942</sup> Tasa de cambio de MXN \$1 equivalente a USD \$0,045 del 25 de julio de 2020.

<sup>943</sup> *Ibid.*

<sup>944</sup> Infotec (2019). *Análisis y Evaluación de la Licitación No. IFT-7*.

<sup>945</sup> Otero, J.F. (agosto 8, 2018). Subasta IFT 7. *El Economista*.

<sup>946</sup> Infotec (2019). *Análisis y Evaluación de la Licitación No. IFT-7*.

<sup>947</sup> OECD (2017). *OECD Telecommunication and Broadcasting Review of Mexico 2017*. OECD Publishing, Paris; Telesemana.com (2019). Panorama de Mercado – México. Disponible en <<https://www.telesemana.com/panorama-de-mercado/mexico/>>; y Expansión (15 de marzo de 2011). Movistar le gana Territorio a Telcel. *Expansión*.>

<sup>948</sup> OECD (2017). *OECD Telecommunication and Broadcasting Review of Mexico 2017*. OECD Publishing, Paris

**b. Brasil**

- Subasta

ANATEL realizó en 2014 la licitación de la banda de 700 MHz para 4G LTE. En esta, los operadores establecidos en el mercado, Claro, TIM y Vivo, lograron 10 MHz cada uno a nivel nacional, mientras que Algar Telecom, también incumbente, obtuvo 10MHz para 87 municipios. En esta licitación no participaron Oi, el cuarto operador móvil con alcance nacional en su momento, ni Nextel. Las obligaciones para los adjudicatarios incluyeron costos de limpieza de la banda de 700 MHz estimados en US\$ 1,100 millones. El recaudo total de la licitación para el Estado alcanzó los US\$ 2,400 millones, al tipo de cambio de ese momento<sup>949</sup>.

- Evolución del entorno competitivo

En el periodo previo a la licitación, al cierre de 2013, los operadores con mayor participación en el mercado móvil (voz y datos) por número de suscriptores en Brasil eran Vivo (Telefónica), con 29.1%; TIM, con 26.9%; y Claro, con el 24.9% del mercado; seguidos de Oi, con 18.8% y otros competidores menores. Al año siguiente a la subasta, en 2015, este mismo indicador registraba muy pocos cambios respecto a la situación de mercado en 2013, de forma que la estructura competitiva no cambió: Vivo quedó con el 28.4% del mercado; TIM, 25.7%; Claro, 25.7%; Oi, 18.7%, y los demás apenas el 1.7%<sup>950</sup>.

Al estudiar la composición del mercado móvil de voz y datos en 2018, se observa que Vivo ganó liderazgo al alcanzar una participación en el mercado por número de accesos de 32.9%, mientras que TIM, Claro y Oi redujeron moderadamente su participación hasta 24% (TIM y Claro), y 16.2% (Oi). Para este mismo periodo, los OMV representaban el 0.6% del mercado móvil, a pesar de que existen 9 operadores de este tipo en el país<sup>951</sup>.

A pesar de la licitación realizada en 2014, en la actualidad los cuatro mayores operadores en Brasil, todos establecidos, concentran más del 96% del mercado, y el operador líder del mercado -Vivo- aumentó su participación de 29.1% a 32.9%. No obstante, esta estructura competitiva puede modificarse en los próximos años, considerando el proceso de consolidación que se espera tras la quiebra de Oi, y el anuncio de compra de Nextel por parte de América Móvil<sup>952</sup>. Junto con esto, ANATEL tiene planeado también realizar una nueva licitación de espectro para bloques adicionales de la banda de 700 MHz, y nuevos bloques en las bandas de 2.3, 3.5 y 26 GHz, a principios de 2021<sup>953</sup>.

**c. Canadá**

- Subasta

Entre enero y febrero de 2014 se llevó a cabo en Canadá la subasta de espectro para la frecuencia de 700 MHz, en la cual participaron 10 empresas y se adjudicaron 97 licencias a 8 participantes por un monto que ascendió a CAN\$5.3 mil millones (US \$3.9 mil millones)<sup>954</sup>, los cuales se depositaron en el Fondo de Ingresos Consolidados (*Consolidated Revenue Fund*). Los principales adjudicatarios resultaron ser los incumbentes Bell, con 31 licencias; TELUS, con 30; y Rogers, con 22. Las restantes 14 licencias adjudicadas se repartieron entre los demás operadores que obtuvieron entre 1 y 7 licencias cada uno<sup>955</sup>.

<sup>949</sup> 5G Americas (2019). *Estado de las Bandas de Espectro Radioeléctrico en América Latina*.

<sup>950</sup> Mielke, A.C. (2016). *Concentración de las telecomunicaciones en Brasil y las amenazas resultantes de la desregulación del sector*.

<sup>951</sup> Telesemana.com. (junio de 2020). Panorama de Mercado – Brasil. Disponible en < <https://www.telesemana.com/panorama-de-mercado/brasil/>>

<sup>952</sup> Bnamericas. (2020). Radiografía a últimas M&A del mercado de telecomunicaciones. Disponible en: <https://www.bnamericas.com/es/reportajes/radiografia-a-las-ultimas-ma-del-mercado-latinoamericano-de-telecomunicaciones>

<sup>953</sup> Carreño, I. (junio 26, 2020). Subasta 5G en Brasil se realizaría el primer trimestre de 2021: Anatel. *dpl news*.

<sup>954</sup> Utilizando la tasa de cambio de US \$1 por CAN \$1,34 del 24 de julio de 2020.

<sup>955</sup> Government of Canada. 700 MHz Auction (2014). Disponible en <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/eng/h\\_sf10598.html](https://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/eng/h_sf10598.html)>

- Evolución del entorno competitivo

De acuerdo con el *Canadian Media Concentration Research Project* (CMCRP), en este país para el periodo previo a la subasta, en 2013, existía una alta concentración en la tenencia del espectro en uso, pues los 3 mayores operadores (establecidos durante décadas en el mercado), Rogers, Bell y TELUS controlaban el 93% del mismo, y así había sido durante un buen tiempo<sup>956</sup>. De manera similar, al cierre de ese mismo año, esos 3 mismos operadores incumbentes contaban con una participación conjunta de mercado, en términos de ingresos, de 92%: Rogers, 35%; Bell, 29%; y TELUS, 28%. Por su parte, los operadores entrantes<sup>957</sup> contaban con una cuota del 3%, y otros operadores<sup>958</sup> con el restante 5%. Al analizar las participaciones en términos de usuarios, de forma similar a las cuotas en términos de ingresos, se observa lo siguiente: Rogers: 34%; Bell y TELUS, 28% cada una; operadores entrantes: 5%, y otros: 5%<sup>959</sup>.

Al revisar las cifras 4 años después de la subasta, en 2018, estos 3 mismos operadores incumbentes contaban con el 90.7% del mercado (participación por ingresos)<sup>960</sup>, y registraban cerca del 89.2% del total de suscriptores de servicios móviles<sup>961</sup>. Es decir, que apenas redujeron su participación conjunta en cerca 1.3 y 0.8 puntos porcentuales en ingresos y usuarios, respectivamente, en los cuatro años analizados.

Estas tendencias se pueden explicar en parte por los resultados de la subasta de 2014, considerando que tanto Bell como Rogers y TELUS obtuvieron el 85,2% de las 97 licencias adjudicadas. Más aún, cifras del regulador canadiense (*Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*), muestran que en las demás subastas recientes realizadas en el país<sup>962</sup>, 74.4% del espectro disponible fue obtenido por estos 3 grandes operadores, dejando al resto de los competidores con la porción remanente<sup>963</sup>.

#### d. Chile

- *Concurso Público (Beauty Contest)*<sup>964</sup>

En 2014, la Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (SUBTEL) puso a disposición de los operadores 90 MHz para la adjudicación de la banda de 700 MHz en la modalidad de concurso público (Beauty Contest), con el fin de complementar la banda de 2.6 GHz y permitir un mejor despliegue de los servicios de 4G en el país. Tras el concurso de belleza realizado, los 3 mayores operadores, ya establecidos en el mercado, obtuvieron asignaciones de la siguiente manera: Entel obtuvo 30MHz (US\$ 12.3 millones al momento del concurso); Movistar obtuvo 20MHz (US\$ 7.6 millones), y Claro obtuvo 20MHz (US\$ 723,000). Entre las condiciones que debían cumplir los operadores para contar con el espectro, adicional al proyecto técnico planteado por cada uno, estaban ofrecer conexión de telefonía móvil y datos a 1,281 localidades en zonas aisladas, y 500 escuelas municipales y subvencionadas<sup>965 966</sup>

<sup>956</sup> CMCRP (2014). *Mobile Wireless in Canada: Recognizing the Problems and Approaching Solutions*.

<sup>957</sup> De acuerdo con CMCRP, los entrantes hacen referencia a las nuevas empresas que adquirieron espectro en la subasta AWS de Industry Canada en 2008 y ya estaban operando como competidores de Bell, Telus y Rogers en 2013. Estos operadores incluyen: Data & Audio Visual Enterprises Wireless; Globalive Wireless Management Corp., que opera como WIND Mobile; Videotron G.P; y más recientemente, Bragg Communications Inc., que opera como Eastlink.

<sup>958</sup> De acuerdo con CMCRP, esta categoría incluye proveedores de servicios de telecomunicaciones como MTS Allstream, SaskTel y otros proveedores pequeños.

<sup>959</sup> Government of Canada (Octubre 16, 2014). *Communications Monitoring Report 2014: Telecommunications Sector*. Disponible en <<https://crtc.gc.ca/eng/publications/reports/PolicyMonitoring/2014/cmr5.htm#s5-4>>

<sup>960</sup> Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (2020). *Communications Monitoring Report 2019*.

<sup>961</sup> Ozelkan, E. (abril 18, 2018). *Canada's Big Three Telecom Providers Set to Lose Market Share*. *IBISWorld*.

<sup>962</sup> En las frecuencias de 750 MHz y AW-3.

<sup>963</sup> Ozelkan, E. (abril 18, 2018). *Canada's Big Three Telecom Providers Set to Lose Market Share*. *IBISWorld*.

<sup>964</sup> En junio de 2018, el Poder Judicial en Chile interpretó que el tope de 60 MHz fijado desde 2009 seguía vigente y era aplicable para el proceso de la banda de 700 MHz, resolviendo que las concesiones de la banda de 700 MHz subastadas ponían la tenencia de los operadores sobre el límite permitido. Como consecuencia, la sentencia judicial ordenó a los operadores móviles devolver el equivalente al espectro obtenido en la subasta de 700 MHz y para ello podrían elegir las bandas sujetas a devolución. El proceso continúa abierto.

<sup>965</sup> 5G Americas (2019). *Estado de las Bandas de Espectro Radioeléctrico en América Latina*.

<sup>966</sup> En junio de 2018, el Poder Judicial en Chile interpretó que el tope de 60 MHz fijado desde 2009 seguía vigente y era aplicable para el proceso de la banda de 700 MHz, resolviendo que con las concesiones de la banda de 700 MHz subastadas los operadores habían superado el límite permitido. Como consecuencia, la sentencia judicial ordenó a los operadores móviles devolver el equivalente al espectro obtenido en la subasta de 700 MHz y para ello podrían elegir las bandas sujetas a devolución, proceso que se halla en curso.

- Evolución del entorno competitivo

Al cierre de 2013, en el servicio de Internet móvil (3G y 4G), Movistar contaba con una participación por número de conexiones del 42.9% del mercado, mientras que Entel atendía al 33.5% del mismo. Claro, por su parte, era el tercer mayor operador con una participación de 19%. Los demás operadores del mercado (entrantes) contaban con las siguientes participaciones: Nextel (2%), VTR Móvil (0.7%), Falabella (0.6%), y los operadores móviles virtuales Virgin Mobile (1.8%), Netline Mobile y GTD Móvil, estos dos últimos con participaciones marginales<sup>967</sup>.

Tras el concurso público realizado para asignar la banda de 700MHz, que permitió mejorar el despliegue de la tecnología 4G, las conexiones 3G en Chile vienen siendo sustituidas por los planes 4G, que tan solo durante 2019 se incrementaron en 2 millones de accesos, e influyeron en la sustitución de 30.9% en las líneas 3G durante el mismo periodo. Esto ha permitido además un crecimiento significativo del tráfico de datos móviles, que tan solo en 2019 registró un incremento de 58%<sup>968</sup>.

A pesar de la transición tecnológica experimentada en el mercado móvil chileno tras la asignación de espectro en 2014, los dos mayores operadores mantuvieron al cierre de 2019 (cerca de 5 años después) su liderazgo en el mercado, aunque cabe resaltar que tras la compra de NEXTEL (que no obtuvo asignaciones en la subasta), WOM (Partners) se convirtió en el cuarto competidor del mercado móvil chileno, con un 22,8% del mercado, quedando relativamente cerca de Movistar (22.4%) y a casi 10 puntos porcentuales de Entel (32.1%), líder del mercado móvil chileno. Claro, a su vez, aumentó su participación hasta un 20,2% durante el mismo periodo, mientras que los demás operadores mantuvieron relativamente estables sus cuotas de mercado en niveles de 1,5% para VTR Móvil, y 1,0% para los demás OMV como Virgin<sup>969</sup>. Es importante señalar que después de la asignación, el cuarto proveedor -WOM (Partners)-, el cual resultó de la compra en 2015 de las acciones de Nextel por parte de Novator, imprimió cierto grado de dinamismo al mercado móvil chileno hasta alcanzar el tercer lugar en términos de participación de mercado medida en líneas. No obstante, como se mencionó, la entrada de este operador no fue un resultado directo de la mencionada asignación.

#### e. Perú

- Subasta

En julio de 2013, en este país se adjudicaron dos bloques de la banda de 1,700-2,100 MHz (AWS) tanto a Telefónica, que obtuvo el bloque A (rango 1,710-1,730 MHz y 2,110-2,130 MHz) por un precio de USD \$152.2 millones, como a Entel, que obtuvo el bloque B (rango de frecuencias 1,730-1,750 MHz y 2,130-2,150 MHz), por un valor de USD \$105.5 millones. Esta última compañía, además, en aquel momento se encontraba en el proceso de entrada al mercado tras adquirir Nextel<sup>970</sup>.

Adicionalmente, en mayo de 2016, Perú subastó la banda de 700 MHz con una vigencia de 20 años. En la subasta se adjudicaron 90 MHz de espectro a 3 de los principales operadores del país: Claro (30MHz), Movistar (30MHz) y Entel (30MHz), con lo que el Estado logró un recaudó de USD \$911.2 millones. Adicionalmente, con esta asignación de espectro las empresas asumieron la obligación de ofrecer interconexión y acceso a los operadores móviles virtuales (OMV) que lo solicitaran, y contrajeron el compromiso de ayudar a reubicar las estaciones de radiodifusión de la banda de 700 MHz<sup>971</sup>. Para esta reubicación, los operadores contaron con un plazo de 12 meses según lo estipulado en las bases de la subasta, y el presupuesto asignado para esta tarea alcanzó los USD \$10 millones<sup>972</sup>.

<sup>967</sup> Subtel (2014). *Informe Sectorial: Telecomunicaciones en Chile -2013*.

<sup>968</sup> Subtel (2020). *Sector Telecomunicaciones - Cierre 2019*.

<sup>969</sup> Ibidem.

<sup>970</sup> Telesemana.com. (2013). Movistar y Americatel se quedaron con los bloques A y B en 1700-2100 MHz. *Telesemana.com*.

<sup>971</sup> En Perú los bloques de espectro en la banda de 700MHz se utilizaban para señales de TV analógica, por lo tanto, para poder utilizar esa banda para servicios móviles (según definió el MTC con base en las recomendaciones de la UIT), se hizo necesario reubicar 32 señales transmisoras de TV analógica. Esta reubicación ha implicado costos relacionados con la adquisición de equipos (e.g. transmisores, arreglo de antenas), servicios asociados con la puesta en operación de la modificación y campañas educativas que le permitan a los televidentes informarse sobre el cambio de canal. Fuente: GSMA (2015). *Análisis de la situación actual y estudio de coexistencia de sistemas de radiodifusión y servicios LTE en la banda de 700MHz en Perú*.

<sup>972</sup> Telconomía. (mayo 17, 2016). Perú: resultados de la subasta 700 MHz. *Telconomía*.

- Evolución del entorno competitivo

Al cierre de 2015, previo a la segunda subasta antes citada, el mercado móvil peruano contaba con 4 operadores: dos incumbentes con al menos 15 años de operación en el país, Telefónica (Movistar), y A-Móvil (Claro); y dos operadores que entraron al mercado en 2014, Entel y Bitel. Respectivamente, estas cuatro empresas tenían una participación de mercado (por número de líneas en servicio) de 52.1%, 35.3%, 9.0% y 3.6%<sup>973</sup>.

Hasta antes de la segunda subasta, Entel y Telefónica contaban cada una con 40 MHz en la banda AWS<sup>974</sup>, por lo que la obtención de los 30 MHz respectivos para cada empresa les permitió mejorar su capacidad para respaldar sus ofertas comerciales de LTE<sup>975</sup>. Por su parte, Claro, que contaba con 25 MHz en la banda de 850 MHz y con 35 MHz en la banda de 1,900 MHz<sup>976</sup>, logró obtener espectro adicional para su oferta de 4G LTE en la subasta referida de 2016. Bitel, en cambio, al no haber presentado ofertas en ninguno de los dos concursos, mantuvo su asignación de 25 MHz en la banda de 1,900 MHz<sup>977</sup>.

Tras esta nueva asignación del espectro, al cierre de 2018 los operadores establecidos registraron la siguiente participación por número de líneas en el mercado móvil: Movistar, 37.2%, y Claro, 29%. Mientras que los entrantes registraron: Entel, 18,5%, y Bitel, 15,3%<sup>978</sup>. Adicionalmente, para la misma fecha, el mercado en Perú contaba con 3 OMV: Famagusta, Dolphin e Inkacel, que reemplazó a Virgin Mobile en este segmento. No obstante, si bien en 2019 un cuarto OMV, Cuy Móvil, obtuvo su registro de operación en 2019, sus participaciones de mercado se mantuvieron apenas marginales<sup>979</sup>.

Los anteriores resultados muestran que los operadores entrantes ganaron participación en el mercado móvil peruano durante los 3 años de análisis (2015-2018). En efecto, Entel y Bitel aumentaron durante este periodo su cuota de líneas móviles en 9.5 y 11.7 puntos porcentuales, respectivamente. Este crecimiento se evidencia también al observar las participaciones por nivel de ingresos de cada grupo económico, pues mientras Entel y Bitel (Grupo Viettel) participaban con el 7.5% y 1.5% de los ingresos totales en 2015, dichos valores aumentaron a 14.7% y 5.9% en 2018. Las participaciones por ingresos para los operadores establecidos pasaron en el mismo periodo de 58.3% a 46.0% para Movistar; y de 32.5% a 33.3% para Claro. Dichas cifras evidencian sin embargo que, si bien se presentaron disminuciones en la participación de los dos principales operadores, estos continúan representando 79.3% de dichos ingresos.

Cabe anotar que dos entrantes han implementado estrategias orientadas a segmentos específicos del mercado. Entel, que participó y obtuvo espectro en ambas subastas, ha enfocado su oferta en el segmento de clientes de altos ingresos, a través principalmente de planes pospago ilimitados tanto empresariales como residenciales. Por su parte, Bitel, que no participó en las subastas descritas (obtuvo espectro antes de iniciar operaciones, en subastas realizadas en 2011 y 2012), inició operaciones en 2014 ofreciendo, a diferencia de Entel, servicios al segmento de usuarios residenciales de menores recursos. En ese sentido, la estrategia de este operador fue ingresar al mercado a competir mediante precios bajos, y orientado a nichos del país no cubiertos por otros operadores. Es por esta razón que la participación de mercado (2018) de Bitel medida en ingresos (5.9%) es inferior a la participación de mercado (2018) medida en usuarios (15,3%).

Para llevar a cabo esta estrategia, Bitel realizó inversiones en infraestructura, con el fin de ofrecer cobertura en los principales distritos a nivel nacional y en centros poblados no cubiertos por otros

<sup>973</sup> Osiptel. Análisis del desempeño financiero del sector Telecomunicaciones en el año 2018. Recuperado de: <https://sociedadtelecom.pe/2019/06/04/desempeno-financiero-en-sector-telecomunicaciones-mantiene-tendencia-creciente-analisis/>

<sup>974</sup> Ibidem.

<sup>975</sup> Telconomía. (mayo 17, 2016). Perú: resultados de la subasta 700 MHz. *Telconomía*.

<sup>976</sup> Osiptel (2016). *Evolución del Mercado de Telecomunicaciones Móviles en el Perú*.

<sup>977</sup> Id. El operador Bitel, si bien empezó a operar en 2014, obtuvo espectro en subastas realizadas previamente, en 2011 y 2012.

<sup>978</sup> Telesemana.com. (septiembre de 2019). Panorama de Mercado – Perú. Disponible en < <https://www.telesemana.com/panorama-de-mercado/peru/> >

<sup>979</sup> Redacción EC (enero 26, 2018). Cuy Móvil: Se completó registro del cuarto operador virtual. *El Comercio*.



operadores, a través de infraestructura propia<sup>980</sup>. Las inversiones totales del Grupo Viettel en Perú sumaron USD \$196 millones<sup>981</sup> entre 2012 y 2014, año en el que la compañía inició operaciones<sup>982</sup>.

**f. Italia**

- Subasta

Entre septiembre y octubre de 2018, este país llevó a cabo una subasta de espectro para diferentes frecuencias: 75 MHz en la banda de 700 MHz con vigencia de 15 años; 200 MHz en la banda de 3.6-3.8 GHz con vigencia de 18 años; y 1,000 MHz en la banda de 26.5-27.5GHz a 18 años<sup>983</sup>. Los operadores participantes presentaron ofertas que alcanzaron un recaudo cercano a EUR \$6,6 mil millones.

En la subasta de 700MHz, Telecom Italia, Iliad y Vodafone obtuvieron cada uno 2 bloques de 10MHz. Además, como nuevo jugador, se le permitió a Iliad ofertar por un paquete de reserva de hasta tres bloques en frecuencias de 700 MHz por valor de EUR \$676.5 millones. La subasta de la banda de 3.6-3.8 GHz, por su parte, arrojó como ganadores a Telecom Italia y Vodafone, con 80 MHz cada uno, y a Wind Tre e Iliad que obtuvieron 20 MHz de espectro cada uno. Finalmente, en la subasta de la banda de 26 GHz, 5 operadores ofertantes obtuvieron asignaciones: Telecom Italia, Iliad, Fastweb, Wind Tre y Vodafone. Aparte del uso de las frecuencias asignadas, la subasta estableció obligaciones tanto individuales como colectivas para los adjudicatarios. Entre otros, los operadores adquirieron compromisos como brindar cobertura a comunidades en distintas provincias y en sectores turísticos, así como ofrecer servicios en sitios de interés como aeropuertos, puertos o vías férreas<sup>984</sup>.

- Evolución del entorno competitivo

Para finales de 2018, la participación de mercado móvil italiano (por número de suscriptores) estaba liderada por los dos grandes incumbentes del mercado: Telecom Italia, con 34.5%, y Vodafone, con 30.5%. Mientras que el operador Wind Tre, contaba con una participación de mercado de 29.8%, seguido por distintos OMV que en conjunto alcanzaban el 4.4% del mercado. Adicionalmente, el operador francés de bajo costo, Iliad, entró al mercado móvil italiano en 2018 al comprar algunas bandas de frecuencia de Wind Tre, y alcanzó al cierre del año un 0.8% del mercado móvil<sup>985</sup>.

Apenas 8 meses después de la subasta, los 2 operadores establecidos mostraron una reducción moderada de su participación respecto al año previo (alcanzando 30.4% y 29.0% para TIM y Vodafone, respectivamente), mientras que otros competidores registraron resultados mixtos: Wind Tre redujo su cuota hasta 28.5%, mientras Iliad incrementó esta participación por número de usuarios en cerca de 3 puntos porcentuales, hasta 3.7%. De esta manera, si bien la subasta ha podido generar cambios en las participaciones de mercado, no se perfila como un instrumento eficaz para cambiar significativamente la estructura del mercado.

**g. Suiza**

- Subasta

La Comisión Federal de Comunicaciones suiza (ComCom) adjudicó a comienzos de 2019 nuevas frecuencias de radio móvil en las bandas de 700 MHz, 1400 MHz y 3500 MHz, por un monto de USD \$412 millones (CHF \$379.3 millones)<sup>986</sup>. Los tres operadores establecidos en el mercado, Salt, Sunrise y Swisscom, obtuvieron licencias de la siguiente manera: Salt obtuvo 20MHz en la

<sup>980</sup> Osipitel (2016). *Evolución del Mercado de Telecomunicaciones Móviles en el Perú*.

<sup>981</sup> Usando una tasa de cambio equivalente a PEN \$1 por USD \$0,28 del 1 de agosto de 2020.

<sup>982</sup> Osipitel. Análisis del desempeño financiero del sector Telecomunicaciones en el año 2018. Recuperado de: <https://sociedadtelecom.pe/2019/06/04/desempeno-financiero-en-sector-telecomunicaciones-mantiene-tendencia-creciente-analisis/>

<sup>983</sup> Cullen International (2019). *The Italian approach to the licensing of spectrum in 5G pioneer bands*.

<sup>984</sup> European 5G Observatory. (octubre 15 de 2018). Italian 5G Spectrum Auction. Disponible en <<https://5gobservatory.eu/italian-5g-spectrum-auction2/#:~:text=The%20700%20MHz%20auction%20process,for%202%2C%9710%20MHz.>>

<sup>985</sup> Statista (2020). Market share of mobile network providers in Italy 2018. Disponible en <<https://www.statista.com/statistics/548650/market-share-of-mobile-operator-revenue-in-italy/#:~:text=In%202018%2C%20three%20main%20players,0.8%20percent%20of%20the%20market.>>

<sup>986</sup> A la tasa de cambio de 1 CHF = 1.0863 USD, del 24 de julio de 2020.

banda 700 MHz, 10 MHz en la banda de 1,400 MHz y 80 MHz en la banda de 3,500 MHz. Sunrise fue adjudicatario de 20 MHz en la banda de 700 MHz, 15MHz en la banda de 1,400 MHz y 100 MHz en la banda de 3.500 MHz. Swisscom obtuvo 30 MHz en la banda de 700 MHz, 50 MHz en la banda de 1,400 MHz y 120 MHz en la banda de 3,500 MHz. Estas frecuencias fueron asignadas por 15 años en todos los casos<sup>987</sup>.

- Evolución del entorno competitivo

Al cierre de 2018, Swisscom, el mayor proveedor móvil del país contaba con 58.3% de participación en términos de usuarios, y era seguido por Sunrise, con 24.9% del mercado, y por Salt, con 16.8%<sup>988</sup>. Estas 3 compañías fueron fundadas antes de 1999, por lo que son operadores establecidos en el mercado suizo. Casi un año después de la subasta, en diciembre de 2019, Swisscom redujo 0.6% el número de usuarios móviles respecto al año anterior; mientras que Sunrise registró un incremento de 0.9% en este mismo indicador hasta alcanzar más de 2,8 millones de clientes. Salt, por su parte, registró un decrecimiento de sus usuarios cercano al 4% durante 2019, lo que terminó por reducir su cuota de mercado hasta 16.1%. Las participaciones de Swisscom y Salt, por su parte, casi un año después de la subasta, se situaron en valores de 56.4% y 25.1%, respectivamente. Durante 2019, algunos OMV alcanzaron una base de clientes móviles cercana a 215,000, por lo que obtuvieron una participación por número de usuarios de 2.4% en diciembre. Entre estos OMV se destacan UPC y Quickline, con el 93% de cuota entre los OMV<sup>989</sup>.

**8.1.5.2.2. Resultados generales de la revisión de asignaciones de espectro y entorno competitivo.**

La Tabla 11 presenta un resumen de la revisión realizada sobre asignaciones de espectro para servicios móviles en siete países, y las evoluciones en el entorno competitivo con posterioridad a las mismas. En particular, se presenta para cada país el año de la asignación, la asignación otorgada, y si en la asignación se presentaron operadores no incumbentes (entrantes). Así mismo, la Tabla presenta los valores calculados del indicador HHI<sup>990</sup> -calculado con las participaciones en líneas móviles (voz y datos)- en estos mismos años, en cada país evaluado. Adicionalmente, la Tabla 11 presenta la magnitud del cambio en el indicador HHI con posterioridad a la asignación, y el periodo considerado para la medición de dicho cambio.

**Tabla 11. Resumen revisión asignaciones espectro servicios móviles y evolución competitiva**

País (año)	Espectro asignado (MHz)	Entrantes en la asignación	HHI (Criterio DoJ USA)		Cambio en HHI y periodo considerado
			Antes	Después	
México (2010/2016/2018)	60MHz	NO	5.455 (Concentrado) 2010	4.555 (Concentrado) 2019	-900 en 9 años
Brasil (2014)	40MHz	NO	2.544 (Concentrado) 2013	2.505 (Concentrado) 2018	-39 en 5 años
Canadá (2014)	97 licencias	SI*	2.774 (Concentrado) 2013	ND	ND

<sup>987</sup> Federal Communications Commission - ComCom (2019). *Mobile radio frequencies for 5G awarded in Switzerland.*

<sup>988</sup> Statista (2020). Switzerland: market share of mobile network providers 2016 to 2018. Disponible en <<https://www.statista.com/statistics/778721/mobile-provider-market-share/#:~:text=Switzerland%3A%20market%20share%20of%20mobile%20network%20providers%202016%20to%202018&text=Swisscom%20is%20the%20largest%20mobile,the%20Swiss%20mobile%20network%20market.>>

<sup>989</sup> Federal Communications Commission - ComCom (2020). Mobile market share in Switzerland. Disponible en <<https://www.comcom.admin.ch/comcom/en/Homepage/documentation/facts-and-figures/mobile-telephony/market-share.html#:~:text=At%20the%20end%20of%202019%20Swisscom's%20market%20share%20was%20approximately,over%2093%25%20of%20this%20figure.>>

<sup>990</sup> Calculado con base en los datos citados a lo largo del documento como la sumatoria del cuadrado de las participaciones -en usuarios - de cada operador en el mercado.

País (año)	Espectro asignado (MHz)	Entrantes en la asignación	HHI (Criterio DoJ USA)		Cambio en HHI y periodo considerado
			Antes	Después	
Chile (2014)	70MHz	NO	3.330 (Concentrado) 2013	2.463 (Moderadamente Concentrado) 2019	-867 en 6 años
Perú (2016)	90MHz	SI	4.055 (Concentrado) 2015	2.801 (Concentrado) 2018	-1.254 en 3 años
Italia (2018)	75MHz 200MHz 1.000MHz	NO	3.029 (Concentrado) 2018	2.627 (Concentrado) 2019	-402 en 1 año
Suiza (2019)	70MHz 75MHz 300MHz	NO	4.301 (Concentrado) 2018	4.076 (Concentrado) 2019	-225 en 1 año

\*Los 3 grandes incumbentes del mercado obtuvieron más del 85% de las licencias.

ND corresponde a no disponible.

Fuente: CRC, con base en las fuentes citadas a lo largo de la sección.

Tal como se señala en la sección 8.1.2 del presente acto administrativo, el HHI es un indicador internacionalmente aceptado para establecer el nivel de concentración en un mercado, y aproximar el grado de control del mercado por parte de una o más empresas participantes. Al respecto, en la sección 8.1.2 se explicó cómo la teoría económica sugiere que el vigor de la competencia está relacionado positivamente con el número de empresas en la industria relevante en igualdad de condiciones. En este sentido, diferentes autores han establecido que existe una clara correlación entre concentración y poder de mercado; Pavic *et al.* (2016), por ejemplo, señalan que en mercados no concentrados el poder de mercado es muy limitado, si lo hay; los mercados moderadamente concentrados tienen un poder de mercado moderado, y las industrias altamente concentradas, como es el caso de los oligopolios estrechos y la dominancia, ostentan un alto poder de mercado. Así mismo, la sección 8.1.2 menciona que, en Estados Unidos, el Departamento de Justicia establece 1.500 como límite comparativo, de tal manera que una industria con un HHI menor a 1.500 se considera como no concentrada, entre 1.500 y 2.500 como moderadamente concentrada, y con un índice superior a 2.500 como concentrada<sup>991</sup>. Estos mismos límites para considerar si los mercados son no concentrados (HHI 1.500 o menor), moderadamente concentrados (entre 1.500 y 2.500) o concentrados (HHI mayor de 2.500), han sido utilizados por la *Federal Communications Commission* (FCC) de Estados Unidos como criterios para el análisis del nivel de concentración de los mercados móviles en este país, en sus reportes anuales del nivel de competencia<sup>992</sup>.

En ese sentido, en la Tabla 11 se puede observar que en seis de los países analizados -que cuentan con información disponible antes y después de las asignaciones de espectro-, los mercados presentaron una reducción en el HHI años después de las respectivas asignaciones de espectro de servicios móviles. No obstante, las mayores reducciones en este indicador -900 puntos en México, 867 puntos en Chile y 1.254 puntos en Perú- han tomado años en materializarse -3 años en Perú, 6 años en Chile y 9 años en México-. Aumentos en competencia de esta naturaleza llevados al caso colombiano no obrarían como mitigadores del poder de mercado del operador dominante hoy: de una parte, porque estos efectos se han materializado en el mediano y largo plazo (entre 3 y 9 años) y de otra porque las magnitudes de dichas disminuciones en el HHI (entre 900 y 1.254 puntos) son moderadas en comparación con los altos HHI actuales del mercado relevante de servicios móviles colombiano, que como se señaló en la sección 8.1.2, al primer trimestre de 2020 se encontraban, según su medición por usuarios, tráfico e ingresos, en valores entre 4.148 y 5.735<sup>993</sup>. Así mismo, cabe anotar que en cinco de los seis casos los HHI posteriores -entre 1 y 9 años después- a las asignaciones de espectro continúan

<sup>991</sup> US Department of Justice (2015 July), "Herfindahl-Hirschman Index," [Online], Disponible en <<https://www.justice.gov/atr/herfindahl-hirschman-index>>

<sup>992</sup> Federal Communications Commission (FCC). Mobile Wireless Competition Report 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2016.

<sup>993</sup> Como se presentó en la sección 8.1.2, al primer trimestre de 2020 el índice de concentración HHI de servicios móviles corresponde a: 4.148 medido en tráfico de datos, 4.884 medido en usuarios, 5.334 medido en ingresos y 5.735 medido en tráfico de voz.

correspondiendo a mercados concentrados de acuerdo con el criterio del Departamento de Justicia de Estados Unidos, con un HHI superior a 2.500.

Resulta también relevante resaltar que en dos de los tres casos previamente mencionados, Chile y Perú, los niveles de concentración de los mercados móviles en el año previo a la respectiva asignación de espectro eran muy inferiores al nivel de concentración que presenta el mercado de servicios móviles en Colombia al primer trimestre de 2020. Como se mencionó, mientras el HHI del mercado de servicios móviles en Colombia se encuentra en un rango entre 4.148 y 5.735, según este se mida por ingresos, tráfico o usuarios, los HHI de los móviles en Chile y Perú el año anterior a las asignaciones de espectro eran 3.330 y 4.055 respectivamente. Mas aún, en el caso de Chile, la asignación de 2014 se realizó en un contexto en el que, a diferencia de Colombia, no existía un operador dominante con una muy alta participación de mercado; en dicho país, en 2013 el operador con la mayor participación de mercado era Movistar con el 42.9% de las conexiones móviles, seguido de Entel con el 33.5% y Claro con el 19%. De esta manera, los aumentos en competencia que tuvieron los mercados móviles en Chile y Perú con posterioridad a las asignaciones de espectro tuvieron un punto de partida muy diferente a la situación actual de alta concentración del mercado de servicios móviles en Colombia. El hecho de que, a diferencia de los dos países mencionados, el mercado de servicios móviles colombiano incluya un operador dominante con una muy alta participación de mercado, permite inferir que, al no existir competencia efectiva, avances similares en competencia, en caso de alcanzarse bajo la tendencia actual, podrían tomar inclusive tiempos mayores a los presentados en estos países.

Cabe resaltar que en el caso de tres países -México, Perú y Chile- los operadores (entrantes y establecidos) que compiten con incumbentes han tenido un rol en el aumento moderado en la competencia en los mercados. En el caso de México, por ejemplo, el organismo regulador estableció límites a la tenencia del espectro para participar en la licitación de 2018, por lo que Telcel, el mayor operador, perdió participación en el mercado móvil frente a AT&T, que entró al mercado en 2012 y resultó adjudicatario de espectro en la licitación realizada en 2018. Vale aclarar que Telcel, operador declarado preponderante, sigue manteniendo altas participaciones de mercado y una diferencia con respecto a su inmediato competidor de más de 20 puntos porcentuales.

En el caso de Perú, por otra parte, dos operadores entrantes, Bitel y Entel, aumentaron su participación de mercado entre 9 y 11 puntos porcentuales en el periodo 2015-2018 frente a los 2 operadores incumbentes. No obstante, estos operadores entrantes se han enfocado en nichos específicos de mercado como segmentos de menor capacidad de pago y zonas con baja cobertura; por esta razón, al medirse por ingresos, sus crecimientos en participaciones en el periodo 2015-2018 fueron menores a los crecimientos medidos en usuarios – 7 y 4 puntos porcentuales, respectivamente.

Por su parte, el caso chileno muestra cierto dinamismo en el mercado gracias a la entrada de WOM, quien tras cuatro años alcanzó una participación en términos de usuarios móviles activos cercana al 20%, lo cual le valió ser el tercer operador en importancia. No obstante, es fundamental entender que, si bien el mercado móvil chileno antes de la asignación de espectro podría considerarse concentrado de acuerdo a los parámetros del Departamento de Justicia Norteamericano, los dos operadores líderes no alcanzaban participaciones significativas con respecto a los competidores, como sucede en Colombia, ni tampoco registraban diferencias superiores a los 20 puntos porcentuales entre ellos, y en cualquier caso el aumento en la participación de mercado de WOM no fue fruto de su adquisición de espectro en subasta alguna.

Los resultados en los demás países analizados muestran en cambio que parecen ser los grandes operadores ya establecidos los que han terminado por acceder a la mayor porción del espectro subastado, lo que ha resultado en un entorno de mercado que no ha presentado cambios considerables en su situación de competencia después de las asignaciones. Este es el caso, por ejemplo, de Canadá, donde los grandes operadores (90,7% del mercado) obtuvieron más del 85% de las licencias subastadas, o el caso de Brasil, donde la totalidad de la asignación se adjudicó a los operadores incumbentes, por lo que no se generaron cambios importantes en la composición del mercado.

De esta manera, la revisión presentada en esta sección permite concluir que, en general, la evolución competitiva de los mercados analizados después de estas asignaciones ha sido de aumentos en competencia -analizada ésta bajo el criterio de concentración de mercado-, aunque

la magnitud de dichos aumentos ha sido moderada si se comparan las reducciones presentadas en la magnitud del indicador HHI que tiene a 2020 el mercado de servicios móviles colombiano. Mas aún, dichos aumentos en competencia se han materializado en periodos tan largos que, en el caso colombiano, no serían suficientes para obrar como mitigadores del poder de mercado que hoy ostenta el operador dominante.

Así mismo, dos de los casos con los mayores aumentos en competencia presentados (Chile y Perú) no podrían ser completamente asimilables al caso colombiano, pues en ambos los mercados móviles previos a las asignaciones de espectro tenían niveles de concentración significativamente inferiores, y en caso de Chile no se tenía la existencia de un operador dominante con una muy alta participación de mercado. Esto permite estimar que aumentos similares en competencia a los presentados en Chile y Perú, en el caso colombiano podrían tomar inclusive mayores tiempos para materializarse.

### 8.1.5.3. Subasta 2019 y posibles efectos en competencia

En la presente sección se analizan los posibles efectos que sobre la competencia puede llegar a tener la subasta de espectro radioeléctrico para Telecomunicaciones Móviles Internacionales<sup>994</sup> adelantada por el Gobierno Nacional en diciembre de 2019, y la consecuente asignación de espectro formalizada durante el primer trimestre de 2020. Para ello, en primer lugar, se presenta una descripción del proceso de subasta, se ilustran las participaciones de espectro antes y después de la asignación, y posteriormente se presenta una aproximación al potencial que tienen los competidores en este mercado para ejercer presiones competitivas en el futuro cercano, con base en la metodología de competidor potencial creíble, utilizada por el regulador del Reino Unido<sup>995</sup>.

#### 8.1.5.3.1. La subasta de espectro radioeléctrico de 2019<sup>996</sup>

Como se mencionó en la sección 8.1.4, la subasta tuvo lugar en diciembre de 2019, y se ofertó espectro radioeléctrico en las bandas de 700, 1,900 y 2,500 MHz. Participaron cuatro competidores: **COMCEL**, TIGO, MOVISTAR y PARTNERS (PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.). Los tres operadores adjudicatarios de la banda de 700 MHz (**COMCEL**, PARTNERS y TIGO) adquirieron el compromiso de llevar internet móvil 4G a 3,658 localidades de los 32 departamentos del país, y estarán operativos en un periodo de máximo cinco años. La totalidad del espectro subastado fue:

- Banda de 700 MHz: 80 MHz (quedan disponibles 10 MHz).
- Banda de 2,500 MHz: 50 MHz (quedan disponibles 10 MHz).
- Banda de 1,900 MHz: No se recibieron ofertas, el bloque quedó disponible.

Con lo anterior, a manera de referencia se presenta en la Tabla 12 la cantidad de espectro disponible en Colombia para IMT -de acuerdo con el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias-, indicando el porcentaje de asignación en cada caso. Como se observa, con posterioridad a la mencionada subasta, el espectro asignado en Colombia corresponde al 89.8% del total de espectro atribuido.

**Tabla 12. Distribución de espectro para IMT en Colombia, 2020**

Banda	Enlace Ascendente		Enlace descendente		Total espectro atribuido en la banda (MHz)	Total espectro asignado (MHz)	Total espectro por asignar (MHz)	Porcentaje espectro asignado
	Frec. Inicial (MHz)	Frec. Final (MHz)	Frec. Inicial (MHz)	Frec. Final (MHz)				
<b>700</b>	703	748	758	803	90	80	10	88.8 %
<b>850</b>	824	849	869	894	50	50	0	100 %
<b>AWS-1</b>	1710	1755	2110	2155	90	90	0	100 %
<b>1900</b>	1850	1910	1930	1990	120	115	5	95.8 %

<sup>994</sup> IMT, por su sigla en inglés.

<sup>995</sup> Ofcom (2012)

<sup>996</sup> Con información disponible en <<https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/124713:Comunicado-Resultados-de-la-Subasta-del-Espectro-Radioelectrico>>

Banda	Enlace Ascendente		Enlace descendente		Total espectro atribuido en la banda (MHz)	Total espectro asignado (MHz)	Total espectro por asignar (MHz)	Porcentaje espectro asignado
	Frec. Inicial (MHz)	Frec. Final (MHz)	Frec. Inicial (MHz)	Frec. Final (MHz)				
<b>2500 FDD</b>	2500	2570	2620	2690	140	110	30	78.57 %
<b>2500 TDD</b>	2570-2620				50	40	10 <sup>997</sup>	-
<b>Total (MHz)</b>					<b>540</b>	<b>485</b>	<b>45<sup>998</sup></b>	<b>89.81%</b>

Fuente: MinTIC

En este punto, es importante revisar la cuota de espectro por cada proveedor móvil antes y después de la subasta. En este sentido, a 2018, en el mercado móvil colombiano se tenían 355 MHz asignados entre 5 Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones Móviles. Con los resultados de la subasta realizada en diciembre de 2019, el espectro adicional llevó a Colombia a un total de 485 MHz. Cabe anotar que mediante el Decreto 2194 de 2017 se modificó el artículo 2.2.2.4.1 del Decreto 1078 de 2015, definiendo como tope máximo de espectro radioeléctrico para uso en servicios móviles terrestres: **i)** 90 MHz para las bandas altas (Entre 1,710 MHz y 2,690 MHz); y **ii)** 45 MHz para las bandas bajas (Entre 698 MHz y 960 MHz).

La Tabla 13 presenta las distribuciones en la asignación de espectro radioeléctrico antes de la subasta de 2019:

**Tabla 13. Asignación de espectro radioeléctrico en Colombia para IMT – Antes de la subasta**

Tipo de banda	Banda	COMCEL	MOVIS TAR	TIGO/ETB	DIRECTV	AVANTEL
Bandas bajas (tope 45 MHz)	850	25	25	-	-	-
Bandas altas (Tope 90 MHz)	AWS (1700-2100)	-	30	30	-	30
	1900	30	30	55*	-	-
	2500	30	-	-	70	-

Fuente: MinTIC.

(\*) Corresponde a espectro asignado a TIGO con anterioridad a la subasta de 2013.

Como se mencionó, las asignaciones de espectro en la subasta de 2019 para cada uno de los operadores participantes fueron las siguientes:

- **COMCEL:** 20 MHz en la banda de 700 MHz, y 30 MHz en la banda de 2,500 MHz.
- **TIGO:** 40 MHz en la banda de 700 MHz (Este operador no podía pujar por la banda de 2,500 MHz debido a los topes).
- **MOVISTAR:** No fue adjudicatario de ninguna banda.
- **PARTNERS:** 20 MHz en la banda de 700 MHz, y 20 MHz en la banda de 2,500 MHz.

Con lo anterior, la Tabla 14 presenta la nueva distribución de las asignaciones de espectro por operador, después de la subasta de 2019:

**Tabla 14. Asignación de espectro radioeléctrico en Colombia para IMT – Después de la subasta de diciembre de 2019 y del proceso de asignación de febrero de 2020**

Tipo de banda	Banda	COMCEL	COLTEL	TIGO/ETB	DIRECTV	AVANTEL	PARTNERS
Bandas bajas (tope 45 MHz)	700	20		40			20
	850	25	25				
Bandas altas (Tope 90 MHz)	AWS (1700-2100)		30	30		30	
	1900	30	30	55*			
	2500	60			70		20

Fuente: MinTIC. (\*) Corresponde a espectro asignado a TIGO con anterioridad a la subasta de 2013.

A partir de lo anterior, la Tabla 15 ilustra la participación de espectro antes y después de la subasta de 2019, en donde es necesario considerar: i) que el tope de espectro por operador en

<sup>997</sup> Estos 10 MHz disponibles de la banda de 2500 TDD no pueden ser asignados toda vez que los mismos se dejaron como banda de guarda entre 2500 FDD y TDD.

<sup>998</sup> 45 MHz efectivos sin contar los 10 MHz de la banda de 2500 TDD.

Colombia es de 135 MHz (**COMCEL** ya tiene asignado el 100% de este tope); ii) que los casos en donde la participación disminuye, se asocian con el hecho que AVANTEL y DIRECTV no tienen variaciones en la cantidad de espectro asignado toda vez que no participaron en la subasta, y MOVISTAR no resultó con asignación en dicho proceso; y iii) que si bien DIRECTV no es un competidor directo de **COMCEL** en el mercado móvil, sí es asignatario de espectro IMT por lo que debe considerarse para efectos de analizar esta cuota de espectro.

**Tabla 15. Participación de espectro para IMT – Antes y después de la subasta de 2019**

Proveedor	Participación antes de la subasta (%)	Participación después de la subasta (%)
COMCEL	23,94%	27,84%
TIGO	23,94%	25,77%
MOVISTAR	23,94%	17,53%
DIRECTV	19,72%	14,43%
PARTNERS	N/A	8,25%
AVANTEL	8,45%	6,19%
PARTNERS-AVANTEL*	N/A	14,44%
<b>TOTAL</b>	<b>100% (355 MHz*)</b>	<b>100% (485 MHz*)</b>

Fuente: Elaboración CRC con información de MinTIC.

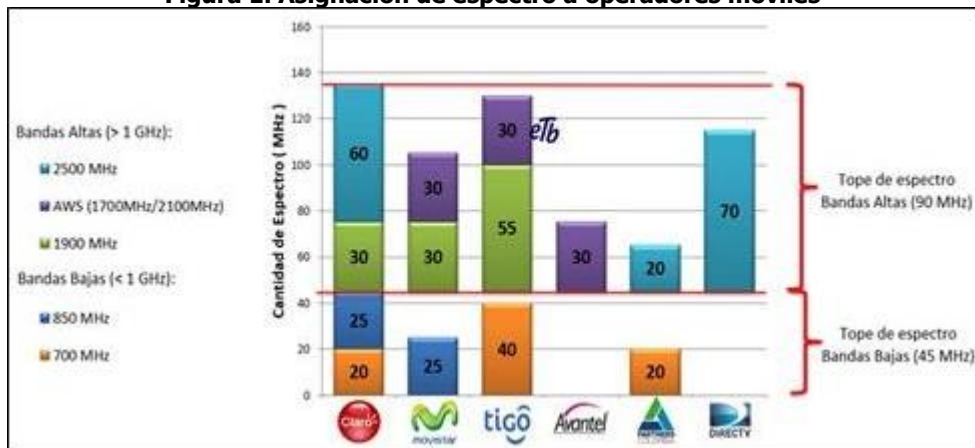
(\*) Escenario hipotético (operadores del grupo económico PARTNERS TELECOM LATAM GMBH)

Como se observa en la Tabla 15, con la subasta de espectro de 2019, **COMCEL** aumentó su participación en el espectro total asignado de 25% a 27.8%. TIGO, por su parte, aumentó su participación de 23.6% a 25.8%, mientras que MOVISTAR y AVANTEL, al no ser adjudicatarios de espectro en dicha subasta, redujeron su participación en el espectro total asignado de 23.6% a 17.5%, y de 8.3% a 6.2%, respectivamente.

PARTNERS, el operador que ingresó al mercado a partir de esta subasta quedó con una participación de 8.3% del espectro total asignado en el país. Cabe anotar que, con posterioridad a la subasta, en julio de 2020, PARTNERS TELECOM LATAM GMBH anunció la compra de la participación mayoritaria de las acciones de AVANTEL, con lo que PARTNERS TELECOM COLOMBIA y AVANTEL ahora tienen un controlante común.

A efectos ilustrativos, la Figura 1 presenta la asignación actual de espectro a cada PRSTM, refiriendo también los topes en bandas bajas y altas:

**Figura 1. Asignación de espectro a operadores móviles**



Fuente: MINTIC, proceso de divulgación de resultados de subasta de espectro.

De esta manera, las nuevas diferencias en las cuotas de participación de espectro pueden considerarse como un elemento adicional que podrá dinamizar la competencia. No obstante, bajo la configuración de espectro después de la subasta, a 2020 **COMCEL** se consolidó como el operador con la mayor cuota de espectro en el mercado (27,84%) alcanzando los topes tanto en bandas altas como en bandas bajas, lo que le permitirá seguir consolidando su posición en el mercado a mediano y largo plazo, más aún si se tiene en cuenta lo ya mencionado respecto del tamaño relativo y absoluto del operador y lo atinente a barreras de entrada. A este operador le siguen en participación de espectro TIGO (25,77%) y MOVISTAR (17,53%); esto indica que el segundo competidor en tamaño en el mercado (MOVISTAR) no solo pasó al tercer lugar en participación de espectro, sino que también quedó sin asignación de espectro en la banda de 700 MHz, con la cual se facilita el despliegue de servicios 4G.

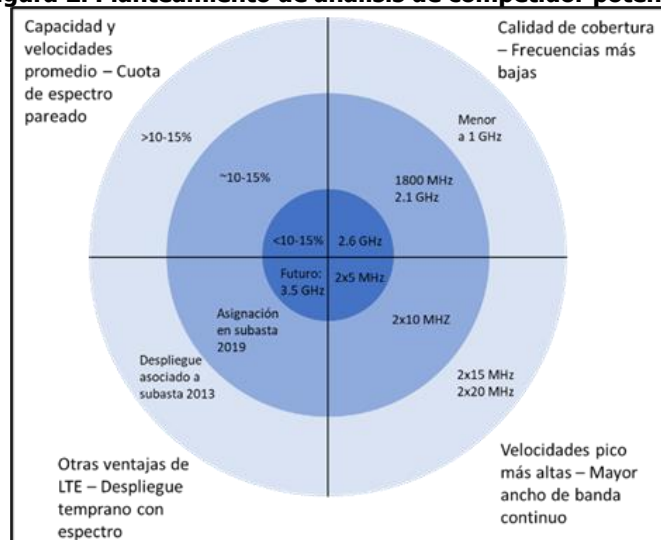
**8.1.5.3.2. Análisis de impacto en competencia**

Con el fin de identificar posibles efectos de la subasta de espectro radioeléctrico en el mercado móvil en Colombia, y a partir del contenido del documento "Assessment of future mobile competition and award of 800 MHz and 2.6 GHz" publicado por OFCOM en el año 2012<sup>999</sup>, se realizó un análisis de los competidores de **COMCEL**, para determinar el potencial de respuesta competitiva que podrían presentar en el mercado, tomando como base para el análisis la nueva cuota de asignación de espectro descrita en la sección 8.1.5.3.1. Para ello, con base en la metodología utilizada por OFCOM, se evalúan cuatro (4) dimensiones en cada competidor, que permiten evaluar el potencial de cada uno para ser un competidor efectivo<sup>1000</sup> a futuro en el mercado: **i)** Capacidad y velocidades promedio; **ii)** Calidad de la cobertura; **iii)** velocidades pico más altas; y **iv)** Otras ventajas (de LTE). A continuación, se describe brevemente cada una de estas dimensiones:

- **Capacidad y velocidades promedio:** Según los criterios definidos por OFCOM, un competidor potencial debe tener al menos el 10-15% del espectro pareado asignado en el mercado. Una participación de espectro superior a 10-15% incrementa la capacidad de ser un competidor potencial. Para este componente, se analiza la cantidad de espectro asignado a cada competidor potencial, en comparación con la totalidad de espectro asignado en Colombia (485 MHz).
- **Calidad de la cobertura:** Mientras más alta sea la frecuencia en la que el competidor está basando su cobertura, es más alto el riesgo de no tener la calidad de cobertura suficiente. Contar con espectro en bandas bajas (menor a 1 GHz) es una ventaja para considerarse como competidor potencial.
- **Mayor ancho de banda continuo – velocidades pico más altas:** De acuerdo con los criterios de OFCOM, para ser un competidor potencial se requiere tener acceso a 2x15 o 2x20 MHz continuos en bandas bajas o altas. Esto puede estar relacionado con la capacidad de entregar las velocidades pico más altas.
- **Otras ventajas (de LTE):** Se indica que proveer LTE es necesario para ser considerado como potencial competidor en los mercados de servicios móviles. El documento sugiere como criterio favorable en este caso contar con asignación de espectro en bandas bajas. En todo caso frente a esta dimensión debe tenerse en cuenta que todos los PRSTM han sido asignatarios de espectro desde 2013 en adelante, con lo cual se infiere que proveen LTE.

Los criterios anteriores se ubican de manera gráfica, según se representa en la Figura 2. De acuerdo con esta metodología, en la medida en que un operador se ubica en los círculos exteriores de la gráfica, mayor será su potencial como competidor efectivo en el mercado.

**Figura 2. Planteamiento de análisis de competidor potencial**



Fuente: Elaboración CRC con base en OFCOM<sup>1001</sup>

<sup>999</sup> Disponible en <<https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-1/combined-award>>

<sup>1000</sup> OFCOM utiliza el término "competidor creíble", el cual hace referencia a un competidor que ejerce una limitación efectiva sobre sus rivales, en términos de factores como la prestación de servicios de alta calidad, precios competitivos, variedad e innovación, y como tal contribuye a la competencia general del mercado (OFCOM, 2012).

<sup>1001</sup> Disponible en <<https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-1/combined-award>>

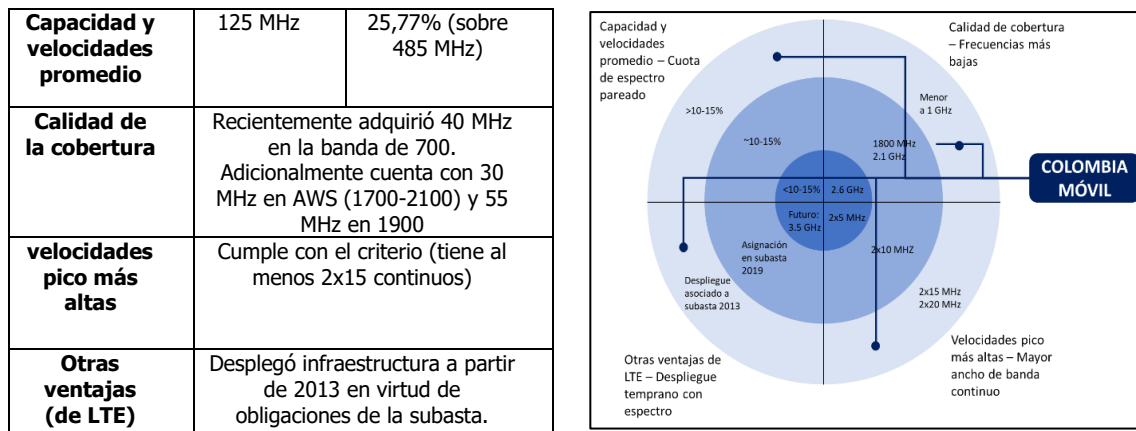


A continuación, se presenta el resultado del análisis para cada uno de los competidores de **COMCEL** que cuentan con asignación de espectro e infraestructura propia, bajo la nueva configuración del mercado después de la asignación de espectro de la subasta de diciembre de 2019. Se presenta también el análisis del escenario potencial asociado a la adquisición de AVANTEL por parte de PARTNERS TELECOM LATAM GMBH, lo cual implica que AVANTEL tenga un controlante común con PARTNERS TELECOM COLOMBIA.

**a. Colombia Móvil - TIGO**

TIGO cumple con los cuatro (4) criterios propuestos. Cabe anotar que, en virtud del resultado de la subasta de espectro radioeléctrico realizada en 2019, este PRSTM tendría el mayor potencial de todos los competidores, en términos del espectro radioeléctrico asignado.

**Figura 3. Colombia Móvil – análisis competidor potencial**

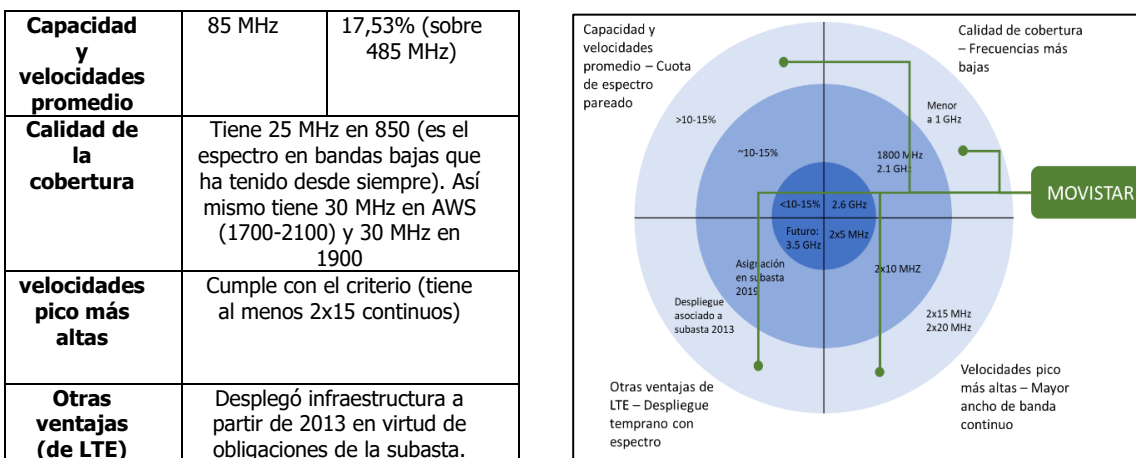


Fuente: Elaboración CRC

**b. Colombia Telecomunicaciones - MOVISTAR**

MOVISTAR cumple con los cuatro (4) criterios planteados para el análisis. Aunque no tuvo asignación de espectro en la reciente subasta (2019), de tiempo atrás cuenta con asignación de este recurso en bandas bajas y altas, y con una participación en el espectro total asignado que es superior al 15%.

**Figura 4. Colombia Telecomunicaciones - análisis competidor potencial**

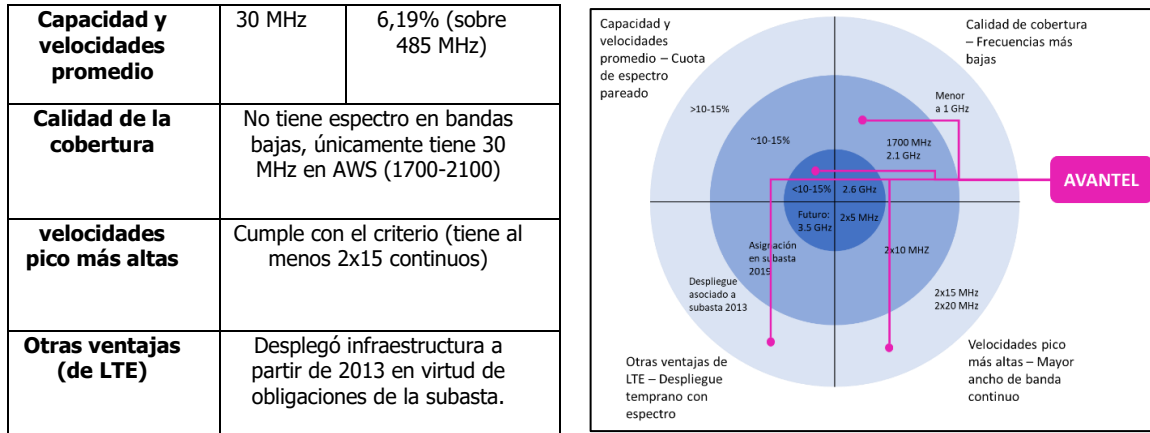


Fuente: Elaboración CRC

**c. Avantel**

El operador AVANTEL cumple con tres (3) de los cuatro (4) criterios propuestos por OFCOM para considerar a un operador como competidor con alto potencial en el mercado. No obstante, en términos de participación de espectro, AVANTEL resulta ser el PRSTM con la cifra más baja (6.2%), quedando este aspecto ubicado en el círculo interior de la Figura 5.

**Figura 5. Avantel – análisis competidor potencial**

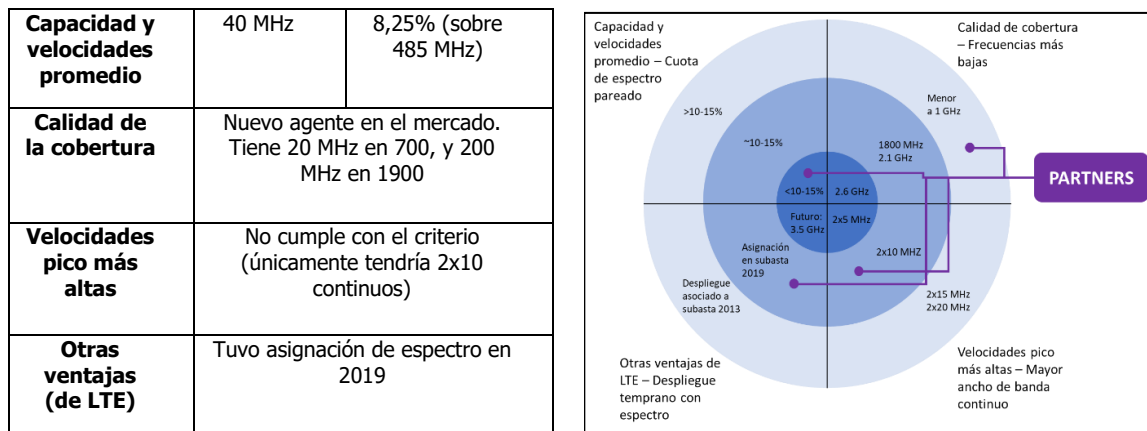


Fuente: Elaboración CRC

**d. Partners Telecom Colombia (PTC)**

PTC es el más reciente entrante en el mercado móvil colombiano. Al aplicar los criterios definidos para el análisis, no cumpliría con el criterio asociado a la participación de espectro pues únicamente tiene el 8.25%, y en cuanto a la continuidad de los bloques asignados, únicamente tiene bloques de 2x10 MHz. En este sentido, al aplicar la metodología de OFCOM, PTC por sí solo no tendría un alto potencial para ser un competidor efectivo en el mercado.

**Figura 6. PTC - análisis competidor potencial**



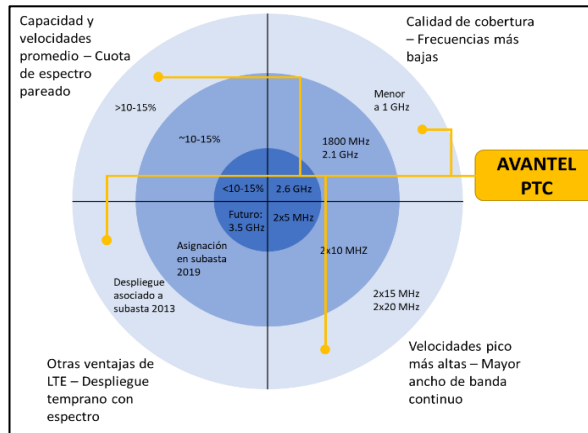
Fuente: Elaboración CRC

**e. Posible escenario PARTNERS - AVANTEL**

La reciente adquisición de AVANTEL por parte de PARTNERS TELECOM LATAM GMBH, implicó que AVANTEL tenga un controlante común con PARTNERS TELECOM COLOMBIA. En este escenario el resultado es que este agente tendrá potencial como competidor efectivo en el mercado, ya que estaría cumpliendo con los cuatro criterios definidos por OFCOM.

**Figura 7. Escenario Avantel-PTC - análisis competidor potencial**

<b>Capacidad y velocidades promedio</b>	70 MHz	14,43% (sobre 485 MHz)
<b>Calidad de la cobertura</b>	En el momento en que las dos empresas funjan como una sola, se mantendría la cantidad de espectro en bandas bajas (20 MHz en 700), pero la cantidad de espectro en bandas altas sería de 50 MHz (30 en AWS y 20 en 1900)	
<b>Velocidades pico más altas</b>	Sí cumpliría el criterio	
<b>Otras ventajas (de LTE)</b>	AVANTEL desplegó infraestructura a partir de 2013 en virtud de obligaciones de la subasta.	



Fuente: Elaboración CRC

La conclusión de este análisis es que, en términos de asignación de espectro, tras la subasta de 2019, el operador **COMCEL** aumentó su participación en el total asignado y, en este sentido, se consolidó como el operador con la mayor cuota de espectro IMT, lo cual facilitará que mantenga su posición de dominio en el mercado en el mercado "Servicios Móviles", mientras que MOVISTAR cedió el segundo lugar en términos de participación de espectro al no contar con asignación de espectro de 700 MHz, lo que podría limitar su potencial de segundo competidor en los próximos años. Por su parte, TIGO, el tercer operador en tamaño, se convirtió en el operador con mayor potencial, en términos de espectro, para competir con **COMCEL**.

Así mismo, con respecto a AVANTEL y PARTNERS, tras la subasta de 2019 estos competidores por separado no disponen de ciertos elementos asociados al espectro para ser considerados como potenciales competidores bajo los criterios de la metodología utilizada de OFCOM. Al tener un controlante común y en el escenario de una posible integración o fusión técnica y/o jurídica, bajo los criterios expuestos, el nuevo agente sí podría cumplir con los criterios para ser considerado como un competidor potencial en el mercado durante los próximos años. No obstante, lo anterior, este operador integrado entrará a competir bajo ciertas condiciones que podrían ponerlo en desventaja respecto del operador dominante, y que por lo tanto potencialmente dificultarían su crecimiento y el logro de altas participaciones de mercado en el corto y mediano plazo. En primer lugar, este operador será el cuarto en participación del espectro total asignado con 14.4% mientras que COMCEL tiene la mayor cuota de espectro en el mercado (27.8%), la cual corresponde casi al doble de la cuota del potencial operador integrado. En segundo lugar, este operador entrante deberá competir con el operador dominante sin contar con las ventajas que éste tiene en virtud de su mayor tamaño absoluto, de sus ventajas de primer jugador al haber ingresado al mercado hace más de 25 años, de las economías de escala y economías de alcance que ha obtenido, y del mayor acceso a canales de venta y distribución, entre otros, las cuales fueron descritas en las secciones 8.1.3 y 8.1.4. En este sentido, este operador integrado entrará a competir, no solamente con otros operadores establecidos, sino, con un operador dominante (**COMCEL**) que tiene una mejor posición competitiva en el mercado.

De esta manera, el presente análisis permite concluir que, si bien la subasta de 2019 podrá introducir elementos de competencia en mercado, las perspectivas de esta competencia permiten prever que esta no será suficiente en el corto y mediano plazo para mitigar el poder de mercado del operador dominante (**COMCEL**). Esto debido a que dicho operador ostenta actualmente la mejor posición competitiva en el mercado ya que cuenta con la mayor cuota del espectro IMT total asignado, y tiene adicionalmente ventajas por su condición de establecido y dominante como las previamente mencionadas. Por su parte, el operador con la segunda cuota de espectro -TIGO- tiene el tercer tamaño en el mercado, y por ende un mucho menor tamaño absoluto que COMCEL, lo que podría menoscabar su potencial competitivo en el corto y mediano plazo. Finalmente, el operador entrante potencialmente integrado cumple con las condiciones de la metodología de OFCOM, pero tendrá igualmente una menor posición competitiva en el mercado por tener la

cuarta cuota del espectro asignado -casi la mitad de la de COMCEL- así como por no contar con las ventajas que el operador dominante ostenta en virtud de su mayor tamaño absoluto y por el hecho de llevar más de 25 años en el mercado.

**8.1.5.4. Perspectivas en competencia por entrada servicios 5G**

En diciembre de 2019 el MinTIC publicó el documento *Plan 5G Colombia*, con el propósito de plantear los lineamientos para la implementación y despliegue de los servicios móviles 5G en el país, y de establecer los objetivos y estrategias de política a desarrollar en los próximos 4 años. Dentro de los objetivos definidos en el Plan, se planteó hacer la identificación de los principales retos y la actualización en materia de política pública, regulatoria y normativa para habilitar el despliegue y masificación de la tecnología 5G. Adicionalmente, se planteó como objetivo estimular la demanda de aplicaciones y servicios que requieran las características ofrecidas por la tecnología 5G, y así mismo, identificar los lineamientos de seguridad digital para los nuevos modelos de negocio sobre la tecnología 5G<sup>1002</sup>.

Con base en lo anterior, el MinTIC presentó un cronograma de actividades con diferentes líneas de acción para alcanzar los objetivos definidos en los próximos años. Entre los pasos a seguir, se planteó la necesidad de identificar la demanda de espectro requerida tanto en las bandas de frecuencia inferiores a 1 GHz, como en las de 1 a 6 GHz y en las superiores a 6 GHz. Igualmente, planteó la realización de las pruebas piloto 5G, la promoción de la actualización de políticas públicas y del marco normativo para la implementación de esta tecnología, y la identificación de los lineamientos de seguridad digital<sup>1003</sup>.

En particular, el *Plan 5G Colombia* definió las siguientes líneas de acción puntuales en relación con cuatro (4) objetivos específicos:

**Tabla 16. Objetivos y Líneas de Acción Plan 5G MINTIC**

Objetivos	Líneas de acción
1. Identificar los retos en materia de política pública, regulatorios, o normativos para habilitar el despliegue y masificación de la tecnología 5G	1.1. Identificar las necesidades de espectro radioeléctrico. 1.2. Realizar pilotos de la tecnología 5G. 1.3. Identificar barreras para el despliegue y operación de las redes 5G.
2. Promover la actualización de las políticas públicas, y del marco normativo y regulatorio para el adecuado despliegue y masificación de la tecnología 5G.	2.1. Definir un nuevo modelo de administración de espectro para facilitar y agilizar el despliegue de la tecnología 5G. 2.2. Establecer las características técnicas y de calidad que deben ofrecer los servicios de telecomunicaciones. 2.3. Actualizar los topes de espectro para habilitar el despliegue de redes 5G en todo el país. 2.4. Actualizar y divulgar las estrategias para remover las barreras al despliegue de la infraestructura para la tecnología 5G. 2.5. Actualización y revisión periódica de la normatividad y la regulación.
3. Estimular la demanda y oferta de aplicaciones y servicios que requieran de las características ofrecidas por la tecnología 5G	3.1. Impulsar el desarrollo de aplicaciones o casos de uso en 5G. 3.2. Identificar incentivos a la demanda de modelos de negocios que requieran las redes 5G.
4. Identificar los lineamientos de seguridad digital para los nuevos modelos de negocio digital sobre la tecnología 5G	4.1. Definir los lineamientos de gestión y análisis de riesgos asociados a la tecnología 5G. 4.2. Promover modelos de supervisión de seguridad y gobernanza interna frente a las nuevas tecnologías. 4.3. Capacitar ciudadanos en el uso adecuado de las nuevas tecnologías.

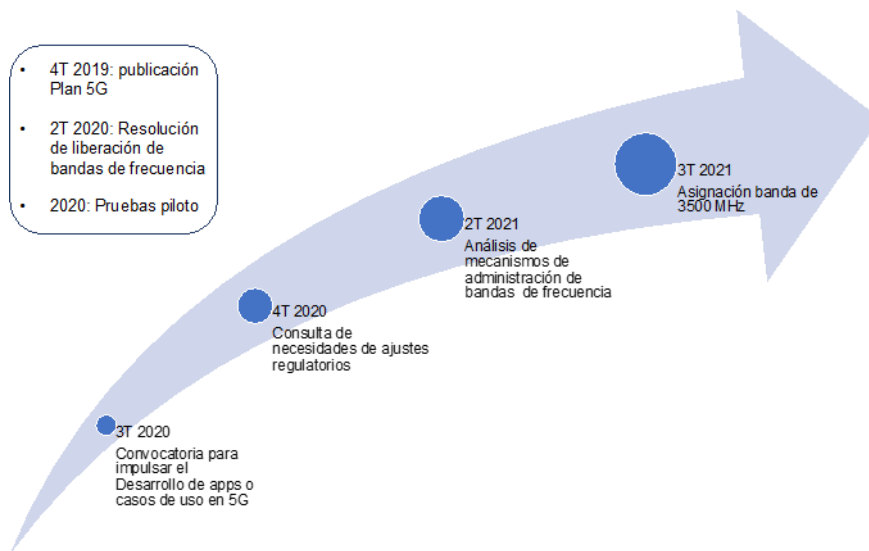
Fuente: CRC con base en Plan 5G Colombia (MinTIC)

Para cumplir con las anteriores actividades, el MinTIC estableció un cronograma de dos años, iniciando en el cuarto trimestre de 2019 y finalizando en septiembre de 2021, tal como se muestra en la Figura 8.

<sup>1002</sup> MinTIC (2019). *Plan 5G Colombia*.

<sup>1003</sup> Revista Dinero. (octubre 12, 2019). Colombia tendrá pruebas piloto de 5G en telecomunicaciones en 2020.

**Figura 8. Cronograma de actividades para la implementación y despliegue de la tecnología 5G en Colombia**



Fuente: CRC con base en Plan 5G Colombia (MinTIC)

El Plan 5G, como se mencionó previamente, fue publicado en diciembre de 2019, siguiendo con el cronograma descrito en la figura anterior. Así mismo, y aparte de los resultados de la subasta de espectro ya realizada y publicados en enero de 2020, el MinTIC ha recibido propuestas de **COMCEL**, **MOVISTAR**, **ETB** e **ITIC SAS**<sup>1004</sup> para realizar pruebas de 5G durante el año 2020, y que tienen como objetivo probar la tecnología en cuanto a sus usos, servicios y aplicaciones, y establecer los insumos para la determinación técnica que facilite la llegada de esta tecnología al país<sup>1005</sup>.

Así, en adelante, según el cronograma del MinTIC, se espera que durante el cuarto trimestre de 2020 se realice la convocatoria para impulsar el desarrollo de aplicaciones o casos de uso de la tecnología en el país y la consulta de necesidades de ajustes regulatorios. Finalmente, en el tercer trimestre de 2021 dicho Ministerio tiene planeado, con base en el análisis de los mecanismos de administración de las bandas de frecuencia, llevar a cabo la asignación de la banda de 3,500 MHz<sup>1006</sup>.

De acuerdo con lo anterior, los servicios 5G podrían entrar al país a partir de 2022 o 2023, una vez los operadores adjudicatarios desplieguen la infraestructura requerida. En este sentido, se puede anticipar que la política de servicios 5G no introducirá elementos que puedan cambiar la dinámica competitiva actual de los mercados móviles de telecomunicaciones al menos en los próximos dos o tres años.

**8.1.5.5. Conclusiones del análisis prospectivo de la evolución del mercado de servicios móviles**

La revisión de la experiencia de entradas previas al mercado móvil colombiano, que incluye los servicios de voz e Internet móvil, permite señalar que, tanto en los servicios de voz móvil como de Internet móvil, desde 2009 los diferentes operadores que han ingresado al mercado (OMR y OMV) han presentado tendencias crecientes de participación en los mercados, pero no han logrado competir por grandes participaciones en los mismos. Estas participaciones en la mayoría de los casos se han mantenido en porcentajes inferiores al 5%, bajo los diferentes criterios de medición (usuarios, tráfico e ingresos). En este sentido, a 2020, los diferentes operadores que han ingresado han tenido una baja capacidad para generar presiones competitivas efectivas en estos mercados.

De otra parte, la revisión de las experiencias de siete países que han implementado asignaciones de espectro para servicios móviles de voz y datos durante el periodo 2010-2019, permite concluir que, en general, la evolución competitiva de los mercados analizados después de estas

<sup>1004</sup> MinTIC (2019). *Plan 5G Colombia*.

<sup>1005</sup> Ibidem.

<sup>1006</sup> Ibid.

asignaciones ha sido de aumentos en competencia -analizada ésta bajo el criterio de concentración de mercado-, aunque la magnitud de dichos aumentos ha sido moderada si se comparan las reducciones presentadas en el indicador HHI en dichos países con lo observado a 2020 en el mercado de servicios móviles colombiano. Adicionalmente, los aumentos en competencia posteriores a las asignaciones de espectro se han materializado en periodos de tiempo tan largos (3 a 9 años) que, en el caso colombiano, no obrarían suficientemente como mitigadores del poder de mercado que hoy ostenta el operador dominante.

Así mismo, dos de los casos con los mayores aumentos en competencia presentados (Chile y Perú) no podrían ser completamente asimilables al caso colombiano pues en dichos casos los mercados móviles previos a las asignaciones de espectro tenían niveles de concentración significativamente inferiores, y en caso de Chile sin la existencia de un operador dominante con una muy alta participación de mercado. Esto permite estimar que aumentos similares en competencia a los presentados en Chile y Perú, en el caso colombiano podrían tomar inclusive mayores tiempos para materializarse a los presentados en estos países (6 y 3 años).

De otra parte, si bien la subasta de 2019 podrá introducir elementos de competencia en mercado, las perspectivas de esta competencia permiten prever que esta no será suficiente en el corto y mediano plazo para mitigar el poder de mercado del operador dominante (COMCEL). Esto debido a que dicho operador ostenta actualmente la mejor posición competitiva en el mercado, ya que cuenta con la mayor cuota del espectro IMT total asignado, y tiene adicionalmente ventajas por su condición de establecido y dominante como las previamente mencionadas. Por su parte, el operador con la segunda cuota de espectro -TIGO- tiene el tercer tamaño absoluto en el mercado, y por ende un mucho menor tamaño absoluto que COMCEL, lo que podría menoscabar su potencial competitivo en el corto y mediano plazo. Finalmente, el operador entrante integrado cumple con las condiciones de la metodología de OFCOM, pero tendrá igualmente una menor posición competitiva en el mercado por tener la cuarta cuota del espectro asignado -casi la mitad de la de COMCEL- así como por no contar con las ventajas que el operador dominante ostenta en virtud de su mayor tamaño absoluto y por el hecho de llevar más de 25 años en el mercado.

Finalmente, la revisión del cronograma de implementación de la política de servicios móviles 5G en Colombia permitió evidenciar que la entrada de estos servicios al país se espera a partir de 2022 o 2023, lo que indica que esta política no incorpora elementos que afecten en el corto plazo la dinámica competitiva de los mercados móviles en el país.

A partir de todo lo anterior, y considerando los resultados de los diferentes análisis realizados, es posible concluir que la subasta de espectro realizada en 2019 tiene el potencial de modificar moderadamente la dinámica competitiva en los mercados móviles en el corto y mediano plazo, principalmente por dos razones: (i) el tercer operador móvil en tamaño – TIGO – adquirió el permiso de uso de 40 MHz en la banda de 700 MHz y con esto pasó a ocupar el segundo lugar en participación en el espectro total asignado en el país, y (ii) el operador PTC adquirió el permiso de uso de espectro en las bandas de 700 MHz y 2,500 MHz, lo que le permitirá ser un nuevo competidor OMR en el mercado, bajo el escenario de integración potencial con AVANTEL.

No obstante, es posible también señalar que el cambio en la dinámica competitiva en los mercados móviles como consecuencia de la nueva asignación de espectro será moderado y por ende, al menos en el corto plazo, no se afectará significativamente la posibilidad real de presiones competitivas efectivas por parte de los demás operadores sobre los operadores de mayor tamaño y escala en el mercado, y en este sentido no se modificarán significativamente las participaciones de mercado de los mayores operadores, incluido **COMCEL**. Las siguientes razones sustentan esta afirmación: (i) con la subasta de 2019, **COMCEL** aumentó su potencial de competencia al incrementar su participación en el espectro total asignado y consolidarse como el operador con la mayor cuota de espectro en los mercados de servicios móviles; (ii) bajo la configuración de espectro después de la subasta, el segundo operador en tamaño (MOVISTAR) pasó a ser el tercer operador en participación de espectro, y no contará con este recurso en la banda de 700 MHz, lo que podría limitar su potencial competitivo en el mercado; (iii) la experiencia de entradas de nuevos agentes en los mercados de servicios móviles muestra que, en Colombia, desde 2009, los operadores entrantes no han alcanzado participaciones de mercado significativas y, en ese sentido, han tenido una baja capacidad de generar presiones competitivas en estos mercados; y (iv) la experiencia internacional revisada evidencia que los aumentos en competencia (bajo el criterio de concentración de mercado) que suceden en los mercados después de las asignaciones de espectro tienden a ser moderados, toman varios años en materializarse y dependen de la

estructura de mercado anterior a la subasta, es decir, entre más concentrado y menor competencia efectiva, menores cambios se presentan y mayor tiempo toman en concretarse.

Finalmente, en consideración a las conclusiones presentadas, es posible colegir que, a pesar de ciertos efectos en competencia que podrá incorporar la nueva configuración de asignaciones de espectro derivados de la subasta de 2019, no se vislumbran cambios significativos inmediatos o relativamente pronto en los mercados de servicios móviles del país, incluyendo el mercado relevante de Servicios Móviles, por lo que no hay evidencia suficiente para poder afirmar que la posición de **COMCEL** en dicho mercado varíe; en tal virtud, el precitado análisis permite concluir que al menos en el corto y mediano plazo es poco probable que exista competencia potencial efectiva en dicho mercado.

#### **8.1.6. Conclusión sobre la dominancia de COMCEL en el mercado de "Servicios Móviles"**

A partir de la evaluación de las observaciones y recomendaciones realizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio al proyecto de resolución remitido para surtir el trámite de Abogacía de la Competencia, se encontró pertinente presentar de manera separada las fallas de mercado y/o problemas de competencia identificados, de tal manera que exista total claridad sobre cuáles son los factores que actualmente impiden que exista competencia efectiva en el mercado de "Servicios Móviles".

En tal sentido, a continuación, se expone la conclusión de la CRC sobre la posición dominante de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles", lo cual es producto de los análisis adelantados previamente en las secciones 8.1.2 a 8.1.5 del presente acto administrativo. Posteriormente, en la sección 8.1.7 acorde con lo planteado en el documento "Intervención de Carácter Particular en el Mercado Servicios móviles", se adelantan los análisis relacionados con la falla de mercado correspondiente al apalancamiento estratégico por parte de **COMCEL**, y el traslado de los problemas de competencia del mercado de "Voz Saliente Móvil" al mercado de "Servicios Móviles".

Así las cosas, tal como se explicó ampliamente en el literal ii) de la sección 8.1.1.3 del presente acto administrativo, la posición dominante consiste en una calidad que ostenta un agente de determinado mercado, que le brinda la facultad o poder de influir en él o afectarlo de manera independiente a los demás competidores o agentes. En la misma sección se precisa que la dominancia constituye una falla de mercado, no sólo por el poder sustancial de mercado asociado a ella, sino porque no existe suficiente competencia o competencia efectiva allí donde existe poder sustancial de mercado individual o conjunto.

En estas condiciones competitivas del mercado, el marco regulatorio colombiano prevé que la intervención regulatoria de carácter general y/o particular se debe activar ante la constatación de problemas de competencia, uno de los cuales, aunque no el único, es la dominancia, precisamente por el poder sustancial de mercado asociado a ella, como lo ha expuesto y ha sostenido de tiempo atrás esta Comisión<sup>1007</sup>.

Por lo demás, el poder sustancial de mercado constituye una falla de mercado que debe ser corregida o mitigada mediante regulación económica, hecho que no admite discusión. Como se mencionó, de tiempo atrás la teoría económica ha definido las fallas de mercado como aquellas situaciones en las cuales el comportamiento de un mercado falla en producir una asignación eficiente de recursos que se traduce en una pérdida de bienestar económico y social, y entre las cuales se encuentran principalmente el **poder de mercado**, las externalidades y la provisión de bienes públicos<sup>1008</sup>.

Ya en 1993 la OECD definía las fallas de mercado como el término que describe las situaciones en las que los resultados del mercado no son Pareto-eficientes, siendo la más importante de ellas, a efectos de la política de competencia, la existencia de poder de mercado o ausencia de competencia efectiva<sup>1009</sup>.

<sup>1007</sup> Resoluciones CRC 4002 y 4050 de 2012

<sup>1008</sup> WEBSTER, T. Managerial Economics: Theory and Practice. Emerald Group Publishing (2003) pp. 687 y ss

<sup>1009</sup> OECD. Glossary of industrial organisation economics and competition law (1993) disponible en <<https://www.oecd.org/competition/publicationsdocuments/glossary/>>

Buckley (2003) sostiene que, entre las características de un mercado perfectamente competitivo, está el que no exista allí poder de mercado<sup>1010</sup>, a la vez que define un mercado no competitivo como aquel donde al menos un proveedor posee **poder de mercado**<sup>1011</sup>, para concluir que los reguladores adoptan regulación asimétrica, más estricta, sobre los agentes con poder significativo de mercado (PSM)<sup>1012</sup>.

En 2008, Oxera señalaba:

*"(La mayoría) de los economistas han rechazado durante mucho tiempo la idea de que los mercados libres ofrecen sistemáticamente un resultado óptimo para la sociedad. Si lo hicieran, ¿por qué molestarse con la política de competencia, los derechos de patente, las normas de ayuda estatal, la regulación económica de los servicios públicos -o incluso la regulación financiera- si los mercados siempre funcionan bien?"*

*La economía moderna demuestra que el ideal de que los mercados capten una información perfecta y de que los recursos se asignen eficazmente en la economía rara vez se realiza. La literatura sobre externalidades ambientales, organización industrial y economía del comportamiento (por nombrar sólo algunas) muestra cómo la estructura de los mercados y el comportamiento de los consumidores y productores se desvía a menudo de lo que se requiere para que los mercados funcionen perfectamente, y que esto es más problemático en algunas situaciones que en otras.*

(...)

*Una de las razones por las que un mercado puede fallar es que su estructura obstaculiza la competencia. Cuando una empresa tiene un poder de mercado significativo -eg, debido a la presencia de grandes costos fijos de entrada- puede actuar con cierta independencia de sus competidores, y tendrá un incentivo para subir los precios, reducir las cantidades vendidas o impedir la innovación. Las empresas pueden hacer esto unilateralmente (poder de monopolio), o mediante colusión. Así pues, la estructura del mercado puede dar lugar a muy poca rivalidad, en detrimento de los consumidores. Por eso existe la política de la competencia y, en cierta medida, las normas sobre ayudas estatales. También es la razón por la que se regulan las empresas de servicios públicos de red, naturalmente monopolísticas.*<sup>1013</sup>

Lo propio sostiene Veljanovski (2010), para quien los mercados pueden fallar, en la teoría y la práctica, por cuatro razones principales: **poder de mercado**, externalidades, bienes públicos e información imperfecta<sup>1014</sup>, añadiendo que gran parte de la regulación económica tiene que ver con el **control del poder de mercado** y el fomento de la competencia<sup>1015</sup>.

Duhne (2015), a su turno, afirma que las dificultades del mercado que deben remediarse a través de la regulación económica provienen del mismo problema que aborda el derecho de la competencia, a saber, el **poder de mercado** excesivo, aunque, a diferencia del derecho de la competencia, que proporciona un mecanismo residual de supervisión de mercado aplicable en la mayoría de los sectores, la regulación económica es de naturaleza específica del sector y tiende a proscribir una conducta de mercado particular, en lugar de simplemente proscribir amplias categorías de conducta anticompetitiva<sup>1016</sup>.

Ischenko et al (2016) proponen EFER (Economics for Effective Regulation, por sus siglas en inglés) como una nueva metodología para el análisis económico regulatorio que produce una evaluación combinada de los principales problemas a los que se enfrentan los reguladores que desean que los mercados funcionen bien, mencionando allí las asimetrías de información, las externalidades, el poder de mercado y las distorsiones del comportamiento<sup>1017</sup>.

<sup>1010</sup> BUCKLEY, J. Telecommunications Regulation. The Institution of Electrical Engineers (2003) p.10

<sup>1011</sup> Ibid., p.30

<sup>1012</sup> Ibid., p.32

<sup>1013</sup> OXERA. When markets fail: lessons for policy-makers. Oxera Agenda (2008) disponible en <<https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/03/Market-failure.pdf>> (traducción libre)

<sup>1014</sup> VELJANOVSKI, C. Economic approaches to regulation. The Oxford Handbook of Regulation. Oxford University Press (2010) p.20.

<sup>1015</sup> Ibid., p.95.

<sup>1016</sup> DUNNE, N. Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets. Cambridge University Press (2015). p.35.

<sup>1017</sup> ISCHENKO, Z et al. Economics for Effective Regulation. Financial Conduct Authority. Occasional Papers No 13 (2016)



Bajo estas premisas, y teniendo en consideración lo evaluado hasta el momento, a continuación, se hará referencia a cada uno de los criterios conformantes del análisis de competencia, enmarcados en el artículo 3.1.3.1 de la Resolución 5050 de 2016, del mercado "Servicios Móviles", que fueron estudiados a profundidad en los numerales 8.1.2 a 8.1.5 y que permitieron constatar la posición dominante de **COMCEL** en el mercado relevante de "Servicios Móviles", así:

En relación con el **tamaño relativo** de **COMCEL**, tal como se expuso en la sección 8.1.2, al revisar las participaciones del servicio de voz móvil, estas se han mantenido por encima del 47% tanto en términos de tráfico (61.4%), ingresos (53%) e inclusive usuarios (47.3%), a pesar de que en este último rubro **COMCEL** experimentó una reducción, en parte explicada por las depuraciones que implementó en su base de datos y por intervenciones regulatorias que fomentaron la competencia. Adicionalmente, la participación de **COMCEL** medida a través de las tres dimensiones señaladas no solo se encuentra por encima del 40%, lo cual ya es una señal de alarma de acuerdo de con la Comisión Europea, tal como se expuso en la sección 8.1.2., sino que además **COMCEL** fue en todo el periodo analizado (2008 a 1T-2020) el proveedor con mayor participación lo cual da cuenta de su capacidad para sostenerla en el tiempo.

De igual manera, al analizar las participaciones del servicio de Internet móvil, se evidenció que la participación en términos de tráfico mostraba en 2012 un entorno más competido, debido a que no se observaban diferencias significativas entre MOVISTAR, el operador con mayor participación de mercado, y sus seguidores más cercanos. Sin embargo, este comportamiento se revirtió a partir del año 2013, momento en el cual **COMCEL** se convirtió en el agente más representativo (con mayores participaciones) del servicio de Internet móvil, situación que se mantiene al primer trimestre de 2020, en donde se evidencia que la participación de dicho proveedor medida en tráfico equivale al 47.1%, lo que representa un incremento de 11 puntos porcentuales entre 2012 y 2020. La participación de **COMCEL** a nivel de ingresos tuvo un crecimiento de once (11) puntos porcentuales entre 2012 y 2020 para alcanzar una cuota de mercado de 61.8% en el último periodo observado. En términos de usuarios de Internet móvil, la participación de **COMCEL** se ubicó en 55% en el primer trimestre de 2020, lo cual representó una reducción de 9.8 puntos porcentuales entre 2012 y 2020, manteniéndose en todo caso sustancialmente alta considerando el estado del arte en esta materia.

Lo anterior, es aún más dicente si se tiene en cuenta que en todas las dimensiones (usuarios, tráfico e ingresos) y con las series tanto de voz como Internet móvil que como se ha mencionado a lo largo de la presente resolución capturan buena parte del comportamiento de los usuarios que adquieren de manera conjunta los servicios de voz y datos móviles, gracias a la representatividad que dentro de las series tienen los usuarios empaquetados, las participaciones de mercado de **COMCEL** superan en más de 20 puntos porcentuales a su inmediato perseguidor y en algunas ocasiones incluso lo dobla.

Por otro lado, con el ánimo de robustecer los análisis de mercado y complementar las fuentes de información para este, la Comisión mediante los Autos de prueba del 8 de diciembre de 2017, 18 de junio y 10 de septiembre de 2018, y posteriormente el del 19 de junio de 2020, solicitó información relacionada con los usuarios que adquirieron de manera conjunta los servicios de voz y datos móviles. Al calcular las participaciones en las tres dimensiones, se encontró que estas concuerdan con la tendencia registrada en las series de voz e Internet móvil que provienen de los reportes periódicos que hacen los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones al Sistema Colombia TIC, algo que no podía ser de otra forma si se tiene en cuenta que de acuerdo con lo registrado por los operadores móviles a corte del primer trimestre de 2020, cerca del 77% del total de usuarios móviles del país pertenecían al mercado relevante de "Servicios Móviles", es decir, adquirieron de manera conjunta los servicios de voz y datos. En ese sentido, las participaciones observadas en el mercado de "Servicios Móviles" dan cuenta incluso de una mayor brecha entre **COMCEL** y sus dos principales competidores, pues de hecho en términos de usuarios este operador alcanza el 67% de participación mientras que TIGO apenas el 14.2% y MOVISTAR el 13.7%. La mencionada diferencia incluso se profundiza cuando se revisan las otras dos dimensiones, pues en ingresos la diferencia de **COMCEL** con respecto al segundo es de 58 puntos porcentuales, en tráfico de voz 62 puntos y en tráfico de datos 45 puntos.

En un mercado con altas barreras de entrada y una cuota de participación que equivale a más del doble de sus inmediatos competidores, los indicadores de concentración HHI y Stenbacka, son altos aun aplicados de la manera sugerida en el dictamen pericial de parte aportado por **COMCEL**. Los valores a corte del primer trimestre de 2020 de HHI en términos de tráfico,

ingresos y usuarios ubican a Colombia como un mercado concentrado si se compara con los estándares del DOJ. En efecto, para el mercado de "Servicios Móviles" el Índice HHI medido en usuarios, tráfico (voz y datos) e ingresos, en el primer trimestre de 2020 alcanzó un promedio de 5,025 puntos, registrando incluso dimensiones por encima de los 5,000 como fue el caso del HHI calculado en términos de tráfico de voz (5,735) e ingresos (5,334), calculados con base en la información del Auto de pruebas del 19 de junio de 2020.

Ahora bien, en relación con el índice de dominancia Stenbacka, en términos de usuarios, tráfico e ingresos, para el mercado de "Servicios móviles", la participación de **COMCEL** se ubica por encima del umbral con un parámetro  $\gamma = 1$  en todos los casos; sin embargo, la situación más crítica se presenta a niveles de tráfico de voz e ingresos, en donde la participación de **COMCEL** supera en cerca de 45 y 50 puntos porcentuales respectivamente el umbral obtenido. Aun estimando el índice Stenbacka con un parámetro de  $\gamma = 0,5$ , el resultado sobre la posición de **COMCEL** en el mercado se mantiene.

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que gracias a que: i) se evidencian altas participaciones de mercado en las tres dimensiones (ingresos, tráfico y usuarios) y en las tres series analizadas (voz móvil, Internet móvil y Autos de prueba); ii) las altas cuotas de mercado se mantienen a lo largo del tiempo (2008-2020); iii) la participación de COMCEL en las tres dimensiones utilizadas es más del doble de la de su inmediato perseguidor; y iv) el Índice de concentración HHI y el de dominancia de Stenbacka, registran niveles que a la luz de la literatura económica y de los criterios de clasificación definidos y aplicados por autoridades de competencia y autoridades de regulación en otros países, dan cuenta de un mercado altamente concentrado y de la existencia de un operador (**COMCEL**) con la capacidad para actuar de manera independiente en el mercado; el mercado relevante de "Servicios Móviles" presenta todos los elementos teóricos y prácticos utilizados en la organización industrial y en el derecho de la competencia para señalar que es un mercado que carece de competencia efectiva.

En cuanto al **tamaño absoluto**, tal como se mencionó en la sección 8.1.3, dicho concepto se refiere a las ventajas potenciales, y la sostenibilidad en el tiempo de estas, que pueden surgir del mayor tamaño de un operador respecto de sus competidores. Diferentes autores han demostrado que firmas de mayor tamaño tienen mayor poder de negociación con clientes y proveedores y que existe una relación positiva entre el tamaño del operador móvil y su desempeño financiero en comparación con sus competidores, evidenciando así las ventajas del tamaño absoluto de una firma en el mercado móvil.

Las cifras del sector de telecomunicaciones en Colombia, presentadas en la sección 8.1.3, claramente muestran que **COMCEL** es el proveedor que tiene mayor tamaño en términos financieros, pues cuenta con activos que son 2.4 veces superiores a los recursos destinados por su más inmediato competidor, y 5 veces a los recursos del tercero, los cuales le producen ingresos por servicios de voz móvil, SMS e Internet móvil que equivalen a tres (3) veces los del segundo proveedor y 3.9 veces los del tercero. Igualmente, en términos de cobertura de red, la diferencia entre **COMCEL** y el segundo operador con mayor número de sectores es del 191% para la tecnología 2G, del 168% para el caso de la tecnología 3G y del 247% para la tecnología 4G. De igual manera, se observa que el tráfico on-net cursado en la red de **COMCEL** es 5.5 veces superior al tráfico on-net cursado en la red de MOVISTAR y 7.8 veces superior al tráfico on-net cursado en la red de TIGO.

Adicionalmente, la infraestructura de **COMCEL** correspondiente a terrenos, edificaciones, estaciones base y centros de atención, además de ser significativamente superior a la de sus inmediatos competidores, le facilita la incorporación de nuevas tecnologías y la prestación de nuevos servicios y a su vez el ahorro en los costos asociados a dicha infraestructura, toda vez que su avance se soporta en las economías de alcance de dicho operador. Lo anterior se hace evidente en la medida que la mayoría de despliegue de tecnología 4G se ha hecho sobre los sitios que, además de ser propios, ya tenían sectores 2G y 3G, y de acuerdo con lo demostrado en la sección 8.1.3.2. comparten elementos funcionales, abaratando así los costos del despliegue.

Así las cosas, es evidente que el tamaño de **COMCEL**, junto con la existencia de economías de escala y alcance en los servicios de comunicaciones móviles, genera barreras a la entrada de nuevos competidores, y también crea ventajas para **COMCEL** respecto de los competidores existentes, lo cual da cuenta del tamaño que tiene este proveedor en el mercado "Servicios Móviles".

Por su parte, las **barreras a la entrada** resultan importantes en el análisis de la constatación de dominancia toda vez que contribuyen a explicar no solamente la estructura del mercado sino que además dan cuenta de las posibles limitaciones existentes en términos de competencia. Es así como, a pesar de los constantes esfuerzos por parte del Estado en general, y de la CRC en particular, para reducir las barreras de entrada, específicamente aquellas de tipo legal o administrativo, estas persisten aún en el mercado de "Servicios Móviles", al ser propias del sector de telecomunicaciones. Algunos ejemplos de esto son: i) los requisitos administrativos que debe cumplir y los costos en que incurre un nuevo operador para acceder al espectro radioeléctrico, en el caso de la entrada de un operador de red o, (ii) los requisitos administrativos que debe cumplir y los costos en que incurre un nuevo operador para obtener acceso a la red de uno de los operadores establecidos, en el caso de la entrada de un OMV. Esto último, sin mencionar que pese a la obligación regulatoria de proveer acceso por parte de un operador de red al OMV que, lo solicite, no se entiende cómo hasta el momento **COMCEL**, siendo el proveedor con mayor despliegue de red en el país, a cuarto trimestre de 2020 no tenga un acuerdo para alojar en su red algún operador móvil virtual.

Tal como se expone en la sección 8.1.4 del presente acto administrativo, el mercado de "Servicios Móviles", como parte de una industria de red, presenta altas barreras de entrada inherentes a este tipo de industrias, como es el caso de la existencia de costos hundidos, economías de escala y alcance, altos costos fijos, altos costos de inversión, grandes redes de distribución comercial, ventajas por ser el primer jugador en el mercado (First Mover Advantages, según la literatura), publicidad, reputación, necesidad de acceso a las redes de los incumbentes, necesidad de espectro y requerimientos legales y económicos para conseguirlo, efectos de red e integración vertical, entre otras, que restringen los incentivos a la entrada de nuevos agentes y maximizan la importancia de las cuotas de mercado no solo como elementos claves en el análisis de la estructura de mercado sino también como insumo primordial de los índices de concentración y dominancia que reflejan el nivel de competencia en el mercado bajo estudio.

Así entonces, contrario a lo expuesto por **COMCEL** acerca de que la medida de RAN eliminó el impacto que tienen como barrera de entrada los costos hundidos, en la sección 8.1.4, se dejó claro que el despliegue de infraestructura no es el único factor que se constituye como un costo hundido, toda vez que los gastos de mercadeo y posicionamiento de marca también lo son. Sin embargo, en lo que tiene que ver con el acceso y uso de RAN, se explicó que este presupone el despliegue - aunque gradual- de una red de telecomunicaciones que, interconectada con la red del proveedor de RAN, le permite a quien despliega la nueva red, proveer servicios allí donde ésta no tenga cobertura geográfica o de servicios. Así entonces, aun con la posibilidad de acceso de RAN, la barrera no se elimina toda vez que esta medida no extirpa la necesidad de desplegar la nueva red, sino que facilita su desarrollo en el tiempo.

Por otro lado, tanto en las secciones 8.1.2, 8.1.4 y 8.1.5, se evidenció que en el mercado de "Servicios Móviles" persisten aún barreras de entrada a pesar de los esfuerzos por mitigarlas. Adicionalmente, una vez sorteadas por los operadores que lograron entrar al mercado, estos no han generado presiones competitivas efectivas sobre los proveedores incumbentes y mucho menos sobre **COMCEL**, el proveedor de mayor tamaño, como ya se mencionó.

Teniendo en cuenta lo anterior, se amplió en la sección 8.1.5, en donde se expuso un análisis prospectivo de la competencia potencial en el mercado de "Servicios Móviles", mostrando que el cambio en la dinámica competitiva de dicho mercado como consecuencia de la última asignación de espectro IMT probablemente será moderado, y por tanto en el corto plazo y mediano plazo no se afectará significativamente la posibilidad real de presiones competitivas efectivas por parte de los demás operadores, y en este sentido no se modificarán significativamente las participaciones de mercado de los mayores operadores, especialmente las de **COMCEL**. Esto debido a que dicho operador ostenta actualmente la mejor posición competitiva en el mercado ya que cuenta con la mayor cuota del espectro IMT total asignado, y tiene adicionalmente ventajas por su condición de establecido y dominante como las previamente mencionadas. Por su parte, el operador con la segunda cuota de espectro -TIGO- tiene el tercer tamaño en el mercado, y por ende un menor tamaño absoluto que **COMCEL**, lo que podría menoscabar su potencial competitivo en el corto y mediano plazo. Finalmente, el potencial operador entrante integrado tendrá igualmente una menor posición competitiva en el mercado por tener la cuarta cuota del espectro asignado -casi la mitad de la de **COMCEL**- así como por no contar con las ventajas que el operador dominante ostenta en virtud de su mayor tamaño absoluto y por el

hecho de llevar más de 25 años en el mercado. Efectivamente, la experiencia de entradas en los mercados móviles muestra que en Colombia desde el año 2009 los operadores entrantes no han alcanzado participaciones de mercado significativas, y, en este sentido, han tenido una baja capacidad de generar presiones competitivas en estos mercados.

Adicionalmente, la experiencia internacional revisada evidencia que los aumentos en competencia que suceden en los mercados después de las asignaciones de espectro han sido moderados si se comparan las reducciones presentadas en el indicador HHI en los países analizados con la magnitud observada a 2020 en el mercado de servicios móviles colombiano. Asimismo, los aumentos en competencia posteriores a las asignaciones de espectro se han materializado en periodos de tiempo tan largos (3 a 9 años) que, en el caso colombiano, en el corto y mediano plazo no obrarían como mitigadores suficientes del poder de mercado que hoy ostenta el operador dominante.

En cuanto al comportamiento de los nuevos agentes desde la subasta de 2013, es importante tener en cuenta que los operadores que fueron categorizados en el análisis como "Otros OMR", junto con los OMV, a pesar de contar con un tiempo prudencial de presencia en el mercado, no han alcanzado participaciones significativas de forma que puedan ejercer presión competitiva sobre **COMCEL**, o que por lo menos disciplinen en alguna medida su comportamiento. Evidencia contundente de esta situación son las participaciones de mercado de dichos agentes que, sumadas, tanto en voz como en datos, no alcanzan siquiera el 10%. Esto sin mencionar, que de acuerdo con la información de los Autos de prueba de los usuarios de "Servicios Móviles" las participaciones de mercado de los "Otros OMR" y de los OMV son aún menores, pues a duras penas alcanzan el 5%, con la excepción de la medida en términos de tráfico de datos en donde en el 1T-2020 registraron 10.5%. En tal virtud, es claro que aun con los cambios que llegaron con la subasta de 2013, la tarifa regulada de RAN tanto en la Resolución CRC 4112 de 2013 como en la Resolución CRC 5107 de 2017 y los cambios en el régimen de los OMV que llegaron con la Resolución CRC 5108 de 2017, la presión de los nuevos entrantes, sean OMR u OMV, sobre los establecidos y aún más sobre **COMCEL**, es marginal por no decir nula.

El análisis de competencia potencial indica entonces que, a pesar de ciertos efectos en competencia que podrá incorporar en el corto y mediano plazo la nueva configuración de asignaciones de espectro resultado de la subasta de 2019, la experiencia de entradas previas al mercado móvil colombiano, la experiencia internacional de evolución de los mercados móviles después de asignaciones de espectro, y las perspectivas de efectos moderados en competencia tras la subasta del 2019, permiten inferir que existe un riesgo de mayor concentración y consolidación de la posición de **COMCEL** en el mercado de "Servicios móviles" en Colombia durante los próximos años.

Así entonces, tras el análisis conjunto de todos los elementos que conforman lo dispuesto por el artículo 10 de la Resolución CRT 2058 de 2009 (compilado en el artículo 3.1.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016) para constatar la posición dominante de uno o varios proveedores en un mercado relevante determinado, y cuyos resultados fueron expuestos en las secciones de Tamaño Relativo (8.1.2), Tamaño Absoluto (8.1.3), Barreras de Entrada (8.1.4) y Competencia Potencial (8.1.5), se colige que no es previsible que en el corto y mediano plazo aumenten las presiones competitivas en el mercado de "Servicios Móviles" sin intervención regulatoria y que efectivamente el proveedor **COMCEL** tiene posición de dominio en dicho mercado relevante, considerando además los presupuestos jurídicos y económicos de la constatación de dominancia, y la información aportada en las pruebas decretadas dentro del presente trámite administrativo. Es de resaltar, que tal como se expuso en la sección 8.1.5, la Comisión siguiendo lo dispuesto en su marco normativo, específicamente en el acto administrativo Resolución CRT 2058 de 2009, incorporó dentro de su estudio las dinámicas de mercado que a la fecha de expedición de la presente Resolución se habían registrado, incluyendo por supuesto el análisis de la evolución de mercado de los proveedores que hoy se encuentran dentro del mercado y su posible comportamiento en el corto y mediano plazo, incluyendo los posibles efectos de la subasta de espectro realizada en el año 2019.

En ese sentido, cabe aclarar que si bien a nadie le está prohibido adquirir legítimamente la posición dominante en un mercado, y por ello no deben aplicarse sanciones por ese sólo hecho, lo cierto es que una vez alcanzada, dicha posición refleja una situación particular de competencia en dicho mercado, en la medida en que envuelve una falla de mercado en sí misma (poder significativo de mercado). Así entonces, es el poder sustancial de mercado que ostenta **COMCEL**

el que tiene la potencialidad de permitirle fijar directa e indirectamente las condiciones del mercado, y comportarse en el mismo sin ninguna presión competitiva efectiva (presión que según los análisis presentados se evidenció que no es ni será, al menos en el corto y mediano plazo, significativa), con independencia de sus competidores. Por tal razón, la constatación misma de dominancia revela la existencia de una falla de mercado en razón del poder sustancial de mercado asociado a ella, que le corresponde a la CRC, como regulador ex ante, corregir o mitigar mediante la intervención regulatoria.

Es de manifestar que, en la medida en que el análisis efectuado da lugar a constatar la posición dominante de COMCEL en el mercado de "Servicios Móviles", tal y como se consignará en el acápite resolutivo del presente acto administrativo, le corresponde a esta Comisión vigilar y monitorear detalladamente el comportamiento del anotado mercado y el actuar de COMCEL, con miras a evitar que se puedan consolidar consecuencias adversas en su interior.

Así las cosas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.1.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 y de acuerdo con lo descrito en los numerales 5 y 6 del documento "Intervención de Carácter Particular en el Mercado Servicios móviles", en la sección 8.2 de la presente resolución se analizarán las medidas o remedios regulatorios inicialmente planteados en la Resolución CRC 5110 de 2017, con el fin de evaluar la viabilidad de su implementación ante la dominancia de COMCEL en el mercado de "Servicios Móviles" que arrojan los análisis aquí expuestos.

#### **8.1.7. Apalancamiento estratégico desde el mercado de "Voz Saliente Móvil" hacia el mercado de "Servicios Móviles"**

Tal como se anunció en la sección 8.1.6, esta Comisión, teniendo en cuenta las observaciones y recomendaciones realizadas por la SIC al proyecto de resolución remitido<sup>1018</sup> para surtir el trámite de Abogacía de la Competencia, encontró pertinente presentar de manera separada las fallas de mercado y/o problemas de competencia identificados, para que exista total claridad sobre cuáles son los factores que actualmente impiden que exista competencia efectiva en el mercado de "Servicios Móviles".

En ese sentido, se reitera que los análisis presentados en las secciones 8.1.2 a 8.1.5, que corresponden al análisis de competencia que exige el artículo 10 de la Resolución CRT 2058 de 2009 (compilado en el artículo 3.1.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016), dan cuenta que el proveedor **COMCEL** ostenta posición dominante en el mercado relevante de "Servicios Móviles", tal como se concluye en la sección 8.1.6 del presente acto administrativo.

Ahora bien, acorde con lo planteado en el documento "Intervención de Carácter Particular en el Mercado Servicios móviles", en la presente sección se adelantan los análisis relacionados con la falla de mercado correspondiente al apalancamiento entre el mercado de "Voz Saliente Móvil" y el mercado de "Servicios Móviles" por parte de **COMCEL**, y el traslado de los problemas de competencia del primero hacia el segundo.

Efectivamente, al momento de iniciar la presente actuación administrativa, esta Comisión explicó que cuando los consumidores concurren al mercado de "Servicios Móviles" con el fin de adquirir un paquete de servicios, el dispositivo de acceso se convierte en un elemento crucial en la toma de decisiones de los usuarios, que no solo afecta la elección de los servicios que podría consumir (solo voz, voz y datos, o solo datos) sino también la elección del operador con el que contrata los diferentes servicios. Al respecto, se afirmó que es muy probable que el usuario contrate con su proveedor de servicios de voz el servicio de acceso a Internet, puesto que los servicios de voz y datos móviles comparten el dispositivo móvil como medio de acceso. Se explicó también que el servicio de voz móvil es el más antiguo de los servicios ofrecidos en los mercados móviles, por lo que **COMCEL** ha migrado sus usuarios del servicio de voz a servicios de datos mediante el empaquetamiento de servicios, lo que, en la medida en que se ha consolidado la penetración y adopción del servicio de Internet móvil, le ha permitido posicionarse en el mercado de "Servicios Móviles" a mayor velocidad que sus competidores y replicar su participación del servicio de voz móvil al servicio de datos móviles en los casos en los que este servicio se consume de manera empaquetada.

<sup>1018</sup> 19 de diciembre de 2018

De este modo, la Comisión partía preliminarmente de la premisa según la cual surgía una falla de mercado como consecuencia del apalancamiento estratégico por parte de **COMCEL** en el servicio de voz para convertir a los usuarios individuales de voz en usuarios empaquetados de voz más datos, pues, en el caso bajo análisis, el empaquetamiento está atado a la imposibilidad técnica de contratar de manera separada el servicio de voz y datos móviles con un dispositivo de una única SIM, lo cual genera un mecanismo natural de apalancamiento entre el mercado de "Voz Saliente Móvil" y el mercado de "Servicios Móviles", lo que a su vez constituye un vehículo que permite el traslado de los problemas de competencia identificados previamente por la CRC desde el primer mercado hacia el segundo.

Adicionalmente, en dicho documento de inicio, la CRC explicó que el empaquetamiento de servicios móviles podría producir efectos nocivos sobre la competencia debido a que ciertos operadores tenían la posibilidad de fortalecer su posición en el mercado de "Servicios Móviles", en donde inicialmente todos se hubieran podido comportar como proveedores en condiciones competitivas, pero que, a partir de la posición en el mercado de "Voz Saliente Móvil", y dadas las diferencias en los accesos de unos y otros operadores, se terminarían reflejando en el mercado participaciones similares en los diferentes servicios y un traslado del entorno competitivo del mercado relevante de voz móvil al mercado relevante de "Servicios Móviles".

Señaló además la CRC que el resultado del apalancamiento de la participación de mercado de **COMCEL** en el mercado "Voz Saliente Móvil" al mercado "Servicios Móviles" era la creación de barreras de entrada a eventuales nuevos proveedores que pretendieran prestar servicios en los mercados en donde se evidencia la anterior práctica, esto en la medida en que las ventajas competitivas que pueda tener un operador como **COMCEL** en un mercado como el de voz, que de por sí presenta problemas de competencia, se trasladan al mercado de "Servicios Móviles". De igual forma, esta Comisión indicó que otro de los resultados podría ser la exclusión de competidores o comportamientos que finalmente perjudiquen la competencia y el bienestar de los usuarios.

En respuesta a lo anterior, **COMCEL** argumenta que no es cierta la premisa de la que parte la CRC, según la cual los usuarios no puedan contratar con distintos operadores para la prestación de servicios de voz y datos, señalando que para eso existen terminales Dual SIM que permiten consumir a través de un mismo terminal distintos servicios con distintos operadores<sup>1019</sup>. De igual manera, afirma que la mayoría de accesos a Internet mediante terminales móviles se dan a través de redes Wi-Fi, y que existe una creciente tendencia de los usuarios de Internet móvil de cursar llamadas a través de aplicaciones OTT, o sustituyendo la voz por mensajería instantánea. Por otro lado, manifestó que debe tenerse en cuenta la alta tasa de desactivaciones del mercado en Colombia (Churn), que en el caso de **COMCEL** está por encima de las de otros operadores en algunos países latinoamericanos (como ejemplo trae de presente a Telcel en México, a Claro en Brasil y a Movistar en Chile). De este modo, **COMCEL** considera que antes de sugerir la existencia de una falla de mercado o un problema de competencia en el mercado de "Servicios móviles", la CRC *"debe (i) adelantar un riguroso estudio de la cantidad de terminales dual SIM en el mercado de Servicios Móviles y su tendencia en el corto y mediano plazo, (ii) analizar detenidamente los patrones de acceso a internet desde el terminal móvil y (iii) los patrones de sustitución de servicios por nuevas aplicaciones"*, señalando que la actuación adolece de lo que llama "orfandad probatoria", sobre lo cual afirma que la CRC plantea una conclusión -en referencia a la potencial falla de mercado- para luego intentar soportarla sin sustento alguno.

Ahora bien, el dictamen pericial aportado por Mauricio Santamaría señala que la preocupación de la CRC en torno a la posición de dominio de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles" parte de una restricción tecnológica, y se refiere a los argumentos presentados en el Documento de inicio de la presente Actuación Administrativa en relación con dicha restricción asociada al empaquetamiento de servicios móviles, en donde el empaquetamiento puede ser una herramienta para apalancar la posición dominante de un mercado a otro; al respecto, señala que la única evidencia del apalancamiento es que las participaciones de mercado en ambos servicios son similares.

Agrega además el Perito que el análisis de la potencial posición dominante de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles" se desprende solamente del análisis de competencia elaborado por la CRC para el mercado de "Voz Saliente Móvil", lo que, en su opinión, le resta rigurosidad a

<sup>1019</sup> Argumento expuesto en el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que COMCEL denominó "Alegatos de Conclusión".

las conclusiones. Así mismo, afirma que, si bien es cierto que **COMCEL** tiene la capacidad de ofrecerle a sus usuarios del servicio de Voz Saliente Móvil el servicio de Internet Móvil, el argumento de que esto representa una falla de mercado es cuestionable, pues, por el contrario, esto representa una oportunidad para los competidores de **COMCEL**, y además provoca que los planes de voz dejen de ser la variable determinante para competir y dar paso a la competencia a través de los planes de datos.

Aunado a todo lo anterior, en el escrito que **COMCEL** denomina alegatos de conclusión, dicho proveedor se refiere al dictamen efectuado por la firma GFK Retail & Technology, entregado a la CRC el 10 de noviembre de 2017, el cual fue complementado y sustentado en audiencia pública el 22 de febrero de 2018. **COMCEL** indica que este dictamen tiene naturaleza "judicial" en el entendido que fue pedido por **COMCEL** y decretado por la CRC, y desvirtúa por completo la supuesta falla de mercado aducida por la Comisión según la cual existe una imposibilidad técnica para el usuario de servirse de un mismo dispositivo para tener acceso a servicios de voz y datos con más de un operador.

Cita el documento de GFK, en donde se explica que para el mes de enero de 2016 los modelos con funcionalidad Dual Sim representaban el 17% del total de terminales comercializados en Colombia, y posteriormente se observa que a julio de 2017 este porcentaje alcanza el 30%. En términos de ventas, también se evidencia el crecimiento de los terminales Dual Sim, que representaron el 31% del total de sell-out<sup>1020</sup> en enero 2016; y para julio de 2017 cerca de la mitad de las ventas del país (49%), correspondieron a este tipo de equipos. GFK también indica que, para el cierre de 2016, la cifra de smartphones en Colombia fue de 5'432,364 unidades vendidas; de las cuales 1'968,721 fueron con funcionalidad de Dual Sim.

A partir de ello, **COMCEL** señala que el dictamen de GFK estableció que al menos el 40% de los teléfonos que se usan en el mercado colombiano tienen doble SIM, que permiten con un solo equipo, contratar el servicio de voz y el servicio de datos con distinto operador y que este porcentaje es creciente. Según **COMCEL**, el mismo informe señala que a julio de 2017, el 49% de las ventas nuevas de equipos fue de doble SIM. **COMCEL** considera entonces que con esta prueba se demostró la ausencia de la supuesta falla de mercado en que la CRC se apoya para realizar una intervención *ex ante*, evidenciando que la CRC parte de una premisa equivocada, pues no existe impedimento técnico para que los usuarios con un único terminal puedan contratar por separado los dos servicios - voz y datos.

Resalta **COMCEL** que según lo indica el perito GFK *"la cobertura del estudio de la categoría Telecom- Terminales es 65%, teniendo en cuenta que cubrimos Mass Merchandisers (MM), Computer Electronic Stores (CES) y Telecom Retailers (TCR)"*. Lo que significa que el 35% restante es comercializado por los operadores y otros canales.

Adicionalmente, como lo indica el dictamen de GFK, este porcentaje presenta una marcada tendencia al crecimiento, pues solo entre enero de 2016 y julio de 2017, las ventas nuevas (sell-out) de terminales Dual SIM, presentó un incremento de 18 puntos porcentuales, pasando de un 31% a un 49%.

Así mismo, en el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que **COMCEL** denominó "Alegatos de Conclusión", se menciona la actualización del peritaje de GFK realizado en virtud del Auto de Pruebas del 14 de septiembre del año 2020, y en el cual, según **COMCEL** se concluye objetivamente que: i) para el primer trimestre de 2015 los modelos con funcionalidad Dual Sim representaban el 18% del total de terminales comercializados en Colombia, cifra que para el segundo trimestre de 2020 ya alcanzó el 53%; ii) en cuanto a las ventas de modelos con funcionalidad Dual Sim, para el primer trimestre de 2015 los modelos con funcionalidad Dual Sim representan el 8% del total de sell-out, cifra que para el segundo trimestre de 2020 ya alcanzó el 60%; iii) para el segundo trimestre de 2020, el número de referencias de terminales móviles con funcionalidad Dual Sim comercializadas en Colombia ascendió a 472; y iv) para el cierre de 2019, la cifra de smartphones en Colombia fue de 9.537.205 unidades vendidas, de las cuales 5.219.646 fueron con funcionalidad Dual Sim. Solo durante el primer trimestre de 2020, se vendieron 3.315.484 unidades de celulares en el país, de las cuales 1.956.333 corresponden a la modalidad Dual Sim.

<sup>1020</sup> Corresponden a las ventas al consumidor final.

**COMCEL** presenta una tabla con la información reportada por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles respecto del número de usuarios con DUAL SIM, que en su opinión demuestra la significativa presencia de estos equipos en el mercado colombiano, desvirtuándose así la falla técnica y la supuesta imposibilidad técnica reseñada por la CRC. Concluye a partir de esta información que, a 30 de septiembre de 2017, el 30% de los usuarios del mercado (Dual Sim "Servicios Móviles") cuenta con un terminal dual que técnicamente garantiza la posibilidad de elegir distinto proveedor para el servicio de voz y para el servicio de datos móviles. En otras palabras, una tercera parte de los usuarios del mercado de "Servicios Móviles" técnicamente puede desempaquetar los servicios de voz y datos móviles. De igual manera, en el escrito precitado del 16 de diciembre de 2020, **COMCEL** argumenta que, con la información suministrada por los propios operadores, a corte del primer trimestre de 2020 el número total de usuarios (con equipos Uni, Dual o Multi Sim) asciende a 49.754.823, de los cuales el 46% corresponde a usuarios de servicios móviles con equipos Dual o Multi Sim.

Una vez más, **COMCEL** afirma que la CRC parte de una premisa equivocada, ya que sí es posible elegir diferentes proveedores de servicios de voz y datos móviles a través de un solo terminal, más si se tiene en cuenta que en las declaraciones rendidas por los representantes legales de las empresas líderes en el mundo de la fabricación de equipos móviles, se extrae que no existe diferencia de precios entre los equipos Uni Sim con los equipos Dual o Multi Sim y, por lo tanto, los usuarios tienen la plena libertad de elección en cuanto al equipo que deseen adquirir y por el mismo precio.

En ese sentido, cita lo que al respecto dijeron algunos fabricantes de equipos sobre los que recayeron las pruebas practicadas dentro del trámite, así:

Del testimonio de Huawei

**COMCEL** presenta citas del testimonio del testigo Ricardo Triana, en su calidad de Gerente de Producto de Huawei, para soportar los siguientes aspectos:

- i) Un celular puede tener dos SIM de distintos operadores (desempaquetamiento de servicios)
- ii) Los celulares doble SIM (permiten el desempaquetamiento) son bastante deseados por los usuarios.
- iii) Los celulares Dual SIM no son más costosos que los Single-SIM. No representa un costo de transacción como lo dijo la CRC.
- iv) En el celular Dual SIM: ambas SIM están activas, y una se puede utilizar para hacer llamadas y con la otra acceder a datos.
- v) El consumidor utiliza los celulares Dual SIM para contratar con el operador que más le convenga.
- vi) La oferta de equipos dual SIM y single SIM es pareja.

Del testimonio de Apple

**COMCEL** cita textualmente algunos apartes del testimonio del testigo Miguel Ronderos Corredor en representación de Apple Colombia S.A.S., para soportar la afirmación de que los equipos Dual SIM permiten la combinación de servicios de distintos operadores.

Del testimonio de Motorola

**COMCEL** cita de manera textual algunos apartes del testimonio rendido por la testigo Carolina Margarita Prieto Sarabia, en representación de Motorola Mobility Colombia, a partir de lo cual concluye que:

- i) El precio de los equipos Dual SIM es el mismo que el de los Single-SIM. No representa un costo de transacción
- ii) La demanda de celulares dual SIM ha aumentado.
- iii) Con los dual SIM se pueden desempaquetar los servicios y el usuario puede contratar al operador que más le convenga.
- iv) Los fabricantes están produciendo ambos equipos (dual y single). El consumo de celulares dual SIM tiende al alza.
- v) Con los equipos dual SIM, el consumidor es libre de elegir los servicios que quiera con el operador que quiera.



Del testimonio de Samsung

**COMCEL** refiere los siguientes aspectos, soportados en citas textuales de lo dicho por la testigo Patricia Velásquez Martínez, en representación de Samsung Mobile:

- i) Desde el 2014, Samsung comercializa equipos Dual SIM.
- ii) Los equipos Dual SIM permiten la conexión a redes de distintos operadores.
- iii) El usuario puede desempaquetar los servicios a su gusto.
- iv) La demanda de equipos Dual SIM ha aumentado de forma dramática.
- v) Existe una alta preferencia por los equipos Dual SIM. La testigo señaló que existe una preferencia por los equipos Dual SIM.
- vi) La tendencia es la fabricación de equipos Dual SIM.
- vii) Samsung vende más equipos Dual SIM que single SIM.

**COMCEL** señala que Marcela Meléndez en su dictamen concluyó que se presenta un crecimiento de los aparatos telefónicos con SIM dual, y afirmó que el 26.6% de los usuarios por suscripción de la empresa tienen actualmente ese tipo de aparatos telefónicos que permitiría al usuario contratar cada servicio móvil con un operador, por lo que la posibilidad de que un usuario se vea obligado a contratar los dos productos con **COMCEL** por restricciones de la tecnología es cada vez más remota.

Agrega Marcela Meléndez que la literatura económica señala que una de las condiciones necesarias para que el empaquetamiento pueda ser usado con fines estratégicos para monopolizar el mercado, es que los bienes empaquetados por la empresa sean complementarios, sobre lo cual afirma que los servicios de voz móvil y datos móviles son servicios sustitutos, pues los avances de la tecnología permiten que sea posible no solo comunicarse de un modo efectivo sin recurrir a la voz, sino también comunicarse con voz a través de las redes de datos. En ese sentido, en el escrito allegado bajo los radicado 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que **COMCEL** denominó "Alegatos de conclusión", vuelve a traer a consideración el peritaje de Marcela Meléndez, en donde la perito afirmaba que el precio de voz de **COMCEL** es sistemáticamente más bajo cuando el plan de servicios del usuario incluye servicios de datos móviles. Este resultado se sostiene no importa cuál sea el modelo que se lleva a estimación y confirma lo que sabemos: que el servicio de voz móvil que ofrece **COMCEL** es más barato cuando el suscriptor adquiere también el servicio de datos móviles. Esto se ha interpretado como una estrategia del operador para obligar al consumidor a adquirir simultáneamente los dos productos. Una interpretación alterna es que el servicio de datos móviles es un sustituto cercano del servicio de voz móvil.

Considera entonces necesaria una aproximación más sofisticada, que confirme el signo de la relación entre la cantidad de un servicio y el precio del otro que pueden afectar los precios y las cantidades transadas que se observan en el mercado. Una de las conclusiones de su análisis indica que los resultados econométricos soportan la sustituibilidad entre los servicios de voz y datos móviles, por cuanto el coeficiente sobre el precio de los datos móviles que observa el usuario al momento de hacer su decisión de consumo es siempre positivo y significativo, lo cual en su opinión es relevante porque contribuye a debilitar la hipótesis de que el empaquetamiento de los servicios de voz y datos por parte de **COMCEL** es una estrategia utilizada para extender la posición de dominio del mercado de voz móvil al mercado de datos móviles.

De este modo, la perito concluye que no es posible ganar participación en los dos mercados de manera simultánea a través de una reducción de precios, y argumenta que de la aplicación del test de Carl Shapiro, se encuentra que no se cumplen las condiciones que identifica la literatura económica para que el empaquetamiento de los servicios móviles plantee un riesgo para el buen desarrollo de la industria y que, por el contrario, esta práctica parece haber contribuido a dinamizar la competencia en el mercado de datos móviles con el resultado de que hoy se opera a menores precios y mayores cantidades, lo que redundaría en el bienestar de los consumidores.

Cita **COMCEL** un estudio de la profesora Carmen Herrero Suárez, quien indica cómo la escuela de Chicago concluyó que los contratos vinculados no son mecanismos para extender poder de mercado, sino que son una práctica que permite el aprovechamiento de situaciones de poder existentes. La misma autora señala que los doctrinantes de la escuela de Chicago han contribuido a delimitar los supuestos en los que el apalancamiento resulta en una amenaza factible. La

conclusión de estos estudios es que la utilización de productos independientes o complementarios utilizados en proporciones fijas, dadas determinadas características de los mercados, no conduce, a corto plazo, a la obtención de doble beneficio monopolístico.

Para **COMCEL**, la CRC no puede dar por sentada la hipótesis de que existe una transferencia automática de posición dominante de un mercado a otro ya que ni siquiera los autores que cita la Comisión en ese sentido son concluyentes. De igual forma, argumenta **COMCEL** que en la legislación colombiana no se considera que esta transferencia sea un acto abusivo y que, la hipótesis alrededor de la cual gira la pretensión de la CRC de imponer regulación ex ante, se refiere a la subordinación de la venta del producto sobre el que se tiene posición de dominio a la adquisición del producto sobre el que no se tiene posición de dominio.

En este punto, es de destacar que, en consonancia con lo expresado, en el escrito con radicado 2019303265 del 20 de septiembre de 2019, **COMCEL** aduce que la CRC fundamentó el inicio de la presente actuación en una supuesta falla de mercado descrita como la imposibilidad técnica que tiene el usuario de elegir los servicios de voz y datos móviles con distintos proveedores en un mismo equipo terminal móvil, lo que -continúa- en opinión de la Comisión *"se traducía en un mecanismo de "apalancamiento" entre el mercado de Voz Saliente Móvil y el mercado de Servicios Móviles"*. No obstante, añade **COMCEL**, esa supuesta falla no está probada y lo que es peor es que la CRC cambió súbita e ilegalmente el sustento de la actuación, hasta decir *"que la falla del mercado ahora es la dominancia de [COMCEL] y el "empaquetamiento" de servicios móviles"*.

En ese sentido, argumenta **COMCEL** que se requieren estudios de mercado más profundos a los realizados en el documento de soporte que permitan determinar que quien ostenta posición de dominio en un mercado, automáticamente transfiere esta condición sobre otro mercado al que pertenece otro bien o servicio.

**COMCEL** cita la doctrina de la SIC sobre mercados conexos, la cual determina algunos elementos para poder ejercer posición de dominio en un mercado conexo. Considera **COMCEL** que cuando dichos elementos están presentes, se podría considerar que se presenta abuso en el mercado diferente en el cual se tiene dominio. Para **COMCEL** la CRC no verificó ninguno de estos elementos.

En términos de **COMCEL**, la CRC no ha evaluado las condiciones de competencia del mercado de "Voz Saliente Móvil" y tampoco ha demostrado que **COMCEL** tenga posición de dominio en el mercado de "Servicios Móviles". Para **COMCEL** la sola evaluación de participaciones de mercado no implica posición de dominio.

Tampoco, según **COMCEL**, la CRC ha verificado si los servicios de Voz Saliente Móvil e Internet móvil son sustitutos entre sí o pertenecen a mercados diferentes.

Para **COMCEL**, la misma CRC reconoce que el empaquetamiento genera eficiencias y beneficios al usuario y además es una práctica común en el mercado, por lo que no se puede concluir que el hecho de que **COMCEL** la practique sea negativo para el mercado. De hecho, subraya **COMCEL** que la SIC cuando hace referencia a la teoría de mercados conexos ha enfatizado que el agente debe usar su posición de dominio con el fin de lograr una ventaja competitiva o eliminar la competencia en el mercado conexo para que se configuren los supuestos de dicha teoría. Sin embargo, afirma **COMCEL**, que ahora existen más competidores en el mercado por lo que la teoría de mercados conexos no aplica en este caso.

Afirma también **COMCEL** que de acuerdo con el Documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, la circunstancia que origina la pretensión de la CRC de imponer una regulación ex ante a dicho proveedor es el empaquetamiento de los "Servicios Móviles", a partir de que tecnológicamente no es posible desempaquetar el servicio de voz saliente móvil del servicio de Internet móvil. Ahora, es posible el desempaquetamiento mediante los equipos Dual SIM, los cuales, en la actualidad, tienen gran popularidad y permiten que el usuario (voluntariamente) pueda contratar el servicio de voz con un operador y el servicio de datos con el otro. Esto implica que no existiría el supuesto vehículo de transferencia de las condiciones de un mercado al otro, ya que tecnológicamente se pueden desagregar los servicios por operador y en un solo equipo celular<sup>1021</sup>. Además, reitera **COMCEL**, está demostrado que no tiene posición de dominio en el

<sup>1021</sup> Este mismo argumento fue presentado en el documento denominado "Alegatos de Conclusión" allegado a la CRC el 16 de diciembre de 2020 mediante los radicados 2020301399 y 2020815260.

mercado relevante de "Voz Saliente Móvil", lo que según él desvirtúa aún más el planteamiento elaborado por la CRC.

Por tal razón, no es posible, a partir de teorías no concluyentes, inferir que las condiciones de competencia se transfieren automáticamente de un mercado a otro mercado al que pertenece otro bien o servicio que tiene la posibilidad de ofrecer en conjunto o empaquetado; es necesario realizar profundos estudios de mercado que respalden la tesis empleada por la CRC, cosa que no se encuentra demostrada en el documento soporte que anexa la autoridad regulatoria.

Por el contrario, sí existen elementos de prueba a instancia de **COMCEL** que dan cuenta que no existe ningún apalancamiento. **COMCEL** cita diferentes conclusiones y explicaciones de Marcela Meléndez, que en su opinión demuestran que no existe un apalancamiento de condiciones de un mercado al otro. A continuación, se listan los aspectos reseñados por **COMCEL**, sin perjuicio de la consulta detallada del documento de alegatos de conclusión en el expediente de la actuación administrativa:

- i. **COMCEL** no tiene un poder de mercado que pueda extender a otro mercado
- ii. No tiene sustento la idea que el empaquetamiento es una estrategia de **COMCEL**.
- iii. Para que el empaquetamiento pueda ser utilizado con el fin de monopolizar el mercado, se requiere que los bienes empaquetados por la empresa sean complementarios.
- iv. Los servicios de voz móvil y datos móviles son servicios sustitutos no complementarios, por lo que no podría utilizar uno de estos con el fin de monopolizar el otro.
- v. Los resultados econométricos demuestran la sustituibilidad entre los servicios de voz y datos móviles, no la complementariedad.
- vi. Los resultados debilitan la hipótesis que el empaquetamiento de los servicios por parte de **COMCEL** es una estrategia para extender la posición de dominio de un mercado a otro; tratándose de servicios sustitutos no es posible ganar participación en los dos mercados de manera simultánea.

**COMCEL** señala que Mauricio Santamaría concluye que no existe un apalancamiento de condiciones de un mercado al otro, pues a pesar de que la CRC no logra demostrar de manera satisfactoria la existencia de poder de mercado de **COMCEL** en el mercado relevante de voz saliente móvil, procede a señalar que se trasladan los problemas de competencia de este mercado al de datos, y que según datos del Centro Nacional de Consultoría, los usuarios prefieren consumir estos servicios (voz y datos) de manera empaquetada; agrega que la evolución reciente de los hábitos de consumo de los usuarios refleja una mayor preferencia por los datos que por la voz, de manera que los ingresos para los operadores por éste último servicio han descendido, para darle campo a una mayor participación a los ingresos por datos. **COMCEL** considera que ello permite afirmar que la determinación de la CRC de asumir que los servicios de voz y datos móviles son complementarios y que por medio del empaquetamiento se genera un apalancamiento de un mercado a otro, es falsa y carece de fundamento.

Finalmente, **COMCEL** cita diferentes apartes del dictamen pericial presentado por Marcela Meléndez, para reiterar que, al no existir posición de dominio ni problemas de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil", nada se traslada al mercado de "Servicios Móviles", y que no existe la supuesta dominancia de **COMCEL** en el mercado "Servicios Móviles".

**Consideraciones de la CRC:**

En primer lugar, según se explicó previamente en la presente Resolución, el debido proceso de cualquier actuación administrativa implica generar espacios suficientes para que las partes involucradas -en este caso **COMCEL**- puedan soportar sus argumentos y evidenciar las situaciones a que haya lugar, para que seguidamente quien debe tomar una decisión de fondo - en este caso la CRC- pueda adoptar la decisión que se requiera, soportado en el acervo probatorio que repose en el expediente de la actuación, así como en los análisis y estudios que se adelanten.

Es entonces errado el entendimiento que de manera sistemática aduce **COMCEL**, según el cual la Comisión presenta conclusiones sin sustento, cuando lo que se presentó al inicio de la actuación administrativa fue un análisis estrictamente preliminar que no puede reputarse conclusivo y que constituía simplemente la premisa de inicio de la actuación, que podía ser confirmada, modificada o revocada, parcial o totalmente, como consecuencia del desarrollo de la actuación administrativa

y en particular, como producto del ejercicio de derecho a la defensa y la contradicción por parte de **COMCEL**.

Ahora bien, **COMCEL** hace uso del material probatorio que reposa en el expediente para argumentar su posición, según la cual no existe una falla de mercado que sea generada por la situación en la cual el usuario se ve conminado a contratar los servicios de voz y datos a través de una única tarjeta SIM. Al respecto, debe en primer lugar reiterarse que el argumento de la CRC se refiere a que, haciendo uso de una única SIM no es posible contratar el servicio de voz con un proveedor y el de Internet móvil con otro, situación que se produce no solamente en el caso de **COMCEL** sino de todos los proveedores móviles. No obstante, al tratarse la presente actuación administrativa sobre la posición de **COMCEL**, debe tomarse en consideración el potencial efecto de esta situación frente a la competencia en el mercado y las medidas que sobre el mismo requieran adoptarse. En otras palabras, es un hecho indiscutible que, haciendo uso de una única SIM, no es posible para un usuario incluir servicios de más de un proveedor, situación que favorece la venta empaquetada de servicios de voz y datos que, realizada por el proveedor de mayor escala, dominante además en el mercado de "Voz Saliente Móvil", tiene un efecto en el mercado de "Servicios Móviles" mucho mayor al que puede tener la misma práctica realizada por sus competidores, de tamaño absoluto y relativo sustancialmente menor al de **COMCEL**.

Teniendo claro lo anterior, es importante mencionar que **COMCEL** argumenta que con el creciente uso de terminales multi SIM la supuesta imposibilidad de contratar los servicios de voz y datos en un mismo terminal con proveedores diferentes queda desestimada, pues si el usuario así lo prefiere, puede contratar el servicio de voz con un operador en una SIM y el servicio de Internet móvil con otro operador en otra SIM. Sin embargo, tal como se expondrá con mayor detalle en la sección 8.1.7.1. el hecho de que existan terminales multi SIM no logra romper con el incentivo económico de contratar los servicios de manera empaquetada con un mismo proveedor, pues no solo el usuario obtiene un precio más atractivo cuando empaqueta los servicios, sino que se ahorra costos de transacción en términos operacionales (facturación, quejas y solicitudes entre otros).

De otra parte, en relación con la sustituibilidad o complementariedad de los servicios de voz móvil y datos móviles, debe reiterarse que fue una materia ya abordada y decantada en la definición del mercado "Servicios Móviles" que se realizó a través de la Resolución CRC 5108 de 2017 y cuyo alcance no es objeto de la presente actuación, pues tan es así que el presente análisis se hace sobre un mercado relevante establecido mediante un acto administrativo en firme y con todas las salvaguardas jurídicas del caso.

En relación con los comentarios acerca de la supuesta omisión del análisis de consumo de Internet en un equipo terminal móvil conectado a una red fija por medio de WiFi, se reitera lo señalado en la sección 8.1.2 del presente acto administrativo, donde se precisa que la interfaz WiFi y las llamadas de voz móvil no son servicios sustitutos, sino complementarios, por lo que la pretensión de **COMCEL** de que se considere el acceso a Internet a través de la interfaz WiFi -la cual se constituye en una tecnología de acceso fijo- como sustituto de la provisión de servicios móviles, tal y como se había indicado previamente, no tiene vocación de prosperar.

Con respecto a la supuesta sustitución de las llamadas de voz móvil tradicional por llamadas vía aplicaciones de Internet, se reitera que en el documento soporte que acompañó la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017 se presentaron análisis contundentes que permitieron constatar que no existe sustituibilidad entre servicios de Voz Móvil y Servicios Over- the- top (OTT) como los que sugiere **COMCEL**. Por tanto, no hay lugar a realizar más análisis sobre este tema en la presente actuación administrativa.

De cualquier modo, a lo largo de la presente sección se exponen las consideraciones de la CRC sobre la restricción relacionada con la contratación de servicios de voz y datos a través de una única SIM y el efecto que en relación con ella ha tenido la comercialización de terminales Doble SIM, a partir de la información recolectada en los diferentes medios de prueba decretados en la presente actuación de carácter particular y concreto, y de acuerdo con los análisis posteriores elaborados por la Entidad.

**8.1.7.1. Sobre la comercialización de terminales Doble SIM y su impacto en el mercado**

Como se indicó previamente, y en aras de generar todos los espacios necesarios para recopilar la información que permita tomar de manera adecuada la decisión que nos ocupa, y buscando también garantizar el debido proceso a **COMCEL**, esta Comisión decretó la práctica de testimonios frente a la consideración expuesta por dicho proveedor, en relación con la existencia en el mercado de terminales doble SIM. Como se describió en el capítulo de antecedentes (sección 2.4) de la presente resolución y según lo expone **COMCEL** en su escrito que denominó de alegatos de conclusión, se contó con la participación de diferentes proveedores de teléfonos móviles, como Samsung, Huawei, Motorola y Apple. También se recibió testimonio de personal de **COMCEL** involucrado en el área comercial de teléfonos.

En sus alegatos de conclusión, **COMCEL** plantea una serie de consideraciones que se apartan del planteamiento inicial efectuado por la Comisión, y que hacen necesario revisar en detalle los testimonios rendidos por los representantes de las diferentes empresas citadas, para posteriormente dilucidar lo que al respecto debe guiar el desarrollo de la actuación administrativa en lo que a terminales de doble SIM se refiere, y sus implicaciones en la potencial falla de mercado y/o problema de competencia presente en el mercado de "Servicios Móviles". Las audiencias de testimonio practicadas fueron las siguientes:

- i. CAROLINA MARGARITA PRIETO SARABIA (CMPS), en su calidad de Representante legal de MOTOROLA MOBILITY COLOMBIA S.A.S., testimonio rendido el 16 de agosto de 2017
- ii. MIGUEL RONDEROS CORREDOR (MRC), en su calidad de Director Jurídico para APPLE COLOMBIA, testimonio rendido el 16 de agosto de 2017.
- iii. ANDRÉS CARLÉSIMO REY (ACR), en su calidad de Director Corporativo de Producto de **COMCEL**, testimonio rendido el 11 de septiembre de 2017.
- iv. RICARDO TRIANA RUBIANO (RTR), en su calidad de GTM Manager para HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA S.A.S., testimonio rendido el 16 de septiembre de 2017.
- v. WALID GONZÁLEZ HENAO (WGH), en calidad de Senior Product Manager de SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA, testimonio rendido el 19 de septiembre de 2017.
- vi. PATRICIA VELÁSQUEZ MARTÍNEZ (PVM), en su calidad de Directora General del equipo de Samsung Mobile en SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA, testimonio rendido el 20 de septiembre de 2017.
- vii. JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA (JABV), en calidad Senior Manager de Soporte Técnico en SAMSUNG ELECTRONICS COLOMBIA, testimonio rendido el 28 de septiembre de 2017.

Sobre este punto, la CRC considera pertinente destacar las siguientes conclusiones derivadas de las diligencias de testimonio y las transcripciones que soportan dichas conclusiones y que **COMCEL** omite mencionar en sus documentos.

- i. Quienes usan teléfonos con Doble SIM tienen la posibilidad de contratar servicios con más de un operador, y en el mismo teléfono acceder a dichos servicios. Sin embargo, el hecho de que existan teléfonos de Doble SIM en el país no garantiza que los usuarios puedan acceder a múltiples servicios con múltiples operadores, pues en la mayoría de los casos, los entrevistados señalaron que la segunda SIM podría soportar únicamente servicios de voz, o que la SIM principal es la única habilitada para soportar el acceso a los servicios en las diferentes tecnologías de acceso móvil.

Preguntada sobre el particular, CAROLINA MARGARITA PRIETO SARABIA respondió:

**"CRC: ¿Cuál cree que es el porcentaje de los teléfonos que se venden en Colombia con DUAL SIM?"**

**CMPS: 30%, lo que te acabé de decir. Esto es total mercado.**

**CRC: Eso es una cifra, total mercado.**

**CMPS: Esto es cifras IDC, IDC es International Data Corporation que mide las importaciones en Colombia. Y lo que ellos dicen es que el 29% es dual SIM y el 71 es single SIM.**

(...)

**CRC:** ¿El servicio de datos requiere una sola SIM?

**CMPS:** El servicio de datos lo va a soportar en una de las dos SIMs, voz con las dos pero el servicio de datos con una de las dos. O sea, tu podrías tener, no sé, una SIM de TIGO con voz y datos y una SIM de CLARO sólo con voz."

Por su parte, MIGUEL RONDEROS CORREDOR señaló que:

**"CRC:** De acuerdo con su conocimiento en el mercado ¿Cuál cree usted que es la razón por la cual existan los teléfonos con Doble SIM?

**MRC:** Pues no sé... yo pensaría que, en algún momento, pues de todas formas esta tecnología no es que sea como se dice en inglés cutting edge, ya trae tiempo atrás, yo pienso que en la medida de simplificar para que una persona evitara tener dos dispositivos móviles pues darle la capacidad de que en uno mismo pudiera manejar diferentes verticales de su necesidad; como les decía, puede tener dos operadores diferentes asociados a un mismo teléfono o con uno podría manejar datos y con otro voz, no se...podría tener una línea en modalidad prepago y la otra pensaría que es un tema más enfocado a ese lado, del que porque salieron obviamente con el desconocimiento de los fabricantes de estos productos qué racional detrás utilizaron.

**CRC:** En su opinión y nuevamente acudiendo a su experticia en el mercado, ¿cree usted que (...) la tecnología Doble SIM ha sido exitosa?

**MRC:** Pues la verdad le digo sin conocer y sin tener datos fidedignos de saber qué clase de penetración tiene en el mercado este tipo de dispositivos... No sé...pero pues a título de mi opinión no creo que sea muy grande el número de dispositivos en campo, pues igual vuelvo y le repito en el ramo de la especulación por no tengo la data para establecer.

(...)

**CRC:** ¿Entonces nos podría explicar por qué Apple utiliza terminales con una sola SIM y no Doble SIM (...)?

**MRC:** Bueno, es decir, ahí debo ser absolutamente honesto, no tengo el conocimiento técnico para hacer un benchmark por que la .. la pregunta trae implícito que uno es más favorable para temas de salubridad del consumidor que el otro y pues no tengo el conocimiento técnico para hacer el comparativo de por qué una genera más seguridad para un consumidor que la otra (...) no tengo conocimiento de cuál, cómo cuantifica o cómo cualifica usted el beneficio real que alguien obtiene con una doble SIM, la verdad no tengo data para soportar respuesta afirmativa o negativa frente a eso."

A su turno ANDRÉS CARLÉSIMO REY manifestó que:

**"CRC:** De lo que le conste por supuesto, ¿cuáles son las ventajas de la DUAL SIM?

**ACR:** Tener dos operadores en el mismo aparato, no tener que estar cambiando de SIM. Digamos que un cliente puede tener dos líneas o tres líneas con tres operadores distintos, pero si tiene SINGLE SIM pues le toca estar, lo puede hacer porque hoy ya no existe el SIM LOCK, entonces yo puedo sacar mi SIM de CLARO y sacarla de TIGO en mi teléfono y luego meto la de CLARO, entonces el DUAL SIM evita ese tema, y pues básicamente esa es la ventaja que tiene para el usuario. Es poder tener, entonces si hoy me gustó más la promoción de CLARO y no la de TIGO, pues cargo por la de CLARO, si mañana me gustó más la de MOVISTAR meto la de MOVISTAR, lo que sea ¿no?"

(...)

**CRC:** Muchas gracias. Ya hablamos de las ventajas de la DUAL SIM, usted nos podría indicar de lo que le consta si existen desventajas de la DUAL SIM

**ACR:** ¿Desventajas? Pues desde el punto de vista del operador hay una desventaja en costo, para alguien que quiera vender teléfonos y quiera comprar un teléfono DUAL SIM contra la misma referencia SINGLE SIM, pues hay un tema de costo, pero es más un tema del proveedor que está vendiendo el teléfono, el almacén que decide comprar y revender el teléfono. Desde el punto de vista de usuario yo no le veo ninguna desventaja."

Inquirido sobre esta materia, RICARDO TRIANA RUBIANO respondió:

**"CRC:** Muchas gracias. Hablemos un poquito sobre cuántas SIM Cards puede tener un celular. ¿Cómo funciona eso, de lo que usted conoce en la empresa que usted... en la que usted trabaja, eso cómo funciona, para qué sirve, hace cuánto está? Cuéntenos un poco de eso.

**RTR:** (...) Entonces, un teléfono de doble SIM Card funciona de la siguiente manera: yo tengo dos tarjetas físicas que generalmente pues podrían ser para conectarse a dos operadores diferentes. Una de las SIM Cards entonces sería la que yo utilizo en la tecnología más avanzada... más avanzada que soporta el celular, por ejemplo, la tecnología de 4G, y la otra se puede conectar en algunos teléfonos 2G y en otros teléfonos 3G. En general, por temas de interferencia de radiofrecuencia, no se pueden conectar las dos SIM Cards al mismo tiempo en la misma tecnología, aunque yo creería que en un futuro eso va a ser posible si se logran como aislar esas... esos problemas de radiofrecuencia. Y la idea es que entonces generalmente lo que hace la gente es que utiliza una SIM Card que le da como los servicios de datos en la velocidad más alta, que sería la de la red 4G, y utiliza la otra por ejemplo para poder hacer solamente llamadas de voz. La tarjeta... una tarjeta digamos que se configura como la tarjeta principal, y la otra tarjeta se configura como la secundaria. En general, la principal tendría acceso a todos los servicios que el operador preste: voz, datos. Y la otra, principalmente servicios de voz, ya que los datos quedarían funcionando a través de la tarjeta principal y no de la secundaria.

**CRC:** Me gustaría que fuéramos un poquito más a fondo en esa última parte que usted nos acaba de explicar. Eso no lo habíamos escuchado todavía en los testimonios que hemos realizado, y es ¿Cómo interactúan las dos tarjetas? Es decir, ¿no puede haber la misma calidad en las dos tarjetas? Es lo que yo le estoy entendiendo. No puede haber los mismos servicios en las dos tarjetas cuando están interactuando en un terminal. ¿Puede profundizar un poco en cuáles son esas diferencias, cómo funciona o cómo no funciona esta interacción?

**RTR:** Bueno, por supuesto. (...) Para contestar entonces la pregunta, lo que sucede hoy en día con la tecnología es que por razones técnicas no es posible que las dos... si yo utilizo un teléfono de Doble SIM, no es posible que yo utilice los dos... digamos los dos slots o las dos tarjetas exactamente con todos los servicios activados. Normalmente los teléfonos van a sugerir o pedirle al usuario que configure una SIM Card como la SIM Card principal, y otra SIM Card como la SIM Card secundaria. Recordemos que estos teléfonos, bien sea Single SIM o Dual SIM, tienen diferentes accesos de radio, tienen radio conectándose a redes de GSM o 2G, redes de 3G o UMTS, o radios 4G. Entonces lo que ellos van a hacer es que, dependiendo de la cobertura que tengamos nosotros, o que tenga el usuario en el momento en que está utilizando su celular, él se va a conectar a la red que tenga... que le ofrezca como la mejor tecnología. Entonces, por defecto, normalmente los equipos están habilitados para que se conecten en datos por ejemplo aquí en la ciudad en datos en 4G en LTE, pero muy posiblemente si vamos a una zona rural las redes no tengan este tipo de cobertura, entonces el teléfono automáticamente baja a 3G, o incluso en algunas zonas puede bajar hasta 2G ¿de acuerdo? Entonces teniendo todos los equipos estos tres radios diferentes, por decirlo de alguna manera, o la posibilidad de conectarse a tres tipos de tecnologías de redes diferentes, lo que va a suceder es que cuando yo utilizo un teléfono que tenga Dual SIM y Single SIM, generalmente el teléfono va a sugerir al usuario que configure una de esas SIM Cards como la que tiene acceso a todas las tecnologías, digamos la que tiene acceso a 4G, 3G, 2G, y la segunda tendría acceso a unas tecnologías que son más bajas. Generalmente no deja poner 4G y 4G en las dos SIM Cards. Hasta ahora digamos creo que están saliendo los primeros equipos con esta información, pero incluso no estoy muy seguro de esa parte, para ser honesto. Eso es algo muy reciente, que hemos empezado como a ver en algunas fichas técnicas, pero no podría decir que tengo un equipo que funcione ya en estas dos características, tendría que confirmarlo. Entonces, al hacer eso, normalmente los usuarios entienden que es mejor utilizar una tarjeta SIM Card, digamos, la que ellos prefieran configurar, como la que le da acceso a todos los servicios, especialmente por la parte de datos, porque la parte datos en 4G obviamente va a ser más rápida que en 3G o en 2G. Entonces normalmente esa es la que se configura como tarjeta principal. Y la tarjeta secundaria, es una tarjeta que solamente estaría para servicios de voz, ya que la parte de datos estaría manejada por la tarjeta principal. Entonces, en teoría, los dos... el celular cuando yo le conecto dos SIM Cards siempre me va a permitir o me va a obligar, más bien... obligar a configurar una tarjeta como tarjeta principal y otra tarjeta como la tarjeta secundaria. Igual el usuario es libre de en cualquier momento de invertir los papeles de las SIM Cards. Digamos que cada una de las ranuras donde se introducen las tarjetas -se conoce pues técnicamente como un slot- y lo que yo voy a poder hacer es volver a configurar el teléfono, cambiando que el slot principal no sea el 1 sino el 2 en cualquier momento. O sea, digamos que eso se puede modificar a voluntad del usuario. No es fijo.

**CRC:** ¿Todos los equipos terminales con Dual SIM tienen esa circunstancia? ¿Tienen esa situación donde hay una principal y otra secundaria?

**RTR:** Hasta donde tengo entendido, así es.

Interrogada sobre el particular, PATRICIA VELÁSQUEZ MARTÍNEZ respondió:

**CRC:** *Bien, eso es un poco lo que pasa en el mundo, pero volvamos a aterrizarlo a Colombia dentro... y al tema puntual DUAL SIM y SINGLE SIM, ¿En Colombia tiene usted conocimiento sobre algún tipo de estudio, o de su experiencia...no de su experiencia no, sino de lo que usted ha conocido en su cargo, sobre la efectiva utilización de la DUAL SIM por parte del consumidor colombiano?*

**PVM:** *Si la pregunta es si tengo acceso a algún estudio que dé esa información, la respuesta clara es no, no tengo ningún estudio oficial, Samsung no tiene ningún estudio oficial. Si lo manejamos a nivel de conocimiento y lo que uno re... oye y lee, yo creería que inclusive en Colombia podría ser más o menos igual al dato que le di anteriormente, que el 60% de los usuarios no sepan realmente como generar este proceso.*

**CRC:** *Muchas gracias...Vamos a un poco al tema de las funcionalidades, para ir un poco más a fondo en eso...un teléfono de Dual SIM... ¿puede tener las dos SIM actuando o teniendo un desempeño alto en datos?*

**PVM:** *No.*

**CRC:** *¿Un teléfono de Samsung?*

**PVM:** *En este momento como Single SIM Stand by, si el usuario elige la primera, el usuario hace todo el proceso de navegación y todo en la que elige como prioridad, sea la 1, sea la 2, pero es la que el usuario exigió, la segunda en ese momento queda como 2G, luego usted mismo sabe que la navegación es casi imposible en esa red y que el usuario la va a utilizar solo para datos.*

**CRC:** *(...) la segunda SIM Card tiene una calidad en datos comparada con la primera SIM Card en calidad, ¿qué porcentaje sería la segunda?*

**PVM:** *De navegación yo creo que sería 1 respecto a 5."*

De igual forma, WALID GONZÁLEZ HENAO señaló que:

**CRC:** *Muchas gracias. Volvamos a las dos SIM. ¿Usted nos podría explicar en forma detallada cómo funciona eso? ¿Cómo es la interacción entre las dos SIM Card o cómo los dos slots que usted llamaba, cómo es esa interacción?*

**WGH:** *Los fabricantes, y el caso de SAMSUNG, en los dispositivos que tenemos con DUAL SIM lo que buscan es que la interacción de las dos SIM Card sea muy clara y transparente para el usuario. Entonces, tenemos dos slots en el teléfono lo cual da la posibilidad a las personas de tener dos SIM Card diferentes. Lógicamente, esto viene con una configuración que va a permitir que el usuario acceda a diferentes servicios en las SIM Cards, lo primero pues que el usuario puede insertar SIM Cards de diferentes operadores, eso es un gran valor para el usuario hoy día que tenga la posibilidad de hacerlo. (...) En el caso de nuestra tecnología el usuario puede escoger la SIM Card primaria en el caso de la SIM Card primaria esa SIM Card por como viene configurado el dispositivo, o por el estándar que usamos, le permite que esa primaria pueda acceder a las redes de mayor velocidad que la que hoy más la gente usa para datos. La secundaria, por efectos de los radios internos del dispositivo y el uso de los mismos pues no va poder trabajar en una red 4G, sino en una red 2G donde usualmente la gente lo único que hace es usar la voz pues porque la calidad de los datos en 2G ya es muy baja y finalmente pues la experiencia no es la misma.*

**CRC:** *Simplemente para tener un poco más de claridad dentro de la diligencia. ¿Es posible que los equipos Samsung tengan dos SIM Cards con datos 4G de manera simultánea?*

**WGH:** *En el portafolio que tenemos actualmente no. Solo se permite una 4G, o 3G, y la otra funciona en 2G.*

**CRC:** *Es posible en los equipos Samsung que hacen en Colombia tener en cada una de las dos simcard tecnología para datos 3g simultáneos*

**WGH:** *En el portafolio que está actualmente...simultáneos no, al tiempo tampoco. En una 3g y la otra sigue siendo 2g. Esperaríamos nosotros que, en el futuro, pues, a corto plazo se pueda implementar una red más veloz en la secundaria, pero los dispositivos que tenemos ahora no.*



Por último, JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA señaló que:

**"CRC:** *Usted nos podría explicar más a fondo cómo es esa interacción entre las SIM Cards, cuando hay dos o más en un equipo terminal inteligente.*

**JABV:** *Hay distintos tipos de terminales que soportan múltiples SIM Cards. Hay una tecnología que se llama dual SIM Card, dual Standby, ¿sí? Que te permite eventualmente tener dos SIM cards, estar escuchando, digamos, dos redes, o la misma red incluso pero pues con las dos SIM Cards. Básicamente tener dos SIM Cards implica tener dos líneas o dos suscripciones distintas a un servicio, bien sea con el mismo operador o con distinto operador. Cuando tenemos un dispositivo dual SIM Card, dual Standby, cualquiera de las dos SIM cards puede recibir en un determinado momento servicio del operador, pero cuando una de ellas está teniendo un servicio efectivo como de voz o de datos, la otra queda, digamos que, eventualmente, aislada de la red. (...)*

**CRC:** *Usted nos explicaba el concepto de dual SIM active, o activas, en donde simultáneamente se pueden dar los servicios. ¿Eso existe en Colombia?*

**JABV:** *¿Existe en Colombia? Aún no tenemos ningún equipo de esos: Samsung en este momento en Colombia no tiene ningún dispositivo de esos, que es lo que me consta."*

Como se desprende de los testimonios que se acaban de citar, si bien los terminales Doble SIM permiten en teoría que el usuario contrate servicios con diferentes operadores, lo cierto es que la efectividad de dicha tecnología para contratar los servicios de dos operadores diferentes se ve sustancialmente restringida por cuanto: **i)** las tarifas de voz son más económicas cuando el servicio hace parte de un paquete que cuando se vende por separado, luego los usuarios no cuentan con incentivos para contratar la voz con un operador y los datos con otro, aunque técnicamente puedan hacerlo; **ii)** en la medida en que el terminal no permite hacer uso simultáneo de ambas SIM cards, el usuario no tiene incentivos para contratar la voz con otro operador en la SIM secundaria, pues la SIM principal o primaria le proveerá todos los servicios - cuyo uso desactivará el servicio en la SIM secundaria-, a la vez que el uso de voz en la SIM secundaria desactivará los servicios de la SIM primaria, lo que afecta ciertamente la experiencia del usuario, al verse forzado a dejar de utilizar el servicio de datos de la SIM primaria para, eventualmente, usar servicios de voz con el operador de la SIM secundaria; y **iii)** en cualquier caso, el problema que la **CRC** diagnosticó preliminarmente no era que los usuarios de **COMCEL** no pudieran contratar el servicio de voz o de datos con operadores diferentes, sino que, ante el hecho de que sistemáticamente las tarifas ofrecidas en el servicio de voz son más bajas cuando están en un paquete que cuando se ofrecen de manera individual, el usuario no tiene incentivos para contratar los servicios individuales con diferentes proveedores, es decir, voz con el operador X y datos con el operador Y, pues no existe en el mercado combinación comercial individual que le resulte económicamente más beneficiosa al usuario que la obtenida a través del empaquetamiento de los servicios de voz y datos. De ahí que los terminales Multi SIM no solucionan el problema, porque la SIM principal será la del paquete de voz y datos de **COMCEL**, y la SIM secundaria -que sería la del competidor de **COMCEL**- no podrá ser utilizada para datos, sino para voz. De hecho, en virtud de la discusión, aún si pudiera ser utilizada para datos, el usuario estaría pagando el servicio de datos a dos operadores: a **COMCEL**, en el paquete, y al otro proveedor en un plan individual, que adicionalmente no será tan económico como si lo contrata en un solo paquete.

- ii. Sobre la diferencia en precios entre un equipo Doble SIM y uno de una única SIM, los testigos manifestaron que no existen diferencias significativas, de lo que se puede inferir que no es una funcionalidad que valoren los usuarios y que influya en la decisión de compra, puesto que, de serlo, los fabricantes, operadores y retailers fijarían un precio diferenciado para aprovechar la disposición de los usuarios a pagar un precio superior por un equipo terminal móvil de estas características.

En relación con este punto, CAROLINA MARGARITA PRIETO SARABIA respondió:

**"CRC:** *¿Cómo influye el tema del precio entre DUAL SIM y SINGLE SIM? Usted nos explicaba que pueden preferir DUAL SIM por el tema de precio, entonces, ¿nos puede explicar un poco más esa parte?*

**CMPS:** *Nosotros, digamos que, como política de MOTOROLA tenemos el mismo precio, tanto DUAL SIM como SINGLE SIM, pero hay algunos... no sé, mentiras, no sé si algunos fabricantes. Pero digamos que yo hoy a Movistar le entrego DUAL SIM por el mismo precio."*

Preguntado sobre esta materia, ANDRÉS CARLÉSIMO REY afirmó que:

**CRC:** *Enfoquémonos un poco más en los teléfonos o terminales DUAL SIM, usted que es un conocedor de eso nos podría indicar cuáles son las características, tipos de equipos terminales con DUAL SIM, si existen diferencias en precios. Un poco que nos contara, de lo que le consta obviamente, ¿cómo es ese mercado de los teléfonos con Doble SIM?*

**ACR:** *Nuevamente, pues el mismo teléfono, la misma referencia internamente tiene un código distinto para el fabricante. No sé, el P9, Huawei P9, entonces aquí será P9-1 y el DUAL SIM será P9-2, pero a nivel de features y de funcionalidades son las mismas, no hay ni estéticamente ni internamente desde el punto de vista de software y de hardware hay ninguna diferencia para el cliente, o sea es el mismo teléfono, la misma referencia. Entonces, eso desde el punto de vista de usuario, desde el punto de vista de comprador de teléfonos, pues sí hay una diferencia en costo de lo que nosotros revisamos hace un tiempo. Hoy CLARO está mirando si trae o no trae DUAL SIM porque evidentemente el mercado está pidiendo ese tipo de terminales. Ya no hay ninguna diferencia, porque con la eliminación de las cláusulas de permanencia, con la eliminación del SIM LOCK, pues digamos que sea SINGLE SIM o DUAL SIM no hay mayor diferencia, entonces eso se está revisando también. Pero desde el punto de vista del comprador sí hay una diferencia en costo.*

**CRC:** *¿O sea hay una diferencia en el costo para el consumidor final o para el comprador?*

**ACR:** *Para el comprador y pues por ende para el consumidor final.*

**CRC:** *¿Siendo el DUAL SIM más caro?*

**ACR:** *Más costoso, de lo que me tocó a mí, repito desde octubre no manejo el tema.*

**CRC:** *¿Qué porcentaje podría ser?*

**ACR:** *No sé, pero estamos hablando de 2-3%, no sé no tengo ni idea, no es que sea una diferencia del 20%, pero sí hay unas diferencias."*

Inquirido sobre esta materia, RICARDO TRIANA RUBIANO respondió:

**CRC:** *En términos de precios usted nos hablaba un poquito de eso hace un rato. ¿Nos puede explicar un poquito más allá cómo son los precios en comparación de los teléfonos DUAL SIM y SINGLE SIM?*

**RTR:** *En algún momento cuando la tecnología empezó, los teléfonos DUAL SIM eran un poco más costosos. Digamos que podría ser del orden de un 3% 5% no había digamos una diferencia muy grande, pero había una diferencia. Hoy en día independientemente de si el modelo es DUAL SIM o SINGLE SIM, vale lo mismo.*

Adicionalmente, WALID GONZÁLEZ HENAO expuso que:

**CRC:** *¿Existe alguna diferencia en materia de precios entre equipos con una SIM o DUAL SIM?*

**WGH:** *En el caso de Samsung no. hemos logrado en los dos últimos años el cambio al usuario o la diferencia sea cero; no se en otros fabricantes, pero en Samsung no hay diferencia hoy en día los precios deberían ser los mismos."*

Finalmente, sobre el particular, JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA señaló que:

**CRC:** *¿Sabe Usted o conoce si existe algún tipo de diferencia en materia de precio entre equipos con una SIM y doble SIM?*

**JABV:** *Tengo entendido que son los mismos precios. No hay diferencia de precios entre un equipo single SIM y un equipo dual SIM."*

- iii. La CRC también indagó con los testigos la utilización, en Colombia y el mundo, de la denominada eSIM, con la cual no sería necesario insertar múltiples tarjetas SIM físicas en los terminales, sino que la configuración de las mismas se efectuaría a través de la red móvil o de una conexión a Internet. La tecnología eSIM admitiría múltiples cuentas (una por operador), y cambiar de una a otra sería fácil, lo cual, a su turno, permitiría al usuario contratar diferentes servicios con diferentes operadores. Sin embargo, de la información recabada en los testimonios efectuados, no es posible identificar un horizonte

temporal probable, mucho menos una fecha cierta en la cual esta tecnología vaya a estar disponible en el país de manera generalizada.

Al respecto, el testigo MIGUEL RONDEROS CORREDOR manifestó:

**"CRC:** *¿Usted nos puede explicar un poquito del concepto de eSIM, de qué se trata eso? ¿cómo funciona por lo menos de manera general?*

**MRC:** *Como le decía, obviamente sin ser mi área de experticia esto es un conocimiento general, entonces lo que es la eSIM como tal nosotros manejamos que todos los dispositivos tienen una SIM física ubicada dentro del mismo, que es como les comentaba que es la que le permite el acceso al operador para tener los servicios de voz y datos, la eSIM ya no sería algo que es independiente que puede ser removible y cambiar cada vez que usted quiere cambiar de un operador a otro no tiene que cambiar la SIM sino ya la eSIM va incorporada al teléfono de manera electrónica.*

**CRC:** *¿Y eso funciona en algún lugar del mundo en este momento?*

**MRC:** *Todavía no. Es decir, para dispositivos es algo que se viene, de hecho yo como le comentaba yo recuerdo en el 2014 o 2015 que hablaban que la primera eSIM iba a salir en el iPhone 6S, después dijeron que en el 7 y todavía está. Obviamente en el mundo de la especulación viene como la siguiente movida en el cambio de telefonía de los dispositivos, pero a la fecha no.*

**CRC:** *¿Sabe usted o conoce si la empresa a la que usted representa tiene intención de incursionar en eSIM?*

**MRC:** *Yo en eso sí tengo que ser brutalmente honesto. Más allá de lo que estamos hablando, realmente en Apple como está los temas de roadmap y los temas de R&D, yo creo que lo conoce nuestro presidente y cinco personas más y pues lamentablemente no soy una de esas, entonces no tengo conocimientos de cuál es la evolución o el roadmap que hay en cuanto a producto.*

(...)

**MRC:** *Nuevamente haciendo claridad que no tengo el estado del arte actual de cómo va la evolución de esto en un tema de desarrollo e innovación dentro de mi compañía ... que no conozco.*

(...)

**MRC:** *Mire, nuevamente lo que pasa es que el tema, cuando uno empieza hablar del tema de las eSIM que hemos estado mencionando pues cae mucho en el mundo de la especulación porque, como repito, no está... es diferente yo hablar de algo que ya está en el mercado que pueda funcionar y yo le pueda decir cuáles son las especificaciones técnicas como tal ahora cómo y en mi entender se tiene conceptualizado lo que se busca con eSIM es también facilitar el tema de portabilidad o que la persona pueda manejar diferentes planes es decir una persona puesta o sea acá en Colombia usted tiene su celular y con el eSIM usted fácilmente se va para Canadá inmediatamente con una opción puede revisar cuáles son los operadores que hay disponible en Canadá y acceder a estos sin tener el trámite que conocemos solicitar una nueva SIM Card, que se la den en un par de días y colocarlo, pero esto vale. En el mundo de lo que se espera que pueda dar la eSIM como funcionalidades ya de aquí de cuando salga seguramente saldrá con eso y más o de pronto sin eso y con otras cosas más novedosas"*

Sobre este punto, RICARDO TRIANA RUBIANO manifestó:

**"CRC:** *Hablemos un poquito de teléfonos inteligentes. ¿Existe alguna otra tecnología aparte de la SIM Card que pueda estar andando en el mercado, conoce usted otro tipo de tecnología que puede estar llegando en el mercado que pueda reemplazar o sustituir la... el esquema de SIM Card?*

**RTR:** *He oído de una tecnología en la cual digamos que el teléfono ya va a tener algo que se llama como una SIM Card virtual. Francamente no recuerdo el nombre, pero entonces ya no se necesitaría que el teléfono tenga una SIM Card física, sino que sería algo que puede configurar el operador remotamente. La verdad digamos que he leído esa información como en foros y eso, pero a través de mi empresa no he recibido información oficial de que tengamos teléfonos disponibles en estas... en esta clase de tecnologías. Pero entiendo que es como una tendencia hacia el futuro."*

El testigo WALID GONZÁLEZ HENAO se pronunció al respecto de la siguiente manera:

**"CRC:** *De esos teléfonos inteligentes usted nos contaba la funcionalidad de las SIM Cards. ¿Existe alguna otra tecnología que pueda suplir hoy o en el mediano plazo a las SIM Cards en el mercado?*

**WGH:** A la SIM Card como chip o como objeto físico...bueno, tenemos entendido y vemos como una posible tecnología futura que aún no se ha implementado en Colombia la eSIM que pues básicamente elimina el chip físico que hoy día venimos utilizando como estándar en la red GSM. Pero pues en el caso de la compañía para que laboro no hemos implementado esta tecnología en Colombia.

**CRC:** Muchas gracias. Dentro de lo que usted conoce o le consta, usted nos comentaba que, en Colombia, digamos, ahorita hablamos de eso, lo de las eSIM. Pero, a nivel global, a nivel de fabricantes cual es la tendencia en fabricación frente a esta tecnología eSIM.

**WGH:** Nosotros no vemos la tecnología eSIM implementada en celulares, en teléfonos como tal por lo menos en los próximos dos años. Se lo digo porque nosotros ya tenemos visibilidad o planeación para el próximo año. Entonces, todo el próximo año en nuestro roadmap no estamos viendo implementación de este tipo de tecnologías."

- iv. Al indagar si **COMCEL** cuenta con algún plan en el que el servicio de voz y el de datos de manera independiente sean más económicos que uno empaquetado, los testigos señalaron que el empaquetamiento beneficia al cliente, entre otras, porque a través de esa modalidad se reduce el precio de los servicios. Adicionalmente, la totalidad de fabricantes y el personal de **COMCEL** fueron enfáticos en señalar que, a la fecha, **COMCEL** no comercializa terminales de doble SIM.

Preguntado el testigo ANDRÉS CARLÉSIMO REY sobre las ventas de terminales de **COMCEL**, y si estos era UNI o DUAL SIM, respondió:

**ACR:** Pues, nosotros le digo, nosotros vendemos hoy en día exceptuando diciembre vendemos 350 mil teléfonos al mes. Diciembre pues sí es una cosa completamente distinta, y se sube muchísimo, pero en el resto del promedio del año, más o menos 350 mil teléfonos.

**CRC:** De esos 350 mil aproximados al mes ¿cuántos son DUAL SIM?

**ACR:** Ninguno.

(...)

**CRC:** ¿Tiene COMCEL, dentro de los planes, algún tipo de plan en donde el servicio de voz y el de datos de manera independiente sean más económicos que uno empaquetado?

**ACR:** No, no ni ningún operador, pues evidentemente el empaquetamiento, el cliente dice pues yo empaqueto porque quiero recibir un beneficio ¿no? Entonces, y eso pues, y así funcionamos todos y es un tema que no."

Preguntado sobre esta materia, RICARDO TRIANA RUBIANO respondió:

**CRC:** Y en el mercado, la relación con operadores en esas ventas, ¿cuál es el porcentaje?

**RTR:** Bueno, de operadores les puedo decir, por ejemplo: Tigo 60.2 Dual SIM 39.8% SINGLE SIM. En Movistar la relación es de 49.47% DUAL SIM 50.53% SINGLE SIM, es decir, ahí está parejo, mitad y mitad. Y en Claro, hasta ahora digamos de nuestra marca, siempre hemos comercializado únicamente SINGLE SIM. El 100% corresponde a unidades SINGLE SIM.

(...)

**CRC:** ¿Existe algún pedido en este momento por Claro de DUAL SIM? ¿Así no haya llegado?

**RTR:** Sí. Ellos digamos que están manifestando el interés por el portafolio que nosotros tenemos de DUAL SIM. Ellos han entendido... obviamente ha habido como unas variantes en el mercado. Ellos han entendido que por ejemplo el retail está creciendo mucho y ellos pues obviamente también quieren tener acciones para ser más competitivos, y en ese sentido también nos han empezado a hacer preguntas acerca de cuál es el portafolio que tenemos en DUAL SIM y lo están considerando muy seriamente para empezar a comercializar equipos con DUAL SIM Card."

Inquirido sobre esta materia, WALID GONZÁLEZ HENAO respondió:

**CRC:** Gracias ingeniero. Yo le voy a dar el nombre de cuatro operadores de telefonía móvil en Colombia y usted me va a decir de lo que usted conozca que porcentaje de los pedidos que ellos hacen son equipos DUAL SIM.

(...)

**CRC:** Comcel

**WGH:** Dual sim no tienen, el 0% ellos siempre tienen o siempre han implementado SINGLE SIM."

Preguntado sobre esta materia, JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA respondió:

**"CRC:** En materia de equipos con DUAL SIM, ¿cuáles son los requerimientos que Usted recuerde o le conste de COMCEL?

**JABV:** No tienen teléfonos DUAL SIM en el mercado. Todos los teléfonos que hemos homologado con ellos, y vendido, son equipos con una sola SIM."

Indagada sobre esta materia, PATRICIA VELÁSQUEZ MARTÍNEZ respondió:

**"CRC:** Yo le voy preguntando por cada uno de los operadores, por los 4 principales y usted me cuenta qué porcentaje de las compras que hacen esos operadores son Dual SIM y qué porcentajes Single SIM. Entonces iniciemos con Tigo. En Tigo cuál... qué porcentaje compra Tigo en equipos terminales inteligentes Dual SIM y equipos terminales inteligentes Single SIM.

(...)

**CRC:** Gracias por la claridad. ¿COMCEL?

**PVM:** 0%.

**CRC:** 0% de DUAL SIM.

**PVM:** Ajá."

Esta circunstancia confirma que la comercialización de terminales Doble SIM en Colombia no constituye un mecanismo efectivo que promueva que los usuarios contraten sus servicios con diferentes operadores: por una parte, los usuarios no tienen incentivos para adquirir el servicio de voz con otros operadores en la SIM secundaria, porque el servicio de voz es más económico en el paquete que adquirirlo de manera individual. Por otra parte, como la SIM principal se activa con el paquete de voz y datos de **COMCEL**, la SIM secundaria sólo podría activar el servicio de voz -y no el de datos- de un competidor, con lo que tener un equipo Doble SIM no soluciona el problema. **COMCEL** seguiría comercializando servicio de voz a precios bajos y datos a precios altos, y el usuario no podría adquirir el servicio de datos con otro operador, pues la SIM secundaria activa solo el servicio de voz. De hecho, aún si pudiera ser utilizada para datos, el usuario estaría pagando el servicio de datos a dos operadores: a **COMCEL**, en el paquete, y al otro proveedor en un plan individual, que adicionalmente no será tan económico como si lo contrata en un paquete. Y a ello se suma que el operador de mayor escala, que es **COMCEL**, no comercializa terminales Doble SIM, lo que significa que todo el universo de compradores de terminales de dicho operador, que es el de mayor tamaño, está privado de tener siquiera la posibilidad de contratar el servicio de voz con otro operador.

- v. Es posible obtener cifras de la cantidad de terminales de Doble SIM que se encuentren activos en el país, pero no se puede saber cuál es el uso que se está dando a los terminales de Doble SIM con múltiples operadores a la vez. Es decir, la existencia *per se* de teléfonos de Doble SIM no garantiza que los usuarios estén accediendo a múltiples servicios a través de múltiples operadores en un mismo terminal, pues no en todos los teléfonos se hace uso de dos tarjetas SIM; esta última información no es conocida por ninguno de los testigos y **COMCEL** no aportó pruebas en ese sentido.

Al preguntársele sobre este asunto a CAROLINA MARÍA PRIETO SARABIA, contestó:

**"CRC:** Es posible tener información sobre... pues una cosa es tener DUAL SIM, pero otra cosa es saber cuántos usuarios la usan.

**CMPS:** No, yo no tengo esa información.

**CRC:** Y en su opinión, ¿es posible conocerla?

**CMPS:** *No creería, eso ya sería un tema más del operador. Ellos, no sé si tengan registro de los equipos dual SIM que estén navegando en su red."*

Sobre el particular, MIGUEL RONDEROS CORREDOR, manifestó:

**"CRC:** *¿Sabe usted o conoce cuándo empezaron a ofrecerse en el mercado terminales con doble SIM en Colombia?*

**MRC:** *No sé ...de pronto pensaría que unos 5 años...4 años... 4 a 5 años pensaría yo.*

**CRC:** *Y conoce usted si, ¿cuáles han sido las tendencias en materia de crecimiento de terminales en venta con doble SIM?*

**MRC:** *No tendría conocimiento en atención a que nosotros no manejamos esa métrica porque es un producto que no tenemos.*

**CRC:** *Al momento de analizar las estrategias de mercado, ¿la existencia de terminales con doble SIM es un ítem relevante al interior de Apple?*

**MRC:** *No"*

Indagado sobre esta materia, RICARDO TRIANA RUBIANO respondió:

**"CRC:** *Muchas gracias. Hablemos un poquito sobre cuántas SIM Cards puede tener un celular. ¿Cómo funciona eso, de lo que usted conoce en la empresa que usted... en la que usted trabaja, eso cómo funciona, para qué sirve, hace cuánto está? Cuéntenos un poco de eso.*

**RTR:** *(...) Recientemente, dado que para la gente era conveniente, por ejemplo, acceder a diferentes planes y promociones, en el mercado se dio la tendencia -y yo diría que esa tendencia ya puede llevar, no sé, más de cinco años en el mercado, o sea **no es una tendencia relativamente nueva.***

Preguntado sobre este punto, ANDRÉS CARLÉSIMO REY respondió:

**"CRC:** *Me voy a enfocar un poco en las cifras. Usted nos habla de los 6 millones de equipos terminales dentro de la red de CLARO que tienen DUAL SIM, pero dentro de lo que usted le consta de esos 6 millones de equipos, ¿cuántos efectivamente están siendo efectivamente utilizados con dos SIM en la práctica?*

**ACR:** *Pues eso no lo sé, yo no puedo saber eso porque yo no veo el consumo que hace otro, pues yo no, la compañía no puede ver el consumo que hace esa línea en otras redes. Ahora, lo que sí puedo ver, que hoy no tengo la cifra, pero si se necesitara lo que sí puedo ver de esas líneas es ah bueno me dejaron de cargar o no me dejaron de cargar, o me cargan poquito con respecto a otros, y puedo suponer que están usando el otro slot, lo están usando en otro operador. Pero, eso ya sería una suposición, eso yo no lo puedo demostrar porque no sé, para mí es como si estuviera el teléfono apagado, o sea lo veo prendido, pero sin consumo o lo veo prendido, pero con un consumo muy bajo. O inclusive también puede tener un consumo muy alto pero resulta que el señor está consumiendo otro tanto en el otro operador, entonces pues ese no, nosotros no lo vemos. Ojalá lo pudiéramos ver."*

Preguntado sobre la materia RICARDO TRIANA RUBIANO sobre la llegada de la tecnología DUAL SIM a Colombia, contestó:

**"CRC:** *Más allá de eso, ¿sabe usted o conoce si existen estudios de mercado sobre la demanda? Es decir ¿si efectivamente los usuarios están utilizando la tecnología Doble SIM?*

**RTR:** *No, la verdad no. Nosotros como tal, como no somos prestadores de servicios, realmente no hacemos esa clase de evaluaciones. No tengo información de eso, no sé si Huawei ha hecho un estudio al respecto.*

**CRC:** *Yendo un poquito a ese tema de... de ya lo que... de cómo lo usa el consumidor, ¿sabe usted si realmente en Colombia los usuarios a pesar de tener teléfonos con Dual SIM efectivamente las usan? ¿O tiene conocimiento o tiene... ha tenido acceso a cifras sobre ese tipo de comportamiento en la demanda?*

**RTR:** *No, no tengo acceso a cifras. Tengo más digamos como acceso a un análisis cualitativo de cómo funciona el tema y es: en Colombia una gran mayoría de los usuarios son usuarios en prepago. Entonces son usuarios que tienen pues un volumen limitado de minutos, o digamos que están*

*continuamente necesitando hacer recargas para poder utilizar los servicios. Entonces si una persona con ese tipo de perfil maneja dos SIM Cards, pues lo que hace generalmente es que está muy pendiente de cuáles son los precios o adónde le salen más baratas las llamadas. Entonces, por ejemplo, por decir algo si yo pertenezco al operador A, mi línea pertenece al operador A, generalmente en... como que la percepción que tiene la gente es que los precios son más económicos para las llamadas on-net, es decir dentro de la misma red, y si yo voy a llamar a otro operador diferente pues quizás ahí tengo otra SIM Card de ese otro operador para evitar el aumento de costos que podría tener llamando desde el operador A al B, en lugar de utilizar la funcionalidad de la doble SIM Card. Entonces en general digamos que para los usuarios de prepago que buscan economía puede ser... puede llegar a ser conveniente tener ese tipo de tecnología a la mano para poder minimizar los costos."*

En este sentido, JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA manifestó que:

**"CRC:** *¿Sabe usted o conoce, o ha tenido acceso a información sobre la utilización efectiva de esos equipos DUAL SIM por parte de los usuarios finales?*

**JABV:** *No tengo datos acerca de la utilización por parte de usuarios finales.*

**CRC:** *¿Sabe usted o conoce de la realización de algún tipo de estudio de mercado por parte de Samsung sobre las preferencias de los usuarios en materia de equipos con una SIM o con Doble SIM?*

**JABV:** *No tengo conocimiento de que Samsung haga ese tipo de estudios, no creo que los tengamos."*

Indagado sobre la llegada de la tecnología DUAL SIM a Colombia, contestó CAROLINA MARGARITA PRIETO SARABIA

**"CRC:** *¿Hace cuánto llegó o está en el mercado por lo menos colombiano, y por lo menos para la empresa que Usted representa, el producto de dual SIM?*

**CP:** *Pues yo estoy vendiendo... desde el 2011 teníamos productos. Desde que yo entré a Motorola, que fue en el 2011, en julio de 2011, teníamos disponibles equipos dual SIM."*

Sobre el mismo punto adicionó ANDRÉS CARLÉSIMO REY lo siguiente:

**"CRC:** *Muy bien, sigamos con el tema. ¿El DUAL SIM en Colombia hace cuánto está?*

**ACR:** *El DUAL SIM en Colombia yo creo que debe estar, las cláusulas de permanencia fue en el 2014, TIGO fue el que empezó con DUAL SIM y yo creo que TIGO debió empezar por ahí en el 2013."*

Preguntado sobre esta materia, RICARDO TRIANA RUBIANO respondió:

**CRC:** *¿Cómo ha sido la evolución de los terminales con doble SIM Card en el mercado colombiano? Pues lo que usted sepa, conozca, o los hechos sobre los que usted pueda contarnos.*

**RT:** *Bueno digamos que... a ver... Nosotros estamos comercializando terminales desde más o menos el año 2007-2008 aproximadamente. En esta época pues los principales teléfonos que se comercializaban eran teléfonos con tecnología 3G, y en general eran teléfonos que tenían una única SIM Card. Hubo un momento que debido a los... esa fue como la... la manera como Huawei entró al mercado, fue porque fue de las primeras empresas que tenía disponibles teléfonos para 3G cuando los operadores hicieron la migración a las redes de 3G... entonces fue como el punto de entrada para nosotros. Sin embargo, digamos que el mercado todavía demandaba teléfonos de 2G y los años siguientes digamos entre 2008-2010 nosotros comercializamos equipos en los cuales algunos de ellos tenían la opción de ser Dual SIM. Entonces ahí es donde empezamos a trabajar con teléfonos Dual SIM, que no necesariamente eran teléfonos 3G sino que eran teléfonos GSM netamente. Entonces en esas... en esa época empezamos a comercializar nosotros particularmente en Colombia equipos Dual SIM. Después del año 2010, 2011 ya empezamos a comercializar directamente smartphones, principalmente con el advenimiento de Android, y posteriormente (interrupción por una llamada) y posteriormente entonces nosotros digamos que ahí empezamos a apoyar como las diferentes estrategias de los operadores en los cuales algunos de ellos compraban equipos que fueran Dual SIM, algunos compraban equipos que fueran Single SIM, y algunos hacían un mix entre las dos tecnologías. (...)* (SFT)

Por último, PATRICIA VELÁSQUEZ MARTÍNEZ adicionó:

**"CRC:** *¿En qué año recuerda usted que inició la tecnología DUAL SIM?*

**PVM:** *Dos... pues tanto como... no, esa sí me corcha. No sé en qué año fue... se creó la tecnología en el mundo... no, no... no le puedo responder esa pregunta. Sé en qué año la comenzamos nosotros a comercializar en Colombia...*

**CRC:** *¿En qué año fue?*

**PVM:** *Que fue junio del 2014."*

Al preguntársele sobre este asunto a CAROLINA MARÍA PRIETO SARABIA, contestó:

**"JPE (Apoderado de COMCEL):** *Le rogaría Carolina que entonces Usted le diera su opinión al Despacho de sí, en su entender como experta es creciente el mercado de DUAL SIM en Colombia.*

**CMPS:** *Digamos, en mi opinión y en término de experta sí veo que se están incrementando las ventas de DUAL SIM en Colombia. Digamos que eso también lo muestran las cifras de IDC que se llama International Data Corporation, que es una compañía que nos da la información sobre importaciones en el país. Yo tengo cifras desde el 2014, en el 2014 dual SIM representaba un 24% y single SIM un 76. Al 2017 la proyección es que dual SIM represente un 29% y single SIM el 71% de participación en los equipos que se venden en el mercado."*

Al preguntársele sobre este asunto a MIGUEL RONDEROS CORREDOR, contestó:

**"CRC:** *¿Conoce o usted sabe en el mercado general qué porcentaje de los equipos terminales que están en Colombia tienen doble SIM?*

**MRC:** *La verdad el número no lo sé, pero pues en el mundo de la especulación creería que es bastante bajo.*

(...)

**CRC:** *De las ventas que tiene Apple en el mercado, o más bien reformulo la pregunta, en alguna ocasión alguno de los clientes que ha tenido Apple ha solicitado un equipo o a pedido de alguna forma que les vendan equipo doble sim, o como una necesidad de mercado se ha planteado*

**MRC:** *No realmente no. no ha sido identificada y más allá como digo, pues al final del día es algo que viene de arriba abajo y pues la tecnología que tenemos es esta creemos que es bien conocida en el mercado, entonces pues nadie nos asocia o nadie asocia un iPhone con capacidades dual sim."*

Sobre el particular, ANDRÉS CARLÉSIMO REY manifestó:

**"CRC:** *¿2013? ¿Y cuál ha sido la evolución?*

**ACR:** *La verdad es que lo que les decía, pues yo la evolución que tengo y podríamos también eventualmente conseguirla con este proveedor, pero mentiras, es que no tengo la evolución de DUAL SIM, lo que tengo es la evolución de teléfonos libres. No, le puedo hablar de la venta de teléfonos libres, bajo el supuesto de que el 80-90% sea DUAL SIM que es lo que nos dicen los fabricantes, pero esto sí es un comentario, no es nada más. Pero es lo que le digo, hoy el mercado, hace un año en mayo o junio de año pasado los libres representaban el 23% del mercado en unidades y hoy representan el 30-32% de un mercado que puede vender, no sé 10 millones de teléfonos al año, más o menos. Pues hoy 3.100.000 es el mercado de libres oficiales, porque pues sabemos que existe un tema de contrabando técnico que conocemos que es otro lado. Entonces, pues pensaría que hoy pues más o menos lo que nos dice este GFK es que más o menos 3 millones 100 mil teléfonos son libres y yo pensaría que de esos todos son DUAL SIM."*

Preguntado sobre esta materia, RICARDO TRIANA RUBIANO respondió:

**CRC:** *Ok. Hablemos un poquito de ventas. No sé si sobre ventas usted tiene... Nos dice que en el retail la mayor participación de ventas o un porcentaje alto de ventas son de Doble SIM. ¿Usted sabe el porcentaje, o conoce más o menos el porcentaje?*

**RTR:** *Yo les puedo dar una cifra. Yo traje una pequeña investigación que hicimos de los teléfonos que vende Huawei en Colombia, y yo les puedo dar... este... esto lo hicimos con todo el año 2016. Si ustedes necesitan información más reciente la podemos elaborar sin ningún problema, pero esta*



*información es completo el año 2016 lo que pasó en el mercado colombiano. A grandes rasgos les puedo contar, por ejemplo, que en el open market, que es como nosotros internamente llamamos al retail nosotros comercializamos 78.38% de teléfonos Dual SIM y 21.62% de teléfonos Single SIM.*

**CRC:** *Y en el mercado, la relación con operadores en esas ventas, ¿cuál es el porcentaje?*

**RTR:** *Bueno, de operadores les puedo decir, por ejemplo: Tigo 60.2 Dual SIM 39.8% Single SIM. En Movistar la relación es de 49.47% Dual SIM 50.53% Single SIM, es decir, ahí está parejo, mitad y mitad. Y en Claro, hasta ahora digamos de nuestra marca, siempre hemos comercializado únicamente Single SIM. El 100% corresponde a unidades Single SIM.*

Inquirido sobre esta materia, JULIÁN ANDRÉS BURBANO VELA respondió:

**CRC:** *¿Existe alguna tendencia en los fabricantes de producir equipos con SIM embebida?*

**JABV:** *Pensaría que a futuro va a ser la tendencia. Hay muchas limitaciones, más dificultades en la implementación, pero una vez que se implemente, pienso que podrá ser una buena... va a ser la tendencia, ¿no? Equipos con SIM embebidas.*

**CRC:** *¿Podría ser un poco más específico frente al concepto de futuro? ¿Cuál debería ser ese...?*

**JABV:** *En el momento en que todos los operadores, todos los actores del mercado y demás, estén preparadas para esa nueva arquitectura en la que se permita que una SIM embebida pueda ser provisionada remotamente, que un usuario pueda cambiar de perfil, pueda cambiar de suscripción, y que todo esté claro, que estén claramente definidas responsabilidades de quien va a ser responsable de distribuir el perfil, de cambiar el perfil, de efectivamente instalar el perfil en la SIM card, en ese momento pienso que va a haber un avance en ese tipo de tecnología.*

En este punto vale la pena mencionar, como lo indica **COMCEL** en su escrito de alegatos de conclusión, que se recibió material probatorio por parte de GFK RETAIL & TECHNOLOGY COLOMBIA, para conocer el comportamiento del mercado de terminales móviles respecto de la comercialización de equipos de una única SIM y de doble SIM. En la información entregada por esta firma el 20 de diciembre de 2017, se incluye una tabla con cifras detalladas de los modelos de terminales móviles que fueron identificados como comercializados en Colombia, diferenciando aquellos que tienen una única SIM, de los que incluyen la funcionalidad de doble SIM. Las cifras referidas por **COMCEL** son acordes con esta información, y en efecto, de acuerdo con lo evidenciado por los testigos técnicos que comparecieron a las instalaciones de la Comisión para rendir testimonio, la tendencia en la comercialización de terminales con funcionalidad de doble SIM es creciente. A manera de referencia se tiene que, para julio de 2017, último mes para el que se cuenta con información de terminales comercializados en el país de acuerdo con las cifras allegadas en diciembre de 2017, los terminales de una única tarjeta SIM comercializados representaron el 51% del total de terminales vendidos, correspondiendo entonces el 49% restante a los terminales comercializados con funcionalidad de doble SIM.

En adición a lo anterior, la firma GFK remitió una actualización de la información en comento, el 16 de mayo de 2018, en donde se refieren, entre otros, los siguientes aspectos:

- Para el mes de enero de 2015 las referencias de modelos con funcionalidad Dual Sim representaban el 18% del total de terminales comercializados en Colombia; en febrero de 2018 este porcentaje alcanza el 47%.
- En términos de ventas también se evidencia el crecimiento de los celulares Dual SIM, que representaron el 31% del total de sell-out en enero de 2016, y para febrero del 2018 más de la mitad de las ventas del país (52%) se hicieron con este tipo de equipos.
- Entre diciembre de 2017 y febrero de 2018 se comercializaron 97 referencias de terminales con funcionalidad de doble SIM.
- Desde 2014 el número de equipos con funcionalidad de doble SIM en Colombia ha aumentado: para enero de 2014 se comercializaban 20 modelos diferentes con esta funcionalidad, cifra que para febrero de 2018 es de 85 dispositivos móviles.
- Para el cierre de 2017, 6.132.669 teléfonos inteligentes fueron vendidos en Colombia, de los cuales 2.944.103 fueron con funcionalidad de doble SIM.

De igual manera, mediante Auto de pruebas del 14 de septiembre del año 2020, la Comisión decretó la actualización del peritaje realizado por GFK el cual informa acerca del comportamiento del mercado de terminales móviles respecto de la comercialización de equipos de una única SIM

y de doble SIM a corte del segundo trimestre del año 2020. Así entonces, la firma GFK en respuesta al cuestionario remitido informó que:

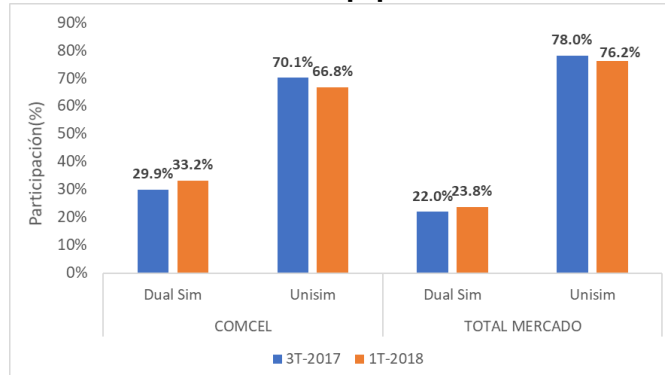
- Para el primer trimestre de 2015 los modelos de funcionalidad Dual SIM representaban el 18% del total de terminales comercializados en Colombia, mientras que con corte al segundo trimestre de 2020 dicho porcentaje alcanzó el 53%.
- En términos de ventas también se evidencia el crecimiento de los celulares Dual SIM en el país que representaron el 8% del total de sell-out en el primer trimestre del 2015; para el segundo trimestre del año 2020, más de la mitad de los celulares vendidos en el país (60%) fueron equipos tipo Dual SIM.
- Entre abril de 2020 y junio del mismo año se comercializaron 104 referencias de terminales con funcionalidad de doble SIM.
- Para el cierre de 2019, la cifra de smartphones en Colombia fue de 9'537,205 unidades vendidas; de las cuales 5'219,646 fueron con funcionalidad Dual SIM. En el primer semestre de 2020, se han vendido 3'315,484 unidades de celulares en el país, de las cuales 1'956,333 corresponden a la modalidad Dual SIM.

Sin embargo, en respuesta al traslado<sup>1022</sup> del dictamen proferido por GFK, **COMCEL** a través del oficio con radicado 2020813296<sup>1023</sup>, solicitó se aclararan siete puntos del mencionado dictamen, de los cuales, tras un análisis jurídico y técnico del trámite, la Comisión mediante el Auto de pruebas del 13 de noviembre de 2020 ordenó que GFK Retail & Technology Colombia aclarará los siguientes dos puntos del dictamen en comentario: 1) si el número de equipos presentados en la gráfica titulada "Número de equipos Dual Sim (Histórico)" es en miles y no en unidades; y 2) la razón por la cual en la gráfica titulada "Venta en Unidades (Miles)", se afirma que para el 2Q 2020 se vendieron 979 mil equipos Dual Sim, pero esta cifra no coincide con la sumatoria reportada para 2020 en la gráfica "Número de equipos Dual Sim (Histórico)"y, menos aún, para el 2Q de 2020.

Al respecto, GFK mediante el radicado 2020813854<sup>1024</sup> dio respuesta a las inquietudes transmitidas por **COMCEL** en los siguientes términos: 1) se refiere a la oferta de equipos (modelos o referencias) en el país con funcionalidad Dual Sim, independiente de las unidades vendidas. En 2Q 2020 había 472 referencias con funcionalidad Dual Sim en el mercado colombiano; y 2) la gráfica muestra las unidades vendidas de equipos con funcionalidad Dual Sim. En el 2Q 2020, se vendieron 979 mil unidades distribuidas en las 472 referencias mencionadas en el punto anterior.

De cualquier modo, y teniendo en cuenta que la cantidad de terminales comercializados en Colombia no necesariamente corresponde a la cantidad de equipos que se usan efectivamente en el país -con lo cual la proporción de teléfonos de una única SIM y de doble SIM que se encuentren activos en la red, no necesariamente corresponde a la proporción de terminales comercializados-, se procedió a requerir a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles para que remitieran información de la cantidad de terminales con funcionalidad de Uni SIM y Doble SIM que se encontraran activos en el mercado colombiano a corte del primer trimestre del año 2020, según Autos de los meses de diciembre de 2017, septiembre de 2018 y junio de 2020, obteniendo los siguientes resultados:

**Gráfica 67. Distribución de equipos UNI SIM Vs DUAL SIM**



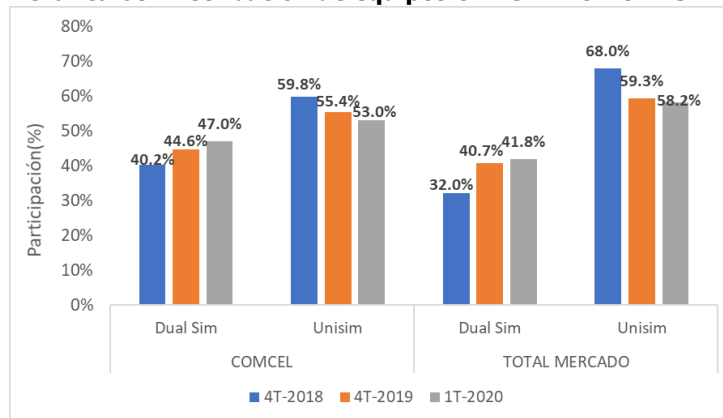
**Fuente:** Información reportada por los PRSTM en virtud de los Autos del 8 de diciembre de 2017, 10 de septiembre de 2018 y respuesta requerimiento 2018537951.

<sup>1022</sup> Radicado 2020517760

<sup>1023</sup> 5 de noviembre de 2020

<sup>1024</sup> 18 de noviembre de 2020

**Gráfica 68. Distribución de equipos UNI SIM Vs DUAL SIM**



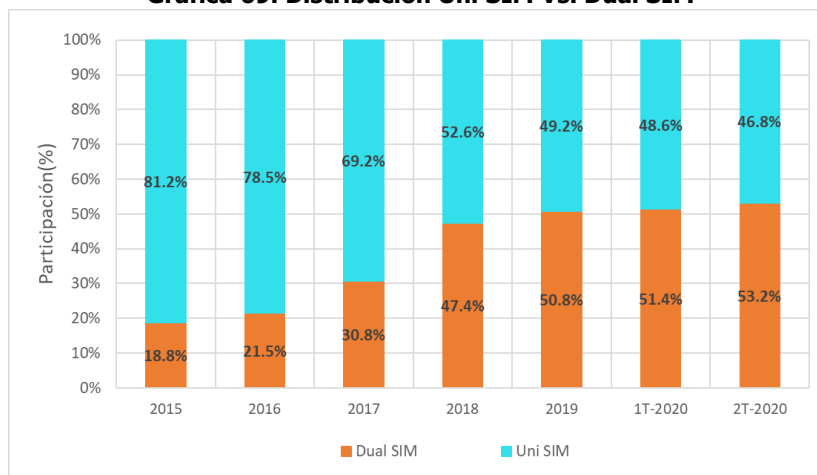
**Fuente:** Elaboración CRC, datos Auto de Pruebas 19 de junio de 2020, y radicados CRC 2020811425, 2020811428 y 2020811433

De la información anterior, se tiene entonces que, a primer trimestre de 2018, el total de terminales móviles que fueron detectados en las redes de los diferentes proveedores, con excepción de **COMCEL**, el 23.8% correspondía a terminales con la funcionalidad Multi SIM, mientras que el 76.2% restante correspondía a equipos que soportaban una única SIM. Así mismo, aunque el total de equipos terminales reportado por **COMCEL** para dicha fecha representaba el 47.2% del total de terminales del país, lo observado en la red de **COMCEL** guarda cierta similitud con la proporción de terminales en el resto de mercado, pues dentro de la red de **COMCEL** para el periodo referenciado los terminales Multi SIM representaron el 33.2% del total de terminales, por lo que el 66.8% restante correspondió a terminales con una única SIM.

De igual manera, tal como se observa en la Gráfica 68, el uso de los equipos terminales con funcionalidad Multi SIM ha venido aumentando con el pasar del tiempo, tanto en la red de **COMCEL** como en el promedio del resto del mercado móvil. De acuerdo por lo reportado por los mismos agentes, en el promedio del mercado, sin tener en cuenta a **COMCEL**, los equipos Multi SIM pasaron de representar el 32% en el cuarto trimestre de 2018, a ser el 41.8% del total de terminales activos en el primer trimestre de 2020. Lo mismo se observó en la red de **COMCEL** para quien los terminales Multi SIM pasaron de representar el 40.2% en el 2018 a 47% en el primer trimestre de 2020.

Lo anterior guarda cierta relación con lo reportado por el peritaje de la consultora GFK Retail & Technology, pues del total de equipos comercializados en el país entre enero de 2015 y junio de 2020, el 37% correspondió a terminales con la funcionalidad Multi SIM mientras que el 63% restante a terminales con una única SIM. En la Gráfica 69 se muestra la evolución año a año de 2015 a 2019 y la composición registrada en los primeros dos trimestres del año 2020, en dónde se puede observar el crecimiento en la comercialización de equipos terminales con más de una SIM, pues pasan de representar el 19% en el 2015, a ser el 53.2% de los equipos comercializados en el segundo trimestre de 2020.

**Gráfica 69. Distribución Uni SIM Vs. Dual SIM**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos GFK Retail & Technology Ltda. Auto de pruebas 14 de septiembre de 2020

A partir de lo anterior, se derivan los siguientes análisis. En primer lugar, en el Documento soporte de inicio de la actuación administrativa la Comisión indicó que existía una limitación técnica a consumir diferentes servicios con diferentes operadores con un único terminal y una única SIM, así:

*"Si bien el empaquetamiento o venta conjunta de servicios proporciona beneficios al usuario, en la actualidad **existe una limitación técnica a la posibilidad de elegir diferentes proveedores de servicios de voz y datos móviles a través de una sola SIM y un solo terminal móvil.**"<sup>1025</sup>*

En los argumentos expuestos por **COMCEL**, así como también en las diferentes pruebas testimoniales y documentales, no se encuentra evidencia de que en un único terminal móvil y una única SIM sea posible contratar servicios móviles con más de un operador. En este sentido, la Comisión puede confirmar que efectivamente dicha limitación técnica existe. De igual manera, los argumentos expuestos por **COMCEL** están orientados a indicar que existen terminales móviles que permiten insertar más de una SIM (multi SIM) al terminal móvil, pero no a que se puedan consumir servicios móviles con diferentes operadores móviles con una única SIM y un único terminal.

En segundo lugar, y ya en referencia al argumento puntual de **COMCEL** según el cual no existe la citada limitación técnica por cuanto hay en el mercado terminales móviles que permiten tener más de una SIM, se debe señalar que efectivamente se comercializan en Colombia terminales móviles DUAL SIM que, al menos teóricamente, les permitirían a los usuarios que cuentan con estos terminales móviles consumir servicios con más de un operador móvil. Sin embargo, en relación con este punto, se debe destacar que de acuerdo con los testimonios de diferentes testigos, las funcionalidades de las diferentes tarjetas SIM no siempre son las mismas, sea a nivel de los servicios que se pueden usar (voz o datos o voz más datos) o de la tecnología a la que se puede conectar el terminal (2G, 3G o 4G). En este sentido, aún en los casos en los que los usuarios cuentan con terminales móviles Dual SIM, estos tienen un bajo incentivo al desempaquetamiento de los servicios móviles, precisamente porque la SIM secundaria queda relegada al uso de la red 2G, es decir prácticamente para el servicio de voz solamente, toda vez que los datos estarían activados en la SIM primaria que alcanzaría la mayor tecnología disponible ya sea 3G o 4G. Adicionalmente, tal como se señaló anteriormente, hoy en día no existe en las ofertas comerciales combinación individual que ofrezca más bondades para el usuario en términos económicos que los planes empaquetados, incluso en el segmento prepago, en donde se ofrecen paquetes o bolsas de voz y datos, como se expondrá en la sección 8.1.8. De esta manera, el usuario terminaría teniendo un paquete (voz + datos) en la SIM primaria y la posibilidad de tener un plan individual o recargar el servicio de voz en la SIM secundaria, lo cual no sería la mejor opción en términos monetarios.

Por su parte, para los usuarios que cuentan con terminales móviles UNI SIM no es posible desempaquetar servicios móviles, y para dichos usuarios la limitación técnica es sorteable únicamente cambiando de terminal móvil. De acuerdo con estudios realizados por la Comisión de Regulación de Comunicaciones en el proyecto regulatorio "*Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles*"<sup>1026</sup>, existe una gran cantidad de personas en el país que no acceden a Internet porque el servicio es muy costoso y/o porque no cuentan con el dispositivo para hacerlo. Con motivo de dicho proyecto, Asomóvil allegó información de GSMA en donde indica que el equipo representa entre el 64% y 74% de costo total de los servicios de comunicaciones móviles<sup>1027</sup>, por lo que su alto costo constituye la principal barrera de asequibilidad del servicio, lo que a su vez genera una barrera a la entrada de nuevos usuarios de datos móviles, y evidentemente, un costo de cambio alto para usuarios que consideraran cambiar de terminal móvil para contar con un terminal Dual SIM. Lo anterior cobra más relevancia toda vez que los mismos fabricantes reconocen que la facilidad Dual SIM no guarda mayor diferencia en términos de precio con los terminales con facilidad Uni SIM, por lo que el mercado no percibe que entre uno y otro teléfono exista un diferencial fuera de los otros features como por ejemplo el tamaño de la pantalla, la cámara, el procesador, etc. Tan no es relevante, que en los

<sup>1025</sup> Documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017 "*Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios móviles"*", p.48.

<sup>1026</sup> Los documentos de este proyecto se encuentran disponibles en:

<<https://www.crcm.gov.co/es/pagina/condicionamientos-entrada-comercializacion-etm>>

<sup>1027</sup> Asomovil (2018). Comentarios a Proyecto de Resolución de Condicionamiento de Comercialización de Celulares. Disponible en <[https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/2018/ac\\_reg/cond\\_etm/coment/ASOMOVIL2.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2018/ac_reg/cond_etm/coment/ASOMOVIL2.pdf)>

testimonios de Andrés Carlésimo, Director Corporativo de Producto de **COMCEL**, y de los fabricantes se evidenció que **COMCEL** no comercializa equipos Dual SIM y aun así es el agente de mayor participación de mercado en la venta de terminales móviles en el país.

Por otro lado, la funcionalidad Multi SIM no rompe con el incentivo económico generado por el empaquetamiento de los servicios, pues tal como se evidenció en los mismos testimonios, y también en el peritaje de Marcela Meléndez, es sistemáticamente más barato contratar un servicio empaquetado que uno individual, por lo que aún si en todo el país solo se usaran y comercializaran equipos terminales Multi SIM, los beneficios percibidos por el usuario derivados del empaquetamiento siguen siendo mayores que la oportunidad de tener un servicio con un proveedor y otro con otro proveedor en el mismo terminal. Esto sin mencionar, que los mismos proveedores mediante el Auto de pruebas de junio de 2020, señalaron que en promedio en el primer trimestre de 2020 más del 77% de sus usuarios adquirieron los servicios móviles de manera conjunta, porcentaje que es aún mayor para **COMCEL** (96.9%), por lo que en el caso de que la característica Multi SIM fuera usada como lo argumenta **COMCEL**, los usuarios individuales serían muchísimo más que los usuarios empaquetados.

En ese sentido, los operadores móviles, y en lo que a esta actuación atañe, también **COMCEL**, generan incentivos para que los usuarios consuman los dos servicios con el mismo operador. Tal y como lo reconoció Andrés Carlésimo, no existen planes comerciales en donde el consumir el servicio de voz de manera separada del plan de datos sea más económico que consumir los servicios de manera empaquetada. Tampoco existen planes donde consumir el servicio de datos de manera separada del plan de voz, sea más económico que consumir los servicios de manera empaquetada, por lo que, aún si la SIM secundaria pudiera utilizarse para el servicio de datos provisto por otro operador diferente de **COMCEL**, esta posibilidad no resultaría atractiva para el usuario, quien terminaría pagando al otro operador por el servicio de datos, un precio superior al que obtendría en un paquete, y a **COMCEL** por el paquete de voz y datos. Tampoco sería rentable para el usuario contratar un paquete de voz y datos con otro operador (SIM principal) y solamente el servicio de voz con **COMCEL** (SIM secundaria), caso en el cual no sólo estaría pagando a dos operadores por el servicio de voz, sino que a **COMCEL** le estaría reconociendo un precio por el servicio de voz, superior a aquel que reconocería en un paquete. Lo propio sucede si el usuario contrata los datos con un operador diferente de **COMCEL** (SIM principal) y el servicio de voz con **COMCEL** (SIM secundaria), situación en la que el usuario estaría pagando por ambos servicios - individualmente tarifados-, un precio superior al que pagaría por ambos, si hicieran parte del mismo paquete. En síntesis, el sólo hecho de que, técnicamente, los usuarios puedan usar dos SIM Cards en su terminal, no inhibe incentivo creado por los operadores para que adquiera servicios empaquetados.

De hecho, a pesar de que **COMCEL** busca probar que los usuarios podrían desempaquetar los servicios con los terminales Dual SIM, lo cierto es que no está en capacidad de demostrar que en efecto los usuarios toman ese tipo de decisiones, ni en qué magnitud. Es evidente que la práctica de empaquetamiento le permite a **COMCEL** (y a los demás proveedores) generar economías de alcance, con la consecuente reducción de costos, y, por ende, reducir el precio de los servicios empaquetados. En virtud de lo anterior, aún bajo el hipotético escenario en el que una gran cantidad de usuarios pudiera desempaquetar servicios, en la práctica los usuarios adquieren los servicios empaquetados. En cualquier caso, el problema que la **CRC** diagnosticó preliminarmente no era que los usuarios de **COMCEL** no pudieran contratar el servicio de voz con un operador diferente, sino que, ante el hecho de que el servicio de voz es sistemáticamente más barato cuando se adquiere empaquetado que cuando se adquiere individual, los usuarios tienen un fuerte incentivo a empaquetar estos dos servicios (voz y datos), aun si pagan a **COMCEL** un servicio de datos que no es el más económico ni el de mayor calidad, como se explica en detalle en la sección 8.1.8.2. De ahí que las Doble SIM no solucionan el problema, porque la SIM principal es la del paquete de voz y datos de **COMCEL**, y la SIM secundaria -que sería la del competidor de **COMCEL**- no puede ser utilizada para datos, sino para voz.

Todo lo anterior consolida la posición de la CRC según la cual, más allá de la existencia de terminales Dual SIM en el país, esto no cambia la situación analizada, tanto en el proceso regulatorio que dio lugar a la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, como al momento de iniciar la actuación administrativa que nos ocupa. En tal sentido, se corrobora que, desde el punto de vista tecnológico, no es posible a la fecha a través de un mismo terminal y una misma tarjeta SIM, contratar el servicio de voz con un operador y el servicio de datos con otro, lo cual se suma a la preferencia de los usuarios, quienes en lugar de utilizar diferentes proveedores para

cada uno de los servicios móviles, se ven más motivados por la facilidad (menos costos de transacción) y la conveniencia, en términos económicos, de tener un solo proveedor de servicios móviles, aún si cuentan con un teléfono Multi SIM.

Por lo anterior, en virtud de los beneficios del empaquetamiento, entre los que se encuentran menores costos de transacción, los usuarios deciden contratar los servicios de voz y datos con un único operador, pagando una única factura y/o una única cuenta prepago, pues este hecho permite mantener relación con un único operador quien debe responderle por sus inquietudes, quejas y reclamos, por lo que queda evidenciado a lo largo de esta sección que los usuarios que contratan estos dos servicios tienen incentivos económicos muy fuertes para adquirirlos de manera conjunta.

Teniendo en cuenta lo anterior, el empaquetamiento se convierte en la vía fundamental para materializar el apalancamiento estratégico que, tal como se verá en la sección 8.1.7.2., es el mecanismo a través del cual el proveedor dominante en el mercado "Voz Saliente Móvil", servicio junto con el de Internet móvil que configuran el mercado relevante de "Servicios Móviles", se apalanca en las ventajas obtenidas en este para ganar participación en el nuevo mercado ("Servicios Móviles"), trasladando así los problemas de competencia de un mercado a otro. Valga aclarar que, tal como se explicará en la siguiente sección, aunque todos los operadores ejercen este apalancamiento, es motivo de preocupación para el regulador cuando es el agente dominante en voz el que lo hace, pues se configura el traslado de los problemas de competencia referenciado anteriormente, generando así una falla de mercado.

#### **8.1.7.2. Sobre las condiciones del apalancamiento estratégico**

La literatura económica ha descrito con suficiencia las circunstancias en que es rentable para una firma dominante M apalancar su posición en el mercado A con el fin de mejorar su posición en un mercado B. Al respecto, diversos autores han estudiado las condiciones sobre las cuales la empresa dominante puede excluir del mercado a los competidores que enfrenta en mercados descendentes cuando suministra de manera exclusiva un insumo:

- Hart y Tirole (1990)<sup>1028</sup>, en específico, desarrollan un modelo teórico que muestra cómo la integración vertical cambia la naturaleza de la competencia en los mercados ascendentes y descendentes, e identifica las condiciones en las cuales la exclusión del mercado es una consecuencia o un propósito, o ambos, de dicha integración.
- O'Brien y Shaffer (1992)<sup>1029</sup>, por su parte, contradicen la teoría de que un proveedor que distribuye su producto a través de minoristas puede maximizar la utilidad conjunta (alcanzar beneficios equivalentes a los de una situación de integración vertical) con contratos de tarifa en dos partes. En efecto, este punto de vista falla, según demuestran los autores, cuando los minoristas no pueden conocer los contratos de sus rivales, pues en este caso habría incentivos para que cada minorista renegocie secretamente su contrato con el proveedor (para reducir su transferencia marginal y, por ende, el precio minorista, que quedaría por debajo del precio de integración vertical). Lo que generaría un aumento de las ganancias para ambas partes, al ganar más consumidores gracias al menor precio, en perjuicio de los demás minoristas.
- En la misma línea, McAfee y Schwartz (1994)<sup>1030</sup> estudiaron el escenario de contratación bilateral sin compromiso respecto a los términos contractuales de los demás, de un proveedor que vende a firmas en competencia en el mercado descendente. En este escenario, según muestran los autores, cada firma tiene la preocupación de que el proveedor renegocie de manera oportunista el contrato con algún rival para aumentar sus ganancias bilaterales a expensas de la firma. Ni siquiera las cláusulas de no discriminación pueden frenar el oportunismo de terceros, incluso con empresas simétricas.
- Rey y Tirole (2006)<sup>1031</sup>, por su parte, proveen un marco para el análisis de las decisiones del sector privado respecto a la exclusión de mercado, así como los costos y beneficios

<sup>1028</sup> Hart, O., y Tirole, J., (1990) *Vertical Integration and Market Foreclosur.*

<sup>1029</sup> O'Brien, D. P., y Shaffer, G., (1992) *Vertical Control with Bilateral Contracts.*

<sup>1030</sup> McAfee, P., y Schwartz, M., (1994) *Opportunism in Multilateral Vertical Contracting: Nondiscrimination, Exclusivity, and Uniformity.*

<sup>1031</sup> Rey, P., y Tirole, J., (2006) *A Primer on Foreclosure.*

sociales de la misma. De acuerdo con los autores, la exclusión se refiere a la negación por parte de una firma dominante a un acceso adecuado a un bien esencial que produce, con el propósito de extender su poder de monopolio en ese segmento del mercado (el producto cuello de botella) a un segmento adyacente (el potencialmente competitivo). Esta exclusión puede surgir cuando el producto cuello de botella es utilizado como insumo (por ejemplo, una infraestructura) por una industria potencialmente competitiva, o cuando se vende directamente a los clientes, que utilizan el producto en conjunción con otros productos, tal vez complementarios.

De acuerdo con lo anterior, una "exclusión vertical" puede surgir cuando una empresa controla un insumo esencial para una industria potencialmente competitiva, y esta firma productora del insumo "cuello de botella" altera la competencia negando o limitando el acceso a ese producto. En cambio, una "exclusión horizontal" ocurre cuando el producto "cuello de botella" no es un insumo esencial, sino que se vende a los consumidores directamente, y la firma empaqueta este producto con otro producto potencialmente competitivo<sup>1032</sup>.

Bajo este marco, los autores concluyen, tras considerar distintas formas de competencia y estudiar el impacto de diversas políticas de competencia, que, si bien ha habido avances recientes en cuanto al análisis de la exclusión, todavía se deben hacer algunos progresos para anclar mejor el concepto de exclusión dentro de la política antimonopolio más amplia, y lograr una mejor integración entre teoría y aplicaciones<sup>1033</sup>.

Por otro lado, Nalebuff (2004), en el documento *Bundling as an Entry Barrier*, estudia el caso del empaquetamiento en un escenario oligopólico. En este, muestra que el empaquetamiento es una estrategia particularmente eficaz de disuasión de entrada a posibles competidores. En efecto, según el autor, una empresa que tiene poder de mercado en dos productos, A y B, puede, al empaquetarlos, hacer que sea más difícil para un rival con solo uno de estos productos ingresar al mercado. En línea con lo anterior, afirma que el empaquetamiento permite que el productor con poder de mercado defienda de manera creíble ambos productos sin tener que establecer un precio bajo en cada uno<sup>1034</sup>.

El autor también demuestra que el empaquetamiento sigue siendo una herramienta de fijación de precios efectiva incluso si falla la disuasión de entrada (o si ya existe un rival de un solo producto en el mercado). Según sus conclusiones, una empresa con un monopolio en el producto A y un duopolio en el producto B obtiene mayores ganancias vendiendo un paquete A-B que vendiendo A y B de forma independiente. En este escenario, apalancar el poder de mercado de A en el producto B, y aceptar una competencia de un solo producto contra el paquete, resulta, según el autor, mejor que usar el poder de monopolio en A por sí solo<sup>1035</sup>.

Por otra parte, de acuerdo con el documento citado, la explicación tradicional para el empaquetamiento que la literatura económica ha dado es que sirve como una herramienta efectiva de discriminación de precios por parte de un monopolista. Esto debido a que, normalmente, una firma debe cobrar el mismo precio a todos los consumidores, y la variabilidad de las valoraciones de los clientes (el precio que podrían pagar) frustra la capacidad del vendedor para capturar el excedente del consumidor. Por lo tanto, una herramienta que ayude a reducir la heterogeneidad en las valoraciones, como empaquetar los productos, contribuye a que un monopolista obtenga mayores ganancias. Sin embargo, el autor asegura que, aunque la discriminación de precios proporciona una razón para el empaquetamiento, las ganancias de esto son pequeñas en comparación con las ganancias ocasionadas por el efecto disuasorio de entrada.

En efecto, el modelo base con dos productos elaborado en el estudio en mención, donde las valoraciones de los consumidores son independientes y se distribuyen de manera uniforme en  $[0, 1]$ , estima que la discriminación de precios mediante el empaquetamiento aumenta las ganancias de un monopolista cerca de 9%. Sin embargo, la misma acción de empaquetamiento reduce las ganancias potenciales de un participante en un 60%. Esto duplicaría las ganancias del monopolista si con esa acción se impide la entrada del competidor. Según el autor, incluso si esto no es suficiente para impedir la entrada, el empaquetamiento sigue siendo de gran valor, pues

<sup>1032</sup> *Ibíd.*

<sup>1033</sup> *Ibíd.*

<sup>1034</sup> Nalebuff, B. (2004); *Bundling as an Entry Barrier*

<sup>1035</sup> *Ibíd.*

las ganancias posteriores al ingreso para el monopolista serían cerca de un 50% mayores con una oferta de paquetes que vendiendo los productos por separado. Es decir, el empaquetamiento reduce las ganancias potenciales del entrante al mismo tiempo que mitiga la pérdida de ganancias del productor si se llegase a dar la entrada de un nuevo agente<sup>1036</sup>.

Finalmente, el documento también concluye que la discriminación de precios y la disuasión de entrada son solo dos de las muchas razones para ofrecer productos empaquetados. Pues existen otras como generar ahorros de costos o crear un producto más valioso.

En línea con los argumentos de Nalebuff (2004), Whinston en 1990 planteó examinar el papel que juega el empaquetamiento como un mecanismo de limitar la entrada a los competidores con el fin de evitar rivales en determinado producto. Esto a pesar de que en aquel momento esta línea de argumentación estaba desacreditada por cuenta de la Escuela de Chicago, que sustentaba que una empresa monopolística no ganaba ninguna ventaja al vender su producto A como parte de un paquete con B que se suministra en un mercado competitivo. El argumento de la Escuela de Chicago se sustenta en que el bien B está disponible a su costo marginal (al estar en un mercado competitivo); por lo tanto, el valor del paquete A-B para los consumidores depende de si A tiene para ellos un valor superior al del costo adicional del paquete respecto al producto B independiente. En este escenario, cualquiera que compre el paquete A-B también estaría dispuesto a comprar A solo, con el mismo margen de beneficio para el monopolista. De hecho, según este escenario, el monopolista normalmente lo haría aún mejor vendiendo A solo, ya que algunos clientes que comprarían A de forma independiente, no elegirían comprar el paquete A-B<sup>1037</sup>.

Sin embargo, como se mencionó, Whinston (1990) reexaminó esa argumentación, y puso sobre la mesa la discusión respecto del papel del empaquetamiento y las ventas atadas como mecanismos disuasorios de entrada. Este autor, si bien reconoció que el planteamiento de la Escuela de Chicago se aplica en el caso de un mercado B perfectamente competitivo con retornos constantes de escala<sup>1038</sup>, también demostró las ventajas de vincular los productos cuando una empresa tiene un monopolio en A y se enfrenta a un competidor en B con un producto diferenciado. En su modelo, atar compromete al monopolista a ser más agresivo contra un participante, y este compromiso desalienta la entrada<sup>1039</sup>.

El planteamiento de Whinston supone una estructura de mercado similar a la descrita previamente, en la que la empresa M domina el segmento A y entra al segmento B en el que enfrenta competencia potencial de empresas que aún no han efectuado inversiones para producir B, producto que, al igual que A, puede ser vendido de forma independiente. Los resultados de este trabajo muestran que, en estas circunstancias, las ventas atadas de A y B hacen parecer a M más agresiva en el segmento B, enviando una señal a los posibles competidores para que no entren al segmento B.

El autor demuestra, entonces, que cuando el mercado del producto atado tiene una estructura de oligopolio, el empaquetamiento puede en efecto servir como mecanismo para apalancar el poder de mercado a través de la exclusión de las ventas de los rivales en el mercado del producto atado, generando una mayor rentabilidad para la empresa<sup>1040</sup>.

Carlton y Waldman (2002), siguiendo una línea de pensamiento similar, e incorporando elementos dinámicos de la teoría de juegos, encuentran que una empresa M no solamente puede atar la venta de A y B para aumentar sus ganancias, sino que este empaquetamiento puede ser una estrategia para defender su posición dominante en A en periodos futuros. En general, este estudio demuestra cómo se puede utilizar la vinculación de productos complementarios para preservar y crear posiciones de monopolio. En primer lugar, el documento muestra cómo un monopolista de un producto en el primer período puede usar la vinculación para preservar su monopolio en el segundo período. Luego, muestra cómo un monopolista en un mercado puede emplear la vinculación para extender su monopolio a un nuevo mercado emergente<sup>1041</sup>.

<sup>1036</sup> *Ibíd.*

<sup>1037</sup> *Ibíd.*

<sup>1038</sup> Whinston, M. D., (1990) *Tying, Foreclosure, and Exclusion*.

<sup>1039</sup> Nalebuff, B., (2004) *Bundling as an Entry Barrier*.

<sup>1040</sup> Whinston, M. D., (1990) *Tying, Foreclosure, and Exclusion*.

<sup>1041</sup> Waldman, M., y Carlton, D. W., (2002) *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*.



Entre otras conclusiones, los autores argumentan, mediante un modelo dinámico de apalancamiento para la venta de unidades en el segmento B, que la empresa M tiene que atar las ventas de A y B (productos complementarios) no tanto por aumentar sus ganancias en el mercado B sino para desincentivar la entrada en el mercado A. En el modelo, M es en el periodo 1 el único productor de A y enfrenta competencia en el segmento B. Mientras que en el periodo 2 un competidor potencial decide si entra o no al mercado A. Según el documento, la complementariedad de los bienes hace que las ganancias de la empresa M sean menores al atar los productos A y B; sin embargo, esta acción lograría afectar la decisión de entrada al mercado A de la firma 2 en el periodo 2, ya que, si decide entrar al mercado, lo mejor para la firma 2 sería hacerlo en los segmentos A y B, lo que le resultaría más costoso<sup>1042</sup>.

Los anteriores resultados, sin embargo, pueden variar según el escenario planteado. Por ejemplo, en el caso en el que el producto A sea indispensable para producir B, o en casos en los que una firma potencialmente competidora cuente con un producto complementario superior a la firma establecida<sup>1043</sup>. De cualquier manera, la principal conclusión de los autores deja claro que es posible usar la estrategia de empaquetamiento en ciertas circunstancias para preservar y crear poder de mercado en industrias en evolución.

Con base en los anteriores resultados y otros modelos previos, Nalebuff (2005) contribuye al análisis del empaquetamiento mediante el documento *Exclusionary Bundling*, en el que propone el "empaquetamiento excluyente" como estrategia por la cual la empresa dominante en el mercado A extiende su poder al mercado B. El autor define el concepto de empaquetamiento excluyente como el caso en el cual una firma M con poder de mercado en A enfrenta competencia actual o potencial en el mercado B, y vende el paquete A-B a precios que hace imposible para una firma igualmente eficiente competir en el mercado B<sup>1044</sup>. Esto teniendo en cuenta que A y B son bienes complementarios, y los consumidores ven los productos en el mercado B de diferentes empresas como no diferenciados.

En ese sentido, el modelo de empaquetamiento de exclusión propuesto por el autor examina si el descuento del paquete es tan grande que hace que los precios de los productos por separado sean económicamente irrelevantes. O si, puesto de otra manera, el precio individual del bien del mercado en monopolio es tan alto que hace que el descuento del paquete sea la única opción económicamente relevante<sup>1045</sup>.

Este concepto de empaquetamiento de exclusión puede ser visto como análogo a la práctica de estrechamiento de márgenes en mercados verticales, y puede presentar la oportunidad para que una firma que ejecute esta acción obtenga las ganancias de la exclusión de la misma forma que en la estrategia de precios predatorios, pero sin incurrir en las pérdidas<sup>1046</sup>. En efecto, mediante la estrategia del empaquetamiento excluyente, la empresa solo tiene que amenazar con subir el precio del producto A, y de esta forma, si la amenaza es convincente, la empresa logra la exclusión sin tener que vender a un precio inferior al costo<sup>1047</sup>.

Otros estudios en la literatura económica plantean conclusiones similares respecto a la posibilidad de excluir a los competidores con el empaquetamiento o las ventas atadas. Tirole (2005), por ejemplo, encuentra en *The Analysis of Tying Cases: A Primer*, que el impacto del agrupamiento de productos sobre la competencia en el mercado vinculado varía desde poco impacto en la capacidad de los rivales para competir hasta la exclusión total de los competidores. El nivel del impacto dentro de ese rango, según el autor, depende de varios factores<sup>1048</sup>:

- El costo marginal de fabricar el producto atado;
- La habilidad de los rivales para diferenciar horizontal o verticalmente su oferta del producto vinculado; es decir, su habilidad para ofrecer algunas características que no están disponibles en el producto vinculado;
- La capacidad de diferenciar, si el mercado es de múltiples lados, el lado en el cual no hay empaquetamiento, a través de características tecnológicas, suministro interno, o contratos

<sup>1042</sup> *Ibíd.*

<sup>1043</sup> *Ibíd.*

<sup>1044</sup> Nalebuff, Barry (2005); *Exclusionary Bundling*

<sup>1045</sup> *Ibíd.*

<sup>1046</sup> *Ibíd.*

<sup>1047</sup> *Ibíd.*

<sup>1048</sup> Tirole, J., (2005) *The Analysis of Tying Cases: A Primer.*

exclusivos con proveedores externos, y la facilidad con la que los usuarios en el lado de la vinculación pueden realizar *multi-home*.

Desde la perspectiva empírica, al analizar los efectos del empaquetamiento sobre el mercado de telecomunicaciones de Australia, Papandrea, Stoeckl, & Daly (2001) dejan claro que el principal problema ocurre cuando no hay competencia perfecta en el mercado. Por estas razones, los autores consideran que esta estrategia es preocupante si se utiliza para expandir su poder de mercado en la provisión de servicios que típicamente han sido ofrecidos en entornos competitivos.

En este contexto, en Australia, el proveedor Telstra contaba con posición de dominio en el mercado de telecomunicaciones. Según los autores, Telstra tenía posibles incentivos para utilizar estrategias predatorias a través del empaquetamiento de sus servicios, incluso a pesar de que todos los servicios de telecomunicaciones en Australia estuvieran regulados (Papandrea, Stoeckl, & Daly, 2001).

Complementariamente, para Prince & Greenstein (2014) las empresas de telecomunicaciones, al empaquetar los distintos servicios, hacen que la tasa de cancelación de suscriptores disminuya en la medida en que una decisión en este sentido podría implicar la desvinculación simultánea de múltiples servicios con sus respectivos costos de transacción. De esta forma, los autores encuentran entonces que el empaquetamiento cumple dos funciones primordiales para los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones en Estados Unidos: i) atraer nuevos consumidores para determinados servicios, y ii) evitar que los suscriptores consideren servicios alternativos (tanto sustitutos como complementarios) en otros operadores.

La Perito Meléndez señala que una de las condiciones necesarias para que el empaquetamiento pueda ser usado con fines estratégicos para monopolizar el mercado es que los bienes empaquetados por la empresa sean complementarios, y que los servicios de voz móvil y datos móviles son servicios sustitutos. Al respecto, esta Comisión debe advertir que Meléndez parte de una premisa jurídicamente inadmisibles, como quiera que ya la Resolución CRC 5108 de 2017 descartó la sustituibilidad entre los servicios de voz móvil y datos móviles. En efecto, en los ejercicios de definición de mercado que se adelantaron como parte del proceso para la expedición de la mencionada resolución, tal y como consta en su documento soporte<sup>1049</sup>, se aplicó el Test del Monopolista Hipotético, también conocido como Test SSNIP, para evaluar la existencia de sustituibilidad de la demanda, usando el marco teórico de los modelos tipo *conjoint*, a partir de lo cual se estimaron las funciones de demanda para voz móvil, Internet móvil y el paquete de servicios móviles, permitiendo identificar la existencia de tres mercados relevantes, y que los servicios de voz móvil e Internet móvil hacen parte de manera simultánea de dos mercados móviles. Por una parte, el servicio de voz móvil hace parte tanto del mercado "Voz Saliente Móvil" como del mercado "Servicios Móviles", y el servicio de Internet móvil hace parte del mercado "Internet Móvil" y del mercado "Servicios Móviles". Descartada la sustituibilidad entre los servicios de voz móvil y datos móviles por ministerio de la Resolución CRC 5108, que por lo demás se encuentra vigente y goza de legalidad, el argumento presentado por Meléndez habrá de rechazarse, máxime cuando, precisamente por lo que en tal resolución se determinó, la definición del mercado relevante no hace parte del objeto de la presente actuación administrativa ni por ende resulta pertinente exigir, como lo hace **COMCEL**, que la CRC realice, en el marco de la presente actuación, un nuevo ejercicio de determinación de mercados relevantes.

La literatura que se acaba de citar confirma que existe una relación directa entre la conformación de mercados clúster, los cuales se configuran cuando el producto de dicho mercado corresponde a un paquete o canasta de servicios que al adquirirse de manera conjunta forman un producto en sí mismo (empaquetamiento), y el apalancamiento estratégico de los agentes que prestan servicios en él para tratar de apalancar su participación en uno de los servicios con base en la participación que tengan en el otro. Es decir, el empaquetamiento es el instrumento mediante el cual se configura el producto de los mercados catalogados como "clúster" y es en dichos mercados en dónde se materializa la teoría de apalancamiento estratégico.

Considerado el mercado de "Servicios Móviles" como un mercado clúster pues en él se configura la complementariedad transaccional de dos servicios (voz y datos), es natural concluir que todos los proveedores que hubieran prestado en el pasado el servicio de voz móvil de manera individual,

<sup>1049</sup> CRC. Revisión de los mercados de servicios móviles. Documento Soporte. Noviembre de 2016. Disponible en <[https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/regulatoria/Documento\\_soporte.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/regulatoria/Documento_soporte.pdf)>

apalancan su posición en el mercado de "Servicios Móviles" a partir de su posición en el mercado de "Voz Saliente Móvil". No obstante, la falla de mercado se configura cuando es el operador con posición dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil" el que se apalanca en las ventajas competitivas que adquirió en este mercado para ganar participación en el mercado relevante de "Servicios Móviles", trasladando los problemas de competencia del mercado de voz al mercado clúster de "Servicios Móviles". En la sección 8.1.8, se explica cómo dicho apalancamiento se refleja en el comportamiento de **COMCEL**, tanto en indicadores y variables de mercado como en ventajas comparativas que tiene el operador en relación con sus competidores.

En línea con lo anterior, respecto de lo manifestado por **COMCEL** en relación con que el empaquetamiento es una práctica generalizada en el mercado y que el hecho que **COMCEL** la practique no implica que sea negativa, se debe señalar que la literatura económica (i.e. Nalebuff, 2004) reconoce que el empaquetamiento solamente se vuelve un problema potencial que amerita intervención si una empresa cuenta con poder significativo de mercado en uno de los mercados del producto empaquetado. En ese sentido, si una empresa no ostenta una posición de poder significativo en el mercado, el empaquetamiento que realice no generará problemas de competencia efectiva en el mercado, y por lo tanto no debería ser una preocupación para el regulador. En Colombia, **COMCEL** según las resoluciones CRT 2062 de 2009, 2152 de 2009, CRC 4002 y CRC 4050 de 2012, ha contado con posición dominante en el mercado "Voz Saliente Móvil", lo que de acuerdo con la literatura económica referenciada en la presente sección da sustento a la Comisión para determinar el apalancamiento estratégico como una falla de mercado cuando es **COMCEL** el que lo realiza.

Otro factor que influencia la probabilidad de apalancamiento con efectos nocivos es el grado de competencia que enfrenta la empresa que decide empaquetar. Incluso si la firma que empaqueta cuenta con poder significativo de mercado, puede ser poco probable que apalancue de manera exitosa su posición si (i) otra empresa tiene una posición fuerte en el mercado B; o (ii) el paquete ofrecido solo tiene un impacto limitado sobre el total del mercado B<sup>1050</sup>. Nuevamente, ninguna de estas situaciones se presenta en el mercado de "Servicios Móviles" ya que, por una parte, no se encuentra que algún operador móvil diferente a **COMCEL** tenga una posición fuerte en la prestación individual del servicio de Internet móvil y, de otro lado, los consumidores que compran el paquete de servicios móviles necesitan tanto del Internet móvil como de la voz móvil. Adicionalmente, de acuerdo con la información registrada por el mismo **COMCEL** en respuesta al Auto de pruebas del 19 de junio de 2020, este es el único proveedor móvil del país para el cual los usuarios de "Servicios Móviles", es decir, aquellos que adquirieron de manera conjunta voz y datos, representan el 96.9% del total de usuarios móviles, evidenciando la representatividad que tiene este tipo de usuarios en la base total de la empresa en cuestión.

En relación con los estudios realizados por la profesora Herrero y citados por **COMCEL**, se debe aclarar que para analizar los efectos potenciales del empaquetamiento sobre la competencia se deben tener en cuenta las relaciones por el lado de la demanda entre los productos empaquetados, es decir, la relación entre los mercados conexos. Si bien Herrero (2006) reivindica la crítica que en 1970 hizo la escuela de Chicago a la teoría del apalancamiento, en el sentido de que sólo hay una renta monopolística por ganar, por lo cual un monopolista en el mercado A no podría incrementar sus ganancias y de hecho podría reducirlas si intenta monopolizar el mercado conexo B mediante empaquetamiento o ventas atadas, debe anotarse que desde hace más de tres (3) décadas la teoría económica desvirtuó la tesis de la Escuela de Chicago, al demostrar que esta sólo funciona cuando en el mercado B existe competencia perfecta y no existen economías de escala en la producción, atado al hecho de que los incentivos para el apalancamiento estratégico son distintos cuando el mercado B tiene una estructura oligopólica debido a economías de escala<sup>1051</sup>.

<sup>1050</sup> Por ejemplo, si la empresa que empaqueta tiene una participación muy pequeña en el mercado B, o si hay un grado suficiente de demanda independiente por el producto B.

<sup>1051</sup> WHINSTON, M. Tying, Foreclosure, and Exclusion, 80 Am. Econ. Rev. 838 (1990); (Carlton & Waldman 2002; NALEBUFF, B. Bundling as an Entry Barrier, 119 Q. J. Econ. 159 (2004); KOBAYASHI, B. Does Economics Provide a Reliable Guide to Regulating Commodity Bundling by Firms? A Survey of the Economic Literature, 1 J. Competition L. and Econ. 707 (2005); The Economics of Loyalty Rebates and Antitrust Law in the United States, Competition Pol'y Int'l 115 (Autumn 2005); ELHAUGE, E. Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory. 123 Harv. L. Rev. 397 (2009); The Failed Resurrection of the Single Monopoly Profit Theory. Harvard Public Law Working Paper No. 10-16 (2010); ECONOMIDES, N. Tying, bundling, and loyalty/requirement rebates. Research Handbook on the Economics of Antitrust Law Edited by Einer R. Elhaug (2012); BAKER, J. Note on 'Single Monopoly Profit' Theory. American University - Washington College of Law (2014) y muchos más.

Adicionalmente, tal como se ha venido mencionando a lo largo de la presente sección y que fue corroborado incluso por la Perito Meléndez, únicamente si los productos son complementarios su empaquetamiento puede resultar en apalancamiento. Lo anterior en la medida en que exista una correlación positiva en las valoraciones de los productos, situación que fue demostrada desde la definición de mercado relevante de "Servicios Móviles" realizada con ocasión de la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, vigente y con plena fuerza ejecutoria. De hecho, en el documento soporte que acompañó la expedición de la mencionada resolución esta Comisión advirtió que:

*"(...) si existe complementariedad en comprar algunos productos de manera conjunta y economías de alcance en la producción, empaque, y distribución de los mismos, las empresas que venden solamente algunos de esos productos podrían no ser capaces de competir efectivamente con las empresas que venden esos productos simultáneamente. De esta manera, definir un mercado clúster basándose en la complementariedad transaccional en el consumo y economías de alcance en la producción, refleja en realidad que la competencia toma lugar efectivamente entre grupos de productos "atados" y no entre productos individuales.*

*En la práctica, para la definición del mercado de servicios móviles a nivel minorista, teniendo como producto focal el servicio de voz saliente móvil, se requiere una revisión de los siguientes temas:*

- i. Si servicios de telefonía fija y móvil pertenecen al mismo mercado relevante, i.e., si los servicios móviles son sustituibles por servicios fijos al nivel minorista;*
- ii. Si la mensajería de texto (SMS y MMS) hace parte del mismo mercado relevante;*
- iii. Si las modalidades de pago prepago y pospago constituyen diferentes mercados relevantes;*
- iv. Si el servicio de internet móvil por suscripción y demanda forma parte del mismo mercado. (...)"*

Una vez analizados cada uno de los elementos enunciados anteriormente, en dicho documento la CRC concluyó que, "el mercado relevante minorista de servicios móviles incluye el servicio de voz saliente móvil, la originación de mensajes cortos de texto (SMS) y de mensajes multimedia (MMS), y el servicio de Internet móvil tanto por suscripción como por demanda, esto debido a que son **complementos transaccionales** que hacen parte del clúster de servicios móviles".

En ese sentido, BEREC afirma que si los servicios son complementarios, "y existe un operador que ofrece dos servicios, A y B, y tiene poder de mercado en la provisión del servicio A, pero enfrenta competencia en la provisión del servicio B, el operador puede usar el empaquetamiento para ganar poder de mercado en el mercado por el servicio B, ya sea para proteger su posición en el mercado A, o ganar poder de mercado en el mercado competitivo de manera tal que en el futuro pueda monopolizar ese mercado. Cuando los servicios A y B son consumidos conjuntamente, el operador puede apalancar su posición de dominio ofreciendo paquetes puros de A y B u ofreciendo paquetes mixtos<sup>1052</sup> con descuentos significativos. Si los consumidores tienden a consumir los dos servicios juntos, y el operador ofrece paquetes de A y B a precios atractivos, es menos probable que los consumidores compren B de manera individual. Esto podría dar como resultado que el operador con posición de dominio excluya sus rivales del mercado por el servicio B, incluso cuando los otros operadores son más eficientes ofreciendo dicho servicio."<sup>1053</sup>

En este sentido, tal como lo expresa BEREC en su documento ofrecer un producto empaquetado tiene un efecto apalancador porque hay un gran número de consumidores en el mercado B interesados en comprar los productos de manera conjunta. En ese sentido, la correlación en las valoraciones por complementos es positiva. Entre más positiva la correlación, más fuerte dicho efecto apalancador.

Teniendo en cuenta que el servicio de voz móvil es el más antiguo de los servicios ofrecidos en el mercado móvil, los operadores del servicio de voz integran a su canasta el servicio de datos mediante el empaquetamiento de servicios, lo cual contribuye al objetivo de los proveedores de posicionarse en el nuevo mercado relevante ("Servicios Móviles") apalancándose en el servicio de voz, lo que, tal como se ha venido exponiendo a lo largo de esta sección, se convierte en una

<sup>1052</sup> En términos de BEREC el empaquetamiento puro existe cuando los consumidores pueden comprar únicamente el paquete completo y no los servicios de manera separada. En tanto que empaquetamiento mixto existe cuando se ofrece a los consumidores la compra del paquete entero (usualmente con un descuento) o comprar separadamente los componentes del paquete.

<sup>1053</sup> BEREC. (2010, December). BEREC report on impact of bundled offers in retail and wholesale market definition. Retrieved February 02, 2017, Disponible en <[http://berec.europa.eu/doc/berec/bor\\_10\\_64.pdf](http://berec.europa.eu/doc/berec/bor_10_64.pdf)>

fuerza de preocupación cuando es el operador dominante en el mercado de voz móvil el que realiza dicho apalancamiento estratégico.

De lo anterior se extrae entonces que el apalancamiento es una estrategia usada por los proveedores que ofrecen ambos servicios. No obstante, dicha práctica tiene una connotación diferente cuando la realiza el agente con posición dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil", caso en el cual el apalancamiento constituye una falla de mercado precisamente por las condiciones de competencia que fueron transferidas por dicho proveedor utilizando como vehículo el empaquetamiento. En otras palabras, el impacto en el mercado B con ocasión del apalancamiento estratégico no es el mismo si lo realizan agentes de menor escala que si lo realiza el agente de mayor tamaño relativo y absoluto, pues precisamente por su posición en el mercado A, el apalancamiento que realiza en el mercado B tiene unos efectos de considerable magnitud que impiden la competencia efectiva en éste, de la misma manera que impedían la competencia efectiva en el mercado A.

Es preciso recordar a **COMCEL** que un primer paso en la evaluación de los efectos nocivos del empaquetamiento es analizar el grado de poder de mercado en la provisión del servicio A, que en este caso corresponde a "Voz Saliente Móvil", en donde desde el año 2009 se observan problemas de competencia, por lo que esta dicha condición se cumple a cabalidad en el mercado colombiano.

Ahora bien, en cuanto al argumento de **COMCEL** según el cual no se puede dar por cierta la hipótesis de que existe una transferencia automática de posición dominante de un mercado a otro, ya que ni siquiera la literatura citada por la CRC es concluyente, cabe recordarle a dicho proveedor que ha sido bien establecido en la literatura que para que surja el apalancamiento estratégico como falla de mercado, la empresa en cuestión debe al menos tener algún grado de poder de mercado en uno de los productos incluidos en el producto empaquetado que conforma el nuevo mercado relevante, tal es el caso de **COMCEL** que ostenta posición dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil" uno de los mercados que junto con el de Internet móvil conforman el mercado relevante de "Servicios Móviles".

De otro modo, **COMCEL** también argumenta que es poco probable que el empaquetamiento tenga un efecto significativo sobre los competidores o sobre los consumidores y, por lo tanto, es probable que prevalezcan los efectos positivos del empaquetamiento. En el caso de **COMCEL**, es evidente la ventaja competitiva que este operador ejerce en el mercado lo que hace que claramente prevalezcan los efectos nocivos del empaquetamiento con las consecuencias negativas sobre la competencia efectiva del mercado y por ende sobre el bienestar de los consumidores.

Frente al comentario de **COMCEL** relacionado con el uso de participaciones de mercado para evaluar el poder de mercado, se reitera que, si bien las participaciones de mercado son una de las variables tenidas en cuenta a la hora de realizar un análisis de evaluación de poder de mercado tal como se explicó en la sección 8.1.2, no es la única, ni la **CRC** ha sostenido ni sostiene que sea la única. En todo caso, es preciso recordarle a **COMCEL** que numerosos entes reguladores y organismos internacionales a nivel mundial (FTC, OFCOM, CNMC, OECD, FCC, y la Comunidad Europea) respaldan el uso de participaciones de mercado como parte de los análisis de competencia, lo cual no limita el uso de indicadores adicionales y análisis multivariados que permitan evaluar las condiciones de competencia de los mercados móviles. Es permitiente también señalar que las participaciones de mercado evaluadas en la presente Resolución permitieron concluir que en las tres dimensiones (usuarios, tráfico e ingresos) **COMCEL** no solo es el de mayor participación en el mercado de "Servicios Móviles", sino que además estas se han mantenido y en algunos casos se han incrementado con el pasar del tiempo, llevando a que la distancia entre **COMCEL** y su inmediato perseguidor sea más del doble.

Cabe enfatizarle a **COMCEL** que ni las participaciones, ni la concentración de mercado constituyen evidencia suficiente para la identificación de fallas en el mercado, pero sí se constituyen en indicios fundamentales en el análisis de estas. De hecho, en ningún momento se hace referencia al hecho que la alta participación de mercado de dicho proveedor sea la fuente de alteración de la competencia en el mercado. Es claro, por lo tanto, que, contrario a lo que manifiesta **COMCEL**, la alta participación de mercado no constituye *per se* evidencia de posición de dominio, por lo que la presente actuación administrativa se fundamenta en virtud de un análisis de competencia integrado por varios criterios que la economía y el derecho de la competencia

han aceptado como válidos para determinar la existencia de posición dominante, como lo son el tamaño relativo, el tamaño absoluto, las barreras de entrada y el análisis prospectivo del mercado y su nivel de competencia potencial, todos estos tratados a profundidad en la presente actuación administrativa.

Finalmente, **COMCEL** aduce que el tratamiento del empaquetamiento como posible fuente de abuso de posición dominante ha sido controversial, e incluso no existe una misma doctrina en todo el mundo. Afirma además que en el caso no se cumplen los elementos que la doctrina de la SIC ha determinado para poder ejercer posición de dominio en un mercado conexo. Frente a lo anterior, debe decirse que la posición dominante en un mercado susceptible de regulación ex ante es, desde la perspectiva regulatoria, una falla de mercado en sí misma, tanto por el poder de mercado asociado a ella, como porque no existe competencia efectiva allí donde un solo jugador -o varios conjuntamente- tienen la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado, razón por la cual su constatación por parte del regulador amerita su intervención para corregirla o mitigarla, en ejercicio de las funciones previstas en los artículos 19<sup>1054</sup>, 22<sup>1055</sup>, 23 y 50 de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019.

Por su parte, el abuso de la posición dominante es una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por la Ley, que amerita la imposición, por parte de la autoridad competente -Superintendencia de Industria y Comercio- de las sanciones previstas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009). Así las cosas, el hecho de que la doctrina a nivel comparado no sea uniforme en cuanto al tratamiento del empaquetamiento como evidencia de abuso de posición dominante, en nada afecta la identificación de una falla de mercado, como lo es el apalancamiento estratégico, vía empaquetamiento, desde una perspectiva *ex ante*.

Que el régimen legal de protección de la competencia prohíba y sancione el abuso de la posición dominante -y no la posición dominante en sí misma- no significa de manera alguna que ésta no sea una falla de mercado o problema de competencia que, como cualquier otro, comporta la intervención del regulador a través de medidas proporcionales y razonables adoptadas, no en ejercicio de funciones sancionatorias, sino de competencias regulatorias que constituyen, como lo ha señalado tantas veces la jurisprudencia, una modalidad de intervención del Estado en la economía en virtud del artículo 334 de la Constitución Política. De ahí que el apalancamiento que realiza **COMCEL** para, vía empaquetamiento, transferir su dominancia del mercado de "Voz Saliente Móvil" al mercado de "Servicios Móviles", no requiere, como falla de mercado que es, que se cumplan las condiciones para que dicha conducta, evaluada por una autoridad de competencia como la SIC, sea considerada como abuso de posición dominante, aspecto este que, por demás, no sólo escapa al ámbito de la presente actuación, sino que no es competencia de la **CRC**.

### **8.1.7.3. Conclusión sobre el apalancamiento como falla de mercado**

De acuerdo con los análisis adelantados en las secciones 8.1.7.1 y 8.1.7.2, se puede apreciar que las características del mercado, de los servicios y de **COMCEL** evidencian una distorsión de la competencia a partir del traslado del entorno competitivo del mercado de "Voz Saliente Móvil" al mercado de "Servicios Móviles", con ocasión del empaquetamiento de servicios, que le ha permitido al operador replicar su participación de mercado en voz móvil al mercado de "Servicios Móviles".

Los análisis demuestran que existe una relación directa entre la conformación de mercados clúster, como es el caso del mercado relevante de "Servicios Móviles" y el apalancamiento estratégico de los agentes que prestan servicios en él para tratar de apalancar su participación en uno de los servicios con base en la participación que tengan en el otro. En ese sentido, es natural que todos los proveedores de los servicios de voz y datos que hubieran prestado en el pasado el servicio de voz móvil de manera individual, apalancen su posición en el mercado de "Servicios Móviles" a partir de su posición en el mercado de "Voz Saliente Móvil". Esto en la medida que el nuevo mercado se compone de dos mercados que ya existían con la oferta de los servicios individuales pero que se unen en su complementariedad transaccional para crear un mercado en sí mismo.

<sup>1054</sup> Modificado mediante el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019.

<sup>1055</sup> Modificado mediante el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019.

En ese sentido, el mercado de "Servicios Móviles" tiene como característica natural el empaquetamiento, pues es gracias a esta herramienta que la voz y los datos al adquirirse de manera conjunta crean el producto del mercado precitado. Lo anterior toma aún más relevancia cuando el disfrute de estos dos servicios se da a través del mismo equipo terminal móvil. Cabe recordar que, tal como se mencionó en la sección 8.1.7.1, los beneficios económicos que trae el empaquetamiento no se desdibujan con la existencia en el mercado de equipos terminales móviles (multi SIM) más si se tiene en cuenta que los mismos fabricantes y comercializadores no consideran que este tipo de teléfonos ofrezcan una funcionalidad valorada por el mercado pues de ser así se reflejaría en el precio y adicionalmente no es clara la usabilidad que los usuarios le dan a este tipo de terminal.

No obstante, a pesar de que todos los proveedores móviles empaquetan los servicios de voz y datos móviles y que todos se apalancan en el servicio de voz para ganar participación en el mercado relevante de "Servicios Móviles", el hecho de que el apalancamiento lo haya efectuado el proveedor con posición dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil" tiene consecuencias distintas que si lo realizan sus competidores. Lo anterior toda vez que, tal como lo explica la amplia revisión teoría expuesta en la presente sección, la falla de mercado se configura cuando en uno de los mercados que componen el nuevo mercado existe posición dominante, pues apalancado en dicha posición, el operador que la ostenta, en este caso **COMCEL**, gana participación en el nuevo mercado, es decir, en el mercado relevante de "Servicios Móviles", y a su vez traslada los problemas de competencia del mercado relevante en donde es dominante, mercado de "Voz Saliente Móvil", al mercado en donde busca posicionarse, que en el caso bajo estudio corresponde al mercado de "Servicios Móviles".

Así las cosas, a partir lo expuesto, es posible concluir que una de las razones o mecanismos utilizados por **COMCEL** para alcanzar la posición dominante que ostenta en el mercado de "Servicios Móviles", según se evidenció a través de los análisis desarrollados en las secciones 8.1.2, 8.1.3, 8.1.4 y 8.1.5 y se concluyó en la sección 8.1.6, es el apalancamiento estratégico materializado a través del empaquetamiento de los servicios de voz e Internet móvil, dado que esta práctica, junto con la posición dominante que tiene desde el año 2009 en el mercado de "Voz Saliente móvil", le permitió utilizar las ventajas competitivas producto de su dominancia en el mercado de voz para fortalecer su posición en el mercado de "Servicios Móviles", lo que constituye una falla de mercado que demanda la atención del regulador. Vale la pena mencionar que en la sección 8.1.8. se expondrán las evidencias de cómo el apalancamiento fue usado por **COMCEL** como estrategia para alcanzar la posición de mercado que tiene en "Servicios Móviles".

#### **8.1.8. Conducta de la firma**

En esta sección se analiza la incidencia del comportamiento de **COMCEL** en las decisiones de los usuarios, las cuales pueden tener efectos sobre la competencia en el mercado de "Servicios Móviles". Este análisis se realiza sobre dos principales aspectos: la contestabilidad de las ofertas comerciales y los elementos que configuran la elección del usuario. Si bien, a partir de este ejercicio no se pretende determinar o evidenciar algún tipo de abuso de posición dominante por parte de **COMCEL**, sí se busca identificar las estrategias utilizadas por este proveedor, las cuales lo llevaron no solo alcanzar la posición que hoy ostenta en el mercado relevante de "Servicios Móviles" sino a profundizarla con el pasar del tiempo.

##### **8.1.8.1. Análisis de la contestabilidad de las ofertas comerciales**

**COMCEL** presenta una tabla<sup>1056</sup> en la que compara las ofertas en la modalidad pospago de todos los operadores móviles, incluyendo fechas e hitos que fueron relevantes a la hora de lanzar algunas ofertas al mercado. Ello, con el ánimo de aportar elementos que permitan evidenciar la supuesta contestabilidad de las ofertas por parte de los operadores en el mercado móvil colombiano.

En la mencionada tabla se encuentran hitos como el lanzamiento de planes *bundle* (entre agosto y septiembre de 2013), lanzamiento de servicios 4G (entre diciembre de 2013 y febrero de 2014), lanzamiento por parte de TIGO de planes ilimitados en voz y sin consumo de datos en ciertas aplicaciones (abril de 2015), y lanzamiento de planes que aumentan capacidad de navegación en Internet, entre otros.

<sup>1056</sup> Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpeta 1. Folio 112.

De dicha información **COMCEL** concluye que los mercados de servicios móviles son altamente dinámicos, que en ellos existe contestabilidad de las ofertas comerciales, y que *"COMCEL ha sido un competidor que ha contestado las ofertas que han lanzado los otros operadores y en algunos casos COMCEL no ha podido responder a ofertas de la competencia, por razones regulatorias que impiden dichos ofrecimientos (minutos on-net ilimitados)"* (subrayas en el original).

Adicionalmente, la Perito Marcela Meléndez concluye que **COMCEL** no es quien inicia la reducción de precios de los servicios de datos móviles. Por el contrario, afirma que *"parece un seguidor de la tendencia iniciada por sus competidores. En el segmento de usuarios con suscripción sale a encontrar a TIGO y a MOVISTAR. En el segmento sin suscripción, su precio tiene la misma tendencia decreciente, pero se detiene en un nivel más alto"*<sup>1057</sup>.

En relación con lo anterior, la Perito advierte que la capacidad de **COMCEL** de cobrar un precio más alto responde a la ausencia de competidores en los mercados más pequeños y menos rentables, por lo mismo, a los que la competencia no llega.

Posteriormente, **COMCEL** remite a la CRC el documento denominado "Análisis Contestabilidad Ofertas", con radicado 2018303099, en el que realiza un ejercicio de las principales ofertas comerciales, con corte a septiembre de 2018, en el cual evidenció que el mercado móvil en Colombia es altamente dinámico, con contestabilidad de ofertas, donde **COMCEL** usualmente es un seguidor frente a las estrategias comerciales de sus principales competidores, para lo cual presenta hitos de lanzamientos de planes pospago y planes ilimitados. De lo anterior, COMCEL concluye que ha sido un competidor respetuoso de la normatividad, que ha contestado las ofertas que han lanzado los otros operadores e incluso en algunos casos no lo ha podido hacer.

De igual manera, el día 12 de febrero del año 2019, **COMCEL** a través del Radicado 2019300359 le solicita a la CRC designar un experto en el mercado nacional colombiano para que evalúe la evolución de las ofertas comerciales y el actual nivel de contestabilidad de ofertas en el mercado de Servicios Móviles. A esta solicitud, la Comisión le dio respuesta en el Auto del 12 de marzo de 2020. No obstante, vale la pena mencionar que, en el referenciado oficio remitido por **COMCEL**, este hace un resumen de lo expuesto en los radicados 201730976 y 2018303099, adicionando los casos de los operadores Avantel y TIGO en los que intervino la Superintendencia de Industria y Comercio. Finalmente, mediante el radicado 2020806819 del 19 de junio de 2020, **COMCEL** remitió un resumen de las ofertas comerciales de los operadores móviles en Colombia que ya había allegado en los Radicados 201730976, 2018303099 y 2019300359, incorporando como nuevo hecho las ofertas comerciales del proveedor Colombia Telecomunicaciones-MOVISTAR. Cabe mencionar que dicha información, fue decretada como prueba documental al ser considerada como pertinente y útil para el objeto de la presente Actuación, a través del Auto de pruebas del 17 de julio de 2020.

En tal virtud, en todos los oficios anteriormente reseñados **COMCEL** concluye que, tanto en voz como en datos móviles, es usualmente un seguidor que contesta las ofertas comerciales de sus principales competidores, por lo que el hecho de que exista contestabilidad de ofertas comercialmente "agresivas" demuestra la existencia de un mercado de "Servicios Móviles" dinámico, altamente competido, donde los competidores de **COMCEL** son quienes lideran las ofertas.

A partir de lo anterior, afirma **COMCEL** que no podría la CRC considerar que existe una falla de mercado, requisito indispensable y que debe ser demostrado por la autoridad según la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, para declarar la posición de dominio de un determinado concurrente al mercado. Tampoco podría la CRC con base en esta evidencia considerar que **COMCEL** está aplicando una determinada práctica comercial, como de hecho así lo hace en la Resolución CRC 5110 de 2017, en donde acusa a **COMCEL** de adelantar prácticas comerciales de estrechamiento de márgenes y empaquetamiento de servicios, con el único objetivo de limitar la capacidad competitiva de los demás actores del mercado, cuando son en realidad ellos (los competidores de **COMCEL**) quienes libremente han introducido las nuevas ofertas al mercado incluso antes de **COMCEL** tal como queda demostrado.

Adicionalmente, en el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que COMCEL denominó "Alegatos de conclusión", el proveedor reitera que la

<sup>1057</sup> Este mismo argumento es expuesto en la comunicación que COMCEL denominó Alegatos de Conclusión y que se encuentra en los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020.



pruebas que se refieren a contestabilidad de ofertas demuestran la existencia de un mercado de servicios móviles dinámico, altamente competido, donde los competidores de COMCEL son quienes lideran actualmente las ofertas y como consecuencia de sus acciones e iniciativa se han reducido los precios drásticamente. En el mismo escrito señala que las cifras históricas de usuarios portados revelan una dinámica de portabilidad creciente en el mercado de telefonía móvil en Colombia pasando de 140.905 usuarios portados en 2011 a 10.116.784 en 2016, es decir, un incremento de 7.079, 86%, reflejando así las posibilidades que tienen los usuarios de elegir libremente su operador.

**Consideraciones de la CRC:**

**COMCEL** señala en su escrito que no es el líder del mercado porque con frecuencia actúa en respuesta de su competencia. En este sentido, **COMCEL** asocia el concepto "líder del mercado" con "ser el primero en jugar", que a su vez está asociado al concepto económico "ventajas de primer jugador". Este concepto se refiere a la ventaja competitiva que obtiene el agente que primero ocupa un segmento de mercado (i.e. entrada temprana a un mercado), que puede ocurrir por liderazgo tecnológico, compra temprana de insumos o estrategias de mercadeo innovadoras. Como el nombre sugiere, la teoría de ventajas de primer jugador sostiene que una empresa que es la primera en entrar en un mercado, particularmente en industrias que están sujetas a efectos de red, tendrán ventajas tales que las barreras de entrada para los nuevos agentes serán muy altas, y tal vez insuperables.

En general, estas ventajas se generan gracias a que por el ser el primer proveedor o al menos de los primeros en ofrecer el servicio, su entrada temprana al mercado les permite atender la masa inicial de usuarios obteniendo de esta manera una participación considerable del mercado. Adicionalmente, con mayor tiempo en el mercado no solo adquieren más experiencia y conocimiento en la oferta del servicio, sino que además tienen la posibilidad de ir alcanzando e incluso incrementando economías de escala y alcance, así como también amortización de costos tanto en la infraestructura de red requerida para prestar los servicios como en aquella para comercializarlos. por la consecución temprana de usuarios al ser el primer proveedor o al menos de los primeros, lo cual permite a la empresa capturar buena parte de la participación de mercado al ser conseguir una alta participación de mercado de manera temprana<sup>1058</sup>.

En los mercados de telecomunicaciones móviles existe amplia literatura que muestra las ventajas competitivas de la entrada temprana al mercado. Tal y como se reseña en las Secciones 8.1.3 y 8.1.4 del presente acto administrativo, autores tales como, Bijwaard, Janssen y Maasland (2008), Muck y Heimeshoff (2012), Jakopin y Klein (2012) y Fernandez (2017), encuentran evidencia relacionada con ventajas de primer jugador en relación con las participaciones de mercado de los operadores que se establecieron con más antigüedad, mientras que Jakopin y Klein (2012), Asimakopoulou y Whalley (2017), encuentran ventajas competitivas de los primeros en jugar asociadas a un mejor desempeño –participación de mercado, rendimientos, etc-.

Sin embargo, aunque mucha de esta literatura explora las justificaciones teóricas y empíricas de la ventaja del primer jugador, ha existido también extenso debate sobre si es realmente ventajoso ser el primero. En el mercado móvil es claro que existen ventajas de primer jugador asociadas a la entrada al mercado por parte de un operador en términos de participaciones de mercado de largo plazo, rendimientos, etc. No obstante, en el juego dinámico de lanzamiento de ofertas se presenta un juego repetido, en el que es pertinente evaluar si existen ventajas de primer jugador al momento de rentabilizar la oferta comercial.

Sobre el particular, Markides y Geroski (2005)<sup>1059</sup> señalan que pocas empresas que innovan en ofertas comerciales han sido capaces de cosechar los beneficios de sus innovaciones. De manera frecuente, las empresas cuyas innovaciones "colonizan" un nuevo nicho de mercado no son las que "consolidan" sus innovaciones transformando un nicho en un producto de masa. Esto sugiere que existen desventajas de ser primer jugador que permiten que los segundos jugadores saquen mayor provecho en la industria, en la medida que el producto continúa evolucionando a lo largo del tiempo.

<sup>1058</sup> Eggers, J.P., Grajek, M., Kretschmer, T., 2011. Decomposing first mover advantages in the mobile telecommunications industry. In: DRUID Working Paper 11-09, <<http://www3.druid.dk>>

<sup>1059</sup> MARKIDES, C., y GEROSKI, P. Fast Second: How Smart Companies Bypass Radical Innovation to Enter and Dominate New Markets. San Francisco, CA: Jossey-Bass. 2005.

Tradicionalmente, las ventajas del segundo jugador son analizadas desde la perspectiva de condiciones de apropiabilidad o de activos complementarios. Según Teece (1986)<sup>1060</sup>, los seguidores tienen mayor probabilidad de dominar el mercado si ellos pueden fácilmente imitar la innovación original o si ellos tienen activos complementarios que pueden apalancar (tales como mercadeo, producción, o fuerza de ventas). En tales casos, las firmas que primero sacan sus ofertas comerciales han incurrido en mayores costos de investigación y desarrollo, mientras que el segundo jugador puede cosechar la mayoría de los retornos.

Alternativamente, aunque no exclusiva, la ventaja del segundo jugador se puede explicar si se tiene en cuenta la evolución de la oferta comercial en sí misma. De hecho, muchas ofertas continúan evolucionando después de su introducción inicial al mercado. En la medida que muchas ofertas comerciales empiezan como ofertas de nicho dirigidas a usuarios particulares, la progresiva difusión de la oferta lleva a que se mejore y adapte a las necesidades del mercado hasta que es adoptada por un grupo amplio de consumidores (Christensen, 1997<sup>1061</sup>; Clark, 1985<sup>1062</sup>). La firma que primero lanza sus ofertas comerciales puede establecer un liderazgo en el mercado nicho en cuestión. Sin embargo, esta ventaja puede únicamente extenderse al mercado masivo cuando la firma es capaz de adaptar su oferta comercial de una oferta nicho dirigida a usuarios especializados a un diseño dominante que atraiga consumidores en masa (Lieberman, 2013<sup>1063</sup>).

Tradicionalmente se considera que el liderazgo es un determinante clave de la ventaja del primer jugador en industrias nuevas (Lieberman y Montgomery, 1988<sup>1064</sup>, 1998<sup>1065</sup>). Las primeras empresas en innovar en un mercado son capaces de desarrollar liderazgo en costos al ser las primeras en superar la curva de aprendizaje. Aunque algunas de las economías que se producen del aprendizaje pueden extenderse a los seguidores, se espera que tales externalidades de conocimiento sean limitadas debido al conocimiento tácito que reside en las habilidades y rutinas organizacionales (Nelson y Winter, 1982<sup>1066</sup>). Los primeros en jugar también pueden proteger la tecnología de sus productos – por ejemplo, a través de patentes – generando barreras para que otras empresas puedan entrar. Finalmente, los pioneros también pueden beneficiarse de economías de escala en investigación y desarrollo. En la medida en que el tamaño del pionero tiende a exceder el tamaño de los últimos en entrar al mercado, los pioneros pueden distribuir los costos hundidos en investigación y desarrollo a lo largo de un mayor número de productos de lo que lo hacen los siguientes en entrar (Klepper, 1996<sup>1067</sup>).

Explicaciones tecnológicas de la ventaja competitiva de los primeros en jugar están construidas sobre el supuesto implícito que la estructura de demanda no cambia fundamentalmente a lo largo del tiempo. Realmente, sin ningún cambio en la demanda, la inercia de los consumidores refuerza las ventajas del pionero (Lieberman y Montgomery, 1988<sup>1068</sup>, 1998<sup>1069</sup>). Sin embargo, durante la fase inicial de la evolución del producto en mercados dinámicos, las necesidades del usuario están en constante cambio y coevolucionan con la actividad innovadora (Abernathy y Clark, 1985<sup>1070</sup>; Von Hippel, 1988<sup>1071</sup>). Los sociólogos se refieren a este proceso como domesticación, el cual se

<sup>1060</sup> TEECE, DJ. Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaboration, licensing and public policy. *Research Policy* 15(6). 1986. pp. 285–305.

<sup>1061</sup> CHRISTENSEN, CM. *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*. Harvard Business School Press. 1997.

<sup>1062</sup> CLARK, KB. The interaction of design hierarchies and market concepts in technological evolution. *Research Policy* 14(5). 1985. pp. 235–251.

<sup>1063</sup> LIEBERMAN, M. First-mover advantage. *Palgrave Encyclopedia of Strategic Management*. 2013. Disponible en <<http://www.palgraveconnect.com/esm/doi/10.1057/9781137294678.0232>>

<sup>1064</sup> Lieberman MB & Montgomery DB (1988) First-mover advantages. *Strategic Management Journal*. pp. 41–58. Disponible en <<https://www.jstor.org/stable/2486211?seq=1>>

<sup>1065</sup> Lieberman MB & Montgomery DB (1998) First-mover (dis)advantages: Retrospective and link with the resource-based view. *Strategic Management Journal* 19: pp. 1111–1125. Disponible en <<http://marvinlieberman.com/wp-content/uploads/2016/08/fma2-smh1998.pdf>>

<sup>1066</sup> NELSON RR & WINTER SG (1982) *An Evolutionary Theory of Economic Change*. Cambridge, MA: The Belknap Press.

<sup>1067</sup> KLEPPER S (1996) Entry, exit, growth, and innovation over the product cycle. *American Economic Review* 86(3): pp. 562–583.

<sup>1068</sup> LIEBERMAN, M. y MONTGOMERY, D. First-Mover Advantages. *Strategic Management Journal*. Vol. 9, Special Issue: Strategy Content Research (1988). pp. 41-58. Disponible en <<https://www.jstor.org/stable/2486211?seq=1>>

<sup>1069</sup> LIEBERMAN, M. y MONTGOMERY, D. First-Mover (Dis) Advantages: Retrospective and link with resource-based view. *Strategic Management Journal*. Vol. 19, (1998). pp. 1111-1125. Disponible en <<http://marvinlieberman.com/wp-content/uploads/2016/08/fma2-smh1998.pdf>>

<sup>1070</sup> ABERNATHY, W. y CLARK, K. Innovation: Mapping the winds of creative destruction. *Research Policy*. Vol 14. 1985. pp. 3-22. Disponible en <[https://econpapers.repec.org/article/eeerespol/v\\_3a14\\_3ay\\_3a1985\\_3ai\\_3a1\\_3ap\\_3a3-22.htm](https://econpapers.repec.org/article/eeerespol/v_3a14_3ay_3a1985_3ai_3a1_3ap_3a3-22.htm)>

<sup>1071</sup> VON HIPPEL. E. *The Sources of Innovation*. Oxford: Oxford University Press. 1988.

refiere al modo en que los usuarios incorporan una nueva tecnología dentro de sus prácticas (Lie y Sorensen, 1996<sup>1072</sup>; Silverstone y Hirsch, 1992<sup>1073</sup>). Durante el proceso de domesticación, los productos no necesariamente mantienen las funciones inicialmente buscadas ya que nuevos modos de uso son descubiertos a lo largo del tiempo, en ocasiones considerablemente diferentes de las intenciones originales del diseñador.

Debido a la incertidumbre con respecto a las necesidades del usuario en una industria dinámica, las firmas no pueden anticipar completamente cómo sus ofertas comerciales serán recibidas por los usuarios. Una vez el pionero ha creado un nicho para su oferta, la demanda se vuelve más articulada y el conocimiento del usuario empieza a crecer. Solo entonces, las ofertas para la masa de consumidores pueden ser contempladas, y los recursos para desarrollar tales ofertas masivas serán considerados legítimos. De manera frecuente en este proceso, una oferta dominante surge atendiendo las necesidades del mercado masivo a un precio relativamente bajo (Abernathy y Utterback, 1978<sup>1074</sup>).

Tal como lo señala Hoppe (2000)<sup>1075</sup>, cuando existe incertidumbre sobre la rentabilidad de la innovación (en este caso las ofertas comerciales), se da la posibilidad de que existan ventajas para la empresa que se comporta como seguidor en el mercado. Una vez un operador lanza una nueva oferta comercial y por lo tanto revela su verdadero valor, las empresas rivales pueden revisar su decisión de adopción basándose en el conocimiento sobre si la oferta comercial será rentable o no.

Rasmusen y Yong (2008)<sup>1076</sup> señalan que la incertidumbre también genera ventajas para el segundo en mover. Existen dos dimensiones de la incertidumbre: cuando se soluciona y si la información es asimétrica. Cuando la información es simétrica, existe una ventaja para el segundo en mover si las elecciones del primero provocan que se resuelva la incertidumbre – por ejemplo, a través de la observación de precios. Si, del otro lado, la información es asimétrica, el operador menos informado querrá demorar la entrada de sus planes hasta que el operador más informado los introduzca y así poder aprender de este.

De igual forma, Gal-Or (1987)<sup>1077</sup> muestra que un operador con información superior de la demanda puede de manera ex ante preferir actuar de manera simultánea en vez de actuar primero, esto por cuanto si la demanda es fuerte, el operador revelará esto a su rival con sus elecciones. Norman (1997, 2002) también examina qué sucede cuando un duopolista está mejor informado cuando toma sus decisiones de producción, encontrando que una estrategia de seguidor es mucho eficiente que aquella centrada en ser el pionero.

Por lo tanto, los seguidores que pueden de manera rápida adoptar una oferta con alto impacto pueden beneficiarse de la estandarización sin tener que incurrir en los costos de experimentación que enfrentan los pioneros. Dowell y Swaminathan (2006)<sup>1078</sup>, Lieberman (2013) y Suarez et al., (2015)<sup>1079</sup> señalan que es menos probable que las firmas que hacen las veces de primer jugador hagan la conversión del producto que se constituye en el diseño dominante en la industria. Los autores señalan que cuando la entrada ocurre antes de que se decante el "diseño dominante" de un producto, las firmas enfrentan restricciones posteriores en su habilidad de adaptarse a la evolución de la industria. En términos económicos, los seguidores se benefician de las externalidades positivas generadas por los primeros en jugar, ya que ellos adoptan libremente los esfuerzos innovadores de los pioneros.

<sup>1072</sup> LIE, M., y SORENSEN, KH. Making Technology Our Own? Domesticating Technology into Everyday Life. Oslo: Scandinavian University Press. 1996.

<sup>1073</sup> SILVERSTONE, R., y HIRSCH, E. Consuming Technologies: Media and Information in Domestic Spaces. London; New York: Routledge. 1992

<sup>1074</sup> ABERNATHY Abernathy WJ & Utterback JM (1978) Patterns of innovation in industry. Technology Review 80(7): 40–47.

<sup>1075</sup> HOPPE, Heidrun. "Second mover advantages in the strategic adoption of new technology under uncertainty" International Journal of Industrial Organization 18(2). 2000, pp. 315-322

<sup>1076</sup> RASMUSEN, E., y YOON. Y. "First versus Second Mover Advantage with Informations Asymmetry about the Size of New Markets". 2008.

<sup>1077</sup> GAL-OR, Esther. "First Mover Disadvantages with Private Information," Review of Economic Studies, 54(2). 1987, pp. 279-292.

<sup>1078</sup> DOWEEL, G., y SWAMINATHAN, A. Entry timing, exploration, and firm survival in the early US bicycle industry. Strategic Management Journal 27(12). 2006, pp. 1159–1182.

<sup>1079</sup> SUAREZ FF., GRODAL, S., y GOTSPOULOS, A. Perfect timing? Dominant category, dominant design, and the window of opportunity for firm entry. Strategic Management Journal 36(3). 2015, pp. 437–448.

Desde un punto de vista gerencial, el desafío es entender cómo cambian las necesidades del usuario. Por lo general, los pioneros inicialmente dirigen sus ofertas comerciales a usuarios especializados. Una desventaja potencial para tales jugadores reside en la dificultad de estimar las necesidades de un mercado en masa y reorientar sus esfuerzos comerciales de forma consecuente. Christensen (1997<sup>1080</sup>, 2003<sup>1081</sup>) analiza diferentes industrias en las cuales los pioneros innovan de manera miope enfocándose en usuarios existentes, más que enfocarse en desarrollar nuevos productos que sean atractivos a un grupo amplio de usuarios.

Como se discutió previamente, un pionero puede beneficiarse de ser el primero en empezar a ganar conocimiento sobre un mercado y así tener una menor curva de aprendizaje. Si una empresa ha desarrollado un producto o un nuevo proceso tecnológico y puede proteger esas innovaciones con patentes, los segundos jugadores pueden encontrar difícil empatar y competir. Sin embargo, en la ausencia de protección de patentes o barreras a la difusión del conocimiento, las posibles ventajas del pionero se trasladarán al segundo en jugar. El conocimiento se puede filtrar entre empresas por medio de una fuerza laboral altamente móvil o a través de prácticas generales de transparencia para la industria. Si las empresas no toman precauciones específicas para conservar la información, los seguidores pueden utilizar libremente las tecnologías, procesos o prácticas comerciales desarrolladas por las empresas pioneras, ya que la imitación es por lo general más fácil y más barata que la innovación. En general, el seguidor puede beneficiarse de una aproximación "esperar-y-aprender" y dejar que el pionero explore primero el mercado.

Que el segundo jugador pueda utilizar libremente las innovaciones del primero está cercanamente relacionado a que se resuelva la incertidumbre del mercado, ya que este último ocupa algunas veces la posición infortunada de conejillo de indias. No solamente un segundo jugador puede utilizar libremente el conocimiento desarrollado por el pionero, sino que también puede aprender de errores y fallos. Esto puede ser una ventaja para los segundos si los errores y fallos del primero hacen que esta empresa se vuelva inviable. La incertidumbre de un nuevo mercado puede aplicar tanto a productos tecnológicos como a productos donde las preferencias del consumidor no están totalmente formadas. Cuando un producto o servicio es nuevo, las preferencias por atributos están "débilmente formadas". Los productores y los usuarios por igual no están todavía totalmente seguros cómo el nuevo producto o servicio será usado y qué atributos serán los más útiles. Aunque un pionero tiene la oportunidad de moldear estas preferencias débiles del consumidor, si no lo consigue, el segundo jugador tendrá una mejor imagen de lo que los consumidores quieren y así estará en mejor posición de ofrecer productos que se ajusten a sus necesidades.

En mercados dinámicos, los que juegan de segundos también gastarán menos recursos que el pionero en educar a los consumidores en cómo y por qué usar el nuevo producto o servicio. En la medida que el mercado crece, también lo hacen las necesidades del consumidor y las demandas sobre el producto o el servicio pueden ir cambiando de igual forma. De esta manera pueden satisfacer esas necesidades cambiantes ofreciendo un producto superior, particularmente si el conocimiento ganado en el mercado le permite mejorar el producto en la medida en la que sea capaz de observar de mejor manera cualquier cambio en las preferencias del consumidor y alterar su producto acordeamente.

Las ventajas de segundo jugador pueden provenir de otras fuentes. Por ejemplo, Belleflamme y Peitz (2010<sup>1082</sup>) muestran que la competencia basada en precios está caracterizada por una ventaja para el segundo jugador. En este entorno parece preferible ser el seguidor y mantener la flexibilidad de vender a un menor precio que el rival, en vez de ser el primer jugador y comprometerse con una elección estratégica de antemano.

En este mismo sentido, Zhu y Xu (2011)<sup>1083</sup> señalan que las ventajas de primer jugador no son absolutas, y varían en función del ciclo de vida de un producto. Por ejemplo, cuando la incertidumbre es alta sobre la demanda de mercado, el segundo jugador puede aprovechar el conocimiento de demanda de mercado generada por la acción del primer jugador. Más importante aún, cuando la incertidumbre se reduce en las fases más avanzadas del ciclo de vida de un

<sup>1080</sup> *Ibíd.*

<sup>1081</sup> CHRISTENSEN, CM. *The Innovator's Solution: Creating and Sustaining Successful Growth*. Boston, MA: Harvard Business School Press. 2003.

<sup>1082</sup> BELLEFLAMME, P., y PEITZ, M. *Industrial Organization*, Cambridge University Press. 2010.

<sup>1083</sup> WENGE, Z., y XIAHUI, X. Second-mover Advantages with Asymmetric Costs and Information Updates: A Product life Cycle Perspective. *Managerial and Decision Economics* 32. 2011, pp. 527-533.

producto, las ventajas en costos son más relevantes. Si la diferencia en costos entre el primer y segundo jugador están a favor de este último, este estará en capacidad de extraer mayores réditos del mercado que el primer jugador, en la medida que, al conocer la señal del primero, el segundo jugador puede igualar e incluso mejorar marginalmente la estrategia, pero a un menor costo.

De la revisión resulta claro que en diversos escenarios es más ventajoso para una firma jugar de segundo que de primero<sup>1084</sup>, a saber: (i) Cuando se reduce incertidumbre sobre las preferencias de los usuarios y no hay altas barreras a la "copia" por parte del seguidor; (ii) Cuando se necesita adaptar la estrategia para alcanzar el mercado masivo; y (iii) Cuando participan en el mercado firmas asimétricas con costos diferentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante retomar lo expuesto por **COMCEL** en el sentido de indicar que actúa como seguidor, mas no como dominante, al tener que dar respuesta con frecuencia a las ofertas comerciales de sus competidores. Al respecto, como se pudo notar en la literatura reseñada, para algunas situaciones y bajo contextos de distinta índole, actuar como segundo jugador en el mercado es una decisión estratégica por parte de un actor que posee amplias ventajas competitivas en el mercado quien escoge no jugar de primero, sino de segundo.

Teece (1986) señala que los segundos jugadores tienen mayor probabilidad de obtener mayores ganancias en el mercado cuando la innovación es fácilmente imitable, más aún cuando tienen un conjunto de activos complementarios sobre los cuales se pueden apalancar.

En ese orden de ideas, hay que tener en cuenta que, para alcanzar un mercado significativo con una oferta comercial particular, cada operador hace esfuerzos para publicitar dicha oferta a través de diferentes medios: puntos de atención personal, medios televisivos, medios impresos, radiales, etc., brindándole toda la información de su oferta comercial tanto a potenciales clientes como a sus competidores. En este sentido, no hay restricciones de información para replicar las características de la oferta, y por lo mismo, de manera puntual **COMCEL** cuenta con la información necesaria para replicar la oferta comercial de cualquiera de sus competidores. Sumado a lo anterior, al tener economías de escala y alcance, y contar con un músculo financiero robusto, puede reaccionar a las ofertas de sus competidores con relativa facilidad. Prueba de ello son los análisis de contestabilidad de la oferta que **COMCEL** allegó a la Comisión y que son expuestos en la Tabla 17 (tabla aportada por **COMCEL**):

Tabla 17. Comparación ofertas modalidad Pospago

<b>FECHA</b>	<b>HITOS</b>	<b>NOMBRE DE PLANES</b>
<b>Abri-13</b>	<i>Virgin inicia su facturación por segundos en el segmento prepago</i>	<i>Facturación por segundos</i>
<b>Mayo-13</b>	<i>Avantel lanza los primeros planes pospago con tasación por segundos COMCEL contesta la oferta a partir de noviembre de 2014</i>	
<b>ago-13</b>	<i>Tigo y Movistar fueron los primeros operadores en lanzar los Planes Bundle<sup>1085</sup> con datos ilimitados con Política de uso justo. COMCEL contestó la oferta en septiembre, un mes después del lanzamiento por parte de Tigo y Movistar. A dicha fecha, los tres operadores contaban con planes de Datos ilimitados. En esta misma fecha, se incluyó en la oferta comercial paquetes con servicios ilimitados de redes sociales tanto en Tigo (ago-13) como en COMCEL (sep-13). Virgin por su parte lideró las bolsas de servicios en el segmento prepago.</i>	<i>MOVISTAR: Planes Innovación TIGO: Hablar, Mensajear + Navegar Todo Destino Bolsa de servicios (prepago)</i>
<b>sep-13</b>	<i>COMCEL responde a la oferta en noviembre de 2014, mientras que UFF Móvil lo hace en mayo de 2015.</i>	
<b>nov-13</b>	<i>Los Planes Bundle de Movistar quedaron ilimitados a chat, mail y redes</i>	<i>Planes innovación de voz + internet</i>
<b>dic-13</b>	<i>Lanzamiento de los servicios 4G por parte de Tigo y Movistar</i>	

<sup>1084</sup> Es importante tener en cuenta que el hecho de ser el primer jugador en entrar al mercado, y las ventajas competitivas que esto conlleva (ver sección 8.1.3), de ninguna manera excluye que una firma pueda adoptar el comportamiento de seguidor a la hora de estructurar su estrategia comercial. Esta última táctica es la decisión de los agentes de reaccionar a las ofertas comerciales de sus competidores para explotar las ventajas que como seguidor se tiene, tal como se ha venido explicando a lo largo de esta sección.

<sup>1085</sup> Los Planes Bundle hacen referencia a los planes que incluyen conjuntamente servicios de voz y datos.

<b>FECHA</b>	<b>HITOS</b>	<b>NOMBRE DE PLANES</b>
<b>ene-14</b>	<i>COMCEL lanzó los servicios de 4G hasta febrero de 2014, dadas las condiciones técnicas de las bandas asignadas en la subasta que implicaron un mayor esfuerzo para despliegue de infraestructura.</i>	
<b>feb-14</b>		
<b>may-14</b>	<i>Tigo lanza planes de datos compartidos, estos planes permiten compartir la navegación con dispositivos como iPad, Tablet, Módems, Portátiles, equipos de juegos o con móviles Tigo de familiares o amigos</i>	<i>Planes de datos compartidos</i>
<b>jul-14</b>	<i>Tigo lanza Planes Bundle con el servicio de voz por segundos</i>	<i>Combos por segundos</i>
<b>oct-14</b>	<i>ETB ofrecer los Planes Bundle calificándolos como los más económicos del mercado, y en donde las aplicaciones no consumen datos.</i>	<i>ETB: Planes pospago LIKE</i>
	<i>Movistar lanza los Planes Bundle ilimitados (Voz ilimitado Todo destino y On Net, datos con capacidad de 3GB y 4GB con WhatsApp y Facebook ilimitados)</i>	<i>MOVISTAR: Planes Integrados con voz ilimitada</i>
<b>nov-14</b>	<i>COMCEL contesta la oferta de Planes Bundle con el servicio de voz en segundos y un plan ilimitado a todo destino</i>	<i>Plan sin límite con minutos ilimitados</i>
<b>ene-15</b>	<i>Movistar ofrece plan de datos obsequiando el servicio de voz. ETB lanza en sus paquetes prepago redes sociales sin descontar recargas</i>	<i>Plan solo datos Prepago ETB</i>
<b>abr-15</b>	<i>Tigo lanza los planes infinitos, con voz ilimitada y aplicaciones sin consumo de datos. Así mismo, ofrece planes que permiten compartir los datos con la familia, y con minutos y SMS gratis entre el grupo Tigo responde a lo ofertado por ETB en enero de 2015 en el segmento prepago (redes sociales sin descontar descargas).</i>	<i>Ofertas Infinito Plan compartido Prepago TIGO</i>
<b>may-15</b>	<i>Movistar ofrece nuevos Planes Bundle con el servicio de voz ilimitado, incluyendo planes con Voz On net ilimitada en rentas bajas que van desde \$36,900 IVA incluido, y los planes ilimitados todo destino los ofrece desde \$99.900.</i>	<i>Plan Innovación Virgin</i>
	<i>Virgin lanza en sus paquetes prepago el consumo de redes sociales sin descontar recargas.</i>	
<b>jul-15</b>	<i>COMCEL ofrece nuevos Planes Bundle facturados en segundos y dos planes con la voz ilimitada a todo destino. COMCEL solo puede ofrecer voz ilimitada a todo destino, dada la medida particular minorista impuesta por las Resoluciones CRC 4002 y 4050 de 2012 que impide la distinción de tarifas On-Net /Off –Net.</i>	<i>Planes Sin Limite Nv. Plan Sin Limite Nv 8000 MB Ab Plan Sin Limite Nv 10000 MB Ab Prepago COMCEL</i>
	<i>De igual manera, COMCEL lanza en sus recargas prepago la opción de consumir redes sociales sin que se descuente la recarga del usuario.</i>	
<b>Ago-15</b>	<i>ETB inicia una campaña promocionando descuentos en los planes de voz y datos para líneas que se porten en el segmento prepago.</i>	<i>ETB promoción líneas portadas en prepago</i>
<b>sep-15</b>	<i>Movistar lanza la aplicación Movistar TU permite llamar o enviar SMS a usuarios fijos o móviles en Colombia, con ahorros en llamadas internacionales y roaming de voz. La aplicación puede ser usada en smartphone, computador, tableta u otro dispositivo.</i>	<i>Plan Movistar TU 100</i>
		<i>Plan Movistar TU 250</i>
		<i>Plan Movistar TU 500</i>
<b>oct -15</b>	<i>ETB ofrece promociones para líneas portadas obsequiando 1 GB por un mes.</i>	
	<i>Movistar modifica las tarifas de Planes Bundle con valores de 2016, manteniendo la misma oferta en características de minutos, datos, sms, modifica los CFM, que indica que para el siguiente año no se tendría incremento en las tarifas</i>	
<b>nov-15</b>	<i>Tigo lanza los Planes Invencibles que permite acumular los datos no consumidos hasta un año o 10GB.</i>	<i>TIGO: Planes Invencibles</i>
	<i>ETB ofrece promoción para portabilidad con el beneficio de la factura del mes de diciembre gratis de por vida</i>	<i>COMCEL: Planes sin</i>

<b>FECHA</b>	<b>HITOS</b>	<b>NOMBRE DE PLANES</b>
	COMCEL lanza nuevos planes sin límite con tarifa 2016, por lo que no tendrán incremento al siguiente año. Movistar, Virgin y UFF Móvil responden a la campaña de ETB del mes de agosto de 2015, promocionando descuentos en los planes de voz y datos para líneas que se porten en el segmento prepago.	límite con tarifa 2016
<b>dic-15</b>	COMCEL aumenta el número de minutos en los Planes Bundle Movistar realiza ajustes a la cantidad de minutos equiparable a los ofrecidos por COMCEL Avantel ofrece promoción de duplicar megas y minutos	MOVISTAR: Planes de \$38,900, \$51,900 y \$71,900. AVANTEL: Promoción Duplica tus emociones
<b>ene/feb-16</b>	Movistar ajusta planes ilimitados a todo destino con 3.5 GB, 5GB y 9B Movistar incluye el servicio de Movistar Video en los planes desde \$99.900	MOVISTAR: Planes de \$77,900, \$99,900 y \$144,900
<b>mar - 16</b>	COMCEL en respuesta al plan ilimitado de \$77.900 de Movistar, lanza un plan de iguales condiciones: Minutos Ilimitados todo destino y 3,5 GB de Navegación Tigo realiza modificación sobre los planes Invencibles aumentando los minutos/segundos de cada plan. Avantel modifica su oferta, el principal beneficio consiste en obsequiar navegación por 12 meses en la red 4G de acuerdo con el plan (1GB, 5GB o 7GB). Adicionalmente obsequia 20 GB de navegación para acceder a las apps: Directv Sport, Directv Play y Fox Play	TIGO Nuevos planes invencibles
<b>abr -16</b>	Tigo realiza modificación sobre los planes Invencibles y se destacan: Nuevos Planes: -Plan CFM: \$53.900: 600 minutos TD, Ilimitado entre Tigo, 1.5 GB. -Plan CFM: \$84.900 con minutos ilimitados a TD y 2.5GB. -Plan CFM: \$104.900 con minutos ilimitados a TD y 3.5GB. -Plan CFM: \$134.900 con minutos ilimitados a TD y 7GB.	TIGO Nueva oferta arma tu plan
<b>jun-16</b>	Movistar aumenta las tarifas de sus planes y lanza una nueva oferta donde los usuarios que activen líneas nuevas o realicen portación en planes desde \$42.900 con equipo traído, recibirán GRATIS 9GB de la siguiente manera: durante 3 meses 3GB adicionales a las Gigas del plan	MOVISTAR Cámbiate ya a Movistar
<b>jul-16</b>	Avantel modifica los precios de la oferta comercial de Planes 1.2.3 Avantel	AVANTEL Plan AVANTEL
<b>sep-16</b>	COMCEL lanza nueva oferta de planes con CFM desde \$41.900, Tigo lanza los planes Multiplan, que permiten crear una comunidad para compartir minutos y/o navegación hasta con 5 móviles Tigo, logrando tener los planes de la familia y/o dispositivos bajo un único plan y factura. Las líneas que se pueden inscribir en la comunidad pueden ser prepago o Pospago Tigo.	TIGO Planes Multiplan
<b>oct-16</b>	Movistar modifica el plan de \$104.900 aumentando de 5GB a 6GB la capacidad de internet	MOVISTAR plan de 6GB
<b>Abri-18</b>	Avantel lanzó planes de telefonía móvil prepago y pospago. En el segmento prepago incluía una cobertura desde 50MB hasta 3GB. En lo que corresponde a pospago la oferta iba desde 2.5 GB de navegación hasta 30GB. En estos planes Avantel gestionaba su red haciendo que algún porcentaje de los datos contratados se consumieran en 4G y otro en 2G o 3G. Por este comportamiento, de acuerdo con lo allegado por COMCEL, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó a Avantel no seguir promocionando las mencionadas ofertas.	Planes pospago y prepago Avantel
<b>May-18</b>		

<b>FECHA</b>	<b>HITOS</b>	<b>NOMBRE DE PLANES</b>
<b>Jun-18</b>	<i>Tigo y Movistar lanzan paquetes prepago con datos y voz ilimitados On-Net. COMCEL contesta con paquetes con misma capacidad de navegación y precio pero sin distinción de ilimitados en voz por red, dada la limitación regulatoria COMCEL</i>	<i>Planes prepago ilimitados Movistar y Tigo</i>
<b>Jul-18</b>		<i>Plan prepago ilimitados COMCEL</i>
<b>Sep-18</b>	<p><i>Tigo lanzó dos tipos de planes ilimitados 1. plan ilimitado \$75.000 y 2.plan ilimitado \$100.000; con las siguientes características: 1) datos ilimitados-luego de 15GB de consumo se reduce la velocidad a 256 kbps-, voz ilimitada- a Colombia, EEUU, Puerto Rico y Canadá-, y SMS ilimitados a cualquier operador nacional. 2) datos ilimitados-luego de 30GB de consumo se reduce la velocidad a 256 kbps-, voz ilimitada- a Colombia, EEUU, Puerto Rico y Canadá-, y SMS ilimitados a cualquier operador nacional.</i></p> <p><i>En el mismo mes Movistar contesta lo planes de Tigo con la siguiente oferta:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><i>1) Plan por \$74.900 con 15 GB de capacidad, que una vez consumidos se puede seguir navegando a una velocidad de 256 kbps, minutos ilimitados a destinos nacionales, Estados Unidos, Canadá y Puerto Rico, Movistar Play Lite con dos canales en vivo y servicio de reemplazo de pantalla sin costo adicional.</i></li> <li><i>2) Plan por \$99.900 con 30 GB de capacidad, que una vez consumidos se puede seguir navegando a una velocidad de 256 kbps, minutos ilimitados a destinos nacionales, Estados Unidos, Canadá y Puerto Rico, Movistar Play Lite con dos canales en vivo, servicio de reemplazo de pantalla sin costo adicional y Napster música.</i></li> </ol> <p><i>Por último, Comcel en la misma fecha contesta las ofertas de los dos proveedores anteriores con los siguientes planes:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><i>1) Plan inesperado más por \$55.900 que incluye 5GB, voz ilimitada, SMS ilimitado, 500 minutos LDI a Estados Unidos, Puerto Rico, Canadá y México, redes sociales incluidas (Facebook, Twitter y WhatsApp), Claro Música y Claro Video.</i></li> <li><i>2) Plan inesperado más por \$69.900 que incluye 9GB, voz ilimitada, SMS ilimitado, 500 minutos LDI a Estados Unidos, Puerto Rico, Canadá y México, redes sociales incluidas (Facebook, Twitter y WhatsApp), Claro Música y Claro Video.</i></li> <li><i>3) Plan inesperado más por \$79.900 que incluye 17GB, voz ilimitada, SMS ilimitado, 500 minutos LDI a Estados Unidos, Puerto Rico, Canadá y México, redes sociales incluidas (Facebook, Twitter y WhatsApp), Claro Música y Claro Video.</i></li> <li><i>4) Plan inesperado más por \$99.900 que incluye 30GB, voz ilimitada, SMS ilimitado, 500 minutos LDI a Estados Unidos, Puerto Rico, Canadá y México, redes sociales incluidas (Facebook, Twitter y WhatsApp), Claro Música y Claro Video.</i></li> </ol>	<p><i>Plan Tigo ilimitado (\$75.000); plan Tigo ilimitado (\$100.000)</i></p> <p><i>Plan Movistar (\$74.900) Plan Movistar (\$99.900)</i></p> <p><i>Plan COMCEL inesperado más (\$55.900) Plan COMCEL inesperado más (\$69.900) Plan COMCEL inesperado más (\$79.900) Plan COMCEL inesperado más (\$99.900)</i></p>
<b>Dic-18</b>	<i>Avantel lanza promoción de 100GB gratis adicionales al plan pospago contratado, por 10 meses</i>	<i>Promoción AVANTEL</i>
<b>Jun-20</b>	<p><i>Colombia Telecomunicaciones -Movistar lanzó una agresiva estrategia comercial denominada "ILIMIDATOS", tanto para pospago como para prepago, en donde ofrece a sus usuarios datos ilimitados:</i></p> <p><i>Planes pospago-</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><i>i) \$229.990 mes además 60 GB para compartir, distribuir y Roaming de datos; Netflix incluidos con 2 pantallas; Movistar Música; 500 minutos a América Latina y España; Minutos ilimitados Estados Unidos, Puerto Rico y Canadá.</i></li> <li><i>ii) \$169.990 mes además 40 GB para compartir, distribuir y Roaming de datos; Netflix incluidos con 2 pantallas; Movistar Música; 500</i></li> </ol>	<i>Ilimitados Movistar</i>



FECHA	HITOS	NOMBRE DE PLANES
	<p><i>minutos a América Latina y España; Minutos ilimitados Estados Unidos, Puerto Rico y Canadá.</i></p> <p>iii) <i>\$99.990 mes además 19 GB para compartir, pasa Gigas y Roaming de datos; Netflix incluidos con 2 pantallas; Movistar Música; 500 minutos a América Latina y España; 500 Minutos Estados Unidos, Puerto Rico y Canadá.</i></p> <p>iv) <i>\$75.990 mes además 12 GB para compartir y pasa Gigas; 500 minutos a Venezuela, Estados Unidos, Puerto Rico y Canadá.</i></p> <p>v) <i>\$61.990 ilimitado solo para voz y 8GB de Internet, pasa Gigas y 500 minutos para Venezuela, Estados Unidos, Puerto Rico y Canadá.</i></p> <p><i>Planes prepago-</i></p> <p>i) <i>\$ 10.000 Ilimitados 1 día (datos, voz y mensajes ilimitados)</i></p> <p>ii) <i>\$ 23.000 Ilimitados 3 días (datos, voz y mensajes ilimitados)<sup>1086</sup>.</i></p>	

**Fuente:** Elaboración propia, información radicados CRC 201730976, 2018303099, 2019300359 y 2020806819

En este sentido, la estrategia de seguidor puede ser atractiva para **COMCEL** por varias razones: i) le permite evaluar la reacción de los usuarios de manera anticipada y adaptar sus ofertas incorporando esta información; ii) le da tiempo de analizar la rentabilidad de las ofertas comerciales lanzadas por sus competidores y adaptar las suyas con esta información y iii) le permite realizar un análisis financiero para evaluar por cuánto tiempo es viable mantener una oferta en el mercado. De acuerdo con Stewart, O'Brien (2005)<sup>1087</sup>, en algunas oportunidades, las iniciativas de los primeros en lanzar ofertas comerciales no están diseñadas para mantenerse por largos periodos de tiempo debido a limitación de presupuesto, lo que crea un campo de juego competitivo que después no pueden dominar porque sus recursos son limitados. Lo anterior le permite a un proveedor como **COMCEL** adoptar la oferta comercial rápidamente y, con más recursos, dominar el mercado aún con los esfuerzos de los otros operadores que iniciaron el proceso competitivo. En ese sentido **COMCEL** tiene incentivos para ser un seguidor si la innovación en ofertas comerciales de sus competidores es efectiva en el corto plazo.

Por otra parte, de acuerdo con la información suministrada por el propio **COMCEL** acerca de las ofertas comerciales que él ha calificado como "agresivas", y que a duras penas ha podido contestar y además tardíamente, tal como lo afirmó en los oficios con radicados CRC 201730976, 2018303099, 2019300359 y 2020806819, la serie de portaciones netas refleja en parte los esfuerzos comerciales que los competidores de **COMCEL** han realizado con miras a ganar participación y ejercer alguna presión competitiva en los servicios móviles del país, pues tal como se observar en la Gráfica 70, desde mayo de 2013 hasta noviembre de 2018, **COMCEL** registró una tendencia negativa en las portaciones netas, con una pérdida acumulada neta de aproximadamente 1'556,869<sup>1088</sup> usuarios. Sin embargo, desde dicha fecha hasta junio de 2020, la cifra más actualizada posible, **COMCEL** experimentó una recuperación significativa, a tal punto que, tal como se muestra en la Gráfica 70, fue dicho operador quien tuvo la mayor cantidad de portaciones netas con cerca de 782,353 usuarios portados. Esto último sin mencionar que, salvo MOVISTAR y SUMA, los demás proveedores registraron portaciones netas negativas en el periodo referenciado.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que la base total de usuarios móviles del país ha aumentado, también lo es que el servicio de voz móvil, puerta de entrada al consumo de los servicios móviles, se encuentra en una etapa de madurez suficiente en donde buena parte de la competencia se centra en los usuarios que ya cuentan con dicho servicio. Así entonces, a pesar de que operadores como AVANTEL, VIRGIN MOBILE, ETB, FLASH MOBILE, TIGO y MOVISTAR, registraron portaciones netas positivas antes de diciembre de 2018 y **COMCEL** en buena parte de la serie registra números negativos, los mínimos cambios en las participaciones de mercado en términos de usuarios (ver Gráfica 3) no se compadecen con los esfuerzos comerciales señalados en esta sección. Lo anterior evidencia que a **COMCEL** le es suficiente con contestar las ofertas de sus competidores e incluso mantenerse marginalmente por encima de los precios

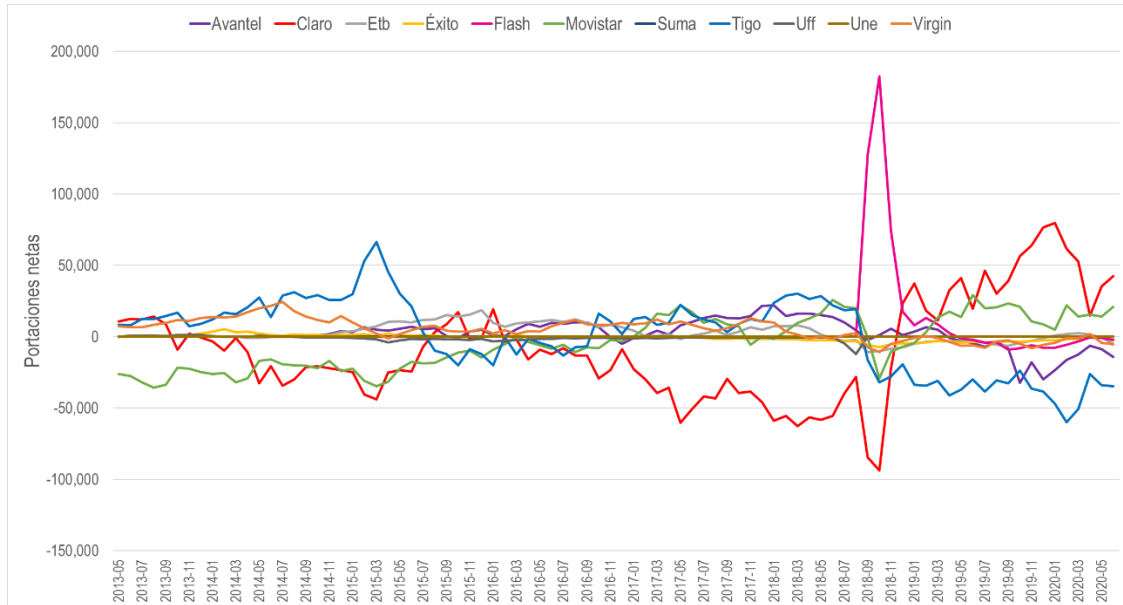
<sup>1086</sup> Vale la pena aclarar que de acuerdo con el radicado aportado por COMCEL el valor de este plan era de \$20.000 sin embargo, al consultarlo el 15/10/2020 el valor del plan es el registrado.

<sup>1087</sup> STEWART, T.A. y O'BRIEN, L. "Execution without Excuses, Interview with Michael Dell and Kevin Rollins", Harvard Business Review (March). 2005, pp. 102-111.

<sup>1088</sup> Sin embargo, dicho número representa menos de 6% del total de líneas activas de **COMCEL** a corte del año 2018.

promocionales de los demás operadores para conservar su posición de mercado en los servicios móviles, pues desde diciembre de 2018, sin evidenciar grandes cambios en su oferta comercial y como se verá más adelante, sin registrar los mejores precios, mayor capacidad, mejor calidad y atención al cliente, obtuvo 782,353 portaciones netas en dicho período, cerca de 3 veces las portaciones netas registradas por MOVISTAR que fue el segundo proveedor con cifras positivas.

**Gráfica 70. Portaciones móviles netas: 2013-2020**



Fuente: Elaboración CRC, datos de El Corte Inglés

En ese orden de ideas, Belleflamme y Peitz (2010), y Zhu y Xu (2011) muestran que la competencia basada en precios estará caracterizada por una ventaja para el segundo jugador, especialmente cuando este segundo agente cuenta con una ventaja de costos. Al respecto, tal y como lo indican Hodge y Weeks (2006)<sup>1089</sup>, la industria de telecomunicaciones se caracteriza, entre otros, por significativas economías de escala en la producción del servicio, lo que a su vez ha sido discutido previamente en la presente resolución (ver sección 8.1.3). Bajo cualquier indicador de tamaño y en cualquiera de los mercados móviles, **COMCEL** es al menos 2.4 veces más grande que su inmediato seguidor y 3.6 veces que el tercero y así sucesivamente. Esta situación, en un entorno de fuertes economías de escala, asigna evidentes ventajas en términos de una estructura de costos más eficiente que puede aprovechar **COMCEL** para obtener ventajas de segundo jugador al momento de lanzar ofertas comerciales en respuesta a las de sus competidores, y obtener mayores beneficios de ellas.

Lo anterior se hace evidente en la medida en la que, por más que los competidores de **COMCEL** hacen un esfuerzo comercial en términos de innovación, segmentación e identificación de alternativas para atraer más usuarios, **COMCEL** a lo largo de todos los periodos en los que se tiene registros comparables (2008-2020) sigue siendo la firma de mayor participación de mercado ya sea en ingresos, tráfico o usuarios. Lo anterior, en la medida que, gracias a las economías, tanto de escala como de alcance que ha conseguido **COMCEL** a lo largo de estos años, no existan presiones competitivas reales en el mercado relevante de "Servicios Móviles".

De acuerdo con las anteriores consideraciones, es claro que el hecho de que **COMCEL** actúe como seguidor de las ofertas de sus competidores y no como *first mover*, para este mercado en particular, de ninguna manera evidencia su falta de dominancia; por el contrario, ese proceder (según la extensa revisión teórica efectuada) refuerza la conclusión de que es dominante, primero, porque muestra que no recibe presiones competitivas suficientes que lo incentiven a innovar primero que sus competidores en ofertas, y segundo porque, una vez sus competidores lanzan ofertas innovadoras al mercado, **COMCEL** está en mejor posición que ellos para viabilizarlas en el tiempo, tanto por su fuerte posición financiera, como por sus ventajas en costos (ver sección 8.1.3).

<sup>1089</sup> HODGE J., y WEEKS, K. The Economics of Telecommunications and Its Regulation en Telecommunications Law in South Africa. Edited by Lisa Thornton, Yasmin Carrim, Patric Mtshaulana and Pippa Reyburn. 2006.

### **8.1.8.2. Elementos que configuran la elección del usuario**

El Perito Mauricio Santamaría describe el ARPU (Average Revenue per User) de telefonía móvil para los tres principales operadores en Colombia: **COMCEL**, MOVISTAR y TIGO. Con base en dicha información, afirma que a partir de 2008 el ingreso mensual promedio por usuario ha registrado una tendencia decreciente marcada para los tres casos, pasando de cifras entre \$10.000 y \$16.000 pesos en 2008 a valores entre \$5.000 y \$9.000 pesos en 2016. Adicionalmente, continua el perito, se evidencia que entre el 2008 y el 2011, **COMCEL** y MOVISTAR se disputaban el mayor ingreso por usuario, pero a partir de 2011 se genera una brecha importante entre el ingreso percibido por **COMCEL** y los otros dos operadores. Así mismo, se observa que a partir de 2013 los tres operadores registran una aceleración en la reducción de los ingresos promedio por usuario en telefonía móvil, donde **COMCEL** presenta la caída más grande<sup>1090</sup>.

Manifiesta el Dr. Santamaría que, si bien el número de usuarios del servicio de voz móvil y de Internet móvil ha aumentado, el ingreso promedio por usuario (ARPU) y el ingreso promedio por minuto (RPM) han disminuido significativamente. Por lo tanto, concluye que estas cifras son incongruentes con un mercado anticompetitivo. La principal preocupación en torno al poder de mercado afirma el Perito, es que éste puede resultar en precios sostenidos por encima de su nivel competitivo y, de esta manera, afectar negativamente el bienestar de los usuarios. En consecuencia, la sustancial caída en los precios de telefonía móvil debería ser evidencia de la ausencia de poder de mercado, aún bajo la misma lógica aplicada por la Comisión para justificar sus medidas<sup>1091</sup>.

Cualquier medida que se tome con el propósito de promover la competencia penalizando el comportamiento no-competitivo, debe partir de la existencia de poder de mercado y del abuso de esa posición para cobrar precios superiores a los que puedan ser considerados competitivos y, por ende, para restringir la cantidad transada en el mercado. Esa es la única prueba aceptada por la teoría microeconómica para mostrar perjuicios efectivos en un mercado no competitivo: precios superiores al competitivo y cantidades transadas inferiores a las que se observarían en un mercado competitivo. En ese contexto, se entiende el poder de mercado como la capacidad de controlar y cobrar precios por encima de su nivel de competencia por un período prolongado de tiempo. En ese sentido, el perito se refiere al estudio realizado por el profesor Jerry Hausman del *Massachusetts Institute of Technology* (MIT, 2016), en el que se señala que el análisis de poder de mercado debe fundamentarse en el nivel de precios (y cantidades) y en el hecho de si estos precios se alejan o no del nivel que se observaría en un mercado competitivo, pero no en el grado de concentración, tal como lo demuestran todos los textos iniciales o avanzados de teoría Microeconómica o de la Organización Industrial.

Menciona el Perito Santamaría que la CRC justifica la posición de dominio con un segundo argumento y es que esas participaciones no corresponden al nivel de precios para el servicio de Internet móvil ofrecido por **COMCEL**. En esencia, la CRC argumenta que, según la información de ingreso promedio por GB, obtenida a partir de la información del Formato 6 de la Resolución CRC 3496 de 2011<sup>1092</sup>, los precios de **COMCEL** por este servicio son los más altos del mercado. Por lo anterior, su mayor participación en el mercado sólo se justifica por la capacidad de **COMCEL** de ofrecer menores precios en el mercado de "Voz Saliente Móvil", considerando que estos, medidos a través del ARPU han descendido sustancialmente, tal como se vio anteriormente. Indica que este argumento es igualmente precario en tanto omite analizar los demás elementos que determinan la elección del usuario, incluyendo cobertura y calidad del servicio.

Manifiesta el mismo Perito que es un hecho demostrado que **COMCEL** es el operador con mayor cobertura de datos móviles bajo la tecnología 4G que ofrece mejores tasas de transmisión percibidas por el usuario como mejor calidad del servicio. La preferencia del usuario está determinada no solo por el precio sino por otros atributos del producto como calidad y cobertura. En consecuencia, el análisis de la CRC resulta, nuevamente, frágil y superficial, desconociendo

<sup>1090</sup> Este mismo argumento es expuesto en la comunicación que COMCEL denominó Alegatos de Conclusión y que se encuentra en los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020.

<sup>1091</sup> En el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que **COMCEL** denominó "Alegatos de conclusión", el proveedor cita esta afirmación del perito Santamaría, para señalar que en el mercado se ha presentado una reducción de precios como consecuencia de la competencia.

<sup>1092</sup> Hoy en día esta información es recopilada mediante el Formato 1.9 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

incluso los resultados del estudio de hábitos de consumo realizado por el Centro Nacional de Consultoría que identifica las preferencias y patrones de consumo de los usuarios frente a los distintos servicios.

Por otro lado, para **COMCEL**, además de su participación en el mercado, la CRC debe determinar que este operador se encuentra en capacidad de modificar significativa y unilateralmente cualquier variable relevante del mercado, siempre y cuando pueda mantener su decisión en ese sentido por un periodo significativo durante el cual la reacción de sus competidores efectivos y/o potenciales, o de los consumidores, no sea suficiente para disuadir a dicho agente de la realización de tal conducta.

Según **COMCEL**, la CRC no realizó ningún tipo de actividad relacionada con tratar de establecer la capacidad de modificar significativa y unilateralmente cualquier variable del mercado. Para ordenar sus argumentos **COMCEL** subdivide este acápite en tres grupos-(i) competidores efectivos, (ii) competidores potenciales y (iii) consumidores- así:

- i. Frente a la reacción de sus competidores efectivos, **COMCEL** afirma que, si bien la CRC no realizó ningún tipo de análisis relacionado con la capacidad de los competidores para reaccionar frente a su comportamiento, en el Documento soporte sí existen indicios de que existió una reacción de los competidores. En efecto, se evidenció una pérdida de participación de **COMCEL** que se refleja en un aumento en la participación de los demás operadores y también en número de usuarios, lo que indica que existe una fuerza que le impide a ese operador modificar las condiciones del mercado de manera independiente.
- ii. Frente a competidores potenciales, según **COMCEL**, brilla por su ausencia un análisis respecto a esta competencia potencial teniendo en cuenta que no existen barreras legales. También aduce que la CRC omite analizar el creciente rol de los operadores OTT que ofrecen servicios sustitutos y complementarios a los identificados en los distintos mercados relevantes.
- iii. Frente a los consumidores, para **COMCEL** brilla por su ausencia en el Documento soporte cualquier caracterización de los usuarios de los servicios relacionados.

En este aparte, **COMCEL** define las firmas "Maverick" como aquellas que tienen el incentivo económico para desviarse de sus rivales y constituir una fuerza disruptiva en el mercado, y manifiesta que sus características son las siguientes: (i) una historia de comportamiento de precios independientes y agresivos; (ii) comportamiento innovador o bajo costo; (iii) exceso de capacidad instalada asociada a bajas cuotas de participación; y (iv) un modelo de negocio que difiere del modelo tipo en la industria.

En su opinión, lo que debe hacer la CRC para probar que **COMCEL** tiene la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de un mercado, precios y/o cantidades ofrecidas, es lo siguiente: (i) probar una participación en el mercado que pudiera ser indicativa de otorgarle poder en el mercado; (ii) determinar la capacidad de modificar significativa y unilateralmente cualquier variable relevante del mercado, siempre y cuando pueda mantener su decisión y la modificación de las condiciones del mercado durante un periodo significativo durante el cual las reacciones de sus competidores o los consumidores no sea suficiente para disuadir a dicho agente de la realización de tal conducta; y (iii) descartar varias situaciones como son las firmas Maverick, la existencia de un mercado contestable, la dinámica del mercado y la competencia potencial en el mismo.

Con base en lo anterior, **COMCEL** manifiesta que la CRC optó por no valorar el comportamiento de los competidores en el mercado, incluyendo los Operadores Móviles Virtuales (OMV), y la presión competitiva que ellos pueden ejercer frente a su empresa.

Para **COMCEL**, el hecho que exista un competidor con una participación mayor que la de sus competidores, no implica que no exista competencia o que la estructura de ese mercado impida una competencia efectiva. En efecto, afirma citando un par de ejemplos de la Comisión Europea, cuando el precio de la compañía con mayor participación excede el nivel de precios competitivo, una compañía con menor participación que reduzca ligeramente su precio y venda por debajo del precio de su rival puede obtener un mayor margen en las ventas adicionales que realice como resultado del cobro del menor precio. Si la compañía menos representativa puede aumentar sus

ventas significativamente a través de una pequeña reducción en el precio, entonces las utilidades perdidas debido a la disminución del precio serán poco significativas en comparación con el aumento del volumen proveniente de sus ventas. Por lo anterior, un competidor como TIGO, MOVISTAR o ETB, o cualquiera de los OMV, pueden beneficiarse del mercado tal y como está, y servir de contrapeso competitivo a **COMCEL**, lo que implicaría que este no tiene posición dominante.

**COMCEL** afirma que además de la mera participación en el mercado, debe determinarse que existe capacidad de modificar significativa y unilateralmente cualquier variable relevante del mercado, siempre y cuando pueda mantener su decisión y la modificación de las condiciones del mercado por un periodo significativo durante el cual la reacción de sus competidores efectivos y/o potenciales, o de los consumidores, no sea suficiente para disuadir a dicho agente de la realización de tal conducta, y aduce que la CRC no demostró esta situación y, por el contrario, se corroboró con los dictámenes periciales practicados dentro del presente trámite que **COMCEL** no puede determinar unilateralmente las condiciones del mercado.

Afirma también que la CRC no ha argumentado la existencia de prácticas particulares desarrolladas por **COMCEL** para cerrar el mercado. De hecho, en los últimos años han ingresado OMV al igual que nuevos agentes al mercado. Así mismo, en su dictamen pericial, Marcela Meléndez llega a ciertas conclusiones en relación con este punto, afirmando que el aumento en la participación de **COMCEL** sobre los usuarios con suscripción, sobre los ingresos y sobre el tráfico, puede asociarse con su estrategia de precios. Según la Perito, los resultados econométricos dicen que el precio de los datos móviles de **COMCEL** en los planes que no tienen minutos ilimitados es 6% más bajo cuando TIGO está presente, y la presencia de MOVISTAR no parece, a partir de las estimaciones realizadas, imponer una presión significativa de competencia a **COMCEL**.

También aduce la Perito que cuando se explora la presión competitiva que ejerce la presencia de MOVISTAR o TIGO distinguiendo la tecnología con la que están presentes, se activa MOVISTAR como una presión de competencia al precio de los planes sin minutos de voz ilimitados de **COMCEL** cuando llega al mercado con tecnología 4G. Menciona que, a pesar de esto, **COMCEL** sigue aumentando su participación de mercado y que hay 263 municipios del país en los que está presente con su oferta de servicios de datos móviles a los que no llega ningún otro competidor (o al menos ninguno de los 2 más grandes). En estos lugares, las características de la demanda y los costos de provisión de servicio determinan el precio que puede cobrar **COMCEL** y está ausente el efecto de la competencia.

Afirma adicionalmente la Perito que **COMCEL** está como proveedor único del servicio de datos móviles en los citados 263 municipios en cumplimiento de unas obligaciones de servicio que le ha impuesto la misma regulación en el afán de garantizar el acceso al servicio a poblaciones que habitan en mercados que no son suficientemente rentables para atraer naturalmente la actividad privada; se trata, más aún, de mercados que posiblemente no permiten la actividad rentable de más de un operador por su tamaño y sus características. En su entender, se trata de solucionar un problema de acceso en mercados distintos, que deben ser objeto más de la política social del Estado que de la regulación.

Para la Perito, **COMCEL** no está en capacidad de actuar con independencia del mercado en voz ni en datos móviles. Esta conclusión es directamente extensible al mercado de "Servicios Móviles" en el que la CRC agrupa los dos anteriores. Más cuando en el segmento de usuarios con suscripción a un plan de servicios lo prevalente son los paquetes a través de los cuales se adquieren simultáneamente los dos servicios.

Argumenta también que **COMCEL** está adicionalmente limitado en su capacidad de actuar con independencia del mercado por otro factor potencial de competencia que es la disponibilidad creciente de aparatos telefónicos con SIM dual, pues el 26.6% de los usuarios por suscripción de la empresa tienen actualmente ese tipo de aparatos telefónicos que permitirían al usuario contratar cada servicio móvil con un operador, y en esta medida la posibilidad de que un usuario se vea obligado a contratar los dos productos con **COMCEL** por restricciones de la tecnología es cada vez más remota.

Por último, manifiesta que **COMCEL** está siendo bastante disciplinado en los mercados en los que es el único operador presente. Los precios de los servicios móviles de voz y datos difieren

por encima de todo entre tipos de plan: son sustancialmente menores para los suscriptores que contratan de manera simultánea los dos servicios con la empresa, pero no son distintos entre los mercados que operan con distintas condiciones de competencia de un modo que no parezca explicable por razones de costo. Reconoce que la preocupación de la CRC acerca de cómo impulsar el desarrollo de los mercados más pequeños a los que no llegan todos los operadores y cómo asegurar el acceso a los servicios móviles en condiciones adecuadas de calidad y precio, es válida.

En resumen, atendiendo la totalidad de los argumentos esbozados por **COMCEL** en relación con la constatación de su posición dominante en el mercado, se tiene que sus argumentos son los siguientes: (i) el análisis de la CRC sobre la posible dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles" se basa en criterios de difícil análisis objetivo, que se fundamentan en información parcial que lleva a conclusiones erradas y poco sustentables; (ii) la CRC omite tener en cuenta que los competidores de **COMCEL** forman parte de grandes grupos económicos con fuerte presencia en Latinoamérica; (iii) la CRC asume, de manera errónea, que la participación de **COMCEL** respecto del servicio de voz móvil es usada para apalancar la venta de servicios de Internet móvil, haciendo cautivos a sus usuarios; (iv) la CRC omite el hecho de que los servicios móviles son altamente dinámicos, y que **COMCEL** ha contestado las ofertas de sus competidores en algunos casos, pero en otros no lo ha podido hacer por restricciones regulatorias; por último, (v) que la ausencia de información y análisis robustos no permite soportar los hallazgos presentados por la CRC, puesto que "(i) En la conformación de mercados relevantes no se ha determinado la importancia de servicios como los OTTs; (ii) En la supuesta falla de mercado e imposibilidad técnica, no se ha determinado el peso de los terminales dual SIM y cuál es la participación de tráfico de Internet móvil a través de redes Wi-Fi; (iii) En las condiciones de competencia no se ha determinado cuál es la diferencia real de escala entre los tres grandes grupos de los operadores a nivel regional y; (iv) En relación con las tarifas, no se ha determinado cuál ha sido el comportamiento real del mercado y cuál es la situación de contestabilidad".

#### **Consideraciones de la CRC:**

El Perito Mauricio Santamaría asegura que la CRC debe partir de la existencia de poder de mercado y del abuso de esta posición para cobrar precios superiores a los que puedan ser considerados competitivos y, por ende, restringir la cantidad transada en el mercado, siendo entonces la existencia de precios superiores al competitivo y de cantidades transadas inferiores a las que se observarían en un mercado competitivo la única prueba aceptada por la teoría microeconómica para mostrar perjuicios efectivos en un mercado no competitivo. A este respecto, cabe señalar en primer lugar que el Perito confunde dos conceptos distintos: la posición dominante y su abuso, o, puesto en términos económicos, la existencia de poder sustancial de mercado y su explotación. En ambos casos se trata de conceptos diferentes.

Así, tal como ya se ha explicado ampliamente a lo largo de toda la presente Resolución, legalmente la posición dominante se define como la **posibilidad** de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado<sup>1093</sup>, definición, en lo esencial, adoptada de tiempo atrás en la normativa sectorial de las telecomunicaciones<sup>1094</sup>. Ahora bien, cosa distinta es el abuso de la posición dominante, que según el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se entiende en los siguientes términos:

*"ARTICULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:*

- 1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.*
- 2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.*

<sup>1093</sup> Decreto 2153 de 1992 Art. 45

<sup>1094</sup> Ley 671 de 2001, Decisión 462 de la CAN, y Decreto 2870 de 2007.

*3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.*

*4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.*

*5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.*

*6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización<sup>1095</sup>.*"

En ese sentido, no es admisible que el Perito señale que para determinar la posición dominante de un agente en el mercado, hay que constatar su abuso. Lo propio sucede con el poder significativo de mercado (PSM), que es la expresión económica de la posición dominante. Así, el PSM es el **poder o aptitud** de una firma para influir en los precios, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios u otros parámetros de la competencia en un mercado durante un período de tiempo significativo. Cosa distinta es la explotación de ese poder, esto es, los actos de ese agente que materialmente determinan, en virtud de tal poder, los precios, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios. Al igual que ocurre con la dominancia, no puede señalarse tampoco, como lo hace el perito, que para constatar la existencia de PSM debe constatar su explotación.

De esta forma, tal como se expuso en la sección 8.1.6, la posición dominante en un mercado susceptible de regulación *ex ante* es, desde la perspectiva regulatoria, una falla de mercado en sí misma, tanto por el poder de mercado asociado a ella, como porque no existe competencia efectiva allí donde un solo jugador -o varios conjuntamente- tienen la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado, razón por la cual su constatación es un mecanismo previsto en la ley para prevenir su abuso y amerita por parte del regulador su intervención para corregirla o mitigarla, o prevenir su abuso en ejercicio de las funciones previstas en los artículos 19<sup>1096</sup>, 22<sup>1097</sup>, 23 y 50 de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019. Por su parte, el abuso de la posición dominante es una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por la Ley, que amerita la imposición, por parte de la autoridad competente -Superintendencia de Industria y Comercio- de las sanciones previstas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Que el régimen legal de protección de la competencia prohíba y sancione el abuso de la posición dominante -y no la posición dominante misma- no significa en manera alguna que ésta no sea una falla de mercado que, como cualquier otra, comporta la intervención del regulador *ex ante* como medida preventiva y también a través de medidas proporcionales y razonables adoptadas, no en ejercicio de funciones sancionatorias, sino en ejercicio de competencias regulatorias que constituyen, como lo ha señalado tantas veces la jurisprudencia, una modalidad de intervención del Estado en la economía en virtud del artículo 334 de la Constitución Política.

Ahora bien, siendo la dominancia una capacidad, una aptitud, un poder de la firma, para determinar directa o indirectamente las condiciones de precio, cantidad, innovación, variedad o calidad de los bienes o servicios que integran un mercado relevante, la constatación de su existencia no se lleva a cabo a través de un análisis de abuso, como erróneamente lo entiende el Perito Santamaría, sino, como lo ha resaltado la Comisión Europea<sup>1098</sup>, amparada en la jurisprudencia del TJUE<sup>1099</sup>, mediante la consideración de diversos factores que, tomados por separado, no son necesariamente determinantes, pero que analizados en su conjunto permiten a la autoridad llegar a la conclusión de que la firma ostenta tal capacidad, aptitud o poder.

<sup>1095</sup> Conducta adicionada al artículo 50 del Decreto 2153/92 por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000.

<sup>1096</sup> Modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019.

<sup>1097</sup> Modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019.

<sup>1098</sup> Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes

<sup>1099</sup> CJUE. Asunto 27/76, United Brands Company y United Brands Continental/Comisión, Rec. 1978, p. 207, apartados 65 y 66; asunto C-250/92, Gøttrup-Klim y otros Grovareforeninger/Dansk Landbrugs Grovareselskab, Rec. 1994, p. I-5641, apartado 47; asunto T-30/89, Hilti AG/Comisión, Rec. 1991, p. II-1439, apartado 90.

En consecuencia, yerra el Perito al señalar tanto que la CRC falla en acreditar que **COMCEL** ha cobrado precios altos por un periodo significativo de tiempo (o sea que explota su poder o abuse de su posición dominante), como que la CRC no acredita que **COMCEL** tenga la capacidad de modificar unilateral y significativamente las variables del mercado, como quiera que es en esta resolución en la que se consideran y analizan los factores que, en su conjunto, permiten concluir, conforme la teoría y práctica en la materia, que el proveedor es dominante en el mercado relevante de "Servicios Móviles", tal como se señala en la sección 8.1.6.

Ahora bien, **COMCEL** cita el concepto de firmas "Maverick" para advertir que la CRC optó por no valorar el comportamiento de los competidores en el mercado, incluyendo los OMV y la presión competitiva que ellos pueden ejercer frente a dicha empresa. Al respecto, debe señalarse que, no obstante, su afirmación, **COMCEL** no acredita evidencia alguna, por sustracción de materia, que demuestre que el comportamiento en el mercado de las empresas citadas por el operador se adecue a los elementos que según él mismo configuran una firma "Maverick". Ciertamente las cifras de participación de mercado y su evolución revelan el escaso impacto de los nuevos jugadores para generar presiones competitivas sobre **COMCEL**, tal como se evidenció en la sección 8.1.5.1 del presente acto administrativo.

Esto se reafirma con: **(i)** la persistencia en el tiempo de la alta cuota de mercado de **COMCEL** medida en tráfico, ingresos y usuarios para el servicio de voz móvil (61.4%, 53%, y 47.3%), así como también en el servicio de datos móviles (47.1%, 61.8% y 55%) y también para el tráfico de voz, tráfico de datos, ingresos y usuarios del mercado de Servicios Móviles (73.9%, 60.5%, 71%, 67%); **(ii)** la diferencia entre la participación de **COMCEL** y el segundo proveedor que en todos los casos equivale a más del doble; **(iii)** las bajísimas cuotas de participación de los nuevos operadores a nivel individual y de manera agregada, considerando que hace más de 11 años entró en vigencia la Ley 1341 de 2009; y **(iv)** la necesidad de regulación *ex ante* de reciente expedición<sup>1100</sup> para promover el desempeño competitivo de los OMV, dada la situación de estancamiento en la que se encuentran. Lo anterior demuestra que las barreras que existen en el mercado son efectivas para prevenir la entrada de nuevos agentes al mercado que ejerzan presiones competitivas efectivas sobre **COMCEL**, y erosionen junto con los agentes establecidos, su poder de mercado.

Para **COMCEL**, el hecho que exista un competidor con una participación mayor que la de sus competidores, no implica que no exista competencia o que la estructura de ese mercado impida una competencia efectiva. En efecto, afirma citando un par de ejemplos de la Comisión Europea, que cuando el precio de la compañía con mayor participación excede el nivel de precios competitivo, una compañía con menor participación que reduzca ligeramente su precio y venda por debajo del precio de su rival puede aumentar su utilidad vía mayor volumen de ventas producto del menor precio. Es decir, si la compañía menos representativa puede aumentar sus ventas significativamente a través de una pequeña reducción en el precio, entonces las utilidades perdidas debido a la disminución del precio serán poco significativas en comparación con el aumento del volumen proveniente de sus ventas.

Al respecto, cabe señalar que, si bien la hipótesis puesta de presente por el Perito puede tener ocurrencia en algunos eventos, lo cierto es que en manera alguna se verifica en el caso colombiano en el sector de telecomunicaciones. En efecto, lo que se ha demostrado en la presente actuación administrativa es, o bien que **COMCEL** gana participación pese a no ser el operador que mejores precios ha ofrecido, o bien que cuando sus competidores han estructurado ofertas atractivas e innovadoras, las mismas poco efecto han generado en términos de participación de mercado y, además, al utilizar **COMCEL** sus ventajas de segundo jugador le son suficientes con igualarlas, tal como se expuso en la sección 8.1.8.1 del presente documento. En ambos casos quien ha incrementado su participación en el tiempo es **COMCEL**, en la mayoría de las series (voz, Internet y servicios móviles) y periodos, y no sus competidores, lo cual demuestra que las firmas de menor escala no ganan participación (volumen) de manera sostenida, de tal forma que con ello puedan compensar la pérdida de ingresos que supone la reducción de precios. Sobre decir, conforme a la tesis de **COMCEL**, que, si las firmas de menor escala bajan precios y no obstante no aumentan el volumen en términos de tráfico o usuarios, mal puede señalarse que esa estrategia es, para ellos, rentable.

Afirma la Perito que **COMCEL** está solo, como proveedor único del servicio de datos móviles en 263 municipios del país en cumplimiento de unas obligaciones de servicio que le ha impuesto la

<sup>1100</sup> Resolución CRC 5108 de 2017



misma regulación en el afán de garantizar el acceso al servicio a poblaciones que habitan en mercados que no son suficientemente rentables para atraer naturalmente la actividad privada; y que se trata, más aún, de mercados que posiblemente no permiten la actividad rentable de más de un operador por su tamaño y sus características. En su entender, se trata de solucionar un problema de acceso en mercados distintos, que deben ser objeto más de la política social del Estado que de la regulación.

En relación con este argumento, deben señalarse varias consideraciones que restan eficacia probatoria a lo señalado por **COMCEL**. En primer lugar, no es cierto que la asimetría de cobertura de red en virtud de la cual **COMCEL** sea un monopolio en 263 municipios obedezca a exigencias regulatorias, pues, si bien en los procesos de subasta de espectro radioeléctrico IMT se han establecido condiciones de cobertura de servicios móviles con determinadas tecnologías y hacia determinados municipios, es claro que los operadores conocen tales condiciones previamente a su participación en la subasta y son ellos quienes deciden ofertar por la asignación del espectro. Por tanto, el despliegue de redes 2G y 3G para proveer inicialmente el servicio de voz móvil y luego el de datos móviles en los 263 municipios mencionados por **COMCEL** obedeció más a decisiones estratégicas del operador que a mandatos del MINTIC o de la CRC. En segundo lugar, no comparte esta Comisión la conclusión de **COMCEL** según la cual esta situación de monopolio deba ser objeto más de la política social del Estado que de la regulación, pues independiente de las motivaciones que hayan tenido el operador para desplegar infraestructura, en regiones en las que el operador es monopolista la acción regulatoria debe reflejarse primero a través de instrumentos que permitan promover la competencia mediante un incremento en el lado de la oferta (nuevos jugadores) y de la contestabilidad de los precios del monopolista, y en última instancia a través de controles de precios minoristas que impidan la explotación del poder de mercado del monopolista, si fuera el caso.

Por otro lado, a lo largo de la presente Resolución, se han expuesto diferentes indicadores tales como, la participación de mercado de **COMCEL** en términos de tráfico, ingresos y usuarios, tanto en el servicio de Voz Móvil, como el de Internet móvil, así como del consumo conjunto de estos dos servicios (ver sección 8.1.2). Estos indicadores permiten evidenciar la importante posición de **COMCEL** en los mercados estudiados. En las tres variables de medición, **COMCEL** es el proveedor con mayor participación, a tal punto que la diferencia con su inmediato seguidor en ningún caso es inferior a los 20 puntos porcentuales. Lo anterior, se ve también reflejado en la comparación de ingresos operacionales por servicios de telecomunicaciones y activos totales, donde para el período 2012-2019, **COMCEL** registró en promedio 5 veces los activos totales y 4.3 veces los ingresos de TIGO, mientras que con respecto a MOVISTAR la proporción en promedio fue de 2.4 en activos totales y 2.9 en ingresos<sup>1101</sup>, tal como se expuso en la sección 8.1.3.

Por otro lado, **COMCEL** menciona que el ARPU de telefonía móvil ha disminuido considerablemente y que esto puede ser visto como señal de un mercado competitivo, lo mismo que la reducción de la participación en términos de usuarios. Al respecto, es importante recordar que los mencionados cambios en el mercado relevante de Voz Saliente Móvil no necesariamente tuvieron su origen en las fuerzas competitivas del mercado. Por el contrario, desde el año 2009 la Comisión impuso medidas regulatorias con el fin de mitigar fallas de mercado plenamente identificadas, que estaban causando un deterioro significativo en el bienestar social.

En concreto, mediante la Resolución CRT 2062 de 2009, confirmada por la Resolución CRC 2152 del mismo año, la entonces CRT constató la existencia de posición dominante de **COMCEL** en el mercado "Voz Saliente Móvil". Como consecuencia de esto último, mediante la Resolución CRT 2066 de 2009, confirmada a través de la Resolución CRC 2171 de 2009, la Comisión estableció un régimen regulatorio tarifario para **COMCEL** en el que la tarifa off-net no podía ser superior a la tarifa on-net más el cargo de acceso regulado, en razón a la existencia de una falla de mercado originada en dicha diferenciación (*tariff mediated externality*) que hace que **el tamaño del operador se vuelva un factor relevante** en la decisión de consumo del usuario, generando así condiciones competitivas asimétricas.

En línea con lo anterior, con la Resolución CRT 2067 de 2009, confirmada a través de la Resolución CRC 2172 de 2009, la entonces CRT, estableció medidas regulatorias aplicables a **COMCEL**, relativos a la oferta mayorista que debe ofrecer dicha empresa a los proveedores de contenidos

<sup>1101</sup> Estimaciones realizadas a partir de la información pública de Estados Financieros anuales de los años 2012 a 2017 de los proveedores Colombia Móvil S.A., Colombia Telecomunicaciones S.A. y Comunicación Celular S.A.

y aplicaciones. Así mismo, se expidió la Resolución CRC 4002 del 9 de noviembre de 2012<sup>1102</sup> y la Resolución CRC 4050 del mismo año, mediante la cual la CRC impuso dos obligaciones específicas al proveedor dominante: (i) obligación de ofrecer a los demás operadores el último valor de la Tabla 3 del artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007; y (ii) modificar la regla tarifaria en el sentido de requerir que la tarifa off net fuera menor o igual a la tarifa on-net, lo cual tiene aplicación tanto para las condiciones de planes sin promociones, como para aquellos a los que les aplicarían promociones y ofertas (i.e. elegidos, preferidos, etc.).

De igual manera, la Comisión también ha proferido medidas de carácter general tendientes a disminuir los costos de cambio, uso eficiente de la infraestructura, disminución de barreras de entrada, en resumen, promover la competencia en el sector de telecomunicaciones, en este caso en particular a lo concerniente con mercados móviles. A continuación, se mencionan algunas de estas medidas:

- **Portabilidad numérica móvil:** mediante la Resolución CRC 2355 de 2010 y sus modificaciones posteriores se determinaron las condiciones regulatorias y reglas generales aplicables a la implementación y operación de la Portabilidad Numérica para la telefonía móvil en Colombia<sup>1103</sup>. Es importante mencionar que la portabilidad numérica móvil es el derecho que tienen los usuarios a cambiarse de operador conservando el mismo número telefónico. Para ello, el usuario debe presentar una solicitud directamente ante el operador al cual se desea cambiar. El trámite de portación contempló un término máximo de 5 días en el primer año de operación de la portabilidad numérica, a partir de agosto de 2012 se redujo a un máximo de 3 días y desde el 1 de julio de 2020 es menor a un (1) día hábil<sup>1104</sup>.
- **Protección a usuarios:** el Régimen de Protección de Usuarios (RPU) fue expedido -y ha sido modificado- por esta Comisión en virtud del mandato legal contenido en el artículo 53 de la Ley 1341 de 2009<sup>1105</sup>, con el fin de procurar brindar herramientas que pongan a estos en una posición relativa de igualdad frente al poder que los operadores profesan en el mercado. Teniendo en cuenta que los usuarios no cuentan con herramientas jurídicas para disciplinar el comportamiento de los operadores, este régimen los dota de algunas -como la transparencia en tarifas, ofertas, condiciones contractuales, etc.- que posibiliten la toma de decisiones más informadas y de esta manera reducir las desventajas que pueden tener los usuarios en la relación contractual con sus proveedores de servicios de comunicaciones.
- **Desbloqueo de terminales móviles:** respecto de la venta de terminales móviles, cabe recordar que en el marco del proyecto regulatorio "*Revisión de Condiciones de Competencia del Mercado 'Voz Saliente Móvil'*", el cual tuvo como resultado la expedición de la Resolución CRC 3136 de 2011, esta Comisión identificó un costo transaccional asociado a la barrera que representaba el trámite y costo que debía asumir el usuario para desbloquear el equipo terminal móvil con miras a utilizarlo en la red de otro proveedor; este costo transaccional desincentivaba que el usuario decidiera cambiar de proveedor -limitando así la posibilidad de aprovechar ofertas comerciales más favorables diseñadas por otros proveedores-.

Una de las medidas implementadas a través de la mencionada norma fue la prohibición a los proveedores de servicios de comunicaciones de bloquear o restringir el uso de los equipos terminales en redes distintas a las suyas, salvaguardando así que dichos equipos puedan ser utilizados en cualquier red móvil a elección del usuario sin que medie trámite ni costo alguno. Con ello se eliminó dicho costo transaccional.

- **Eliminación de cláusulas de permanencia mínima:** Cuando en un contrato de prestación de servicios de comunicaciones móviles se pacta un periodo de permanencia mínima en el que usuario debe estar suscrito al proveedor móvil, también se establecen unas obligaciones en caso de que usuario decida terminar el contrato de manera

<sup>1102</sup> Se trata de una actuación administrativa de carácter particular y concreto, modificada mediante la Resolución CRC 4050 de 2012. Esta última resolvió el recurso de reposición presentado por **COMCEL**.

<sup>1103</sup> EL régimen de Portabilidad Numérica se encuentra compilado en la Sección 6 del Capítulo 1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016.

<sup>1104</sup> Regulación establecida a través de la Resolución CRC 5929 de 2020.

<sup>1105</sup> Este régimen se encuentra compilado en el Capítulo I del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016.

anticipada al cumplimiento de la fecha final del periodo de permanencia. Tales obligaciones por terminación anticipada representan para el usuario una barrera o un costo que debe enfrentar si desea cambiar de proveedor móvil cuando aún se encuentra vigente el periodo de permanencia mínima.

Con el fin de eliminar dicho costo de cambio, a través de la Resolución CRC 4444 de 2014, se prohibió la suscripción de cláusulas de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios móviles. Adicionalmente, se les exigió a los operadores informar a los usuarios, que aún tenían cláusulas de permanencia vigentes, sobre aspectos como el valor del equipo, el valor subsidiado, el monto a pagar por terminación anticipada y la fecha de inicio y fin de la permanencia mínima. Así, los operadores separaron, por un lado, los contratos de compra de terminales, y por el otro, los contratos de prestación de servicios móviles, con el fin de que los usuarios tuvieran una mayor transparencia en la información y pudieran elegir el plan tarifario que mejor se adaptara a sus necesidades.

- **Regulación en materia de Roaming Automático Nacional (2013-2019):** el Roaming Automático Nacional (RAN) es una instalación esencial asociada a las redes de telecomunicaciones con acceso móvil que permite, sin intervención directa de los usuarios, proveer servicios a éstos, cuando se encuentran fuera de la cobertura de uno o más servicios de su red de origen. En la regulación, el RAN ha sido considerado como instalación esencial desde la Resolución CRT 087 de 1997. Esto implica que los operadores de red tienen la obligación de brindar dicha instalación y el derecho de acceder a ella. Sin embargo, para promover la entrada de nuevos agentes y maximizar el uso de la infraestructura desplegada, la Comisión determinó condiciones técnicas y económicas para el acceso a dicha instalación esencial en la Resolución CRC 4112 de 2013. Posteriormente, la CRC expidió la Resolución CRC 4660 de 2014, en donde generó una diferenciación de los agentes que podían acceder a RAN a precios regulados, y aquellos que no. En específico, se determinó que para operadores entrantes se debe aplicar un valor de remuneración de RAN por un periodo de 5 años contados desde la fecha en que quedó en firme el acto administrativo mediante el cual le fue asignado el permiso de uso de espectro IMT; por su parte, para los operadores establecidos no se reguló el precio, quedando a libre negociación.

Mediante la Resolución CRC 5107 de febrero de 2017, fueron actualizadas las condiciones de remuneración del RAN para operadores entrantes y se redujo el valor regulado, y también se definieron valores de remuneración para proveedores establecidos aplicables únicamente en aquellos municipios donde la Comisión consideró necesario promover el uso eficiente de la infraestructura desplegada. Posteriormente, a través de la Resolución 5827 de 2019 se actualizó el referente del valor para remunerar el tráfico de voz que se origina en la red del proveedor de red visitada.

De acuerdo con las cifras registradas en el año 2019, el total del tráfico de RAN utilizado para la provisión del servicio de voz móvil representó el 3.9%<sup>1106</sup> del total del tráfico minorista de este servicio. Por su parte, el agregado del tráfico de RAN para la provisión del servicio de datos móviles equivalió al 1.3%<sup>1107</sup> del total del tráfico minorista de Internet móvil. En el primer trimestre, esta relación disminuyó al 2.9% en caso el servicio de voz y al 1% en el servicio de datos

- **Medidas en materia de Operación Móvil Virtual:** Mediante la Resolución CRC 3152 de 2011 la CRC implementó algunas medidas regulatorias tendientes a permitir el desarrollo de la operación móvil virtual en Colombia, entre ellas modificaciones en el trámite de solicitud y asignación de numeración para posibilitar que los operadores móviles virtuales (OMV) fueran asignatarios de numeración de manera directa o indirecta a través de los operadores móviles de red (OMR) y para facilitar la asignación de códigos de larga distancia a los OMV que así lo requieran. Posteriormente, a través de la Resolución CRC 4807 de 2015 se actualizaron algunas condiciones sobre la administración

<sup>1106</sup> De acuerdo con lo reportado por los operadores móviles al sistema Colombia TIC, en 2019 se cursaron en total 5.9 mil millones de minutos de tráfico de RAN de voz móvil y en ese mismo año el tráfico total del servicio de voz móvil fue de 149 mil millones de minutos.

<sup>1107</sup> De acuerdo con lo reportado por los operadores móviles al sistema Colombia TIC, en 2019 se cursaron en total 9.2 millones de GB de tráfico de RAN de datos móviles y en ese mismo año el tráfico total del servicio de Internet móvil fue de 695 millones de GB.

del recurso de numeración para los OMV y se flexibilizaron las obligaciones de medición, reporte y publicación de los indicadores técnicos para este tipo de operadores.

Adicionalmente, dentro de las medidas regulatorias implementadas por la Resolución CRC 5108 de 2017, se estableció el régimen regulatorio para la operación móvil virtual, el cual contempla las obligaciones que deben cumplir los operadores de red y los OMV, el contenido de la oferta básica de acceso y las tarifas reguladas para este tipo de acceso mayorista. Todo ello con el fin de facilitar la prestación de servicios móviles en esta modalidad y por ende promover la competencia en los mercados en los que se proveen servicios móviles.

Ahora bien, a pesar de los efectos positivos de las medidas anteriormente mencionadas, la participación de **COMCEL** ya sea en términos de tráfico, ingresos o usuarios, en los servicios de Voz Móvil e Internet Móvil y más propiamente los observados a través de la información producto de los Autos de prueba del 8 de diciembre de 2017, 18 de junio y 10 de septiembre de 2018, y 19 de junio de 2020, se mantiene en el tiempo en niveles considerablemente altos.

Así mismo, **COMCEL** argumenta que la disminución de precios es evidencia de un mercado en competencia, por lo que mal hace la CRC en argumentar lo contrario. En este punto, es importante señalar, tal como se ilustró en la sección 8.1.2, que el mercado móvil colombiano se ha caracterizado por presentar continuas reducciones tanto en los ingresos promedio por minuto-RPM como en los ARPU, esto gracias a la presencia de economías de escala y alcance en la industria móvil, lo que permite reducir los costos medios por unidad de consumo (minutos y gigas), y de esta manera disminuir los precios del mercado. Lo anterior no quiere decir que los precios de mercado se encuentren en su nivel óptimo, es decir, que no puedan ser más bajos de lo que hoy son.

Estas economías de escala y alcance fueron puestas de manifiesto en la sección 8.1.3, mediante el aumento en la cantidad de usuarios y el tráfico cursado, tanto en el servicio de voz como en el de Internet móvil. Las cifras muestran que entre los años 2008 y 2019 para el servicio de voz móvil se tuvo una tasa de crecimiento anual compuesta en términos de usuarios y tráfico de aproximadamente 4.4% y 10%, respectivamente. Por su parte, para el servicio de Internet móvil, en el mismo periodo dichas tasas correspondieron a 24.2% en términos de usuarios y a 48% en materia de tráfico. Lo anterior refleja que los costos medios por minuto y por GB se han reducido considerablemente, derivando en una continua reducción de precios, lo que de ninguna manera desmiente que en efecto exista un operador con mayores economías de escala y alcance que le permitan ostentar una posición dominante. Tan es así, que de hecho hoy en día en el mercado "voz saliente móvil", **COMCEL** se mantiene como operador con posición dominante.

En ese sentido, en el servicio de voz móvil, tal como se puede observar en la Gráfica 10, en el período de estudio correspondiente a los trimestres comprendidos entre 1T-2008 y 1T-2020, **COMCEL** experimenta una tendencia negativa en el ingreso promedio por minuto, registrando el valor más bajo en el 34.7% de la muestra, es decir, en 17 trimestres de los 49 evaluados. Vale la pena señalar que a partir del primer trimestre de 2016 las diferencias entre los tres operadores más grandes del mercado en el ingreso promedio por minuto se reduce a un solo dígito, con la excepción del 2T-2019 en donde sube a \$10, es decir, los tres proveedores con mayor relevancia en el mercado ofrecen un precio similar por minuto. Teniendo en cuenta que **COMCEL** no es entonces el operador que registró consistentemente el precio promedio por minuto más bajo de toda la serie, ¿qué explicaría que siga manteniendo las participaciones de mercado más altas, medidas en ingresos, tráfico y usuarios?

Lo anterior se vuelve más crítico si se tiene en cuenta que los otros dos operadores, MOVISTAR y TIGO, han intentado no solo reducir sus precios, y lograr el precio por minuto más bajo en el 22.4% y 42.9% de la muestra, respectivamente, sino que además han experimentado tasas de crecimiento anuales compuestas tanto en tráfico (9.2% MOVISTAR y 12.5% TIGO; vs **COMCEL** 9.3%) como en usuarios (4.4% MOVISTAR y 10.2% TIGO; vs **COMCEL** 1.2%) muy similares e incluso superiores a las registradas por **COMCEL** en el mismo período. Es entonces la preservación de una masa crítica de usuarios por parte de **COMCEL**, producto de las ventajas del *primer jugador*<sup>1108</sup> en el servicio de voz móvil, lo que explica que, a pesar de los esfuerzos de

<sup>1108</sup> Vale la pena aclarar que las ventajas de primer jugador solo fueron posibles en el mercado de voz móvil, mientras que tal como se explicó en la sección 8.1.2. en el servicio de Internet Móvil, los tres proveedores incumbentes iniciaron

los demás competidores, la estrategia de conservar dicha masa ha sido suficiente para, en términos generales, continuar con las participaciones de mercado en niveles considerables.

Por otro lado, en lo que corresponde al servicio de Internet móvil, **COMCEL** tuvo una mediana del ingreso promedio por GB para el período comprendido entre el primer trimestre de 2012 y el primer trimestre de 2020 de \$21,255 pesos, siendo 5.6% superior a la registrada por MOVISTAR (\$21,651) y 3.7% a la de TIGO (\$22,449), lo que en últimas indica que fue **COMCEL** el operador con el precio promedio más alto del mercado entre 2012 y primer trimestre de 2020. Así mismo, vale la pena resaltar que en términos generales el coeficiente de variación<sup>1109</sup> en el periodo de estudio fue inferior al 51%, siendo **COMCEL** el que presentó el coeficiente más alto con 50.2%, es decir, el ingreso promedio por GB de este proveedor en los 33 trimestres analizados fue el más heterogéneo. En ese sentido, al analizar las variaciones por período, se observa que a pesar de que los tres operadores más grandes presentaron una tendencia negativa a lo largo del tiempo (ver Gráfica 14), **MOVISTAR** fue el que registró una tasa de crecimiento anual compuesto (2012-2019) más baja, con -20.2%, es decir, fue el operador que en el período analizado en promedio registró las mayores variaciones por año, dato que es aún más relevante si se tiene en cuenta que **COMCEL** en el primer año (2012) tenía un ingreso promedio por GB superior a MOVISTAR en cerca de \$14,605. Hay que tener en cuenta que **COMCEL** presentó el ingreso promedio por GB más alto en 26 de los 33 trimestres analizados, por lo que no es precisamente su precio por GB el más atractivo del mercado como así lo presenta él mismo para explicar la brecha en participaciones de mercado.

De igual manera, es importante señalar, que cuando se comparan los periodos en donde **COMCEL** adquirió más usuarios en Internet móvil (tasa de crecimiento trimestral superior al 10%) con los periodos en donde registró el ingreso promedio por GB más alto, por lo general coinciden (8 trimestres de los 11 identificados). Lo anterior resulta contraintuitivo, en la medida que se esperaría que se materializara la relación inversa, en la que precios bajos coincidieran con aumento de usuarios.

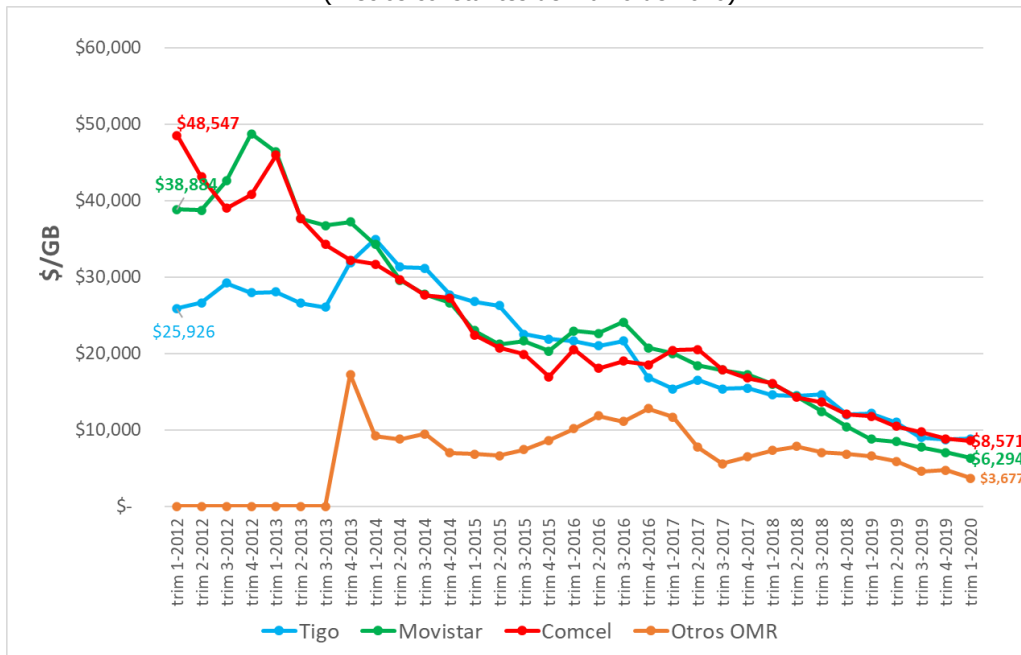
Por otro lado, vale la pena recordar que el servicio Internet móvil está dividido en dos segmentos de consumo: suscripción y demanda. En ese sentido, en la Gráfica 71 se puede observar el ingreso promedio por GB en la modalidad de suscripción, en donde al igual que en las cifras agregadas, los tres proveedores más grandes experimentan una pendiente negativa. No obstante, **COMCEL** con una mediana del precio por GB de \$20,405 pesos en el periodo analizado es el proveedor con el precio más bajo, con una diferencia de -5.7% con respecto a la mediana del precio de MOVISTAR y TIGO, lo que evidencia que la diferencia de precios entre los tres proveedores más importantes en el segmento de Internet por suscripción no es significativa. Adicionalmente, aunque **COMCEL** es el operador con la mediana del precio más baja, esto no significa que sea el que ofreció el menor precio a lo largo del período, ya que TIGO fue el que registró el ingreso promedio por GB más bajo durante más tiempo (14 trimestres de 33 estudiados), mientras que **COMCEL** tuvo el precio más bajo en 10 trimestres. Lo anterior se profundiza aún más en el Internet móvil por demanda, pues **COMCEL** en ningún trimestre registra el ingreso promedio por GB más bajo, y, por el contrario, ofrece el precio más alto en el 87.9% de la muestra (29 trimestres de 33 analizados) (ver Gráfica 71).

En dicho segmento, **COMCEL** es de lejos el proveedor con el precio más elevado, ya que su mediana en el período de estudio fue de \$41,688 pesos por GB, mientras que la de MOVISTAR fue de \$16,741 y la de TIGO de \$25,129 pesos por GB. Resulta pertinente recordar que el servicio de Internet móvil tiene una distribución de usuarios por segmento, tal como se puede observar en la Gráfica 15, de aproximadamente 58.4% para demanda y 41.6% para suscripción. Distribución que como es de esperarse, dado su tamaño e importancia en las cifras de mercado, guarda estrecha relación con la observada en **COMCEL** (58.5% demanda y 41.5% suscripción), siendo así este segmento el de mayor participación dentro de los usuarios de **COMCEL**.

la prestación del servicio de manera contemporánea. No obstante, lo anterior no quiere decir, que **COMCEL** no haya explotado sus economías de alcance, tal como se explicó en la sección 8.1.3.2. de la presente resolución.

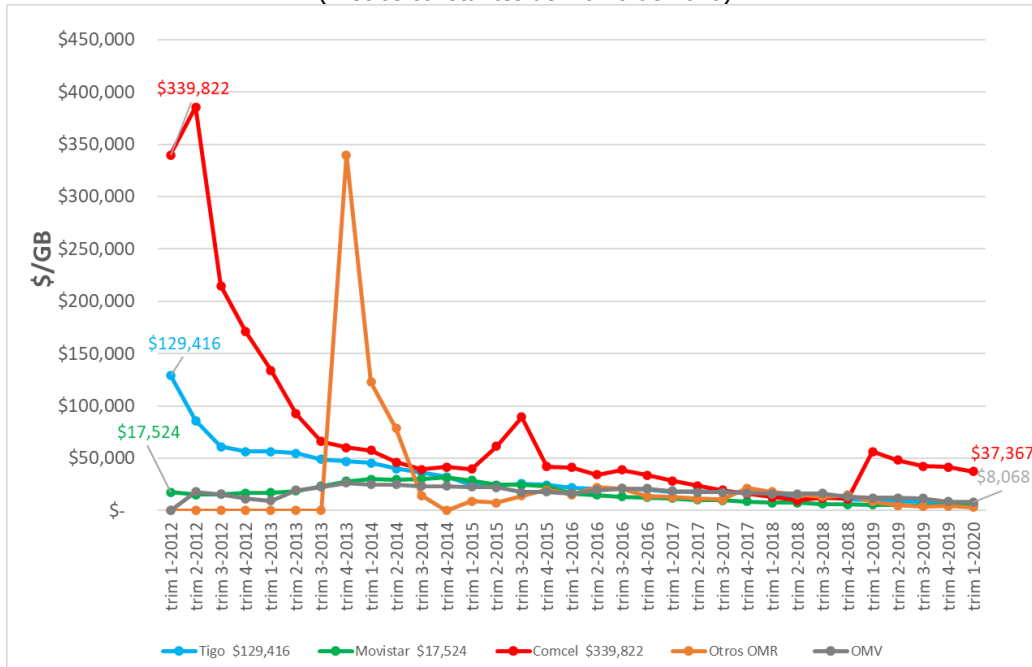
<sup>1109</sup> El coeficiente de variación captura el grado de variabilidad de la serie. Entre mayor sea el coeficiente, más heterogénea es la muestra, es decir, los datos presentan mayor variación. Este indicador expresa la desviación estándar como porcentaje de la media aritmética:  $\frac{\sigma}{|\bar{x}|}$

**Gráfica 71. Ingreso promedio por GB Internet móvil por suscripción**  
(Precios constantes de marzo de 2020)



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC y DANE (Variación trimestral IPC 2008 a 2020)

**Gráfica 72. Ingreso promedio por GB Internet móvil por demanda**  
(Precios constantes de marzo de 2020)



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC y DANE (Variación trimestral IPC 2008 a 2020)

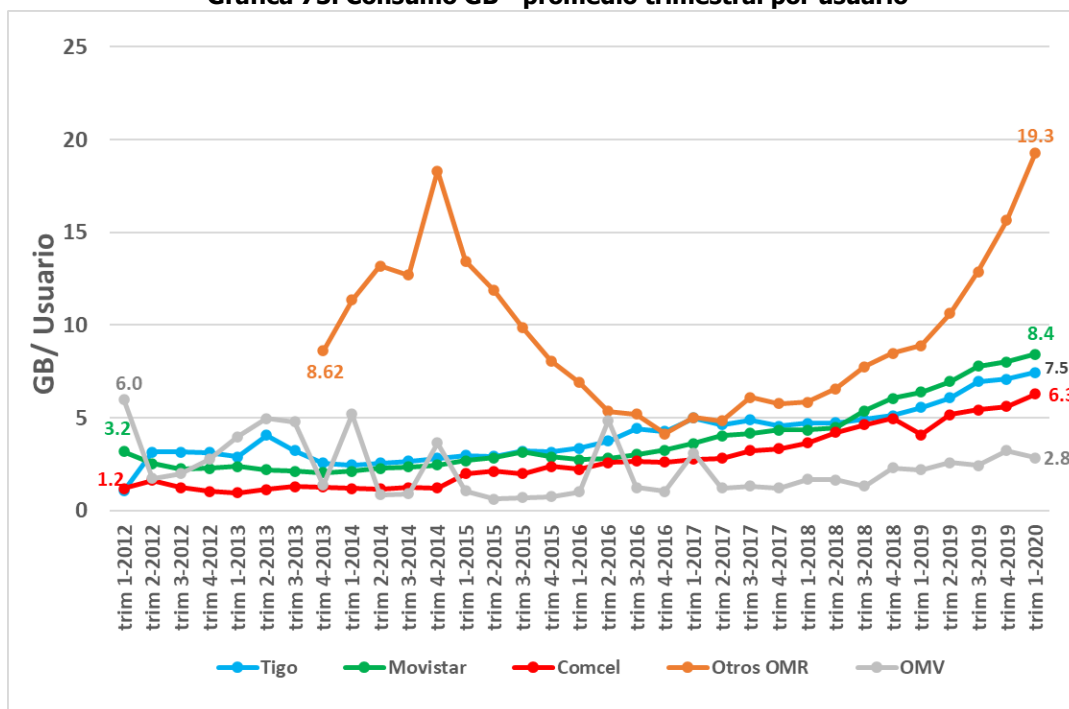
Por otro lado, en cuanto a la referencia que expone **COMCEL** sobre la presencia de precios bajos resultado de competencia efectiva, especialmente en lugares donde el dominante enfrenta la competencia de **TIGO**, llaman la atención dos resultados de la modelación de Marcela Meléndez que no representan de manera adecuada la realidad del mercado colombiano: (i) el modelo al que hace referencia **COMCEL** indica que hay un efecto disciplinador de la presencia de **TIGO** pero no de **MOVISTAR**, siendo que este último es el segundo operador en el mercado, tanto en participación como en cobertura. Que un jugador con este rol en el mercado no le genere presión competitiva a **COMCEL** reflejaría la capacidad que tiene el operador para actuar de manera independiente del mercado; y (ii) el ejercicio parte del supuesto de que la oferta comercial de los operadores móviles es diferenciada a nivel geográfico, y que por ende se definen precios diferentes en función de los operadores que tienen presencia en los diferentes municipios. Sin embargo, los planes tarifarios de los operadores están disponibles en todo el territorio nacional, por lo que las diferencias resaltadas por la Perito, además de ser puntuales y poco significativas,

obedecen a variaciones en el tráfico cursado, variable que sirve de insumo para la construcción de la variable proxy de precio del estudio en mención.

Cabe mencionar, que el comportamiento diferencial de la oferta comercial a nivel de municipio es costoso para un operador móvil por lo que implica en términos de sistemas de información, mercadeo, publicidad y el posible arbitraje que podrían hacer los usuarios contratando el plan en un municipio con condiciones diferenciadas, pero haciendo uso del mismo en cualquier lugar del país. En este sentido, en la medida en la que el modelo refleja pobremente la realidad del mercado colombiano, los resultados a los que hace referencia **COMCEL** resultan irrelevantes.

Así mismo, vale la pena resaltar que el modelo estadístico aportado por la Perito, está diseñado y formulado con el fin de evidenciar si se ha sacado o no ventaja de la posición dominante, es decir, si ha existido un abuso de esta, y no si el operador **COMCEL** tiene posición dominante en el mercado relevante de "Servicios Móviles". En ese sentido, cabe aclarar nuevamente, tal como se hizo al inicio de la presente sección, que ser un operador con posición dominante no implica que este haya ejercido ni mucho menos abusado de dicha posición, por lo que concluir que no existe posición dominante con el argumento de que **COMCEL** no está determinando el precio de manera independiente desconoce por completo la teoría regulatoria y de competencia, pues la potencialidad en ningún caso implica la materialización del hecho ni va en contravía de su existencia.

**Gráfica 73. Consumo GB - promedio trimestral por usuario**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

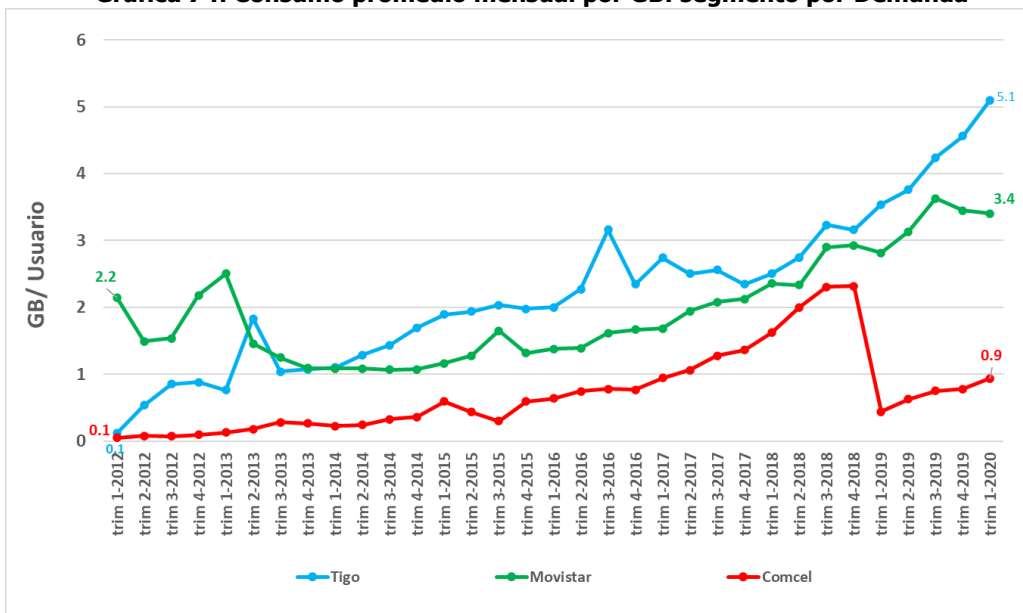
En lo que respecta al consumo promedio por usuario, en la Gráfica 73 se puede observar que los usuarios de **COMCEL** no son los que en promedio consumen más GB por trimestre, incluso en el periodo analizado siempre se encuentra por debajo de sus dos competidores con una mediana de 2.38 GB por trimestre, contra 3.02 GB de MOVISTAR y 3.76 GB de TIGO, es decir, una diferencia promedio de consumo trimestral por usuario de 26.7% a favor de MOVISTAR y 57.8% de TIGO. En ese sentido, a pesar de que **COMCEL** es el operador con mayor participación en términos de tráfico y usuarios, la relación tráfico-usuarios es menor que la de sus competidores, lo que puede ser explicado por el perfil de consumo de sus usuarios, la mayoría de estos se encuentran en el segmento prepago que en promedio generan menos ingresos y tráfico por usuario, o porque sus principales competidores ofrecen mayor capacidad de navegación con el fin de ganar más usuarios, tal como él mismo señaló en las pruebas de contestabilidad de ofertas allegadas y que fueron analizadas en la presente sección.

Cuando se calcula el consumo promedio trimestral por usuario para los segmentos por suscripción y demanda para el periodo entre 2012 y el primer trimestre de 2020, se encuentra que, en primer lugar, la diferencia de consumo entre ambos segmentos es muy grande. Mientras que en suscripción se consume un promedio trimestral por usuario cercano a 6.13 GB, en demanda el

consumo apenas alcanza 1.18 GB por usuario, es decir, una diferencia de 421% aproximadamente. No hay que olvidar que además este último segmento tiene un precio promedio por GB mayor al de suscripción.

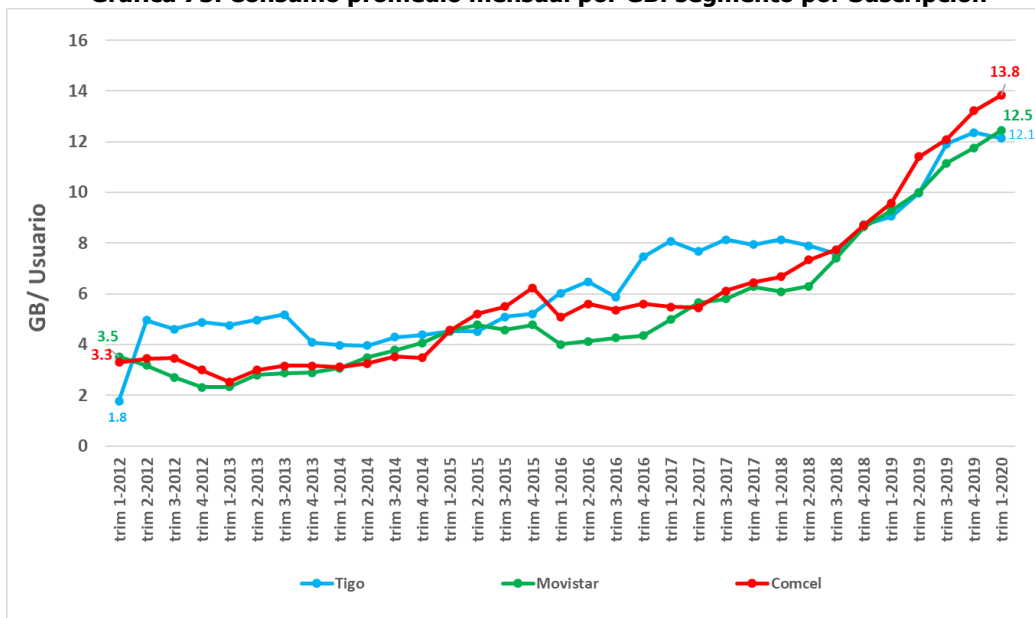
De otra parte, en Internet móvil por demanda el consumo promedio mensual de los usuarios tanto de TIGO como de MOVISTAR es considerablemente mayor que el de los usuarios de **COMCEL**, siendo el del primero cerca de 5.43 veces el consumo promedio por usuario registrado por **COMCEL** y el del segundo 3.62 veces (ver Gráfica 74). No obstante, en suscripción la distancia entre los operadores es mucho menor, pues a pesar de que TIGO nuevamente es el operador que mayor capacidad ofrece en la mayor cantidad de periodos analizados o que al menos en promedio más consumieron sus usuarios, la diferencia con **COMCEL** es cercana a los 0.63 GB y con respecto a MOVISTAR es de aproximadamente 1.16 GB (ver Gráfica 75).

**Gráfica 74. Consumo promedio mensual por GB: segmento por Demanda**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

**Gráfica 75. Consumo promedio mensual por GB: segmento por Suscripción**



Fuente: Elaboración CRC, datos Colombia TIC.

No deja de ser extraño, sin embargo, que a pesar de que TIGO en Internet móvil registra un tráfico muy superior a **COMCEL** y que además ambos proveedores tengan un ingreso promedio por GB relativamente similar, incluso en varios periodos TIGO sea el de menor precio, esto no se refleje en las participaciones de mercado.



Este resultado es más relevante aún, si se tiene en cuenta que, contrario a lo experimentado en el servicio de Voz Saliente Móvil, en Internet Móvil los tres proveedores más representativos empezaron a ofrecer el servicio en el mismo período, por lo que las ventajas del *primer jugador* que tenía en voz móvil no aplicaron de manera directa en Internet Móvil. Sin embargo, al estar la prestación de estos dos servicios relacionada (economías de alcance) los operadores que ofrecen los dos servicios utilizaron las ventajas comparativas obtenidas en voz para ganar usuarios en el servicio de datos, tal como se explicó en la sección 8.1.7 de la presente Resolución, por lo que el proveedor con posición dominante en el mercado que sirve de apalancamiento (Voz Saliente Móvil) logró sacar mayor ventaja en el mercado de "Servicios Móviles".

En ese orden de ideas, carece de racionalidad económica que **COMCEL** sin ser el proveedor más barato, ni el que mayor cantidad de GB ofrece, tenga las mayores participaciones de mercado y además mantenga una amplia diferencia con sus más cercanos competidores a lo largo del tiempo. Basta con ver que en el primer trimestre de 2012 la diferencia de usuarios entre **COMCEL** con respecto a MOVISTAR y TIGO era de alrededor de 1,570,000 usuarios en promedio, mientras que en el primer trimestre de 2020 la diferencia sobrepasa los 10.5 millones, es decir, un crecimiento de alrededor de 571%. Brecha que, tal como se ha venido exponiendo, no es explicada por diferencias comerciales sustanciales, en términos de precios y cantidades, a favor de **COMCEL**. Así entonces, surge la pregunta ¿Qué explica que **COMCEL** tanto en usuarios, como en tráfico e ingresos tenga participaciones tan elevadas en el mercado relevante de servicios móviles?

De acuerdo con estudios de psicología del consumidor adelantados por la Comisión<sup>1110</sup>, las razones de elección del proveedor pueden ser clasificadas en dos categorías principales: emocionales y funcionales. En lo que respecta a las primeras, estas están relacionadas con una elección que se ajusta a las prioridades del usuario, por ejemplo, pertenecer a la misma red de la familia o amigos o estar con el operador con mejor imagen en el mercado. Las razones de orden funcional se relacionan con los componentes utilitarios del servicio y con las características inherentes de este, es decir, la posibilidad de tener minutos ilimitados o tener acceso a una mayor cobertura, entre otros. En el ejercicio de psicología del consumidor se encontró que en todas las ciudades donde se realizó, prima el precio a la hora de la elección, por lo que las promociones resultan ser un criterio considerable tanto en las razones de compra emocional como funcional.

De igual manera, algunos ejercicios empíricos han aportado evidencia relevante, estadísticamente hablando, relacionada con los factores que afectan el proceso de elección de los usuarios a la hora de escoger un proveedor de telecomunicaciones. Pulrajan y Rajkumar (2011) por ejemplo, encontraron que el precio es el principal factor en la decisión de compra de un usuario, sin embargo, la calidad del producto y disponibilidad juegan un papel fundamental en el proceso de selección de un proveedor de servicios de telecomunicaciones<sup>1111</sup>. Lo anterior se refuerza con los hallazgos de Tripathi & Siddiqui (2010), los cuales señalan que los atributos que mayor impacto tienen en la elección de los usuarios son la conectividad de la red, el servicio al cliente y las tarifas<sup>1112</sup>. En ese sentido, tal como se mencionó anteriormente, la elección por **COMCEL** no parece estar motivada por el precio, lo que iría en contra de lo expuesto por la mayoría de los estudios relacionados con la teoría de elección. Así entonces, si la ventaja comparativa que sustenta su participación de mercado no se explica por su dominancia, debería explicarse entonces por la calidad que ofrece, su servicio al cliente o la buena imagen que proyecta a los usuarios.

En lo que respecta a la calidad del servicio móvil, la Comisión midió este atributo de manera objetiva para las principales ciudades del país en los años 2017<sup>1113</sup>, 2018 y 2019<sup>1114</sup>, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución CRC 5078 de 2016, en donde se determinó que la CRC realizará

<sup>1110</sup>COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. Revisión Integral del Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones. 2016. [En línea]. Consultado 21/08/2018. Disponible en <[https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/NuevoRPU/Documento\\_Soporte\\_RPU\\_2016.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/NuevoRPU/Documento_Soporte_RPU_2016.pdf)>

<sup>1111</sup> PAULRAJAN, Rajkumar, RAJKUMAR, Harish. Service Quality and Customer Preference of Cellular Mobile Service Providers. Journal of Technology Management & Innovation. 2011. [En línea]. Consultado 21/08/2018. Disponible en <<file:///E:/Users/yeison.loaiza/Downloads/625-1058-1-PB.pdf>>

<sup>1112</sup>TRIPATHI, Shalini, SIDDIQUI, Masood. An empirical investigation of customer preferences in mobile services. Journal of Targeting, Measurement and Analysis for Marketing. 2010. [En línea]. Consultado 21/08/2018. Disponible en <<https://link.springer.com/article/10.1057/jt.2009.28>>

<sup>1113</sup>Ciudades año 2017 y 2018: Bogotá, Barranquilla, Bucaramanga, Manizales, Medellín, Neiva, Popayán, Quibdó, Santa Marta y Tunja.

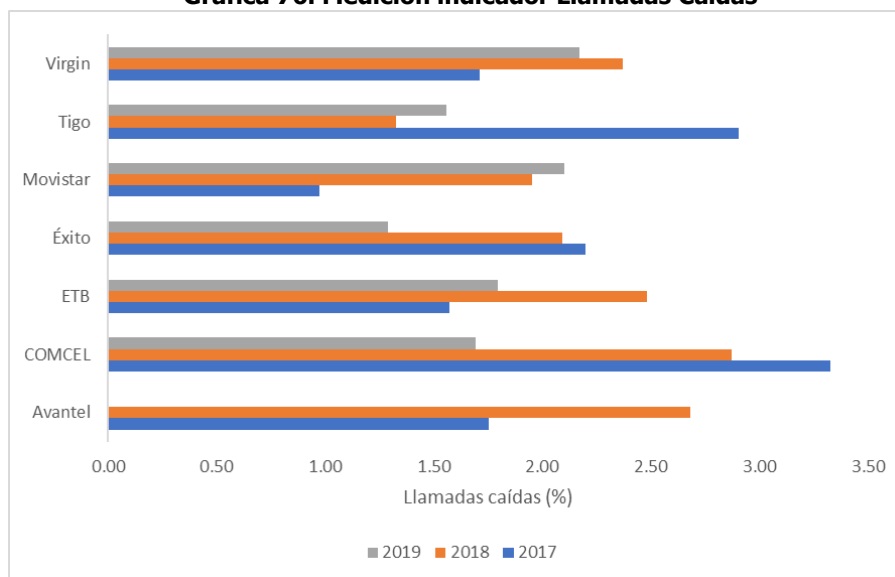
<sup>1114</sup> Ciudades año 2019: Bogotá, Barranquilla, Cúcuta, Manizales, Medellín, Neiva, Popayán, Quibdó, Santa Marta y Tunja.

mediciones comparativas de calidad para los servicios de telecomunicaciones prestados a través de redes móviles y fijas, orientadas a reflejar la experiencia objetiva desde el punto de vista de los usuarios, con el propósito de entregar a estos información sobre la calidad de los servicios de telecomunicaciones.

Para realizar estas mediciones anuales, se utilizaron vehículos que recorrieron constantemente las ciudades durante dos meses siguiendo rutas aleatorias, haciendo en cada una un número significativo de mediciones para conocer la calidad del servicio ofrecido al usuario. Los indicadores que se miden son: llamadas caídas<sup>1115</sup>, llamadas no exitosas<sup>1116</sup>, calidad de las llamadas<sup>1117</sup>, tiempo medio de carga web<sup>1118</sup>, latencia<sup>1119</sup> y velocidad de descarga<sup>1120</sup>. En lo que respecta a esta actuación particular, para los análisis pertinentes se utilizaron las mediciones correspondientes a los años 2017, 2018 y 2019, teniendo en cuenta las ciudades comparables en los tres años y los mismos proveedores<sup>1121</sup>.

Contrario a lo esperado, **COMCEL** en ninguno de los tres años presenta una superioridad en términos de calidad que sustente las diferencias significativas de participación de mercado. Por ejemplo, en los indicadores llamadas caídas y llamadas no exitosas, **COMCEL** fue el operador que registró el indicador más alto en el año 2018, en ambos casos cerca de 50 puntos por encima del puntaje promedio del indicador. En el año 2019, en llamadas no exitosas **COMCEL** sigue estando por encima del puntaje total promedio (1.42). mientras que en el indicador de llamadas caídas **COMCEL** se encuentra por debajo del puntaje total promedio en cerca de 14 puntos, sin embargo, no registra el indicador más bajo (ver Gráficas 76 y 77).

**Gráfica 76. Medición indicador Llamadas Caídas**



**Fuente:** Elaboración CRC, datos Resolución CRC 5078 de 2016<sup>1122</sup>

<sup>1115</sup> Son las llamadas que se terminan durante el transcurso de la llamada sin que ninguno de los participantes de la misma haya dado por terminada la comunicación. Mientras más bajo sea el porcentaje, la experiencia del usuario es mejor.

<sup>1116</sup> Este indicador mide el porcentaje de intentos que no logran establecer la llamada cuando se ha marcado un número para una efectiva comunicación entre los usuarios. A menor porcentaje, mejor es la experiencia del usuario que hace uso del servicio de llamada de voz móvil.

<sup>1117</sup> Consiste en la calificación del audio de la conversación en una llamada de voz a través del parámetro MOS (Mean Score Opinion). Su calificación va de 1 a 5, en donde 1 es una calidad mala de la voz (no se entiende lo que se habla) y 5 excelente calidad (audio nítido y entendible).

<sup>1118</sup> Se refiere al tiempo medido en que toma una página web en cargar completamente todos los recursos para su visualización y uso. Si el tiempo obtenido en la medición es bajo, la experiencia del usuario es mejor.

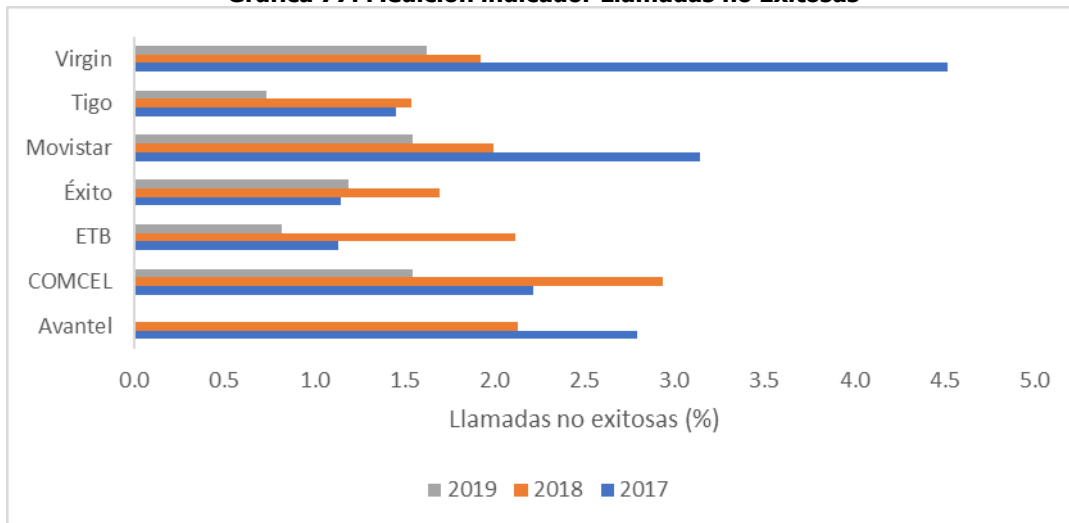
<sup>1119</sup> Mide que tan rápido viaja un paquete de datos desde el punto de origen al destino. La experiencia al intentar acceder a audio, video y video juegos es mejor con latencias más bajas. Por lo cual, si el tiempo obtenido en la medición es bajo, la experiencia del usuario es mejor.

<sup>1120</sup> Se entiende como la rapidez con la que se pueden descargar y cargar contenidos desde una página Web. A mayor velocidad obtenida en la medición, mejor experiencia del usuario.

<sup>1121</sup> Estas mediciones comparten tiempo, modo y lugar, por lo que los resultados son comparables entre los proveedores. Las ciudades analizadas fueron: Bogotá, Barranquilla, Manizales, Medellín, Neiva, Popayán, Quibdó, Santa Marta y Tunja. Mientras que los proveedores fueron: COMCEL, MOVISTAR, TIGO, AVANTELE, VIRGIN, ÉXITO Y ETB.

<sup>1122</sup> Para el año 2019, en el caso del proveedor Avantel, los indicadores de calidad del servicio de voz móvil objetos de medición, se vieron afectados por la desconexión del acceso a la instalación esencial de RAN que el proveedor Colombia Móvil (Tigo) efectuó respecto de aquel.

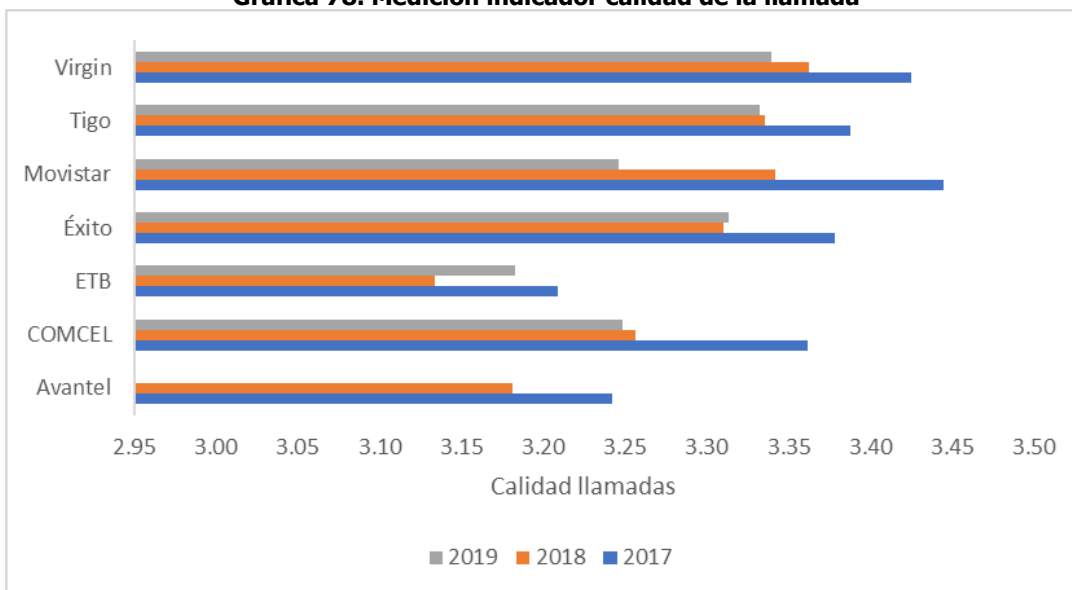
**Gráfica 77. Medición indicador Llamadas no Exitosas**



Fuente: Elaboración CRC, datos Resolución CRC 5078 de 2016<sup>1123</sup>

En cuanto al indicador de calidad de la llamada, COMCEL en ninguno de los tres años supera el indicador total. De hecho, para el año 2017, el que ofreció una mejor experiencia de voz fue MOVISTAR (3.44), mientras que para los años 2018 y 2019 fue VIRGIN (3.42 y 3.34), tal como se puede observar en la Gráfica 78. Así entonces, al menos en los indicadores de voz móvil, **COMCEL** no es el proveedor que mejor calidad ofrece, y aun así, tiene la mayor cantidad de usuarios, lo que sumado al análisis anterior de precios deja en evidencia que las explicaciones de **COMCEL** acerca del por qué tiene unas participaciones de mercado tan altas no se compadecen con la realidad de los indicadores del sector.

**Gráfica 78. Medición indicador calidad de la llamada**



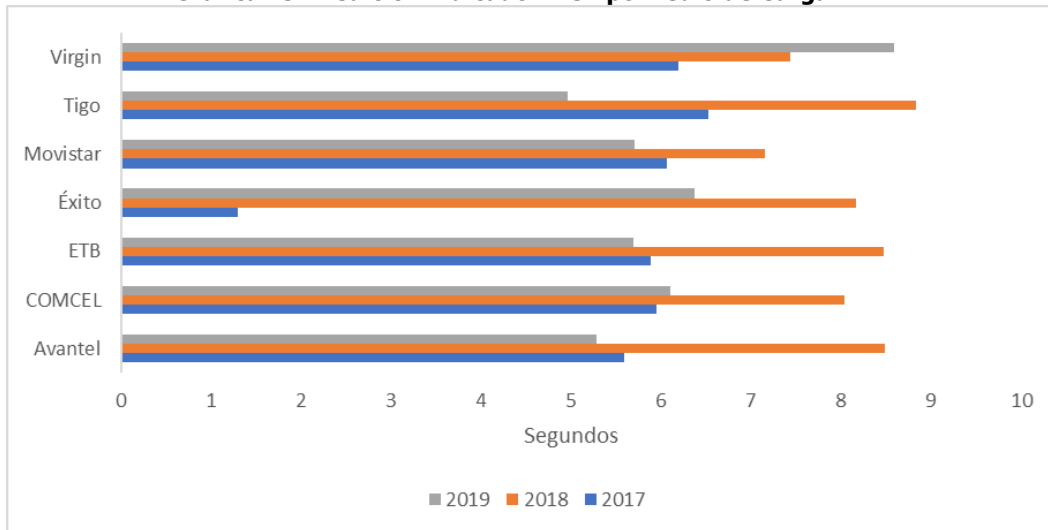
Fuente: Elaboración CRC, datos Resolución CRC 5078 de 2016<sup>1124</sup>

En lo que respecta a los indicadores del servicio de Internet móvil (tiempo medio de carga web, latencia y velocidad de descarga) **COMCEL** tampoco registra una ventaja positiva significativa con respecto al resto del mercado que pudiera explicar con contundencia las participaciones de mercado que ostenta. Para el indicador de tiempo medio de carga web, **COMCEL** tampoco es el proveedor con el mejor indicador, de hecho, lo superan dos operadores en el año 2019 y la mayoría de los proveedores en la medición del año 2018 (ver Gráfica 79).

<sup>1123</sup> Para el año 2019, en el caso del proveedor Avantel, los indicadores de calidad del servicio de voz móvil objetos de medición, se vieron afectados por la desconexión del acceso a la instalación esencial de RAN que el proveedor Colombia Móvil (Tigo) efectuó respecto de aquel.

<sup>1124</sup> Para el año 2019, en el caso del proveedor Avantel, los indicadores de calidad del servicio de voz móvil objetos de medición, se vieron afectados por la desconexión del acceso a la instalación esencial de RAN que el proveedor Colombia Móvil (Tigo) efectuó respecto de aquel.

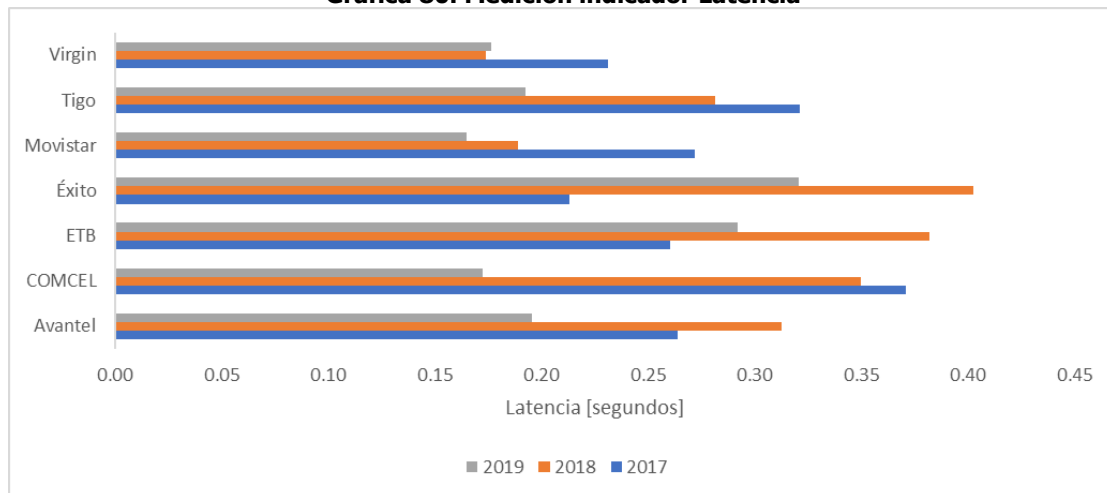
**Gráfica 79. Medición indicador Tiempo Medio de Carga WEB**



Fuente: Elaboración CRC, datos Resolución CRC 5078 de 2016

En latencia, **COMCEL** a pesar de ser el proveedor con el indicador más alto en el año 2017, para los dos años siguientes este se redujo considerablemente, -5.8% en el año 2018 y -50.6% en el 2019, lo que llevó a que para dichos años COMCEL no fuera el operador con la mejor latencia en la medición (ver Gráfica 80).

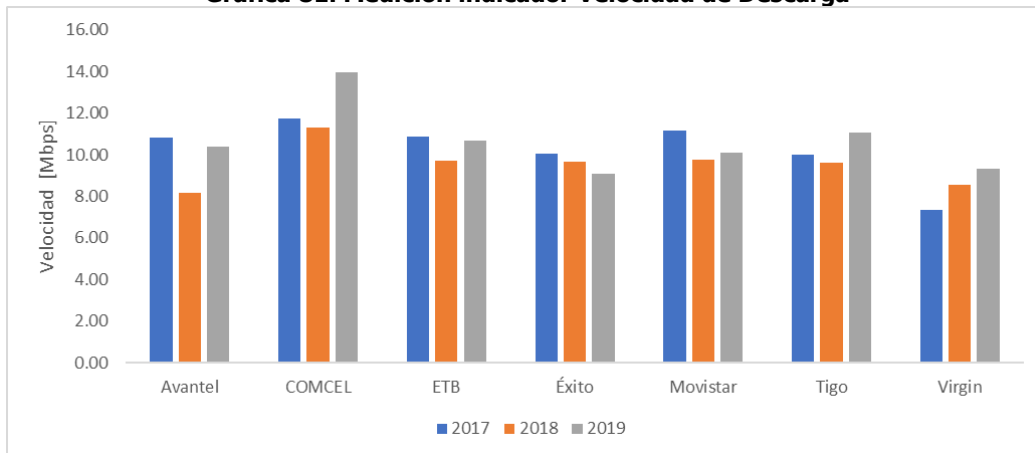
**Gráfica 80. Medición indicador Latencia**



Fuente: Elaboración CRC, datos Resolución CRC 5078 de 2016

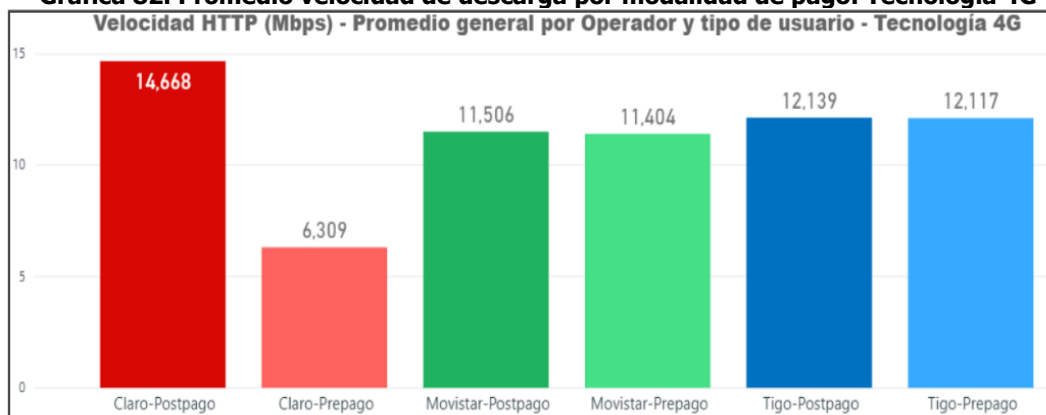
Por último, en lo concerniente a la velocidad de descarga, **COMCEL** en los tres años evaluados es el operador con el mejor indicador, aunque la diferencia con respecto al segundo proveedor con mayor velocidad de descarga en promedio para los tres años es de 15.8% (ver Gráfica 81). En ese sentido, aunque es cierto que **COMCEL** presenta una diferencia positiva en su velocidad de descarga, dicha diferencia con respecto al segundo y tercer proveedor no parece lo suficientemente amplia como para explicar las diferencias en participación expuestas en la sección 8.1.2, más si se tiene en cuenta que en la medición de este indicador por segmento de pago (ver Gráfica 82), **COMCEL** para el año 2019 es el único proveedor que registra una diferencia significativa entre la experiencia de los usuarios pospago, que en su totalidad pertenecen al segmento de Internet por suscripción, y la de los usuarios prepago, que representan el segmento por demanda. En esa medida, la mayor proporción de usuarios de **COMCEL** no disfrutaron de mayor velocidad con respecto a la que experimentan los usuarios en los demás proveedores, por lo que queda en duda que dicho indicador funcione como ancla para atraer más abonados. Vale la pena recordar que, en promedio, los usuarios de Internet por demanda tienen un menor consumo y un mayor precio por GB, lo que sumado a que en el mejor indicador de calidad que ofrece **COMCEL** estos no lo puedan disfrutar, hace que el argumento de dicho proveedor acerca de que los usuarios lo escogen porque es "el mejor del mercado" quede sin sustento fáctico.

**Gráfica 81. Medición indicador Velocidad de Descarga**



Fuente: Elaboración CRC, datos Resolución CRC 5078 de 2016

**Gráfica 82. Promedio velocidad de descarga por modalidad de pago: Tecnología 4G**



Fuente: CRC. Medición de calidad objetiva de los servicios de comunicaciones 2019. Agosto 2020. Disponible en < <https://www.postdata.gov.co/story/medici%C3%B3n-de-calidad-objetiva-y-subjetiva-de-los-servicios-de-comunicaciones-en-2019>>

La evidencia anterior permite constatar que el proveedor **COMCEL** no registra indicadores de calidad objetiva para ninguno de los tres años, 2017, 2018 y 2019, que permitan explicar las diferencias significativas que existen en las participaciones de mercado tanto en términos de ingresos, tráfico y usuarios, para los servicios de Internet Móvil y Voz Móvil. En consecuencia, contrario a lo que afirma **COMCEL**, la calidad de los servicios no parece ser el factor diferenciador que explique la preponderancia de dicho agente en los servicios estudiados.

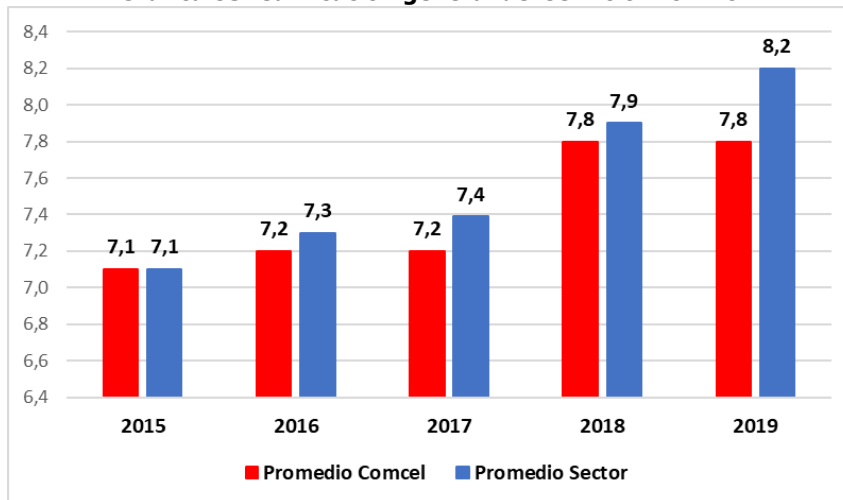
Por otro lado, la percepción del usuario con respecto al proveedor y al servicio en general también es un factor que juega un papel importante en la elección del consumidor. En ese sentido existe una serie de atributos que componen la experiencia del usuario y que permiten conocer la relación usuario-proveedor. Algunos de estos atributos son capturados por la medición de calidad subjetiva que realiza la CRC desde el año 2014<sup>1125</sup>.

En lo que respecta a la percepción de usuarios sobre la calidad del servicio que recibe en los servicios de voz móvil e Internet móvil, en las Gráficas 83 y 84 se puede observar que en ninguno de los periodos evaluados (2015-2019) **COMCEL** registra una calificación por encima de la obtenida por agregado de los operadores móviles<sup>1126</sup>, por lo que no es cierto, que la alta participación en términos de usuarios se pueda explicar en la percepción que tienen los usuarios acerca de este proveedor.

<sup>1125</sup> Entre 2014 y 2018, la medición se realizó en dieciséis (16) ciudades del país mediante encuestas telefónicas, a través de las cuales se evaluaban cinco dimensiones – Calidad de la Comunicación, Facturación del Servicio, Atención al Usuario, Efectividad en la solución de PQR y Experiencia con el Proveedor – a partir de los atributos que explican cada dimensión. Para el año 2019 la aplicación de las encuestas se realizó de manera presencial y se evaluó para cada servicio directamente los atributos de calidad que en cada uno de ellos valoran los usuarios.

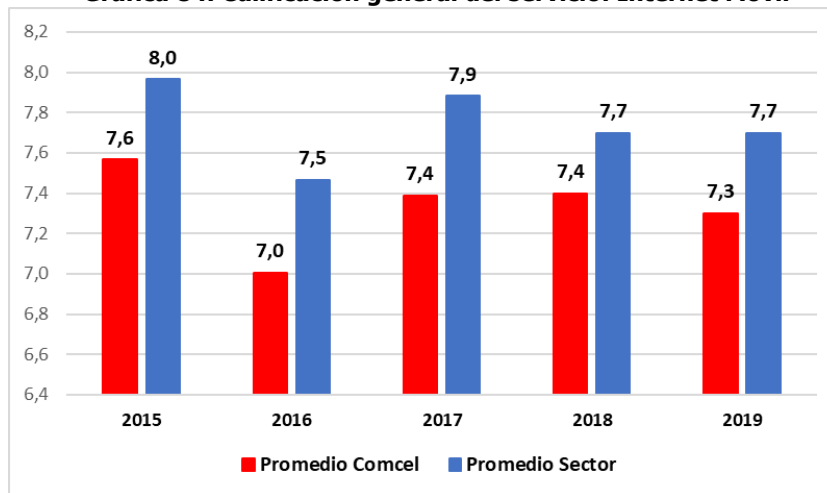
<sup>1126</sup> Corresponde al valor promedio obtenido de la sumatoria de todas las calificaciones registradas en la encuesta y su división en total de encuestas con respuestas de calificación válidas.

**Gráfica 83. Calificación general del servicio: Voz Móvil**



Fuente: Elaboración CRC, datos Medición Calidad subjetiva CRC

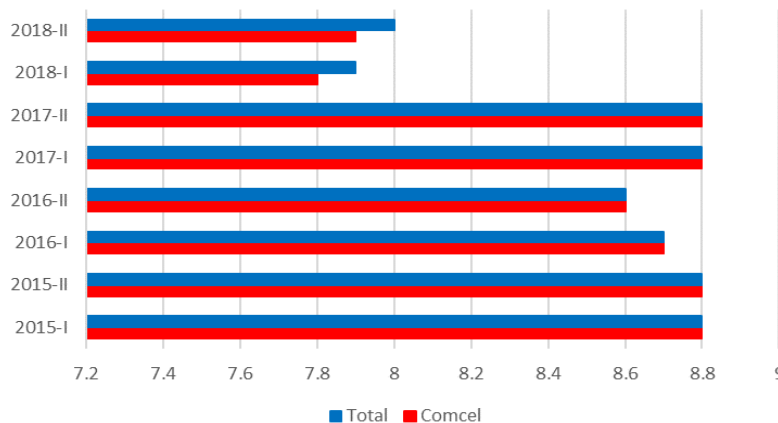
**Gráfica 84. Calificación general del servicio: Internet Móvil**



Fuente: Elaboración CRC, datos Medición Calidad subjetiva CRC

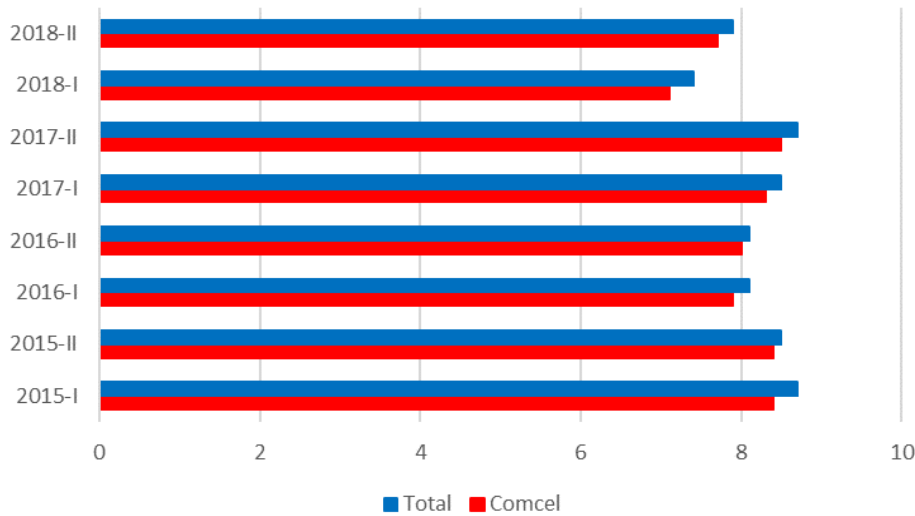
En lo que tiene que ver de manera específica con la percepción sobre la calidad en la atención al cliente, en la Gráfica 85 se puede apreciar que entre 2015 y 2017 no hay diferencias en la calificación registrada por COMCEL frente a la calificación registrada para el agregado de operadores en el servicio de voz móvil; para 2018 la percepción de los usuarios disminuyó e incluso la atención al cliente de COMCEL presentó una calificación menor a la de promedio del sector. En el caso de la atención al cliente en el servicio de internet móvil, la calificación de COMCEL ha estado levemente por debajo del agregado de los operadores móviles, tal como se puede apreciar en la Gráfica 86.

**Gráfica 85. Atención al usuario: Voz Móvil**



Fuente: Elaboración CRC, datos Medición Calidad subjetiva CRC

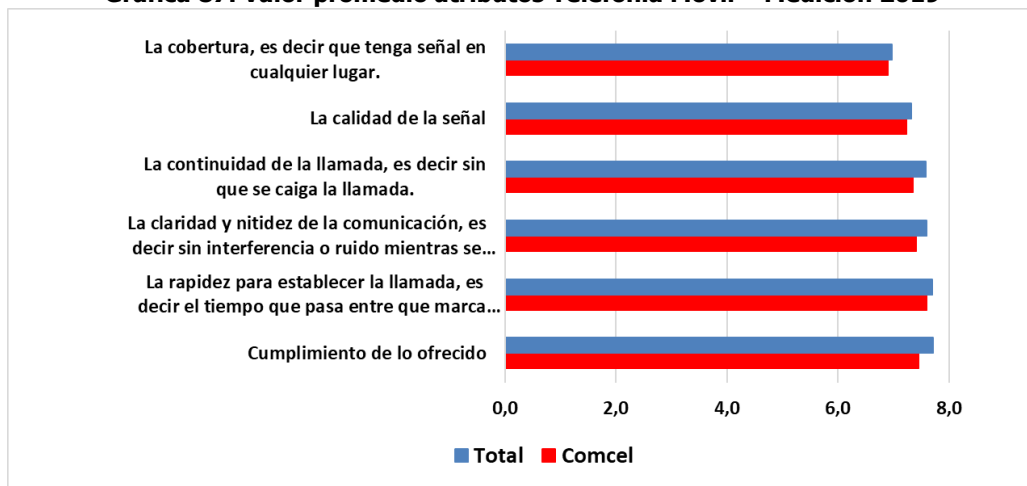
**Gráfica 86. Atención al usuario: Internet Móvil**



Fuente: Elaboración CRC, datos Medición Calidad subjetiva CRC

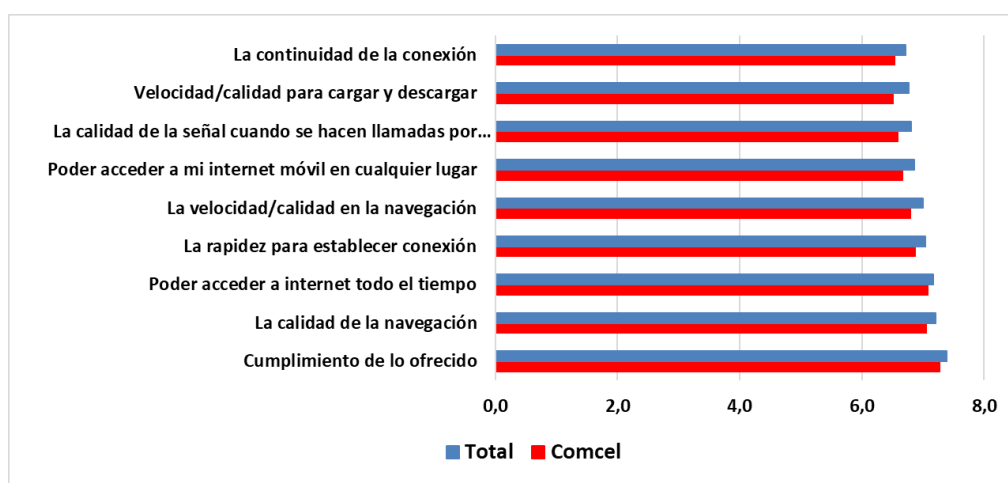
La medición de calidad subjetiva adelantada en 2019 también muestra que los usuarios no perciben diferencias significativas de **COMCEL** en los atributos de los servicios de telefonía móvil e Internet móvil, pues tal como se puede observar en las Gráficas 87 y 88, este proveedor obtuvo una calificación inferior al promedio del sector en todos los atributos.

**Gráfica 87. Valor promedio atributos Telefonía Móvil – Medición 2019**



Fuente: Elaboración CRC, datos Medición Calidad subjetiva CRC 2019

**Gráfica 88. Valor promedio atributos Internet Móvil – Medición 2019**



Fuente: Elaboración CRC, datos Medición Calidad subjetiva CRC 2019

De acuerdo con los resultados que arrojan las mediciones de calidad subjetiva adelantadas entre 2015 y 2019, se puede establecer que los usuarios no perciben un factor diferenciador o sobresaliente de **COMCEL**, pues, como se pudo apreciar previamente, en todos los periodos la calificación general de los servicios de voz e Internet móvil registrada para este operador se encuentra levemente por debajo de la calificación obtenida para el agregado de operadores, situación que también se observa en las calificaciones registradas para cada uno de los atributos evaluados, como por ejemplo la calidad en la atención al cliente.

Así entonces, las altas participaciones de **COMCEL** en los mercados móviles no parecen ser explicadas ni por su calidad objetiva, ni tampoco por su atención al cliente o la percepción que tienen los usuarios acerca de este operador. Así las cosas, las diferencias sustanciales en términos de ingresos, usuarios y tráfico respecto de sus dos principales competidores no se reducen ni cuando estos ofrecen mejores precios o mayor cantidad de datos o minutos, ni mucho menos cuando lo superan en indicadores de calidad tanto objetiva como subjetiva. Por tanto, **COMCEL** al haber alcanzado una masa lo suficientemente grande de usuarios, principalmente en voz, pero que paulatinamente se fueron convirtiendo también en usuarios de datos, volcó su estrategia al mantenimiento de dicha masa, por lo que no existen incentivos para que su oferta marque un diferencial en precio o capacidad ofrecida, ni tampoco en atención al cliente o en calidad. De esta manera, con el hecho de que se mantenga en el promedio del mercado resulta suficiente para que el recorte de la brecha de participación entre él y sus inmediatos competidores no sea significativo.

Por otra parte, señala el Perito Santamaría que la preferencia del usuario está determinada no solo por el precio sino por otros atributos del producto como cobertura. Al respecto, cabe señalar que, coincidiendo está Comisión con el hecho de que existe una importante asimetría en la cobertura de redes a lo largo del territorio nacional entre **COMCEL** y sus competidores, el Perito no acredita que la participación de **COMCEL**, pese a ser el proveedor con los mayores precios de datos desde el 2012, tal como se ha venido exponiendo a lo largo de esta sección, obedece a la preferencia de los usuarios en función de la cobertura y no del precio, la capacidad ofrecida o la calidad, pero, aún si en gracia de discusión ello fuera cierto, tal circunstancia en nada disminuiría la calidad de dominante que ostenta **COMCEL**, sino que la refuerza. En ese sentido, esta condición de **COMCEL** evidencia la pertinencia de medidas tales como la compartición de infraestructura que permitan aumentar la competencia en el territorio nacional incrementando así el bienestar del usuario.

En ese orden de ideas, las altas participaciones de mercado de **COMCEL** no son explicadas por variables como precio, calidad, capacidad, atención al cliente y/o cobertura, por lo que el hecho de que los usuarios de Internet móvil de **COMCEL** hayan crecido 272% en el periodo 2012-2020<sup>1127</sup>, corresponde a la exitosa estrategia de apalancamiento llevada a cabo por **COMCEL** tal como se explicó en la sección 8.1.7. Es importante recordar que, de acuerdo con la encuesta realizada por el Centro Nacional de Consultoría, en el marco del proyecto "*Revisión de los mercados de servicios móviles*<sup>1128</sup>", existe una alta preferencia por parte de los usuarios a contratar los servicios móviles de manera empaquetada. Los resultados permitieron concluir que tan solo el 8% de los usuarios de Internet móvil adquiere un plan individual, mientras que el restante 92% de usuarios que contratan Internet móvil lo hacen mediante un plan empaquetado<sup>1129</sup>. En el servicio de voz sucede algo similar, de acuerdo con la encuesta precitada, el 30% de los usuarios tiene en su plan únicamente servicios de voz, mientras que el 70% de aquellos que contratan voz lo hacen a través de un plan empaquetado<sup>1130</sup>. Lo anterior concuerda con lo reportado por los proveedores de servicios móviles en el marco del presente Acto Administrativo, cuando se les preguntó por los usuarios uni SIM y Multi SIM que adquirieron de manera conjunta voz y datos en el trimestre 1T-2020. En respuesta al Auto de prueba del 19 de junio de 2020, los proveedores de servicios móviles declararon que en promedio cerca del 77.8% de sus usuarios pertenecían a esta categoría, cifra que de acuerdo con las tendencias del mercado va a ir en aumento, más si se tienen en cuenta las ventajas tanto para los usuarios como para los proveedores de empaquetar los servicios.

<sup>1127</sup> Para el año 2020, la información disponible corresponde al primer trimestre

<sup>1128</sup> CRC. Revisión de los mercados de servicios móviles. 2016. [En Línea]. Disponible en <<https://www.crcm.gov.co/es/pagina/revision-de-los-mercados-de-servicios-moviles>>

<sup>1129</sup> COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. Revisión de los mercados de servicios móviles: Documento Soporte. 2016. [En Línea]. Consultado el 1 de octubre de 2018. Disponible en <[https://www.crcm.gov.co/recursos/user/2016/Actividades\\_regulatorias/merc\\_moviles/regulatoria/Documento\\_soport\\_e.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos/user/2016/Actividades_regulatorias/merc_moviles/regulatoria/Documento_soport_e.pdf)>

<sup>1130</sup> *Ibíd.*



De acuerdo con el Documento soporte, "Análisis de Ofertas Empaquetadas en Colombia", publicado en el año 2016, desde el punto de vista de los consumidores, empaquetar los servicios de telecomunicaciones les genera los siguientes beneficios<sup>1131</sup>:

- Menor costo, producto de un descuento monetario
- Ventana única para transacciones
- Reducción de costos de transacción
- Calidad y seguridad en contratar un único proveedor

En lo que respecta al proveedor, según el citado documento soporte, éste prefiere empaquetar sus productos o servicios principalmente por las siguientes razones<sup>1132</sup>:

- Captura y fidelización de clientes, ya que el proveedor puede utilizar el empaquetamiento como manera de incrementar la calidad (percibida por el usuario) de un servicio, así como para mantener su posicionamiento y relacionamiento con el cliente.
- Reducción de costos lograda por medio de sinergias y/o eficiencias.
- Discriminación de precios entre consumidores, que le permite al proveedor incrementar las combinaciones de precios, ofreciendo a cada consumidor aquel precio que mejor se adapta a su nivel de consumo y restricción presupuestal, maximizando así los ingresos del proveedor.

En ese sentido, empaquetar los servicios, en ausencia de prácticas anticompetitivas, genera un traslado de eficiencias productivas al consumidor, por lo que le resulta más beneficio, en términos económicos, contratar los servicios empaquetados que adquirirlos de manera individual. Así entonces, es evidente que los usuarios de servicios móviles tienen un incentivo económico a contratar los servicios de voz y datos de manera empaquetada, más si se tiene en cuenta que el consumo de estos se realiza a través del mismo terminal móvil. Por lo tanto, no parecen existir incentivos suficientes, ya sea en diferenciales de experiencia del servicio como, una mejor calidad, mejor atención o un mejor precio del servicio individual, para que los usuarios a la hora de contratar voz e Internet móvil no lo hagan de manera empaquetada. Pero ¿qué pasa cuando en uno de los servicios empaquetados existe una firma con posición dominante o poder significativo de mercado (PSM)?

La literatura económica se ha encargado de analizar de manera extensa las actividades de las firmas monopólicas o con poder significativo de mercado (PSM), dando fundamento a las distintas políticas antimonopolio a nivel global. En su mayoría, esta literatura ha estudiado aquellas actividades que se llevan a cabo directamente en mercados en donde existen firmas monopólicas o con PSM. Sin embargo, algunos investigadores han puesto su atención en las actividades de estas firmas en mercados distintos al mercado directo donde operan. En particular, la discusión se ha centrado en si las actividades de una empresa monopólica o con PSM deben ser igualmente atendidas cuando tienen lugar en mercados diferentes -aunque estrechamente relacionados al principal (*i.e.*, mercados adyacentes)- en los que la firma no es un monopolio ni posee un PSM<sup>1133</sup>.

En efecto, una empresa con PSM puede hacer uso de economías de escala y alcance, por ejemplo, para producir en distintos mercados más eficientemente de manera pro competitiva; pero también podría utilizar su posición dominante en un mercado para fortalecer su presencia en el mercado adyacente. Las anteriores conductas reciben el nombre de "apalancamiento"<sup>1134</sup> tal como se explicó en la sección 8.1.7 de la presente Resolución.

Ahora bien, uno de los mecanismos más estudiados respecto al apalancamiento son el empaquetamiento y ventas atadas. En particular, los mercados móviles, por ejemplo, se caracterizan por la venta simultánea de servicios diferenciados como voz, datos y mensajería de texto, entre otros, tal como se mencionó anteriormente. Esta es una estrategia comercial o de mercadeo en donde una firma ofrece distintos servicios, como por ejemplo servicios de voz e Internet móvil, como si fuera un solo servicio, en un solo paquete, a un precio usualmente menor,

<sup>1131</sup> COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. Análisis de Ofertas Empaquetadas en Colombia: Documento Soporte. 2015. [En Línea]. Consultado el 1 de octubre de 2018. Disponible en <[https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/Documentos\\_CRC\\_2015/Actividades\\_regulatorias/AnalisisOfertasEmpaquetadas/Documento\\_soporte\\_Ofertas\\_Empaquetadas.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/Documentos_CRC_2015/Actividades_regulatorias/AnalisisOfertasEmpaquetadas/Documento_soporte_Ofertas_Empaquetadas.pdf)>

<sup>1132</sup> Ibid

<sup>1133</sup> TIROLE, J., SEABRIGHT, P., y REY, P. The Activities of a Monopoly Firm in Adjacent Competitive Markets: Economic Consequences and Implications for Competitions Policy. 2001

<sup>1134</sup> TIROLE, J. The Theory of Industrial Organization. 1988

tal y como se señala en García-Bariñoso, Martínez-Giralt, & Olivella (2008). Según los autores, hay tres posibles funciones del empaquetamiento:

1. Ejercer discriminación de precios de segundo grado, pues el precio varía según la cantidad de producto que adquiera cada consumidor, bajando los valores de reserva de los consumidores y obteniendo mayores beneficios.
2. Alcanzar objetivos de eficiencia.
3. Establecer estrategia anticompetitiva de apalancamiento para los monopolistas u oligopolistas en sus respectivos mercados relevantes.

Adicionalmente, Whinston (1990) ha demostrado que cuando hay dos mercados en donde hay un producto que tiene alta competencia y otro donde hay un monopolista o bajos niveles de competencia, el empaquetamiento de los productos de estos dos mercados permite que aquella firma que ejerce poder de mercado en alguno de los mercados se apalanque en su posición de dominio para trasladar su poder de mercado y así disminuir las posibilidades de una competencia efectiva<sup>1135</sup>.

En ese sentido, hay que recordar que el terminal móvil es el medio a través del cual los usuarios disfrutan de los servicios móviles, toda vez que estos aparatos tienen las funcionalidades suficientes para poder hacer llamadas, enviar mensajes de texto, usar aplicaciones y navegar en Internet, en caso de ser un dispositivo móvil inteligente. De acuerdo con las cifras del portal Colombia TIC con corte al primer trimestre de 2020, cerca del 97% de los usuarios de Internet móvil en el país acceden a la web a través de un terminal móvil, dispositivos que a través del International Mobile Subscriber Identity (IMSI) se les asocia un número telefónico mediante el cual el usuario es identificado para poder realizar y recibir llamadas telefónicas, por lo que independientemente si el usuario solo desea consumir Internet móvil siempre tiene la posibilidad técnica y comercial para consumir voz sin incurrir en costos de transacción adicionales.

Sumado a lo anterior, en la actualidad existe una limitación técnica a la posibilidad de elegir diferentes proveedores de servicios de voz y datos móviles a través de una sola SIM y un solo terminal móvil. Si bien es cierto que existen alternativas tales como los aparatos Multi SIM tal como se mencionó en la sección 8.1.7, estos representan cerca del 45% de los terminales que actualmente se están usando en el mercado móvil, según datos del primer trimestre de 2020, y, de acuerdo con testimonios de los representantes de los fabricantes<sup>1136</sup>, los usuarios no parecen conocer sus funcionalidades. Sin embargo, incluso si la penetración de dichos aparatos y el aprovechamiento del usuario fuera del 100%, los beneficios de dichas ventajas no son suficientes para romper con los beneficios tanto en términos de reducción de costos transaccionales como en el precio del servicio que trae el empaquetamiento. Lo anterior es incluso evidenciado por la Perito Marcela Meléndez, quien en su informe pericial afirma lo siguiente:

*"El precio de voz de Comcel es sistemáticamente más bajo cuando el plan de servicios del usuario incluye servicios de datos móviles. Este resultado se sostiene no importa cuál sea el modelo que se lleva a estimación y confirma lo que sabemos: que el servicio de voz móvil que ofrece Comcel es más barato cuando el suscriptor adquiere también el servicio de datos móviles. Esto se ha interpretado como una estrategia del operador para obligar al consumidor a adquirir simultáneamente los dos productos. Una interpretación alternativa es que el servicio de datos móviles es un sustituto muy cercano del servicio de voz móvil. Así, la disponibilidad de datos móviles restringe aún más la capacidad del operador de subir su precio por el servicio de voz móvil".*

En relación con el análisis de sustituibilidad entre el servicio de voz tradicional y las aplicaciones de voz sobre datos (o servicios OTT) es deber de esta entidad recordar que el objeto de la actuación particular es constatar o no la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMCEL** en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y la revisión y el análisis en relación con la posibilidad de adoptar eventuales medidas regulatorias particulares respecto del mismo. Por lo tanto, la identificación del mercado relevante "Servicios Móviles" y los análisis que condujeron a considerarlo como mercado relevante susceptible de regulación ex ante fueron parte del proyecto regulatorio que concluyó con la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017<sup>1137</sup>. Como parte de este proyecto se presentaron

<sup>1135</sup> WHINSTON, M. Tying Foreclosure and Exclusion. American Economic Review. 1990.

<sup>1136</sup> En la sección 8.1.7.1 se pueden consultar los testimonios a los que se hace referencia.

<sup>1137</sup> CRC. Revisión de los mercados de servicios móviles. Documento Soporte. Versión Comité de Comisionados. Regulación de Mercados. Página 52. noviembre de 2016.

análisis contundentes que permitieron constatar que no existe sustituibilidad entre servicios de Voz Móvil y Servicios Over- the- top (OTT) como los que sugiere **COMCEL**. Al respecto se señaló en dicho documento:

**"ii. Servicios Over-the-top (OTT)**

*Otro producto que empieza a tomar relevancia en relación con posibles sustitutos de la voz es el servicio de llamadas a través de servicios OTT, tales como Skype o Viber. En esta sección se analiza si los servicios OTT, i.e. servicios usados para realizar llamadas de voz, o potencialmente video llamadas, a teléfonos celulares ya sea entre aplicaciones (Skype-Skype, Viber-Viber) o entre aplicaciones y el servicio de telefonía móvil tradicional (llamada de Skype a un número móvil) es sustituto del servicio tradicional de voz.*

*En muchos casos, las llamadas de este tipo pueden ser hechas únicamente entre suscriptores del mismo proveedor de aplicaciones OTT, ej. un usuario de Viber solo puede llamar a otro usuario de Viber usando la aplicación de Viber, al menos sin pagar. En este sentido, ellos son "grupos de usuarios cerrados" en la medida que solo se permiten llamadas entre usuarios de la misma aplicación OTT.*

*Una característica clave de las llamadas de voz usando aplicaciones OTT es que el consumidor que inicia la llamada no siempre enfrenta un cargo directo por la llamada. Normalmente, la llamada es realizada sobre la conexión a datos del teléfono móvil o sobre una red de Wifi (cuando se cuente con la disponibilidad). Por lo tanto, el "costo" de la llamada sería recuperado a través del cargo que se cobra por la conexión a los datos móviles o el uso de la red Wifi. En algunos casos, para trascender de la llamada entre la misma aplicación, el usuario debe pagar un cargo variable por minuto y así poder comunicarse directamente con el número telefónico que se pretende alcanzar.*

*Que en la actualidad se estén empezando a usar servicios OTT no necesariamente implica que sea apropiado ampliar el alcance del mercado producto. Eso dependerá exclusivamente del grado de sustituibilidad de estos servicios para llamar a números celulares. Algunos aspectos de los servicios OTT que podrían ser relevantes para analizar el grado de sustituibilidad, son:*

- **Compatibilidad entre diferentes servicios OTT:** *Se refiere a si hay o no una necesidad por compatibilidad entre la aplicación del software del que llama y del que recibe la llamada. Varios proveedores OTT tienden a operar como "grupos de usuarios cerrados", es decir, ellos solo permiten llamadas entre usuarios de las mismas aplicaciones OTT. A medida que el uso de servicios OTT aumenta, puede volverse más probable que la persona que llama y la persona que recibe la llamada tengan la misma aplicación OTT en su teléfono, reduciendo temas de compatibilidad en cierto grado. Sin embargo, si múltiples proveedores OTT ofrecen servicios sobre la base de grupos cerrados de usuarios, los temas de compatibilidad pueden persistir.*
- **Disponibilidad de dispositivos móviles:** *Las aplicaciones OTT pueden no ser compatibles con todas las redes y dispositivos (i.e., se necesita un teléfono inteligente). Esto tendería a limitar su disponibilidad.*
- **Disponibilidad del que recibe la llamada:** *Algunas aplicaciones pueden solicitar acceso para usar el servicio. El que recibe la llamada puede, no obstante, elegir cerrar la sesión algún tiempo por alguna razón ej., para ahorrar datos, o sencillamente no haber iniciado la sesión requerida para poderse comunicar.*
- **Facilidad de uso:** *Algunos consumidores pueden ver los servicios OTT como menos fáciles de usar en comparación con llamar directamente a un número de teléfono celular.*
- **Calidad:** *La sustituibilidad de OTT puede depender de si la calidad del sonido del servicio OTT es menor que el de las llamadas a un número celular. Adicionalmente, las llamadas realizadas a través de esas aplicaciones pueden tener un mayor riesgo de cortarse o suspenderse en función de la cobertura de red o congestión de la misma, incluso más que las llamadas tradicionales de voz. Pueden existir otros aspectos de la calidad del servicio que diferencian servicios VoIP tales como la percepción de seguridad/privacidad. De otro lado, ciertas aplicaciones OTT, tales como aquellas que ofrecen video llamadas, pueden en algún sentido ser percibidas como de mayor calidad que las llamadas de voz a números celulares, pero igualmente dependen de tipos específicos de terminales, calidades del servicio y disponibilidad del servicio con diferencias evidentes frente al servicio de voz.*

*Para poder entender la manera en que los usuarios ven los servicios OTT, se realizó una serie de preguntas específicas sobre su uso en el estudio del Centro Nacional de Consultoría. Como se mencionó anteriormente, el estudio reveló que los encuestados realizan las siguientes acciones utilizando su equipo celular:*

- *El 78% de los encuestados afirmaron enviar mensajes por chat utilizando aplicaciones como WhatsApp, Skype y Line entre otras.*

- El 39% de los encuestados realiza llamadas utilizando aplicaciones como WhatsApp, Skype y Viber.
- El 38% de los encuestados utiliza aplicaciones para escuchar música o ver videos.
- El 19% de los encuestados utiliza aplicaciones de juegos.
- El 14% de los encuestados utiliza aplicaciones de movilidad.
- El 12% de los encuestados realiza transacciones bancarias.
- El 6% de los encuestados utiliza aplicaciones para realizar compras.

*Si bien los resultados anteriores sugerirían un alto grado de uso de las aplicaciones de mensajería instantánea, indicativo de una posible sustitución entre los servicios OTT y la telefonía móvil, al indagar sobre si las llamadas realizadas por Internet utilizando aplicaciones como WhatsApp, Viber y Skype han reemplazado el uso del servicio de telefonía móvil tradicional, completamente, parcialmente, o casi nada, el 13% de los encuestados manifestó que lo ha reemplazado completamente, mientras que para el 38% el reemplazo ha sido parcial y para el 49% casi nada (Figura 27). Estos hallazgos sugieren que el uso de aplicaciones OTT no sustituye las llamadas de voz a números celulares.”<sup>1138</sup>*

Lo anterior, sumado al ejercicio de aplicación del Test del Monopolista Hipotético, también conocido como Test SSNIP, desarrollado en el proyecto regulatorio mencionado para evaluar la existencia de sustituibilidad de la demanda, usando el marco teórico de los modelos tipo *conjoint*, la posterior estimación de las funciones de demanda para voz móvil, Internet móvil y el paquete de servicios móviles, y la estimación de la pérdida actual y pérdida crítica<sup>1139</sup>, para analizar si un aumento en precios causaría que un número significativo de consumidores se cambie a otros productos haciendo que dicho aumento no sea rentable, y de esta manera incluir nuevos productos al mercado relevante. La estimación permitió concluir que:

*"Teniendo en cuenta que en todos los casos la Pérdida Actual es inferior a la Pérdida Crítica, el mercado relevante no se debe ampliar para incorporar los posibles sustitutos. En este sentido, se puede concluir que cada uno de los tres servicios móviles constituye un mercado relevante por sí mismo. Los resultados se mantienen ante incrementos del 10% en el precio. Por lo anterior, esta Comisión considerará tres mercados relevantes minoristas móviles, para los que realizará análisis complementarios del tipo cualitativo adicionales en los que se evaluará, teniendo en cuenta la funcionalidad de cada servicio, si el mercado debe incluir o no más servicios.*

1. Voz saliente móvil<sup>1140</sup>
2. Internet móvil
3. Servicios móviles (voz saliente móvil e Internet móvil)<sup>1141</sup>

De lo anterior se desprende que, desvirtuada la hipótesis que plantea la Perito Marcela Meléndez en relación con la sustituibilidad del servicio de voz e Internet móvil, hecho probado en la Resolución CRC 5108 de 2017, los hallazgos en relación con que el precio del servicio de voz es sistemáticamente más bajo cuando el plan de servicios incluye datos, confirman que existe un incentivo económico claro para que el usuario adquiera un plan de servicios empaquetados en donde el precio de uno de los dos servicios es inferior a su adquisición de manera individual, lo que propicia un escenario de apalancamiento.

Por lo anterior, y tal como se explicó en la sección 8.1.7. es claro entonces que el apalancamiento existe y es usado por todos los proveedores para aumentar la adopción del servicio de Internet móvil, pues es casi evidente que en un mercado con una penetración superior al 100%, los proveedores buscan que buena parte de los usuarios de voz, o al menos aquellos que no tengan limitantes tecnológicas (por ejemplo, que no tengan un terminal que soporte tecnología 3G o 4G), se conviertan tanto en usuarios de voz como de datos.

Al analizar la serie de precio promedio por minuto para los tres operadores más grandes del mercado, se encontró que si bien a partir del primer trimestre de 2012 (periodo en donde inicia la etapa de desarrollo del servicio de Internet móvil) y hasta el primer trimestre de 2020 **COMCEL** registró en 13 de los 33 períodos el precio más bajo, lo cual refuerza el apalancamiento estratégico del que se ha venido hablando, lo cierto es que los otros proveedores también han desplegado la misma estrategia a tal punto que MOVISTAR tuvo el precio promedio más bajo en 11 periodos (33.3% de la muestra) y TIGO en 9 periodos (27.3%). En ese sentido, es cierto que todos los proveedores utilizan el servicio de voz para ganar participación en el mercado de "Servicios Móviles", sin embargo, tal como se ha explicado en la sección 8.1.7., el hecho de que

<sup>1138</sup> *Ibíd.* pp. 58-59

<sup>1139</sup> Se define como el porcentaje de pérdida mínima en el volumen de ventas requerido para hacer un 5% (o 10%) de incremento en el precio de un producto no rentable.

<sup>1140</sup> Incluye también la originación de mensajes cortos de texto (SMS) y de mensajes multimedia (MMS)

<sup>1141</sup> *Ibíd.* p. 50.

lo haga el proveedor que ostenta posición dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil", genera preocupación al regulador al configurarse una falla de mercado en el traslado de los problemas de competencia en dicho mercado al de "Servicios Móviles". Lo anterior, encuentra pleno sustento en el cumplimiento de los supuestos teóricos expuestos dentro de la amplia revisión de literatura presentada en la sección 8.1.7, dónde queda más que claro que la preocupación regulatoria se fundamenta en el ejercicio del apalancamiento estratégico por parte del proveedor dominante en uno de los mercados que componen el mercado de estudio.

En resumen, las participaciones de mercado de **COMCEL** que se mantienen a lo largo del tiempo tanto en términos de tráfico, como en ingresos y usuarios no son explicadas por precios más bajos, mejor calidad y/o mejor atención al cliente, sino que encuentran respuesta en el apalancamiento estratégico realizado por esta firma en el mercado "Voz Saliente Móvil" dónde ostenta actualmente posición de dominio, había alcanzado una masa crítica de usuarios y contaba con unas economías de escala y alcance que le permitieron crecer mucho más rápido que el resto de sus competidores en el mercado de "Servicios Móviles" el cual se compone del servicio de voz y de Internet móvil.

**8.1.9. Abogacía de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC sobre el Proyecto de Resolución "Por la cual se decide una actuación administrativa de carácter particular y concreto en la que se constata la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. en el mercado susceptible de regulación ex ante 'Servicios Móviles', y se establece una medida regulatoria particular respecto del mismo" : Concepto y otros comentarios y recomendaciones en relación con las fallas de mercado identificadas.**

Como resultado del trámite de Abogacía de la Competencia al que se debió someter el presente acto administrativo, trámite cuyos antecedentes se relacionaron en la sección 2.6 de esta resolución, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) rindió concepto previo<sup>1142</sup> (en adelante el Concepto) en los términos del Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 en relación con el proyecto de acto administrativo definitivo "Por la cual se decide una actuación administrativa de carácter particular y concreto en la que se constata la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y se establece una medida regulatoria particular respecto del mismo".

Al revisar la estructura y los títulos de los diferentes ítems del Concepto, se encuentra que este consta de cuatro grandes de secciones: (i) la descripción del fundamento legal de la función de abogacía de la competencia, (ii) la descripción de la regulación propuesta, dentro de la cual se referencian las Resoluciones CRC 5107, 5108, 5109 y 5110 de 2017 y la medida particular a imponer por la CRC, (iii) el análisis del proyecto de resolución desde la perspectiva del derecho de la libre competencia, el cual se refiere las fallas de mercado identificadas por la CRC y la medida particular, y (iv) las recomendaciones de la SIC a la CRC sobre el proyecto regulatorio.

En el escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que **COMCEL** denominó "Alegatos de conclusión", el proveedor cita el Concepto, transcribe y hace referencia a algunos apartados de este y señala que "(...) para la SIC tampoco está acreditada la supuesta falla de mercado que fundamenta la presenta actuación particular".

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se procede a relacionar las observaciones, comentarios y recomendaciones del Concepto relacionadas con el fundamento legal, la regulación propuesta y las fallas de mercado identificadas, para luego pronunciarse sobre cada una de ellas y exponer cómo fueron acogidas por la CRC. Posteriormente, en la sección 8.2.4 de presente acto administrativo se adelanta el mismo ejercicio respecto de las observaciones y recomendaciones de la SIC acerca de la medida regulatoria.

<sup>1142</sup> Mediante comunicación radicada en la CRC con el consecutivo 2019300479 del 25 de febrero de 2019.

- **Sobre la sección 1 del Concepto - "Fundamento Legal"**

**Concepto de la SIC:**

En la sección 1 del Concepto de Abogacía de la Competencia, la SIC hace referencia al marco legal dentro del cual rinde el Concepto en mención, que no es otro que el establecido en el Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el Capítulo 30 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015. Al final de este numeral concluye:

*"En conclusión, no es pues el objeto del presente concepto, adoptar o sugerir medidas regulatorias específicas a la autoridad de regulación -en este caso la CRC-, sin embargo, es de las facultades de esta Superintendencia en los términos del Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, tal y como se ha anticipado, remitir las recomendaciones que (sic) considerarse pertinentes y conducentes - frente al Proyecto, a efectos de que la CRC evalúe su procedencia en el caso particular, y a la luz de sus funciones, adopte las medidas que mejor considere en aras de promover la libre competencia económica."*

**Consideraciones de la CRC:**

Como primera medida, y tal como se anticipó en la sección 2.6 del presente acto administrativo, esta Comisión, después de analizar en detalle y de forma integral el Concepto de Abogacía rendido por la SIC, no identifica un pronunciamiento de fondo y preciso de parte de dicha autoridad respecto de si las medidas previstas en el proyecto de resolución carecen de incidencia sobre la libre competencia económica, o si tienen una incidencia negativa sobre la libre competencia en el mercado de "Servicios Móviles" sujeto a regulación *ex ante*, o en otro de los mercados sometidos a la regulación de la CRC. Como bien lo advierte la SIC en la sección 1 de su escrito, el marco jurídico que subyace a la expedición del Concepto de Abogacía de la Competencia se encuentra establecido en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, y su normativa reglamentaria. Así pues, a la luz del artículo 2.2.2.30.1 del Decreto 1074 de 2015, el objeto del trámite es informar a la SIC los proyectos de acto administrativo con fines de regulación, para que esta autoridad evalúe la potencial incidencia de la regulación sobre la libre competencia económica en los mercados.

De conformidad con la misma normativa, el artículo 2.2.2.30.9. del Decreto 1074 de 2015 señala el procedimiento y las posibilidades que tiene la autoridad de competencia para rendir concepto, previo examen del proyecto de regulación y sus soportes, a saber: i) rendir concepto en el sentido de que el proyecto de acto carece de incidencia sobre la libre competencia; ii) manifestar que el proyecto tiene una incidencia negativa sobre la libre competencia, caso en el cual la autoridad de regulación podrá, conforme al artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, apartarse del concepto de la Superintendencia; y iii) abstenerse de rendir concepto, caso en el cual se considerará, para todos los efectos legales, que no tiene observaciones sobre el proyecto.

Pese a lo anterior, esta Comisión no identifica una manifestación inequívoca de la SIC dentro de cualquiera de las posibilidades ya mencionadas que se encuentran establecidas en la normatividad para la rendición del Concepto de Abogacía sobre el proyecto de regulación particular presentado. Sin embargo, tal como ya se ha mencionado, el Concepto contiene una serie de observaciones y recomendaciones sobre el proyecto regulatorio, las cuales efectivamente fueron evaluadas por la CRC y a las cuales se hace referencia en el presente Acto.

- **Sobre la sección 2 del Concepto - "Regulación Propuesta"**

En la segunda sección del Concepto, la SIC describe lo planteado en el texto remitido a su consideración y menciona las medidas regulatorias establecidas mediante las resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017, así como la apertura de la actuación administrativa adelantada por la Comisión mediante la Resolución CRC 5110 de 2017. Antes de relacionar las medidas del proyecto de resolución la SIC señala, en pie de página, que en el desarrollo del proyecto la CRC planteó la aplicación de un Test de Replicabilidad Económica (TRE), a efectos de verificar la contestabilidad de las ofertas del operador con eventual posición de dominio respecto de sus competidores e identificar si puede presentarse una situación de estrechamiento de márgenes.

Al final de esta sección, la SIC señala que "Frente a este punto y anticipándose a las conclusiones del presente concepto, extraña esta Superintendencia la determinación de un plazo de vigencia

*de la medida regulatoria contenida en el Proyecto, así como una explicación sobre cómo la medida particular contenida en el Proyecto tendría aplicación respecto de otras disposiciones de carácter general contenidas en la Resolución 5050 de 2016 (tras su modificación por virtud de la 5108 de 2017), por ejemplo, en lo que refiere a la actualización del cargo asimétrico asignado a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.”.*

**Consideraciones de la CRC:**

En este punto es importante aclarar que si bien en el documento de inicio de la intervención de carácter particular en el mercado “Servicios Móviles”, y en la Resolución CRC 5110 de 2017, la CRC indicó la posibilidad de adelantar una intervención a nivel mayorista y una intervención a nivel minorista, en el proyecto de resolución sometido al análisis de abogacía de la competencia la intervención a nivel minorista fue descartada, tal como se explica en la sección 8.2.5 del presente acto administrativo.

Efectivamente, en la sección 8.2.5.1, se precisan las observaciones de **COMCEL** con respecto a la potencial medida del TRE, y se explican las bondades que tiene la implementación ex ante de este tipo de intervención regulatoria. Sin embargo, también se exponen las razones por las cuales, en esta ocasión, se descarta esta medida regulatoria y se advierte que la CRC continuará monitoreando las condiciones de competencia y en el caso que posteriormente identifique que así se requiere, podrá implementar esta herramienta de intervención.

De manera concreta, se aclara que en esta ocasión se descartó la medida correspondiente a la implementación del TRE en razón a la falta de evidencia sobre problemas de competencia en el mercado basadas en situaciones que involucren el estrechamiento de márgenes en relaciones verticales dentro de la provisión de servicios de comunicaciones móviles, tal como se explica en la sección 8.2.5.1.

Ahora bien, respecto de la observación de la falta de un plazo extintivo para la medida particular propuesta en el proyecto de acto, así como de su articulación con la regulación general, esta Comisión debe manifestar, como lo ha hecho en otras oportunidades, que desde la perspectiva *ex ante*, la temporalidad de las medidas no tiene que estar sometida a plazo, sino típicamente a condición, estando asociada esta última a la erradicación o mitigación de las fallas de mercado identificadas o constatadas. Por lo tanto, el señalamiento prematuro que realiza la SIC en esta sección del Concepto es errado, pues omite el objeto de la labor regulatoria de la CRC en cuanto a que la aplicabilidad en el tiempo de las obligaciones también puede estar sometida a condición.

- **Sobre la sección 3 del Concepto - "Análisis del proyecto desde la perspectiva de la libre competencia"**

**Concepto de la SIC:**

En la tercera sección del Concepto, la SIC afirma que es claro que una medida particular frente a **COMCEL** tendrá efectos sobre la competencia en el mercado de "Servicios Móviles" sujeto a regulación *ex ante*, (sin catalogarlos como negativos ni como incidentes en la libre competencia económica) dadas las condiciones asimétricas que de ella se derivan entre **COMCEL** y los demás agentes que concurren en el referido mercado. En este sentido, señala que la misma CRC respondió afirmativamente a dos de los interrogantes del cuestionario que incorpora la Resolución SIC 44649 de 2010, al considerar que la regulación propuesta en el proyecto de resolución limitaría la capacidad y reduciría los incentivos de **COMCEL** para competir en uno o varios mercados relevantes relacionados.

**Consideraciones de la CRC:**

En lo que se refiere a este punto, es preciso resaltar que la CRC no encuentra dentro del Concepto manifestaciones concretas o explícitas por parte de la SIC respecto de si el proyecto de regulación tiene la potencialidad de incidir negativamente, o de no incidir, en la libre competencia económica dentro del mercado de “Servicios Móviles”, de acuerdo con las posibilidades que establece el artículo 2.2.2.30.9. del Decreto 1074 de 2015 para rendir concepto. Sin perjuicio de lo anterior, se encuentra que la SIC parece sugerir que, inequívocamente, el proyecto de regulación tendrá efectos en el mercado de “Servicios Móviles”, efectos que no califica en ningún sentido y que

tampoco analiza, por el hecho de que la CRC en el diligenciamiento del cuestionario contenido en la Resolución SIC 44649 de 2010, respondió afirmativamente a dos de los aspectos que establece dicho cuestionario sobre la posibilidad de limitar la capacidad de las empresas para competir en uno o varios mercados relevantes con las medidas regulatorias planteadas, posibilidad que la SIC no sustentó desde el ámbito de su análisis como una incidencia negativa o positiva.

Así las cosas, debe reiterarse que hasta este punto del Concepto no hay un pronunciamiento de la SIC respecto de si la propuesta de regulación tiene o no incidencia negativa en la libre competencia en el mercado de "Servicios Móviles".

**Sobre la sección 3.1 Concepto - "Respecto de las fallas de mercado identificadas por la CRC"**

**Concepto de la SIC:**

En la sección 3.1 de su Concepto de Abogacía, la SIC inicia señalando que la CRC ha justificado la imposición de las medidas del proyecto de resolución, al identificar dos fallas de mercado: **(i)** la dominancia de **COMCEL** y **(ii)** el empaquetamiento de Servicios Móviles.

Luego la SIC hace una breve descripción de los aspectos analizados y de las conclusiones obtenidas en cada caso por la CRC para constatar la posición de dominio de COMCEL en el mercado de "Servicios Móviles".

**Consideraciones de la CRC:**

Inicialmente, es necesario señalar que, aun cuando en el proyecto remitido a la SIC había una sección específica (sección 8.1.4.3), así como en la presente resolución (sección 8.1.7), en donde explícitamente se detalla que una de las fallas de mercado consiste en el apalancamiento estratégico realizado por **COMCEL** vía empaquetamiento, la Superintendencia interpretó de manera errada que tal falla es el empaquetamiento de servicios móviles.

Al respecto, es necesario recordar que **COMCEL** al realizar dicho apalancamiento estratégico, y al tener posición dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil", trasladó los problemas de competencia de este al mercado de "Servicios Móviles", ya que en este último, compuesto por los servicios de voz y datos, tiene sentido económico la adquisición conjunta de estos dos servicios, característica que se facilita a través del empaquetamiento. Sin embargo, es evidente que el empaquetamiento de servicios por sí mismo no puede ser interpretado como falla de mercado.

Esta aclaración resulta relevante de entrada, por cuanto la SIC, a partir de su interpretación, procede luego a pronunciarse sobre cada uno de los criterios de análisis en que se sustenta la CRC para determinar la dominancia de **COMCEL** bajo un entendimiento errado respecto de la segunda falla de mercado identificada. Teniendo en cuenta lo anterior, es importante reiterar que esta Comisión identificó dos fallas de mercado: i) la posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", la cual es explicada a lo largo de las secciones 8.1.2, 8.1.3, 8.1.4, 8.1.5 y 8.1.6 del presente acto; y ii) el apalancamiento estratégico realizado por **COMCEL**, como mecanismo a través del cual trasladó los problemas de competencia del mercado de "Voz Saliente Móvil" al de "Servicios Móviles", la cual fue expuesta de manera extensa en las secciones 8.1.7 y 8.1.8 de la presente resolución.

En este punto es pertinente precisar que, dentro de la descripción que realiza la SIC sobre los análisis adelantados por la CRC para constatar la dominancia de **COMCEL**, no hay ningún señalamiento respecto de que el mercado de "Servicios Móviles" está sujeto a competencia efectiva, ni que **COMCEL** carece de posición dominante en él, es decir, que en la parte introductoria de la Sección 3.1 del Concepto no hay ninguna afirmación o argumento de la SIC que desvirtúe las conclusiones de la CRC.



**Sobre la Sección 3.1.1 del Concepto "Sobre la dominancia de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL"**

**Concepto de la SIC:**

En lo referente a la posición dominante de **COMCEL**, en la sección 3.1.1 del Concepto, la SIC realiza observaciones o comentarios en relación con cada uno de los criterios conformantes del análisis de competencia desarrollado por la CRC para constatar dicha dominancia.

Es así que en lo correspondiente a los criterios sobre tamaño **absoluto y relativo** menciona que no es claro el efecto que la redefinición del mercado relevante de "Servicios Móviles" sujeto a regulación *ex ante* tiene sobre el tamaño de **COMCEL**, e indica que en el concepto de abogacía de la competencia<sup>1143</sup> expedido respecto del proyecto que culminó en la Resolución CRC 5108 de 2017, dicha autoridad advirtió a la CRC sobre la necesidad de evaluar si la redefinición de mercados relevantes podría tener como consecuencia inmediata la pérdida de vigencia de las declaratorias de dominancia, y si se tenían previstos los efectos derivados de esto.<sup>1144</sup>

En relación con los análisis sobre **barreras de entrada tecnológicas, legales y/o administrativas**, la SIC indica que no es clara la argumentación y el sustento técnico por medio del cual la CRC considera que sí hay algún aspecto a nivel tecnológico y/o administrativo que implique una barrera de entrada o un elemento disuasorio para la competencia en el mercado de "Servicios Móviles".

Con respecto a los análisis de los **costos hundidos y de las economías de escala y de alcance**, la SIC menciona que si bien **COMCEL** cuenta con una ventaja que es producto de sus inversiones respecto de sus competidores inmediatos, no es claro cómo la CRC soporta que dicha circunstancia representa una disuasión efectiva desde la perspectiva de la libre competencia económica, para que otros operadores (incluso los Operadores Móviles Virtuales -OMV-), presten servicios en municipios con menos de 100,000 habitantes en las redes 2G y 3G, máxime, cuando el acceso a RAN, está sustentado en precios regulados, tal y como se establecen en las resoluciones CRC 5107 y CRC 5108 de 2017.

En lo que correspondiente a los análisis sobre **acceso a recursos financieros, y la presencia de canales de ventas y distribución**, la SIC indica que no observa mayor soporte en el proyecto de resolución que permita concluir de manera objetiva, que la eventual dominancia de **COMCEL**, haya generado una restricción (o que desincentive) en el acceso a recursos financieros por parte de otros operadores y/o la apertura de canales de ventas, de tal modo que no les sea posible adquirir participación de mercado en redes 2G y 3G en municipios con menos de 100,000 habitantes.

Menciona que la misma CRC hace referencia a la posibilidad planteada en la teoría económica, de acuerdo con la cual un competidor puede obtener resultados financieros satisfactorios, a pesar de no ser el líder de mercado, en la medida que atienda un nicho que genere mayor rentabilidad; así mismo, que puede existir una diversidad de opciones, como ejemplo, que la casa matriz de una compañía la apalanque financieramente, aun a costa de asumir pérdidas, siempre y cuando el interés de la misma sea entrar a competir en un determinado mercado. En este punto cita como ejemplo una noticia sobre la compra de tres filiales de Telefónica en países de Centroamérica por parte de Millicom International<sup>1145</sup>.

Adicionalmente, con respecto a los análisis sobre **la conducta de la firma**, la SIC argumenta que si bien la CRC presenta sus resultados de cara al análisis de la relación inversa entre niveles de calidad de los "Servicios Móviles" de **COMCEL** y sus cuotas de mercado, no se incluyó un análisis de sustituibilidad de la demanda en relación con el efecto que genera en dichas cuotas de mercado la presencia de **COMCEL** como único operador con cobertura en determinadas zonas del país; tampoco se observan consideraciones respecto de los costos que puede representar para un usuario el cambio de operador, como por ejemplo por la vía de la portabilidad, o por

<sup>1143</sup> Concepto abogacía de la competencia radicado N° 16-449964-1

<sup>1144</sup> Cfr. Concepto abogacía de la competencia radicado N° 16-449964-1 Pág.8.

<sup>1145</sup> Publicada en el Diario la República del 21 de febrero de 2019. Disponible en <<https://www.larepublica.co/qloboeconomia/millicom-international-compro-tres-filiales-de-telefonica-en-paises-de-centroamerica-2830582>>

cualquier otro medio, y el desincentivo que esto representa para la migración de usuarios de un operador a otro.

Por último, la SIC indica que si bien **COMCEL** ha sido declarado como operador con posición de dominio en el mercado de voz móvil en el año 2009<sup>1146</sup> y en el proyecto de resolución la CRC ha presentado un resultado consolidado de su revisión de las cuotas de mercado, no resulta suficiente el soporte probatorio a efectos de acreditar que **COMCEL** cumple con todos y cada uno de los elementos que permitan su calificación como operador con posición de dominio en el mercado de "Servicios Móviles" en los términos y condiciones establecidos por la misma CRC.

Adicionalmente, en la sección 4 del Concepto la SIC formula las siguientes recomendaciones en relación con los anteriores criterios que sustentan la dominancia de **COMCEL**:

"(...)

- **Revisar y soportar** debidamente, a la luz de la redefinición del mercado sujeto a regulación ex ante, es decir, con la creación del mercado de Servicios Móviles, el cumplimiento efectivo y soportado de cada uno de los elementos antes aducidos, y a partir de los cuales, se pretende concluir por parte de la CRC la dominancia COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.
- **Revisar y soportar** debidamente el cumplimiento de cada uno de los elementos requeridos a efectos de constatar si efectivamente COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. cuenta o no con posición de dominio en el mercado de Servicios Móviles tal y como se redefinió en la Resolución CRC 5108 de 2017 (barreras de entrada, conducta de la firma y tamaño de la firma), lo anterior, a partir de los comentarios aducidos por esta Superintendencia en el presente concepto. (...)"

#### **Consideraciones de la CRC:**

Respecto de la mención que realiza la SIC sobre el Concepto de Abogacía de la Competencia que esa Entidad rindió respecto del proyecto que culminó con la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, y sobre el cual indica que advirtió a la CRC sobre la necesidad de evaluar si la redefinición de mercados relevantes podría tener como consecuencia inmediata la pérdida de vigencia de la declaratoria de dominancia en el mercado de "Voz Saliente Móvil", lo primero que se debe recordar es que el mencionado proyecto regulatorio pretendía, como efectivamente sucedió, la expedición de un acto administrativo de carácter general y no contemplaba la revisión de la situación particular de ningún agente específico del mercado. De igual manera, es importante precisar que dentro del objeto de la presente actuación no se contempla la revisión de la constatación de dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil". Al respecto es pertinente, mencionar que tal revisión fue solicitada vía derecho de petición por **COMCEL**, y respondido por esta Comisión mediante radicado CRC 2018522577 de 2018; en concreto, en la respuesta se le indicó a **COMCEL** que no había acreditado la desaparición de los supuestos fácticos que habían dado origen a su dominancia en el mercado de "Voz Saliente Móvil".

A pesar de ello, debe tenerse en cuenta que en el Documento soporte que acompañó la publicación del proyecto de carácter general que culminó en la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, los análisis de competencia del mercado de "Voz Saliente Móvil" permitieron evidenciar niveles altos de concentración, participaciones de mercado asimétricas, distribución ineficiente del tráfico cursado por los usuarios y un impacto diferenciado de la oferta comercial del operador de mayor participación, sumado a la falta de evidencia que permitiera inferir que en ausencia de regulación el mercado tendría una mayor competencia.

Adicionalmente, es pertinente tener en cuenta que dentro de la Agenda Regulatoria 2021 – 2022<sup>1147</sup> la CRC tiene previsto desarrollar el proyecto "Revisión de los esquemas de remuneración móvil y del mercado minorista de Voz Saliente Móvil" con el fin de determinar, entre otros aspectos, si el referido mercado debe continuar siendo sujeto de regulación ex ante o si esta condición se debe modificar.

Ahora bien, debe recordarse también que el objeto de la presente actuación no es evaluar cuál es el efecto que la definición del mercado relevante de "Servicios Móviles" sujeto a regulación ex

<sup>1146</sup> Resolución CRT 2062 de 2009 Por la cual se constata la posición dominante de Cornee/ S.A. en el mercado relevante de telecomunicaciones denominado "voz saliente móvil".

<sup>1147</sup> [https://www.crcm.gov.co/uploads/images/files/Proyecto\\_de\\_Agenda\\_Regulatoria\\_2021-2022\(3\).pdf](https://www.crcm.gov.co/uploads/images/files/Proyecto_de_Agenda_Regulatoria_2021-2022(3).pdf) (ver página 34)

ante tiene sobre el tamaño de **COMCEL**, sino constatar si **COMCEL** tiene o no posición dominante en dicho mercado.

Así las cosas, se reitera que los análisis adelantados en las secciones sobre tamaño relativo y tamaño absoluto dan cuenta inequívoca del tamaño de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles". El índice de dominancia Stenbacka, estimado en términos de usuarios, tráfico e ingresos, para dicho mercado, muestra que la participación de **COMCEL** se mantiene en el tiempo y se ubica por encima del umbral en todos los casos, inclusive cuando se simulan bajas barreras de entrada en la estimación del indicador. En las secciones 8.1.2, 8.1.3 y 8.1.4 se evidencia claramente que el tamaño de **COMCEL** y la existencia de economías de escala y alcance en el mercado de servicios de comunicaciones móviles genera barreras a la entrada de nuevos competidores, y también crea ventajas para **COMCEL** con respecto a los competidores existentes.

Frente a la observación que realiza la SIC de la aparente falta de argumentación y el sustento técnico por medio del cual la CRC considera que existe algún aspecto a nivel tecnológico o administrativo que implique una barrera de entrada o un elemento disuasorio para la competencia en el mercado de "Servicios Móviles", se debe aclarar que uno de los tipos de barreras analizados corresponde al grupo de barreras tecnológicas, legales y/o administrativas dentro del cual se identificó que, a pesar del régimen de habilitación general establecido por la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, aún persiste como barrera de tipo tecnológico, legal y administrativo (que se traduce en una barrera de tipo económico) para el acceso al mercado "Servicios Móviles" el permiso de acceso y uso de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de comunicaciones móviles. Debe tenerse en cuenta que a través de la asignación de nuevas bandas de frecuencia se tiene tanto la posibilidad de incorporar nuevas tecnologías más eficientes, como también de contar con mayor capacidad para atender más usuarios y con mejor calidad.

Ahora, en atención a la observación de la SIC respecto del caso específico del que trata la presente actuación, se incluyó dentro de la sección 8.1.4 lo siguiente: (i) las cifras de los valores que pagaron los adjudicatarios de espectro IMT en 2013 y los compromisos de cobertura a nivel de cabeceras municipales que adquirieron en su momento, y (ii) las cifras de los valores que se comprometieron a pagar los adjudicatarios de espectro de las bandas de 700 MHz y 1,900 MHz, así como los compromisos de cobertura a nivel de localidades que adquirieron, producto de la subasta de espectro realizada en diciembre de 2019; lo anterior permite dimensionar el tamaño de esta barrera económica y administrativa que enfrenta un nuevo agente que quiera ingresar al mercado como operador de red. Adicionalmente, se precisaron las ventajas que tienen los operadores de red ya establecidos, al ser adjudicatarios de espectro, lo cual se resume en la autonomía y control en la operación de la red y los servicios que ofrecen al público.

En relación con las observaciones que realiza la SIC sobre los análisis adelantados por la CRC sobre las barreras correspondientes a costos hundidos, economías de escala y alcance, acceso a recursos financieros y a canales de ventas y distribución, es importante precisar que en el análisis de barreras de entrada se evalúa el mercado en general sin fraccionarlo o agruparlo según el tamaño de los municipios como lo sugiere la SIC al querer asociar, equivocadamente, el ejercicio de identificación de barreras con el ámbito de aplicación o alcance de una de las medidas regulatorias particulares planteadas en el proyecto de resolución remitido. Al respecto, se aclara que una cosa es la dimensión geográfica del mercado relevante, que en caso del mercado de "Servicios Móviles" es nacional<sup>1148</sup>, y otra muy distinta el hecho de que, al ponderar la eficiencia estática y la eficiencia dinámica en la formulación de la medida regulatoria que se propuso en su momento en el proyecto de resolución sometido al trámite de abogacía de la competencia, la CRC haya adoptado como posible parámetro de referencia de su aplicación, la provisión de RAN sobre redes 2G y 3G en municipios con 100,000 habitantes o menos, tal como se explica en la sección 8.2.3 de la presente resolución.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que en el análisis de barreras de entrada que se adelanta en la sección 8.1.4 de la presente resolución se analizan aquellos aspectos que pueden desincentivar o restringir la entrada de nuevos operadores a este mercado, los cuales a su vez corresponden a ventajas competitivas para los operadores establecidos. Es así que, respecto de los costos hundidos, en dicha sección se explica el por qué se requiere de grandes inversiones en

<sup>1148</sup> Ver Anexo 3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

infraestructura para proveer servicios de telecomunicaciones, de cómo estas inversiones solo son recuperables a través de la prestación del servicio y de cómo las mismas les permiten a los operadores crear economías de escala y alcance. En la sección de tamaño absoluto se presentan también algunas cifras de mercado que dan cuenta de las inversiones realizadas por los operadores establecidos, como por ejemplo los activos registrados en los estados financieros, la cantidad de sectores de estaciones base y la magnitud de ingresos por la prestación de servicios de comunicaciones móviles, sin perjuicio de señalar cuán indiscutible es, en la teoría y en la práctica sectorial, que las industrias de redes multiservicios siempre presentan altas barreras de entrada, barreras entre las cuales sobresalen los costos hundidos, las economías de escala y alcance, el acceso a insumos esenciales como el espectro radioeléctrico, la magnitud de las redes establecidas de distribución, y la integración vertical, además de que la persistencia de cuotas de participación altas, como las del caso, son indicativas de la existencia de barreras de entrada.

En este punto, y en relación con la referencia que hace la SIC sobre la medida regulatoria que acompañó el proyecto de resolución remitido para el trámite de abogacía de la competencia, es importante precisar que el hecho de que en algunas partes del territorio algunos operadores no tengan infraestructura, provoca que dependan del acceso a la instalación de RAN de **COMCEL** para poder ofrecer el servicio. En ese orden de ideas, una reducción en el cargo de RAN que cobra **COMCEL**, generaría el incentivo a que tales operadores puedan llegar con ofertas comerciales lo suficientemente atractivas como para competir con **COMCEL** en esas zonas, y de esa manera generar una masa crítica para la construcción de su propia infraestructura, de acuerdo con su capacidad económica y planes de inversión, situación que promueve la competencia en el mercado móvil. No obstante, es importante mencionar que de acuerdo con los argumentos expuestos en las secciones 8.2.3.1.7 y 8.2.4, esta Comisión consideró no incluir por ahora las medidas particulares de RAN puestas a consideración inicialmente en el proyecto de resolución remitido a la SIC.

Además de lo anterior, en lo que respecta a la barrera correspondiente al acceso a recursos financieros, sobre la cual la SIC señala que la CRC hace referencia a la posibilidad planteada en la teoría económica, de acuerdo con la cual un competidor puede obtener resultados financieros satisfactorios, a pesar de no ser el líder de mercado, en la medida que atienda un nicho que genere mayor rentabilidad, es necesario precisar que en la sección 8.1.3 de la presente resolución los análisis efectuados señalan que si bien los competidores de una firma líder podrían contar con índices financieros satisfactorios, ello no permite concluir que el mercado en general es saludable o que funciona de manera eficiente.

Sobre esa misma barrera, la SIC señala que puede existir diversidad de opciones de financiación, como, por ejemplo, que la casa matriz de una compañía la apalanque financieramente. Al respecto, nuevamente es necesario precisar que esa posibilidad de acceder a diversas fuentes de financiamiento la tienen los proveedores establecidos y que entre mayor sea su tamaño estos tienen mayor capacidad de endeudamiento con costos inferiores al promedio del mercado, lo cual constituye una ventaja competitiva para los operadores que llevan mayor tiempo en el mercado y a su vez una barrera para los potenciales operadores que quieran ingresar al mismo.

Con respecto a la observación de la Superintendencia sobre los análisis relacionados con conducta de la firma, en la que indica que no se incluyó un análisis de sustituibilidad de la demanda en relación con la situación de monopolio de **COMCEL** en algunos municipios del país, se reitera que el mercado relevante de "Servicios Móviles" es un mercado con una dimensión geográfica de alcance nacional, y que la presente actuación administrativa no tiene por objeto revisar nuevamente la definición del mercado relevante, sino determinar si **COMCEL** tiene posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* denominado "Servicios Móviles", y de ser así, analizar la adopción de remedios regulatorios orientados a promover la competencia efectiva en ese mercado. Las medidas de carácter general expedidas por la CRC que tienen incidencia directa o indirecta en este mercado en principio no tienen un criterio de discriminación geográfica. Es así como las obligaciones sobre compartición de infraestructura o provisión del servicio de RAN son de aplicación nacional, aun cuando lo relativo a remuneración puede tener condiciones diferenciadas como es el caso de la regla de remuneración actualmente aplicable que se basa en la cantidad de sectores que tenga el operador que hace uso del RAN.

Para el caso específico que señala la SIC, en los municipios en los que **COMCEL** es el único operador, los demás operadores tienen la posibilidad de pedir el acceso RAN a **COMCEL** al precio regulado; con la medida propuesta se pretendía que **COMCEL** ofreciera en todo el territorio

nacional un menor precio al fijado por regulación general. Sin embargo, tal como se señala en la sección 8.2.3 de la presente resolución dicha medida fue acotada posteriormente a municipios con población menor a 100 mil habitantes y finalmente desestimada por las razones que se explican en dicha sección.

Adicionalmente, es necesario aclarar que la CRC en el análisis referido a la conducta de la firma, sí tuvo en cuenta la regulación relacionada con la protección de usuarios, la cual está encaminada a reducir los costos de cambio que enfrentan los usuarios; dentro de tales medidas se encuentran la portabilidad numérica y la prohibición de suscripción de contratos con cláusulas de permanencia mínima.

Así las cosas, si bien es claro que la mayoría de las observaciones de la SIC, en relación con los elementos evaluados por la CRC para constatar la dominancia de **COMCEL**, parten de interpretaciones y aproximaciones parciales o erradas a la luz del objeto de la actuación, tal como se ha explicado previamente, es pertinente anotar que esta Comisión, en atención a las recomendaciones de dicha autoridad, adelantó una revisión de los análisis sobre tamaño relativo, tamaño absoluto, barreras de entrada y conducta de la firma, lo que permitió complementar y soportar aún más los hallazgos de la CRC. Es así como, a efectos de reforzar el soporte probatorio, se incluyó un análisis de sensibilidad del indicador Stenbacka, lo que ratificó que las participaciones de **COMCEL**, medidas en ingresos, tráfico y usuarios, son superiores al umbral del indicador; se incluyó además un análisis sobre las economías de alcance producto del despliegue de infraestructura; se cuantificaron las barreras de entrada al mercado, como por ejemplo acceso a espectro, inversión en infraestructura (activos), acceso a recursos financieros (indicadores de endeudamiento), se amplió el análisis sobre la competencia potencial incluyendo un ejercicio teórico riguroso de análisis prospectivo por parte de los agentes asignatarios de espectro de la subasta llevada a cabo en el año 2019, y finalmente se incluyeron análisis complementarios de los proxy de precio y consumo. Adicionalmente, con el fin de verificar los hallazgos obtenidos hasta antes del pronunciamiento de la SIC y, para tomar las decisiones que procedan de acuerdo a la ley, la regulación y la evidencia, todos los análisis fueron actualizados teniendo en cuenta la información disponible de 2019 y 2020 del sistema Colombia TIC y la información obtenida a partir de los Autos de Prueba ordenados luego de diciembre de 2018.

**Sobre la sección 3.1.2 del Concepto - "Sobre el empaquetamiento de Servicios Móviles como falla de mercado"**

**Concepto de la SIC:**

En la sección 3.1.2 del Concepto, la SIC menciona que la CRC ha identificado, de la mano con la posible dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles", que la imposibilidad técnica de que dos o más operadores puedan prestar servicios de voz y de datos de forma concurrente a un usuario a través de un único terminal móvil, representa una falla de mercado susceptible de ser regulada.

Al respecto, la SIC cita las participaciones de mercado al final del segundo trimestre de 2016 de **COMCEL** y refiere las siguientes afirmaciones de la CRC -"El hecho que las participaciones de mercado de uno y otro servicio sean **tan similares**"<sup>1149</sup> comprueba el traslado de la posición de dominio entre el mercado de servicios de voz al mercado de servicios de datos – y - "Si los productos son complementarios, ofrecer un producto empaquetado tiene un efecto apalancador"<sup>1150</sup>.

Luego menciona que, para soportar tales afirmaciones, la CRC presentó un análisis empírico con base en el modelo desarrollado por Ergas<sup>1151</sup> a fin de demostrar que la participación de mercado de un operador en términos del tráfico para el servicio de Internet móvil se encuentra afectada por los precios de los servicios de voz e Internet móvil en conjunto. Indica que dicho modelo está explicado o contenido en un documento de trabajo sin reconocimiento oficial.

<sup>1149</sup> Página 23 del documento de inicio de la apertura de la actuación particular -Intervención de carácter particular en el mercado "Servicios Móviles" de febrero de 2017-

<sup>1150</sup> Página 202 del proyecto de resolución remitido a la SIC en diciembre de 2018.

<sup>1151</sup> Ergas, H. (1998). Cluster markets: What they are and how test for them. Working paper Center for Research in Network Economics and Communications

Posteriormente, la SIC presenta la ecuación utilizada por la CRC en el ejercicio econométrico y describe las variables y los parámetros que se tuvieron en cuenta y menciona que las estimaciones fueron presentadas utilizando cinco (5) especificaciones diferentes del modelo lineal. En este punto la SIC indica que le llama la atención que en dicho ejercicio econométrico no se haya hecho alusión al método de estimación empleado y plantea que, por lo presentado, se podría presumir, corresponde al de Mínimos Cuadrados con efectos fijos tanto de tiempo como de empresa.

Luego la SIC señala que, de la metodología y los resultados presentados en el proyecto de resolución, observa que "(...) *los estimados de este modelo no son consistentes, toda vez que, los resultados son espurios*", en consideración a que, si bien la CRC aplica una prueba de raíz unitaria para determinar si las series de precios (i.e. precio Mbyte internet y precio minuto voz), son o no estacionarias, no replica este mismo ejercicio para la serie "*share*" (participación) e indica que la CRC asume con esto que no importa si esta serie tiene o no raíz unitaria.

Al respecto, la SIC también indica que la CRC se limita únicamente a presentar el resultado de la prueba de raíz unitaria para la serie "*ln(precio min voz todo mercado)*" y "*ln(precio MB internet todo mercado)*", y que la CRC no verifica si las series tienen más raíces unitarias. Sobre este punto, la SIC precisa que una prueba de raíz unitaria aplicada únicamente a la serie en nivel, sólo indica si la serie tiene o no tiene raíz unitaria.

Sobre la aplicación del test de raíz unitaria y el hallazgo de la CRC de que no es posible rechazar la presencia de al menos una raíz para la pareja de series antes señalada, la SIC indica que, a efectos de garantizar consistencia y evitar relaciones espurias al interior del modelo econométrico, resulta necesario aplicar la prueba a las series en primera diferencia, para comprobar que no existan más raíces unitarias, y que el nivel de integración de ambas series sea el mismo. Menciona la SIC que esto no aparece soportado ni mostrado en el proyecto de resolución.

Adicionalmente, la SIC afirma que los resultados de la prueba Im, Pesaran y Shin<sup>1152</sup> de raíz unitaria no son robustos ni concluyentes y precisa que basarse solamente en una prueba estadística cuya construcción es básicamente el promedio de los estadísticos individuales de las series de tiempo calculados con la prueba de Dickey y Fuller<sup>1153 1154</sup> resulta por lo menos insuficiente. La SIC también menciona que extraña la aplicación de pruebas como las de Levin, Lin y Chu<sup>1155</sup>, Breitung<sup>1156</sup>, Hadri<sup>1157</sup> Maddala y Wu<sup>1158</sup>, Choi<sup>1159</sup>, e indica que otro punto notorio del análisis del proyecto de resolución es la probabilidad de la prueba empleada, toda vez que, este resultado puede variar dependiendo de la especificación, es decir, de los componentes determinísticos que se incluyan en el ejercicio estadístico.

Posteriormente, la SIC indica que en un modelo econométrico como el planteado por la CRC se debe verificar el orden de integración de las series incluidas en la regresión. Menciona que las series deben tener el mismo orden de integración (integradas de orden uno, (1)), para poder aplicar una prueba de cointegración como la prueba de Pedroni, y señala que, en este caso, no entiende que se haya omitido probar que las tres series principales del modelo sean series no estacionarias integradas de orden 1. La SIC menciona que sólo en caso de comprobarse la hipótesis anterior, la prueba de cointegración de Pedroni<sup>1160</sup> resultaría ser válida a efectos de garantizar que no se estuviesen estimando regresiones espurias (Newbold y Granger)<sup>1161</sup>

Luego la SIC hace notar que la CRC afirmó que "*En caso que se verifique la existencia de cointegración, este fenómeno constituye evidencia de apalancamiento estratégico*"<sup>1162</sup>, conclusión

<sup>1152</sup> Im, Kyung So, Pesaran, M and Shin, Yongcheol, (2003), Testing for unit roots in heterogeneous panels, Journal of Econometrics, 115, issue 1, p. 53-74

<sup>1153</sup> Dickey, D. A., y Fuller, W. A. (1979). Distribution of the Estimators for Autoregressive Time Series with a Unit Root. Journal of the American Statistical Association, Vol. 74 (366), pp. 427 -431

<sup>1154</sup> Dickey, D. A., y Fuller, W. A. (1981). Likelihood Ratio Statistics for Autoregressive Time Series with Unit Root. Econometrica, Vol. 49 (4), 1057 - 1072

<sup>1155</sup> Levin, A., Lin, C. y Chu, C. (2002). Unit Root Test in Panel Data: Asymptotic and Finite-Sample Properties. Journal of Econometrics, 108, 1-24.

<sup>1156</sup> Breitung, J. (2000) The Local Power of Some Unit Root Tests for Panel Data. Advances in Econometrics, 15, 161-177.

<sup>1157</sup> Hadri, K. (2000). "Testing for stationarity in heterogeneous panel data". Econometric Journal, vol 3, pp. 148 -161.

<sup>1158</sup> Maddala, G. y Wu, S. (1999). A Comparative Study of Unit Root Test with Panel Data and a New Simple Test. Oxford Bulletin of Economics y Statistics, 61, pp. 631-652.

<sup>1159</sup> Choi, I. (2001). "Unit root test for panel data". Journal of International Money y Finance, vol 20, pp. 249 - 272.

<sup>1160</sup> La SIC cita que esta es una prueba basada en los residuales del modelo, tipo prueba Engle y Granger (1987).

<sup>1161</sup> La SIC indica que para el tema en datos panel, ver autores como Entarf (1997), Kao (1998), Phillips y Moon (1999).

<sup>1162</sup> Página 204 del proyecto de resolución remitido a la SIC en diciembre de 2018.

que la SIC no considera acertada a la luz de la literatura econométrica. Al respecto, menciona que cointegración indica la existencia de una relación de largo plazo entre las series, pero que su mera verificación no implica bajo ninguna circunstancia relación de causalidad entre las series. Indica la SIC que no se puede argumentar que la existencia de cointegración entre "*ln(precio min voz todo mercado)*" y "*ln(precio MB internet todo mercado)*" sea evidencia de un apalancamiento estratégico de algún agente económico del mercado.

Adicionalmente, en relación con la afirmación de la CRC de que "*En consecuencia, hay evidencia contundente de cointegración entre las series, y por lo tanto de que el precio del servicio de voz móvil explica la participación de los principales operadores del mercado colombiano en Internet móvil.*"<sup>1163</sup>, la SIC argumenta que esta afirmación la deriva la CRC de la aplicación de una sola prueba de cointegración, la cual, por más estadísticos que tenga a favor, no puede constituir una prueba contundente sin antes haber sometido a evaluación las series utilizando más pruebas.

La SIC también menciona que no es adecuado afirmar que la existencia de cointegración entre las series de precios muestre que el precio del servicio de voz móvil explica la participación de los principales operadores del mercado colombiano de internet móvil. En este punto, la SIC reitera que no hay prueba de raíz unitaria sobre dicha variable (*Share*), ni prueba de cointegración que la incluya, y señala que, por tal razón, cualquier resultado del análisis presentado se puede catalogar como "sin fundamento estadístico".<sup>1164</sup>

Posteriormente, la SIC menciona que "*en gracia de discusión de que el modelo econométrico estuviese debidamente especificado, no encuentra esta Superintendencia en el proyecto, dos aspectos importantes a la hora de analizar las regresiones. En Primer lugar, se extraña que en el modelo no se hayan tenido en cuenta cambios en materia regulatoria icónicos, a la luz de sus efectos en el mercado, durante el periodo de estudio, tal es el caso de la subasta de espectro de 4G, así como de las Resoluciones CRC 5107 y CRC 5108, las cuales redefinieron de manera importante las condiciones de competencia en el sector. En segundo lugar, se extraña por parte de esta Superintendencia, que las especificaciones 2 y 4 del Proyecto puedan tener un problema de endogeneidad*<sup>1165</sup>, toda vez que, al controlar por una variable como es el "número de usuarios" para explicar las participaciones de mercado, teniendo como regresores a los precios, indudablemente, se manifiesta el riesgo de endogeneidad que, a juicio de esta Superintendencia, debió haber sido eliminado a través de alguna prueba estadística a efectos de garantizar la robustez de las estimaciones encontradas".

La SIC concluye que "*(...) se puede afirmar que los argumentos a partir de los cuales la posición de dominio mostrada por COMCEL en el mercado de voz se "trasladó" al mercado de Servicios Móviles como un efecto del empaquetamiento de los Servicios de Voz e Internet Móvil no se encuentran debidamente sustentadas (sic) desde una lectura rigurosa de la metodología econométrica empleada*".

Adicional a lo anterior, en la sección 4 del Concepto, en relación con la segunda falla identificada por la CRC, la SIC formula las siguientes recomendaciones:

- "*(...) **revisar y soportar** debidamente la metodología y los resultados planteados por la CRC, a partir del modelo econométrico especificado, a efectos de demostrar efectivamente, que hay una relación de apalancamiento estratégico por parte de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** desde el servicio de voz móvil al servicio de datos móviles, y que con el empaquetamiento técnico de los mismos en una sola SIM-CARD, corresponde efectivamente a una falla de mercado.*
- "***Revisar y soportar** debidamente las razones por las cuales la CRC aduce que existe un apalancamiento por parte de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** a partir del servicio de voz móvil, a efectos de ganar participación en el mercado de datos, y en particular, en el mercado de Servicios Móviles, considerando, considerando (sic) las recomendaciones de cara al modelo econométrico. (...).*

<sup>1163</sup> Página 205 del proyecto de resolución remitido a la SIC en diciembre de 2018.

<sup>1164</sup> Conclusiones a las que llega el Grupo de Estudios Económicos de la Superintendencia de Industria y Comercio, del análisis del Proyecto

<sup>1165</sup> Menciona la SIC que son "*Conclusiones a las que llega el Grupo de Estudios Económicos de la Superintendencia de Industria y Comercio, del análisis del Proyecto*"

**Consideraciones de la CRC:**

Inicialmente, es importante señalar que buena parte de los comentarios de la Superintendencia en este punto giran en torno al modelo econométrico que, al parecer, representa para dicha Entidad el sustento principal de la dominancia de **COMCEL** en el mercado relevante de "Servicios Móviles". Así mismo, considera la Superintendencia que lo que busca la CRC probar con el modelo es el traslado de los problemas de competencia del mercado de voz al de "Servicios Móviles" como efecto del empaquetamiento de los servicios de voz y datos móviles.

Teniendo en cuenta lo anterior, al analizar los elementos esbozados por la SIC en su concepto se encuentra que los comentarios remitidos se enfocaron más en el modelo econométrico y en las pruebas de robustez estadísticas, que en el foco central de esta actuación administrativa, como lo es el análisis de competencia que involucró un amplio conjunto de factores, correspondientes a los mencionados en la Resolución CRT 2058 de 2019, hoy compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016, para arribar a la constatación de la dominancia de **COMCEL** en el mercado relevante de "Servicios Móviles".

Para abordar lo manifestado por la SIC en el Concepto, la CRC se refiere al propósito del ejercicio econométrico realizado, el cual se fundamentó en el documento denominado "*Cluster Markets: What They Are and How To Test For Them*"<sup>1166</sup>, cuya teoría ya había sido previamente citada por el regulador británico de comunicaciones Ofcom<sup>1167</sup>. Al respecto Henry Ergas plantea una metodología empírica para determinar si los productos A y B forman un clúster, situación que ocurre cuando una firma que vende sólo alguno de estos productos no puede competir contra otra que vende los dos productos A y B de manera conjunta. Esto se da, ya sea porque el costo de suministrar los productos A y B conjuntamente es sustancialmente menor o porque los consumidores incurren en costos adicionales cuando compran A y B separadamente frente a un consumo de forma conjunta. Esta metodología busca verificar una relación de largo plazo estadísticamente significativa entre una reducción del precio relativo de un producto A que forma parte de un clúster y la participación de mercado de un producto B de una firma en donde no se han producido variaciones de precio.

Ahora, para el caso concreto, en el mercado de "Servicios Móviles", el modelo sujeto de recomendaciones lo único que intentaba era reiterar, como complemento a la amplia teoría económica y evidencia citada en el documento soporte que acompañó la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, la relación de largo plazo que existe entre el precio del servicio de voz móvil y la participación del servicio de Internet móvil, debido a que únicamente si los productos son complementarios, se puede materializar un apalancamiento estratégico, relación que por demás ya fue parte de la discusión con el sector en el marco de la expedición de la regulación general asociada al proyecto regulatorio "*Revisión de los mercados de Servicios Móviles*"; que también fue objeto de pronunciamiento por parte de la SIC, y que culminó con la Resolución CRC 5108 de 2017, acto general que goza de firmeza y presunción de legalidad y que ha producido sus efectos jurídicos.

Así las cosas, resultar pertinente recordar que, como ya se ha mencionado en otras secciones del presente Acto Administrativo, dentro de los análisis adelantados en el mencionado proyecto regulatorio general se evidenció que los servicios de voz móvil e internet móvil son servicios complementarios y conforman el mercado relevante de "Servicios Móviles". Efectivamente, tal y como consta en el documento soporte "*Revisión de los mercados de Servicios Móviles*", se aplicó el Test del Monopolista Hipotético, también conocido como Test SSNIP, para evaluar la existencia de sustituibilidad de la demanda, usando el marco teórico de los modelos tipo *Conjoint*, a partir de lo cual se estimaron las funciones de demanda para voz móvil, Internet móvil y el paquete de servicios móviles, permitiendo identificar la existencia de tres mercados relevantes, y que los servicios de voz móvil e Internet móvil hacen parte de manera simultánea de dos mercados móviles. Por una parte, el servicio de voz móvil hace parte tanto del mercado "Voz Saliente Móvil" como del mercado "Servicios Móviles", y el servicio de Internet móvil hace parte del mercado "Internet Móvil" y del mercado "Servicios Móviles".

<sup>1166</sup> Ergas, H. (1998). Cluster Markets: What They Are and How To Test For Them. *Working Paper Centre for Research in Network Economics and Communications*. Pág. 8.

<sup>1167</sup> Ofcom. Business Connectivity Market Review. Review of the retail leased lines, wholesale symmetric broadband origination and wholesale trunk segments markets. Pág. 147. Disponible en: [https://www.ofcom.org.uk/\\_data/assets/pdf\\_file/0031/58990/condoc1-4.pdf](https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0031/58990/condoc1-4.pdf)



Se debe tener en cuenta entonces que el mencionado análisis Conjoint se definió como una combinación de los diferentes atributos de los paquetes de telefonía móvil. Esta definición es importante por dos razones. Primero, porque permite realizar el análisis Conjoint dentro del marco de los modelos de elección discreta, y segundo, porque permite utilizar encuestas hechas directamente a los usuarios para determinar las curvas de demanda de cada servicio móvil.

En este orden de ideas, en su momento se encuestaron 2.000 usuarios sobre su disposición a pagar por tres paquetes de telefonía móvil: solo voz, solo datos, y mixto de voz y datos. Para cada servicio se contaba con la posibilidad de incluir atributos adicionales (cada atributo por un mayor precio) tales como redes sociales, entre otros. De esta forma, toda la información utilizada en el ejercicio Conjoint realizado provenía de fuentes primarias, lo cual da cuenta de la robustez de los análisis realizados por la CRC en su momento.

De las respuestas obtenidas en el estudio conjoint, se construyó una serie de curvas de demanda, las cuales muestran el porcentaje de personas que definitivamente, o probablemente, comprarían el paquete a un rango determinado de precios. Los puntos de precios obtenidos fueron "suavizados" utilizando funciones exponenciales para obtener el mejor ajuste, y consecuentemente poder estimar las elasticidades propias y cruzadas de los diferentes paquetes de telefonía móvil bajo análisis. Los resultados de las regresiones econométricas, donde se puede verificar la rigurosidad de los modelos empleados, fueron publicados en su oportunidad como anexos al documento soporte que acompañó la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017. Por tanto, es claro que desde los análisis previos a la expedición de la mencionada resolución se encuentra **suficientemente sustentada** la relación de largo plazo que existe entre el precio del servicio de voz móvil y la participación del servicio de Internet móvil, su consecuente complementariedad y por ende que el ofrecer los servicios de manera empaquetada resulte en apalancamiento estratégico.

Por otro lado, la Superintendencia parece abordar la constatación de dominancia y sus sustentos desde una perspectiva *ex post*, ajena al ámbito *ex ante* que por Ley ejerce esta Comisión, lo anterior, por cuanto intenta detectar en el análisis realizado por la CRC algún indicio que pruebe la materialización de una conducta anticompetitiva por parte de **COMCEL**, más allá de las condiciones de participación, concentración y dominancia que arrojan en sí mismas las cifras del mercado, confundiendo así la posición dominante con el ejercicio y abuso de esta. Al respecto, es importante aclarar que la Comisión actúa en el mercado de manera *ex ante*, por lo que no es el objetivo de sus actuaciones probar el abuso de la posición dominante sino determinar si un agente tiene la potencialidad de determinar de manera unilateral las condiciones del mercado, es decir, si tiene el poder necesario para, en caso de desearlo, establecer los precios y nivel de producción del mercado, calidad, etc., sin que estos se vean constreñidos por la presión competitiva de las demás firmas o de los mismos consumidores.

En ese sentido, la Comisión a lo largo de la presente Resolución evaluó diferentes criterios para determinar si **COMCEL** tiene o no posición dominante en el mercado relevante de "Servicios Móviles". En las secciones 8.1.2, 8.1.3, 8.1.4 y 8.1.5, se lleva a cabo un análisis de competencia compuesto por múltiples criterios en donde se expone no solamente el mantenimiento a lo largo del tiempo de las participaciones de mercado considerablemente altas por parte de **COMCEL**, sino además las ventajas que este tiene en razón a sus economías de escala y alcance, lo que al final obstruye la competencia potencial, no solo de los proveedores ya establecidos sino además de nuevos modelos de negocio como por ejemplo los OMV.

Así las cosas, acorde con lo establecido en el artículo 10 de la Resolución CRT 2058 de 2009 (compilado en el artículo 3.1.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016), con el análisis de competencia que contempla los criterios de tamaño absoluto, tamaño relativo, barreras de entrada, competencia potencial y un análisis prospectivo del mercado, la Comisión dispone de los elementos suficientes para constatar la dominancia de **COMCEL**, toda vez que estos permiten evidenciar la potencialidad de este para determinar de manera independiente las condiciones del mercado sin que medien acciones de los demás agentes que sean de la suficiente magnitud para erosionar dicho poder.

Una vez establecida la dominancia de **COMCEL**, la Comisión procedió a estudiar, los posibles canales a través de los cuales este operador alcanzó dicha posición en el mercado de "Servicios Móviles", análisis que se encuentra plenamente documentado en las secciones 8.1.7, y 8.1.8, del

presente acto administrativo. En este aspecto, se encontró que ni **COMCEL** tenía el precio promedio más económico por GB, ni era el que mayor capacidad de navegación ofrecía a sus usuarios, ni tampoco el que tenía un diferencial de calidad y/o de atención al cliente suficientemente amplio como para explicar las diferencias en participación tanto en ingresos, tráfico y usuarios, con sus dos inmediatos competidores. Adicional a lo anterior, la Perito Marcela Meléndez encontró que cuando **COMCEL** ofrece los servicios de voz e Internet móvil de manera empaquetada, el primero de éstos es mucho más bajo que cuando se ofrece de manera individual; sumado a lo anterior, de acuerdo con los cálculos presentados por la Perito, durante el periodo 2014-2016, como resultado del empaquetamiento, el precio de voz móvil disminuyó en 39% mientras que el precio de datos móviles cayó en 9%. Como consecuencia, la misma Perito afirma en su documento que *"el negocio de Comcel viene en efecto transitando de planes de sólo voz y datos a planes de servicios móviles a través de los cuales el suscriptor adquiere simultáneamente los dos servicios"*. Lo que en últimas valida la hipótesis sobre los beneficios económicos para el usuario de empaquetar servicios y la existencia del apalancamiento estratégico en el servicio de voz para aumentar su participación en el servicio de Internet móvil a partir de las ventajas competitivas obtenidas por **COMCEL** en el mercado dónde ostenta desde el 2009 posición dominante.

Así entonces, se evidencian dos fallas de mercado, ampliamente explicadas en las secciones 8.1.6 y 8.1.7: i) la posición dominante en el mercado relevante de "Servicios Móviles" como falla en sí misma; y ii) el apalancamiento estratégico realizado por parte de **COMCEL**, que explica el hecho de que, con posición dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil", este operador utilizó el empaquetamiento de servicios como uno de los principales vehículos para trasladar los problemas de competencia de dicho mercado al mercado de "Servicios Móviles", y así consolidar también su dominancia en este último mercado.

En conclusión, la relación de largo plazo que intentaba reforzar el modelo, por un lado, ya se encontraba probada en las motivaciones que dieron origen a la Resolución CRC 5108 de 2017, y, por otra parte, ni la demostración del apalancamiento estratégico vía empaquetamiento se edifica en dicho modelo, ni el modelo es factor o sustento de la constatación de dominancia en el mercado relevante de "Servicios Móviles", que, como se ha dicho, se basa en el análisis conjunto de factores tales como las participaciones de mercado, concentración del mercado, barreras de entrada y competencia potencial, entre otros. Dado lo anterior, la Comisión decidió prescindir del modelo econométrico toda vez que no es un elemento constitutivo del análisis de dominancia y sin él se mantiene dicha conclusión y en nada se ve afectada la lógica argumentativa de la Resolución.

De acuerdo con lo desarrollado a lo largo de la presente sección, esta Comisión ha evaluado el Concepto de Abogacía de la Competencia en lo relacionado con las fallas de mercado identificadas por la CRC y ha expuesto las razones por las cuales se han acogido o no los comentarios y observaciones en la materia. Adicionalmente, la evaluación del Concepto en lo relacionado con la medida planteada por la CRC se desarrolla en la sección 8.2.4 de la presente resolución.

Finalmente, se precisa que se enviará copia de la resolución expedida a la SIC, en atención a lo requerido en el Concepto que dispuso que *"(...) al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita copia de la misma. Lo anterior con el fin de hacer seguimiento a la normatividad vigente, además de favorecer los mecanismos de cooperación interinstitucional que permitan alcanzar los objetivos de vigilancia comunes que garanticen la libre competencia, el bienestar de los agentes y la eficiencia económica."*

Así las cosas, la CRC da cumplimiento Artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015 y deja constancia del trámite de abogacía de la competencia que se surtió de manera previa a la expedición del presente acto administrativo.

Adicionalmente, con lo anterior se desvirtúan las afirmaciones que realiza **COMCEL** en la sección 2.2. del escrito allegado bajo los radicados 2020301399 y 2020815260 del 16 de diciembre de 2020, que **COMCEL** denominó "Alegatos de conclusión", las cuales se basan en algunos apartados del Concepto de la SIC.

**8.2. Consideraciones de la CRC en relación con las medidas necesarias para promover la competencia y prevenir el abuso de la posición de dominio de COMCEL en el mercado de "Servicios Móviles"**

**8.2.1. Presupuestos jurídicos de validez de las medidas**

En relación con las medidas que podrían ser adoptadas, **COMCEL** hace un llamado de atención a la CRC respecto de las que, en su criterio, son falencias metodológicas y de fondo que presenta el informe en el que se sustenta la propuesta regulatoria contenida en la Resolución CRC 5110 de 2017 y su documento soporte.

En concepto de **COMCEL**, lo que debe hacerse es determinar fácticamente la posición de dominio en el mercado efectivo y real en el que se opera, con prescindencia de el o los mercados que la CRC haya señalado como relevantes para efectos de ejercer sus facultades de regulación.

Para **COMCEL** debe demostrarse cuáles son efectivamente los servicios que sean sustitutos perfectos o imperfectos de los que ofrece el operador que se analiza y cuál es el ámbito geográfico real en que se da la competencia, en ese preciso momento en el tiempo. Y, además, afirma que *"para efectos de saber si existe o no una posición de dominio, es (sic) el mercado producto y el mercado geográfico los que se (sic) deben tener en cuenta y no el que la CRC haya señalado como sujeto de sus regulaciones"*.

En su opinión, después de definir lo anterior puede procederse a aplicar el Test del Monopolista Hipotético para determinar si existe o no una dominancia de **COMCEL** en determinado mercado.

Así las cosas, afirma que *"la CRC no está aplicando una metodología correcta para identificación del "mercado relevante", no se analiza la actividad de la CRC en la resolución 5108 de 2017, que definió el mercado sujeto a regulación, sino que no lo está haciendo bien ahora, para este caso particular de Comcel y para ello este es el momento procesal oportuno"*.

**COMCEL** afirma que la Constitución Política permite la existencia de una posición de dominio en un mercado, siempre y cuando no se abuse de ella. Así las cosas, si se concluye que **COMCEL** tiene una posición dominante, es porque es más eficiente que los demás operadores, y por lo tanto no debería ser sujeto de regulación particular, sino que debería aprovecharse dicha eficiencia que genera grandes beneficios para los consumidores.

Al procurar imponer medidas a **COMCEL**, afirma que la CRC está desconociendo la Constitución, pues le crea cargas artificiales sin que dicha empresa haya abusado de la eventual posición dominante que podría tener en el mercado.

Según **COMCEL**, *"[L]o que pretende la CRC es forzar un cambio en la estructura competitiva del sector de servicios móviles, más (sic) no evitar conductas abusivas de la posición de dominio (...) si bien la CRC puede intervenir en la economía, no existe norma alguna que lo faculte para forzar la estructura del mercado al considerar que aún no existe la cantidad suficiente de oferentes. Es decir, lo que pretende la CRC es un mercado en donde no haya un operador con una alta participación, pero este supuesto no existe, ni en la Constitución, ni en la ley, y por lo tanto lo que está haciendo esta autoridad es desbordar sus funciones, pues recuérdese que esta debe actuar en estricto apego a la normatividad vigente"*.

Para **COMCEL**, la CRC está vulnerando de manera clara y de frente su derecho a la libertad de empresa, pues no se ha cumplido con los requisitos para limitar un derecho constitucional como aquél, esto es, que (i) la autoridad administrativa esté facultada de manera expresa por la ley para ello; (ii) que la libertad de empresa esté en conflicto con otros derechos fundamentales de superior importancia o interés general que amerite la afectación de los derechos de los particulares; (iii) que no se afecte el núcleo fundamental de ninguno de los derechos involucrados; y (iv) que la restricción a la libertad de empresa sea el único paso para la concreción del otro derecho.

En su opinión, la CRC no cumple ninguno de los anteriores requisitos y, por lo tanto, su intervención no es ajustada a derecho, ya que se encuentra sustentada a partir de hipótesis sin prueba alguna, y los procedimientos utilizados para conseguir información son insuficientes.

En su documento titulado "*Alegatos de conclusión*", **COMCEL** manifiesta que la CRC está vulnerando de manera clara y de frente su derecho a la libertad de empresa. Recuerda que la CRC no cumple con ninguno de los requisitos para poder limitar este derecho, y menciona que la forma en que la entidad administrativa está actuando es abiertamente inconstitucional, pues desconoce por completo los mandatos de la Ley y la Constitución, además de otorgarse facultades que, por supuesto, no le corresponden, como lo es la legislativa.

Cataloga como preocupante que una autoridad administrativa, sobre la cual recaen unos principios restrictivos y a la que solo se le permite hacer aquello que le está expresamente autorizado, resulte legislando y desconociendo la Constitución. Agrega que, al observar en conjunto el estudio aportado por la CRC y los "fundamentos" para la posible imposición de medidas regulatorias, se aprecia que todo está construido a partir de hipótesis que no tienen un sustento concreto en pruebas, estadísticas, análisis de mercados. Lo anterior, dice **COMCEL**, se observa con las palabras que utilizan tales como "posible", "puede", "hipótesis" e "inferir". Entonces, para dicho proveedor, la CRC está restringiendo derechos de carácter constitucional a partir de elucubraciones y, a falta de datos, está acudiendo a páginas web de las que no se conoce la experiencia, ni los soportes, ni el método de recopilación de datos, ni la confiabilidad, ni los conocimientos de quienes elaboran esos estudios, como es el caso de Tarifica.

Además, aduce, la limitación a los derechos consagrados en la carta magna solo puede darse por el legislador, pues de lo contrario se partiría de una interpretación extensiva de las funciones de las entidades del orden ejecutivo, quienes estarían facultadas para ello y lo harían mediante actos administrativos de carácter particular.

También asevera que "*[B]ajo ninguna circunstancia, la CRC está facultada para restringir la participación de una empresa en el mercado bajo el argumento de que el número de oferentes no es suficiente (...) no puede pretender por vía administrativa regular un vacío normativo – número mínimo de oferentes en el mercado y cuotas de participación- (...) las pretendidas regulaciones, además de ser ilegales, carecen de todo sentido pues es innegable que en la resolución se omitió pronunciamiento alguno sobre la suficiencia financiera y tecnológica de las demás empresas, y es que COMCEL no está compitiendo con "pequeñas empresas", sino con multinacionales que tienen una altísima capacidad financiera*".

**COMCEL** presenta los que, en su criterio, son los tres pilares sobre los cuales se cimienta la economía de mercado (propiedad privada, libre empresa y libre competencia), y se refiere a los aspectos subjetivo y objetivo de la libre empresa como los ha definido la Corte Constitucional por vía jurisprudencial.

Desde el punto de vista subjetivo, se refiere a que cada uno pueda organizarse según la forma que mejor consulte sus preferencias y conveniencias, sin intervención de los particulares o el Estado (sentencia C-228 de 2010).

Desde el objetivo, indica que cada uno ha de ser autónomo para resolver qué actividad seleccionará y la manera para abordarla (sentencias C-228 de 2010, C-568 de 2010 y C-830 de 2010).

Después de hacer un recuento de la evolución jurisprudencial del concepto de libertad de empresa hasta consagrarse en la Constitución Política de 1991 como un derecho, **COMCEL** concluye que este debe garantizarse por el Estado, y por lo tanto no puede restringirse sino en los casos contemplados por la ley y bajo motivos fundados.

Así las cosas, dice, los particulares como **COMCEL** están autorizados para hacer todo aquello que no prohíban la Constitución ni la ley, sin que una autoridad pueda restringir su actividad económica de una manera arbitraria.

Afirma también que no existe norma alguna que faculte a la CRC para limitar el porcentaje de participación de una empresa sin que exista ninguna conducta abusiva por su parte.

No obstante, reconoce que existen límites a la libertad de empresa, pues la propiedad tiene una función social que cumplir, y ello implica ciertas obligaciones y responsabilidades en cabeza de los propietarios.

Según **COMCEL**, el primer requisito para que una entidad administrativa pueda limitar la libertad de empresa, es que una ley la faculte para ello, y no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico colombiano que permita limitar la participación que tiene una empresa en el mercado. Por lo tanto, asegura, la actuación de la CRC adolece de nulidad por desconocer la Constitución y la ley.

También afirma que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de señalar los límites constitucionales que se imponen a la hora de intervenir la actividad económica de los particulares en aras del interés general, en el sentido de que debe llevarse a cabo por ministerio de la ley, no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa, debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía, debe obedecer al principio de solidaridad, y debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, para **COMCEL** *"la CRC de manera unilateral y extralimitándose en sus funciones, concluyó que hacía falta más oferentes (...) está usurpando las funciones del órgano legislativo, ya que las normas vigentes en ningún momento fijan un tope máximo de participación en el mercado de una empresa, pero dicha autoridad administrativa consideró que, dado que el número de oferentes "no era suficiente" era necesario restringir la libertad de empresa"*.

**COMCEL** afirma que, además de una ley que otorgue la facultad de imponer medidas, estas deben buscar la protección de un interés que tenga la importancia suficiente para que sea objeto de protección por la Constitución, y en el presente caso se trata de la libre competencia.

En su opinión, con la actuación de la CRC no se está protegiendo ningún derecho que tenga la misma jerarquía que el de la libertad de empresa, y por el contrario se desvía la atención al hacer referencia al derecho a la competencia, cuando nada de lo que se está haciendo o la misma situación actual del mercado, permite concluirlo. Afirma categóricamente que *"[S]e está protegiendo es el desinterés y la ineficiencia de las demás empresas participantes o interesadas en el mercado de los servicios móviles"*.

Así, en su concepto, mediante la presente actuación administrativa no se persigue proteger ningún fin constitucionalmente válido, pues no se está protegiendo la libre competencia, además de no estar autorizada la CRC para adelantarla. Añade que lo que se va a lograr es desestimular las inversiones de los particulares y el interés por ser eficientes.

Adicionalmente, concluye, las medidas propuestas no buscan el beneficio de los consumidores como consecuencia de la pluralidad de oferentes en el mercado de "Servicios móviles", pues las medidas afectan directamente a los usuarios, y lo que se desprende de la actuación administrativa es que *"A COMCEL se le pretende imponer nuevas cargas cuando su posición en el mercado, ha sido limpiamente ganada en base a (sic) diversos factores que les ha valido el premio del mercado, que la CRC pretende castiga (sic), imponiéndole otra regulación ex ante"*.

**COMCEL** asevera en este punto que, como manifestó con anterioridad, no existe ningún derecho constitucional a proteger con la presente actuación administrativa, sino que lo que se pretende es beneficiar a los demás operadores, en su afán de penetrar más en el mercado. En sus propios términos, *"no estamos en presencia de ningún interés jurídico que permita el detrimento de la libertad de empresa, puesto que se está disfrazando el interés de adquirir mayor participación en el mercado sin esfuerzo como un derecho fundamental"*.

En su opinión, debe determinarse si la libertad de empresa es una libertad individual o derecho fundamental, o si se trata de un derecho económico.

Según **COMCEL**, las libertades individuales o derechos fundamentales no son susceptibles de restricción alguna, pues ello implicaría la negación misma del derecho, afirmación que sustenta citando algunas sentencias de la Corte Constitucional.

Por su parte, los derechos económicos en general y la libre empresa en particular tienen vocación de ser regulados y limitados, sin que con ello se irrespete su núcleo esencial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución Política.

Así las cosas, asevera, si existe un enfrentamiento entre este último derecho y uno fundamental, será el primero el que deba ceder ante el segundo, dado su carácter y especial protección constitucional.

Siguiendo los lineamientos anteriores, **COMCEL** pone de presente que cuando la fricción se da entre dos derechos económicos, no se puede aplicar ninguna de las aproximaciones tradicionales para resolver conflictos de normas que buscan establecer cuál primará, ya que debe buscarse una adecuada armonización de las disposiciones.

Una vez más, **COMCEL** se refiere a que las medidas de intervención deben ser necesarias, y afirma que en este caso no lo son puesto que (i) *"impone unas medidas para aumentar la participación en la inversión en infraestructura. Sin embargo, permite que los OMV utilicen libremente la infraestructura de los OMR, luego ¿cómo pretende de esa manera incentivar la inversión en infraestructura? Se trata de una medida que no tiene relación alguna con lo que se busca, luego no cumple con el requisito de necesidad"*; (ii) *"Con relación al supuesto "uso compartido", como se ha explicado a lo largo de este escrito, ello no implica bajo ninguna circunstancia ni (sic) el apalancamiento, ni la extensión de las condiciones de competencia. En todo caso, si hipotéticamente aceptáramos ese supuesto, la CRC no contempló medidas para incentivar la compra de equipos doble sim, pedagogía al usuario, entre otras"*; y (iii) *"en el mercado de servicios móviles, ya le ha sido impuesto a Comcel medidas (sic) tanto por voz (ex ante), como en internet para la adjudicación de 4G, por ello, no es necesaria la toma de otras medidas, ya que las que se han implementado apenas están en proceso de ejecución. Por lo cual, es imposible apreciar los resultados esperados por encontrarnos apenas en una etapa prematura"*.

Por lo anterior, concluye que las medidas propuestas no son necesarias ni indispensables para lograr los fines perseguidos por la entidad, ya que lo único que lograrán es un deterioro en el sector de los servicios móviles y una desigualdad injustificada para **COMCEL**.

**COMCEL** critica las medidas propuestas al afirmar que no se aprecia ningún beneficio de las mismas, estas resultarían contraproducentes para el mercado y los consumidores, y la CRC parte de una preconcepción de cuáles son los mercados competitivos buscando forzar un modelo inaplicable en el país.

Además, en lo que respecta a OMV, manifiesta que no existen razones para concluir que la existencia de este tipo de operador sea de por sí positiva, ni que a mayor número de oferentes exista mayor competencia. Adicionalmente, para **COMCEL** resulta extraño que la CRC afirme que se eliminaron las barreras de acceso para OMV, pero que siguen teniendo una participación reducida, con lo que ya no se estaría frente a una política de competencia pues ya se habría hecho la tarea por parte del regulador.

Aunado a lo anterior, en opinión de **COMCEL** no se está dando aplicación al principio de proporcionalidad, puesto que no existe correlación entre los derechos que va a restringir y el beneficio que se va a generar. Existe, para **COMCEL**, una desventaja clara frente a sus demás competidores que no va a generar ventajas para los consumidores, así que no hay justificación para que la CRC procure limitar el porcentaje de participación en el mercado, menos aun cuando no está facultada legalmente para ello, lo que hace que las medidas sean inconstitucionales.

Como no se vislumbra un interés general constitucionalmente protegido que amerite la intervención de la CRC, esta no se evidencia seria y razonable y, por tanto, las medidas regulatorias propuestas no deberían mantenerse.

**COMCEL** insiste en que cuando se presentan confrontaciones entre derechos hay que analizar la jerarquía de los mismos. En el presente caso, se está en una situación sin enfrentamiento entre ningún tipo de derechos, por lo cual no se entiende la necesidad de intervención en menoscabo del derecho a la libertad de empresa de **COMCEL**.

Para **COMCEL** debe tenerse en cuenta que en ningún momento puede verse afectado el núcleo esencial de ningún derecho, y mucho menos el de libertad de empresa.

**COMCEL** arremete contra las medidas regulatorias manifestando que, de aplicarse las mismas, se estaría desconociendo de forma ilegal e injustificada su derecho a la libre empresa, pues se

vería en una situación de desventaja frente a sus competidores que tienen su misma capacidad financiera y respaldo operacional a nivel regional.

Una vez más, afirma que las restricciones a las cuales quiere someterse a **COMCEL** no persiguen ningún fin constitucional, pues su motivación no es otra que la de beneficiar a unos empresarios, ya que las medidas no tendrán efecto alguno, o por lo menos los mismos no serán positivos respecto de los consumidores.

**COMCEL** critica la intervención regulatoria afirmando que la CRC no ha tenido en cuenta la existencia de una economía de mercado en Colombia, y que lo único que está intentando lograr es la participación de más oferentes en el mercado de "Servicios Móviles" en el país.

Supuestamente para la CRC los operadores distintos de **COMCEL** no tienen los suficientes recursos para dinamizar el mercado pues no tienen la misma participación que aquella y, por ello, agrega **COMCEL**, la Comisión está tratando de forzar el crecimiento de participación de empresas que no han querido hacerlo, pues en su entender, cuentan con los recursos para ello.

**COMCEL** también se refiere a la definición de empresa contenida en el Código de Comercio, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para manifestar que ella misma es una empresa que ha tenido gran importancia en Colombia, como motor de innovación y generación de empleo, y que no puede negarse el papel que juega en la economía colombiana.

Afirma que pareciera que debe definir su estrategia comercial de forma tal que les dé espacio a sus competidores en el marco de una economía de mercado y en un sector donde participan grandes empresas que buscan maximizar ganancias y adquirir el mayor número de clientes.

Señala que, en caso de llegar a prosperar las medidas, se vería abocado a definir sus ofertas de servicios móviles de acuerdo con las capacidades y tarifas de sus competidores, y en caso de no hacerlo, estaría en todo caso obligado a enviar a la CRC para su visto bueno las ofertas de planes empacados de servicios móviles antes de su lanzamiento, evitando que actúe con la agilidad requerida en este mercado donde los demás operadores tienen una alta capacidad de respuesta. Ello implicaría estar en desventaja respecto de sus competidores, pues mientras surte el trámite ante la CRC para aprobación de ofertas o planes, estos ya habrían lanzado al mercado y hasta retirado del mismo los suyos, lo que impediría a **COMCEL** competir en fechas especiales como el día de la madre, por ejemplo.

Concluye diciendo que es injusto que se impongan cargas adicionales a quien ha ganado limpiamente un espacio en el mercado.

A juicio de **COMCEL**, le está prohibido crecer más que sus competidores, y pareciera que la CRC pretende que todos los actores del mercado tengan participaciones iguales, lo cual es sumamente complejo.

Afirma que pareciera olvidársele a la CRC que no existe una norma que fije un tope máximo de participación por parte de un empresario en el mercado, y que la posición dominante en Colombia no está prohibida.

**COMCEL** describe lo que, a su parecer, sería el procedimiento a seguir para establecer medidas en un mercado determinado. Para ello, indica, se debe verificar la existencia en un mercado relevante de los "*criterios*" que la ley impone, para así darle el carácter al "mercado relevante" de "mercado relevante susceptible de regulación ex ante".

Dichos criterios, menciona, se encuentran enlistados en el artículo 7 de la Resolución CRT 2058 de 2009 (compilado en el artículo 3.1.2.3. de la Resolución CRC 5050 de 2016), y son los siguientes: (i) análisis actual de las condiciones de competencia en el mercado; (ii) potencial de competencia en el corto y mediano plazo; y, (iii) aplicación del derecho de competencia.

**COMCEL** señala que resulta catastrófico regular de manera simultánea los mercados mayorista y minorista. Al respecto, precisa que la propuesta de regular simultáneamente los mercados mayorista y minorista, además de conllevar consecuencias graves y dañinas para el sector, va en contra de los lineamientos de la Comisión Europea al respecto. Para justificar esta última afirmación, hace un recuento de la evolución regulatoria de la Comisión Europea, manifestando

que tras revisar la regulación que de 15 mercados mayoristas y minoristas hizo en 2002, decidió en 2014 eliminar toda la regulación de mercados minoristas y mantener únicamente 4 mercados mayoristas.

Adicionalmente, **COMCEL** pone de presente, con base en una cita parcial de un documento de la Comisión Europea, que esta recomienda regular únicamente los mercados mayoristas y dejar al mercado minorista seguir su proceso competitivo natural, y que así lo ha entendido la CRC según lo manifestó en el documento titulado *"Propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia"* de febrero de 2008.

**COMCEL** afirma que las medidas propuestas por la CRC no solo pretenden solucionar un problema que no existe, sino que resultan del todo inconvenientes, y de implementarse generarían una grave afectación del mercado ya que causarían un perjuicio grave a la competencia, a la inversión y al bienestar del consumidor. La imposición simultánea de medidas mayoristas y minoristas desincentivará la inversión y pondrá en riesgo la innovación y la renovación de tecnología, afectando finalmente al consumidor.

En este punto, **COMCEL** subraya que la imposición de las medidas de carácter particular propuestas en la presente actuación administrativa, junto con las de carácter general en materia de cobertura y calidad que ya se encuentran establecidas en la normatividad vigente, supondrían una *"usurpación de las labores de gestión de COMCEL por parte del regulador (...) esto podría considerarse como una expropiación indirecta de la empresa ya que el Estado, a través del regulador, se vuelve el responsable último de la gestión de la empresa ya que es quien define las tarifas, los costes y márgenes, las ofertas y la capacidad de inversión del operador"*.

#### **Consideraciones de la CRC**

En cuanto a las supuestas falencias jurídicas de la CRC en la determinación del mercado relevante, y la imposibilidad de esta entidad para limitar la libertad económica de **COMCEL**, constatar su posición dominante en el mercado, y adoptar, en función de ella, medidas regulatorias de carácter particular y concreto orientadas a promover la competencia efectiva y prevenir el abuso de posición dominante, esta Comisión se remite a las secciones 5 y 8.1.1 de la presente resolución, en las que de manera detallada y profunda se describen los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales que obligan a la Comisión acometer las actividades regulatorias que **COMCEL** considera jurídicamente inviables. Resáltese, en todo caso, que no es admisible el argumento de **COMCEL** según el cual no existe un tope en la participación del mercado y tampoco está prohibida la posición dominante pues, acorde con lo explicado ampliamente en este acto administrativo, con estas afirmaciones desconoce que a la CRC le ha sido conferido el mandato legal consistente en evitar el abuso de la posición dominante, entendida esta como una falla de mercado.

En lo que sigue, por ende, la Comisión resolverá las acusaciones de **COMCEL** atinentes a **(i)** la supuesta afectación al núcleo esencial de la libertad de empresa; **(ii)** la falta de motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; **(iii)** la supuesta infracción a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la actuación administrativa; y **(iv)** la supuesta inconveniencia de adoptar simultáneamente medidas generales y particulares, así como mayoristas y minoristas.

#### **8.2.1.1. Sobre la afectación al núcleo esencial de la libertad de empresa**

El núcleo esencial de un derecho ha sido definido por la Corte Constitucional como *"aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"*<sup>1168</sup>.

Ha señalado la Corte que el núcleo esencial de la libertad de empresa comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos

<sup>1168</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426 de 1992, T-554 de 1998



internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable<sup>1169</sup>.

Al mismo tiempo, ha sostenido esa Corporación que, en el modelo de economía social de mercado, se reconocen las libertades económicas en cabeza de los individuos, entendidas éstas como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio; *"libertades que no son absolutas, pudiendo ser limitadas por el Estado para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad."*<sup>1170</sup>

A la luz de la doctrina constitucional citada, ninguna de las potenciales medidas anunciadas en el inicio de la presente actuación administrativa somete el derecho a la libertad de empresa de **COMCEL** a limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección para su ejercicio, como tampoco implican un tratamiento discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallen en la misma posición; ni cercena el derecho de **COMCEL** a concurrir al mercado o retirarse; ni se entromete en la forma en que **COMCEL** estructura su organización interna o sus métodos de gestión interna; ni impide a **COMCEL** ejercer su derecho a la libre iniciativa privada; ni le imposibilita ejercer su derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; ni, finalmente, priva a **COMCEL** del derecho a recibir un beneficio económico razonable.

En ese sentido, el primer remedio mayorista anunciado en la Resolución CRC 5110 de 2017, que se refiere a la reducción acelerada de la remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de voz, como medida para promover la competencia efectiva y prevenir el abuso de la posición dominante, según la cual **COMCEL** debería ofrecer a sus competidores el valor final de la tabla del numeral 4.7.4.1.1. del artículo 4.7.4.1. del CAPÍTULO 7 TÍTULO IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, no afecta siquiera uno de los componentes del núcleo esencial de la libertad de empresa, máxime cuando el esquema de remuneración propuesto se encuentra orientado a costos eficientes -por lo que incluye una utilidad razonable-, y así mismo incluye costos de oportunidad. Así mismo, al contar **COMCEL** con una estructura costos más favorable y con mayores economías de escala que sus competidores, dispone de las condiciones técnicas y económicas para cumplir con la medida planteada, sin que exista detrimento del principio de remuneración orientada a costos eficientes establecido en la Ley y la regulación.

El segundo remedio mayorista anunciado en el inicio de la actuación particular, consistente en adoptar una senda creciente de cargo de RAN de datos, que parte del valor estimado mediante la metodología de costo incremental LRIC puro, y llega al valor estimado mediante la metodología de costos medios en un plazo determinado, tiene como propósito promover la masificación de la provisión de servicios de datos a través de las redes móviles, así como una mayor competencia en todo el territorio nacional, a la vez que incentivar el despliegue de infraestructura propia por parte de todos los PRST (por vía del encarecimiento gradual del precio de acceso a la red). Esta medida tampoco afecta los componentes del núcleo esencial de la libertad de empresa, entre otras cosas, porque los precios allí previstos corresponden a los que permiten a un proveedor eficiente la recuperación de sus costos y la obtención de una utilidad razonable, ni su aplicación comporta un tratamiento discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallaren en la misma posición; tampoco impide a **COMCEL** concurrir al mercado o retirarse; ni fija la estructura interna de **COMCEL** ni sus métodos de gestión interna; ni priva a **COMCEL** del derecho a recibir un beneficio económico razonable.

Lo propio puede decirse de las potenciales medidas minoristas anunciadas. Por una parte, la implementación de un test de replicabilidad económica (TRE), permite a la CRC verificar de manera ex ante, la existencia de un posible estrechamiento de márgenes que impida a un operador alternativo contestar de manera rentable las ofertas de servicios empaquetados de voz y datos del operador dominante, a través de una metodología que incorpore (i) los costos mayoristas regulados que deben pagar los operadores, (ii) los demás costos minoristas asociados a la prestación del servicio, de que da cuenta el modelo "Empresa eficiente móvil 2016"; y (iii) el margen de ganancia para el operador. En este caso, como es evidente, no se trata de impedir

<sup>1169</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-263 DE 2011

<sup>1170</sup> Ibidem.

que **COMCEL** ejerza su derecho a la libertad de empresa, sino de prevenir que, en su calidad de operador dominante en el mercado, estreche los márgenes de sus competidores por vía de ofertas empaquetadas que ni siquiera un operador eficiente podría contestar rentablemente.

De otra parte, el segundo remedio minorista anunciado, correspondiente a la prohibición de discriminación tarifaria por razón geográfica y/o tipo de usuario, tampoco tiene por objeto, ni tendría como efecto, impedir que **COMCEL** ejerciera su libertad económica. Al imponerle la obligación de poner a disposición de todos los usuarios -no sólo a algunos- toda su oferta comercial, se trataba de impedir que, apalancado en el poder de mercado que le brinda su posición dominante, llevara a cabo una estrategia mediante la cual cobraba precios más bajos en ciertas regiones o a ciertos tipos de usuarios, que los que cargaba en otras regiones o a otros tipos de usuario, teniendo por objeto o como efecto, el desplazamiento de sus competidores.

Ninguna de esas medidas, se repite, hubiera hecho o haría impracticable la libertad de empresa de **COMCEL**, ni lo dificultaba de manera irrazonable, ni la despojaba de la necesaria protección para su ejercicio, como tampoco implican un tratamiento discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallen en la misma posición; ni cercenaba el derecho de **COMCEL** a concurrir al mercado o retirarse; ni se entrometía en la forma en que **COMCEL** estructura su organización interna o sus métodos de gestión interna; ni impedía a **COMCEL** ejercer su derecho a la libre iniciativa privada; ni le imposibilitaba ejercer su derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; ni, finalmente, privaba a **COMCEL** del derecho a recibir un beneficio económico razonable. Simplemente, conforme a los análisis preliminares, estaban llamadas a generar mayores presiones competitivas sobre el operador dominante, de manera que los usuarios tuvieran mayores opciones de precio, calidad, cantidad y cobertura, no en el papel, sino en la realidad económica del mercado.

La lógica anterior se confirma al revisar los precedentes en la materia. En algunos casos, el análisis sobre el "núcleo esencial" ha sido reconducido a los elementos de la razonabilidad y proporcionalidad de la regulación. Por ejemplo, en la sentencia C-263 de 2004, la Corte afirmó que *"no existe un sacrificio en el núcleo esencial de las libertades económicas, tales como, la libertad de empresa y la libre competencia, cuando a pesar de limitarse las reglas que gobiernan el acceso a una sana concurrencia u oposición, la medida que adopta el legislador (C.P. art. 333 y 334), tiene como propósito salvaguardar la estabilidad de un principio o fin constitucional y, además, resulta proporcional y razonable"*<sup>1171</sup>. Igualmente, en la sentencia C-615 de 2002, la Corte también unió los análisis de núcleo esencial y de proporcionalidad, señalando que *"[l]a proporcionalidad en este caso hace alusión a que la medida no resulte excesiva frente a la finalidad buscada, de manera que sacrifique innecesariamente derechos y garantías de los particulares, llegando a afectar su núcleo esencial y aun afectando el interés público"*<sup>1172</sup>. La mayor parte de las sentencias revisadas para este concepto unen el análisis de los elementos de no violación del núcleo esencial con la proporcionalidad.

En otros casos, la Corte ha hecho un análisis separado del núcleo esencial. Por ejemplo, en sentencia C-263 de 2004, la Corte consideró que el establecimiento de un requisito de obtención del Registro de Turismo para el funcionamiento de los establecimientos turísticos no anulaba el núcleo esencial de las libertades económicas, *"pues no anula ninguna de las prerrogativas que esta libertad comprende"*.

En la sentencia C-830 de 2010, al analizar la constitucionalidad de normas que restringieron la publicidad del tabaco, la Corte consideró que la prohibición *"no afecta el núcleo esencial de las libertades económicas, puesto que es compatible con la producción y comercialización de los productos de tabaco y sus derivados"*<sup>1173</sup>.

En la sentencia C-486 de 2009, al estudiar la constitucionalidad de una norma que ordenaba a todas las empresas a nivel industrial tener un departamento de gestión ambiental, la Corte estableció que *"no hay anulación o desconocimiento absoluto del derecho a la libertad de empresa, porque la norma demandada no regula totalmente la actividad empresarial, se limita a*

<sup>1171</sup> Sentencia C-263 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>1172</sup> Sentencia C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>1173</sup> Sentencia C-830 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*establecer la manera como las empresas a nivel industrial deben cumplir sus obligaciones en relación con la protección ambiental*<sup>1174</sup>.

A manera de síntesis, es posible afirmar que el núcleo esencial de las libertades económicas puede desconocerse cuando se *"regula totalmente la actividad empresarial"* o cuando se anula alguna de las prerrogativas asociadas a la libertad de empresa o la libre competencia.

En este caso en particular, es claro que la potencial aplicación de una o varias de las medidas regulatorias planteadas inicialmente no puede ser interpretada como una regulación total de la empresa, o como se expuso anteriormente, que infringe seriamente el derecho de libertad de empresa, por lo que la imposición de una o varias de las medidas planteadas no contraría los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, y mucho menos las disposiciones legales y constitucionales que rigen la materia.

#### **8.2.1.2. Sobre la falta de motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la libertad de empresa**

Los artículos 333 y 334 de la Constitución señalan varias finalidades con las cuales puede el Estado limitar las libertades económicas. El artículo 333 se refiere a evitar o controlar el abuso de la posición dominante y a la limitación de la libertad económica *"cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación"*. A su vez, el artículo 334 se refiere al deber del Estado de intervenir en la economía *"con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano"*. Por último, el artículo 365 se refiere al deber del Estado de asegurar la *"prestación eficiente"* de los servicios públicos, y el 366 al *"bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población"*.

Esta multiplicidad de propósitos enmarca las posibilidades de la intervención por medio de la regulación, cuyos principales fines la jurisprudencia los ha agrupado en *finés sociales* y *finés económicos*:

*"Los órganos de regulación han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado inscrito dentro de un Estado social y democrático de derecho. Estos fines se pueden agrupar en dos clases, a pesar de su variedad y especificidad. La primera clase comprende los fines sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el legislador y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos. La segunda clase abarca los fines económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos."*<sup>1175</sup>

Los fines específicos de cada intervención, por supuesto, deben estar previstos en la legislación, que para el caso de la CRC se encuentran definidos en la Ley 1341 de 2009 (modificada por la Ley 1978 de 2019). En primer lugar, los artículos 1º, 2º, 4º, 19 y 50 señalan las finalidades que debe buscar la CRC al ejercer sus funciones regulatorias:

**"Artículo 1º. Objeto.** *La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.*

[...]

<sup>1174</sup> Sentencia C-486 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa. La norma fue declarada parcialmente inexecutable, pero por motivos de proporcionalidad.

<sup>1175</sup> Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también la sentencia C-741 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

**ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS ORIENTADORES.** *La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los Derechos Humanos inherentes y la inclusión social.*

*Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.*

*Son principios orientadores de la presente ley:*

1. *Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. <Numeral modificado por el artículo 3 de la Ley 1978 de 2019:> El Estado y en general todos los agentes del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deberán colaborar, dentro del marco de sus obligaciones, para priorizar el acceso y uso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la producción de bienes y servicios, **en condiciones no discriminatorias en la conectividad, la educación, los contenidos y la competitividad.** En el (sic)*

2. *Cumplimiento de este principio el Estado*

3. *Promoverá prioritariamente el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para la población pobre y vulnerable, en zonas rurales y apartadas del país.*

*<sic>*

2. *Libre competencia. El Estado **propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad.** Sin perjuicio de lo anterior, el Estado **no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia.***

3. *Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos. El Estado **fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos** con el ánimo de **generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios**, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura. Para tal efecto, dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general.*

4. *Protección de los derechos de los usuarios. El Estado velará por la **adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones**, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Hábeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán **prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable**, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones.*

5. *Promoción de la Inversión. <Numeral modificado por el artículo 3 de la Ley 1978 de 2019> Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones **tendrán igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro** y contribuirán al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La asignación del espectro procurará la maximización del bienestar social y la certidumbre de las condiciones de la inversión. Igualmente, deben preverse los recursos para promover la inclusión digital. El Estado asegurará que los recursos del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se destinen de manera específica para garantizar el acceso y servicio universal y el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el desarrollo de la radiodifusión sonora pública, la televisión pública, la promoción de los contenidos multiplataforma de interés público que promuevan la preservación de la cultura y la identidad nacional y regional, y la apropiación tecnológica mediante el desarrollo de contenidos y aplicaciones con enfoque social y el aprovechamiento de las TIC con enfoque productivo para el sector rural, en los términos establecidos en la presente Ley.*

6. Neutralidad Tecnológica. El Estado **garantizará la libre adopción de tecnologías**, teniendo en cuenta recomendaciones, conceptos y normativas de los organismos internacionales competentes e idóneos en la materia, que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y garantizar la libre y leal competencia, y que su adopción sea armónica con el desarrollo ambiental sostenible.

7. El derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC. <Numeral modificado por el artículo 3 de la Ley 1978 de 2019> En desarrollo de los artículos 16, 20 y 67 de la Constitución Política el Estado **propiciará a todo colombiano el derecho al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas**, que permitan el ejercicio pleno de los siguientes derechos: La libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, el libre desarrollo de la personalidad, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la educación y el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. Adicionalmente, **el Estado establecerá programas para que la población pobre y vulnerable incluyendo a la población de 45 años en adelante, que no tengan ingresos fijos, así como la población rural, tengan acceso y uso a las plataformas de comunicación, en especial de Internet, así como la promoción de servicios TIC comunitarios, que permitan la contribución desde la ciudadanía y las comunidades al cierre de la brecha digital, la remoción de barreras a los usos innovadores y la promoción de contenidos de interés público y de educación integral**. La promoción del acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas se hará con pleno respeto del libre desarrollo de las comunidades indígenas, afrocolombianas, palenqueras, raizales y Rrom.

8. Masificación del Gobierno en Línea. Con el fin de lograr la prestación de servicios eficientes a los ciudadanos, las entidades públicas **deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el máximo aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones** en el desarrollo de sus funciones. El Gobierno Nacional fijará los mecanismos y condiciones para garantizar el desarrollo de este principio. Y en la reglamentación correspondiente establecerá los plazos, términos y prescripciones, no solamente para la instalación de las infraestructuras indicadas y necesarias, sino también para mantener actualizadas y con la información completa los medios y los instrumentos tecnológicos.

[...]

**ARTÍCULO 4o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.** En desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, **el Estado intervendrá** en el sector las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones **para lograr los siguientes fines:**

1. <Numeral modificado por el artículo 4 de la Ley 1978 de 2019> Proteger los derechos de los usuarios, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes, y a la familia **velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios**, y la promoción de la digitalización de los trámites asociados a esta provisión.

2. **Promover el acceso** a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo como fin último el servicio universal.

3. Promover el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la prestación de servicios que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la masificación del Gobierno en Línea.

4. Promover **la oferta de mayores capacidades en la conexión, transporte y condiciones de seguridad del servicio al usuario final**, incentivando acciones de prevención de fraudes en la red.

5. **Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.**

6. **Garantizar el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura** y la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos escasos, se buscará la expansión, y cobertura para zonas de difícil acceso, en especial beneficiando a poblaciones vulnerables.

7. <Numeral modificado por el artículo 4 de la Ley 1978 de 2019> Garantizar el uso adecuado y eficiente del espectro radioeléctrico, que maximice el bienestar social generado por el recurso escaso, así como la reorganización del mismo, respetando el principio de protección a la inversión, asociada al uso del espectro. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones responderán jurídica y económicamente por los daños causados a las infraestructuras.

8. Promover la **ampliación de la cobertura** del servicio.

9. *Garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, **así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones** que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.*

10. *Imponer a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones obligaciones de provisión de los servicios y uso de su infraestructura, por razones de defensa nacional, atención y prevención de situaciones de emergencia y seguridad pública.*

11. *Promover la seguridad informática y de redes para desarrollar las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.*

12. *Incentivar y promover el desarrollo de la industria de tecnologías de la información y las comunicaciones para contribuir al crecimiento económico, la competitividad, la generación de empleo y las exportaciones.*

13. *<Numeral modificado por el artículo 4 de la Ley 1978 de 2019> Incentivar la inversión para la construcción, operación y mantenimiento de infraestructuras de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y propender por la protección del medio ambiente y la salud pública.*

[...]

**ARTÍCULO 19. CREACIÓN, NATURALEZA Y OBJETO DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES.** *<Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019> La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), es una Unidad Administrativa Especial, del orden nacional, con independencia administrativa, técnica, patrimonial, presupuestal, y con personería jurídica, la cual forma parte del Sector administrativo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La CRC no estará sujeta a control jerárquico o de tutela alguno y sus actos solo son susceptibles de control ante la jurisdicción competente.*

*La Comisión de Regulación de Comunicaciones es el órgano encargado de **promover la competencia en los mercados, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad, de las redes y los servicios de comunicaciones**, incluidos los servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora.*

*Para estos efectos la Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará una regulación que promueva la inversión, la protección de los usuarios, la calidad de los servicios, la simplificación regulatoria la neutralidad de la red, e incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la presente Ley.*

*La Comisión de Regulación de Comunicaciones adoptará su estructura y planta de personal para el ejercicio de sus funciones de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente Ley, plazo que podrá ser prorrogado hasta por seis (6) meses adicionales.*

[...]

**Artículo 50. principios del acceso, uso e interconexión.** *Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor que lo solicite, **de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:***

1. *Trato no discriminatorio; con cargo igual acceso igual.*
2. *Transparencia.*
3. *Precios basados en costos más una utilidad razonable.*

**4. Promoción de la libre y leal competencia.**

**5. Evitar el abuso de la posición dominante.**

6. *Garantizar que en el lugar y tiempo de la interconexión no se aplicarán prácticas que generen impactos negativos en las redes.”(SNFT)*

Es claro entonces que la Ley 1341 establece los fines que deben guiar el proceder regulatorio de esta Comisión, y precisamente al cumplimiento de ellos, en particular el de la promoción de la competencia efectiva en los mercados y la prevención del abuso de la posición dominante, está orientada la presente actuación administrativa, por lo que resulta errado que **COMCEL** afirme

que mediante la presente actuación administrativa no se persigue proteger ningún fin constitucionalmente válido, que no se está protegiendo la libre competencia, y que la CRC no está autorizada para adelantarla, como tampoco que lo que se va a lograr es desestimular las inversiones de los particulares y el interés por ser eficientes, afirmación ésta última infundada que, per se, desconoce que existe una correlación directa entre competencia efectiva, inversión e innovación, como bien lo señala el Banco Mundial et al:

*"La competencia maximiza los beneficios para la sociedad al:*

- *Asegurar que los recursos, productos y servicios se asignen a la persona o personas que los valoran más (eficiencia asignativa)*
- *Forzar a los participantes del mercado a usar los recursos escasos de la manera más productiva posible (eficiencia productiva)*
- *Alentar a los participantes del mercado a innovar, e invertir en nuevas tecnologías en el momento más oportuno (eficiencia dinámica)"<sup>1176</sup>.*

La evidencia empírica también muestra que la innovación se incrementa con la competencia<sup>1177</sup>. El trabajo empírico de Nickell (1996)<sup>1178</sup>, Blundell et al. (1999)<sup>1179</sup>, Carlin et al. (2004)<sup>1180</sup> y Okada (2004)<sup>1181</sup> encuentran una relación positiva entre competencia y productividad (o innovación).

En un artículo muy reconocido por la comunidad académica, Aghion et al. (2005)<sup>1182</sup> muestran que existe una relación de U invertida entre el desarrollo de la competencia y la innovación, la cual se explica por la relación entre varios efectos: i) si la competencia es baja, los incumbentes tienen pocos incentivos para innovar; ii) mayor competencia puede aumentar el beneficio incremental de la innovación, lo que los autores llamaron "efecto de escape de la competencia", en la medida que las empresas se ven incentivadas a innovar con el propósito de establecer ventajas comparativas con respecto a sus competidores; y iii) cuando la competencia es muy intensa se pueden reducir los incentivos de innovación de los agentes que tienen poca incidencia en el mercado, porque van a requerir más esfuerzo del que pueden dar para aumentar su participación en el mercado, por lo que deciden mantenerse. Es el balance entonces entre los cambios producidos por estos efectos entre bajos y altos niveles de competencia lo que genera la forma de "U" invertida de la curva.

Frente a los argumentos de **COMCEL**, tampoco es admisible que sostenga que las medidas propuestas no buscan el beneficio de los consumidores como consecuencia de la pluralidad de oferentes en el mercado de "Servicios móviles", pues supuestamente afectan directamente a los usuarios. Tal afirmación no es correcta, pues son los usuarios quienes más se benefician con la competencia efectiva, en términos de precios, calidad, cantidad, cobertura e innovación, así como también lo es que son ellos los primeros en sufrir las consecuencias de la omisión del Estado en corregir las fallas de mercado y prevenir el abuso de la posición dominante, entre ellas el poder sustancial de mercado que confiere al agente que lo detente la aptitud para determinar unilateralmente las condiciones de precio, calidad e innovación del mercado, desplazar competidores al punto de hacerlos marginales, y explotar dicho poder mediante la fijación artificialmente alta de precios y la reducción de la producción.

En cuanto a la afirmación del operador según la cual lo que se desprende de la actuación administrativa es que a "**COMCEL se le pretende imponer nuevas cargas cuando su posición en el mercado, ha sido limpiamente ganada en base a (sic) diversos factores que les ha valido el premio del mercado, que la CRC pretende castiga (sic), imponiéndole otra regulación ex ante**", baste recordarle al operador lo que señaló la Corte Constitucional en sentencia C-263 de 2013, según la cual "*La intervención de las Comisiones de Regulación mediante tratamientos*

<sup>1176</sup> Telecommunications Regulation Handbook. The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, InfoDev, and The International Telecommunication Union. (2011) Pág. 37 Traducción libre

<sup>1177</sup> Blundell, Richard, Rachel Griffith, and John Van Reenen, "Market Share, Market Value and Innovation in a Panel of British Manufacturing Firms," Review of Economic Studies, LXVI (1999), 529-554

<sup>1178</sup> S. J. Nickell. Competition and Corporate Performance. Journal of Political Economy, 104(4): 724ñ746, 1996.

<sup>1179</sup> R. Blundell, R. Griffith, and J. V. Reenen. Market Share, Market Value and Innovation in a Panel of British Manufacturing Firms. Review of Economic Studies, 66(3):529ñ554, 1999.

<sup>1180</sup> W. Carlin, M. Schašer, and P. Seabright. A Minimum of Rivalry: Evidence from Transition Economies on the Importance of Competition for Innovation and Growth. B. E. Journal of Economic Analysis and Policy: Contributions, 3(1):1ñ43, 2004.

<sup>1181</sup> Y. Okada. Competition and Productivity in Japanese Manufacturing Industries. NBER Working Paper No.11540, 2005.

<sup>1182</sup> Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship Author(s): Philippe Aghion, Nick Bloom, Richard Blundell, Rachel Griffith and Peter Howitt Source: The Quarterly Journal of Economics, Vol. 120, No. 2 (May, 2005), pp. 701-728

*diferenciales no puede ser concebida entonces como una censura al éxito empresarial de una compañía; es, más bien, un mecanismo de racionalidad instrumental diseñado para adoptar con celeridad los ajustes técnicos requeridos en un mercado donde la libre competencia y la iniciativa privada se encuentran constitucionalmente protegidas, pero cuyo fin último es la prestación eficiente y adecuada de servicios públicos”.*

Finalmente, carece de asidero la afirmación según la cual no existe ningún derecho constitucional a proteger con la presente actuación administrativa, sino que lo que se pretende es beneficiar a los demás operadores, en su afán de penetrar más en el mercado. Esta afirmación desconoce el rol que la teoría regulatoria le asigna a la promoción de la competencia efectiva en los mercados por parte de los órganos reguladores, cual es corregir las fallas de los mercados, entre ellas la dominancia individual o conjunta en el mercado, cuya presencia impide que la competencia sea efectiva.

Ha sido extensa la literatura sobre este aspecto. Buckley (2003) señala:

*"Si bien existen muchas razones posibles para regular una industria, **el enfoque principal** de la regulación contemporánea de la industria de servicios de telecomunicaciones es la **creación, florecimiento y mantenimiento de mercados competitivos.***

(...)

*Las razones por las cuales la mayoría de los países consideran que la regulación sectorial específica es necesaria para la industria de servicios de telecomunicaciones son tres.*

- *Esta industria comenzó en la mayoría de los países con un operador dominante y, por lo tanto, una estructura de suministro monopólica y arraigada. Desmantelar esto y reemplazarlo con competencia requiere una regulación constante y proactiva para nutrir y preservar esa competencia.*
- *Esta industria tiene algunas **fallas de mercado específicas** dentro de ella. Estas incluyen monopolio, altos niveles de integración vertical y externalidades de red. Estos requieren remedios focalizados.*
- *Esta industria es extremadamente compleja técnicamente. Su regulación requiere conocimientos específicos del sector que probablemente no existan dentro de un organismo regulador de competencia general”<sup>1183</sup>.*

Alexiadis y Cave (2010) lo expresan así:

*"El nuevo régimen, por lo tanto, se basa en una implementación especial del triunvirato de competencia estándar de: (a) definición del mercado; (b) identificación de dominancia; (c) formulación de remedios apropiados. De acuerdo con la lógica subyacente de este régimen, primero se establece una lista de mercados donde la regulación ex ante es permisible, definiéndose los mercados de acuerdo con los principios del derecho estándar de la competencia. Estos mercados se analizan con el objetivo de identificar la dominancia (sobre la base de una visión prospectiva, y conocida como 'Poder Significativo de Mercado'). Cuando no se encuentra dominancia (expresada como la "falta de competencia efectiva"), no se puede aplicar ningún remedio. Cuando se encuentra dominancia, la elección de un remedio apropiado puede hacerse a partir de una lista específica de remedios primarios y secundarios que se deriva de las mejores prácticas”<sup>1184</sup>.*

Dunne (2015) lo expone de la siguiente manera:

*"Los estudiosos de la economía regulatoria típicamente ven la regulación económica como un concepto relativamente estrecho, limitado, en efecto, a las formas convencionales de regulación de los servicios públicos. Dicha regulación tiene cuatro componentes distintivos: control de entrada; fijación de precios; prescripción de calidad y condiciones de servicio; y obligaciones de servicio universal.<sup>1185</sup> A diferencia del derecho de la competencia, que proporciona un mecanismo residual de supervisión de mercado aplicable en la mayoría de los sectores, la regulación económica es de naturaleza sectorial y tiende a prescribir una conducta de mercado particular, en lugar de simplemente proscribir categorías amplias de conducta anticompetitiva. Sin embargo, a menudo las dificultades del mercado que deben*

<sup>1183</sup> BUCKLEY, J. Telecommunications Regulation. Kindle edition (2003). Posición 582-587; 601-603. Traducción libre.

<sup>1184</sup> ALEXIADIS, P y CAVE, M. Regulation and competition law in telecommunications and other network industries. En The Oxford Handbook of Regulation (Oxford Handbooks) (p. 500). OUP Oxford. Edición de Kindle. Traducción libre.

<sup>1185</sup> Kahn (1988:3/I).



*remediarse a través de la regulación económica surgen del mismo problema que aborda el derecho de la competencia: a saber, **el exceso de poder de mercado**. Por lo tanto, la regulación económica proporciona un sustituto de la disciplina del mercado de la competencia emulando el resultado competitivo*<sup>1186</sup> (NFT).

En suma, lo descrito es a lo que la literatura en la materia se refiere como nivelar el campo de juego (*level the playing field*), que no implica en sí mismo favorecer unos competidores en desmedro de otros, sino promover condiciones que permitan el surgimiento de mayores presiones competitivas entre los agentes del mercado y, en especial, sobre aquel con posición dominante.

Al respecto, Stoyanova (2008) señala:

*"La promoción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas es perseguido a través de la aplicación paralela (...) de la regulación sectorial específica y el cumplimiento del derecho de la competencia. A través de la identificación ex ante de las barreras a la competencia y el diseño de los respectivos remedios, la regulación sectorial específica busca la creación de un campo de juego nivelado que reforzará la competitividad de los operadores de telecomunicaciones.*

*(...) en el sector de las telecomunicaciones, la creación de un campo de juego nivelado para la competencia efectiva es el objetivo de la regulación sectorial específica. Para prevenir que los incumbentes empleen prácticas anticompetitivas, los reguladores de telecomunicaciones están facultados para imponer remedios regulatorios ex ante que corrijan las distorsiones originadas en el poder significativo de mercado, antes de que se materialice el uso abusivo de dicho poder. La regulación sectorial específica es aplicable donde los defectos de la estructura de mercado no puedan ser eliminados exclusivamente por las fuerzas competitivas y las reglas del derecho de la competencia"*<sup>1187</sup>.

A su turno, el Banco Mundial et al (2011), en el Capítulo 2 "A LEVEL PLAYING FIELD: REGULATING FOR EFFECTIVE COMPETITION" del Telecommunications Regulation Handbook (2011), describe la regulación sectorial ex ante como un instrumento, en el marco de la política de competencia, para corregir las fallas que impiden que en un mercado exista competencia efectiva, una de cuyas características es que el precio de mercado de un producto esté determinado por la interacción de los consumidores y las empresas, sin que un único consumidor o empresa (o grupo de consumidores o empresas) pueda determinar, o influir indebidamente, el nivel del precio<sup>1188</sup>.

Recientemente, expuso Lavin (2018):

*"La cuestión de los motivos de la regulación está estrechamente relacionada con la forma en que se regulan las industrias en red en general (de las cuales las telecomunicaciones son una). La razón habitual para intervenir en las industrias en red es llevar los precios al consumidor a un nivel cercano a los que se habrían experimentado si el mercado hubiera sido completamente competitivo. **La regulación ha tenido tradicionalmente la tarea de garantizar cierto nivel de competencia.** La respuesta básica a la pregunta en el mundo de las telecomunicaciones sería: la regulación es necesaria para evitar el fracaso del mercado, aumentar la competencia y aumentar la inversión y el bienestar general. O, en términos negativos: **donde los mercados están fallando, donde la competencia es inadecuada**, donde los usuarios no están protegidos o donde las tecnologías existentes se usan de manera ineficiente y no se introducen nuevas tecnologías, el papel del regulador es intervenir y mejorar las condiciones.*

(...)

*Los legisladores se esfuerzan principalmente por **nivelar el campo de juego** entre los actores, por lo general combinando el derecho de la competencia, y la regulación ex ante donde el primero no es adecuado o aún no se puede aplicar con eficacia"*<sup>1189</sup> (NFT).

En este contexto, resulta absolutamente claro que cuando la Comisión adopta medidas que imponen a **COMCEL** reglas de comportamiento diferenciales en razón de su posición dominante en el mercado, no está actuando con desprecio de los fines previstos en la Constitución y en la Ley para intervenir en el mercado y limitar la libertad económica de **COMCEL**, como tampoco, al promover la competencia en el mercado y evitar el abuso de la posición dominante, la Comisión

<sup>1186</sup> DUNNE, N. Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets. Cambridge University Press. Kindle Edition (2015) Pág 35. Traducción libre.

<sup>1187</sup> STOYANOVA, M. Competition Problems in Liberalized Telecommunications. Kluwer Law International (2008) Págs 12, 87,88. Traducción libre.

<sup>1188</sup> Telecommunications Regulation Handbook. Ob. Citada. Págs. 29-30

<sup>1189</sup> SAVIN, A. EU Telecommunications Law. Edward Elgar Pub (2018) Pág. 37-38. Traducción libre.

está protegiendo el denominado por **COMCEL** "*desinterés y la ineficiencia de las demás empresas participantes o interesadas en el mercado de los servicios móviles*".

Por lo demás, no es objeto de esta actuación establecer si la empresa **COMCEL** ha tenido o no gran importancia en Colombia, o si ha sido motor de innovación o empleo, y mucho menos el papel que juega en la economía colombiana. De lo que se trata, como se ha mencionado varias veces, es de establecer si ese proveedor tiene o no posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", y en caso de tenerla, determinar si se deben imponer ciertas medidas.

### **8.2.1.3. Sobre la infracción a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la actuación administrativa.**

**COMCEL** señala que la CRC no está dando aplicación al principio de proporcionalidad, puesto que no existe correlación entre los derechos que va a restringir y el beneficio que se va a generar. Aduce que existe para **COMCEL** una desventaja clara frente a sus demás competidores que no va a generar ventajas para los consumidores, así que no existe justificación para que la CRC procure limitar el porcentaje de participación en el mercado, menos aun cuando no está facultada legalmente para ello, lo que hace que las medidas sean inconstitucionales.

Expedida la Constitución de 1991, el principio de razonabilidad -y el de proporcionalidad como subprincipio de aquel- fueron incorporados al derecho colombiano por la Corte Constitucional en la década de los noventa<sup>1190</sup>, inicialmente como una herramienta jurídica para evaluar cargos de violación del derecho a la igualdad, esto es, como guía metodológica para determinar cuál era el criterio relevante para establecer si un trato desigual era discriminatorio y por ende violatorio de la igualdad.

Con posterioridad a ello, la Corte consolidó la tesis según la cual la intensidad del control de constitucionalidad y del test de razonabilidad varía dependiendo de la materia objeto de la norma demandada<sup>1191</sup> y, en la sentencia C-673 de 2001, definió los tres niveles en los cuales podía desarrollarse un juicio de razonabilidad, y los criterios para fijar el nivel de intensidad. Indicó, en primer lugar, que el juicio de intensidad leve es el punto de partida:

*"El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de la razonabilidad.*

*La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas.*

(...)

*En diversas hipótesis la Corte ha optado por aplicar un test leve de razonabilidad, como por ejemplo en ciertos casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en un tratado que afecta derechos fundamentales. (...)"<sup>1192</sup>.*

Posteriormente, indicó que en ocasiones existen razones para aplicar un juicio estricto:

*"Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie*

<sup>1190</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-230 de 1994 y C-022 de 1996

<sup>1191</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-404 de 2001, C-505 de 2001, C-048 de 2001, C-540 de 2001, y C-199 de 2001.

<sup>1192</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.*

*Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida<sup>1193</sup>.*

Por último, señaló la Corte, existen casos en que debe aplicarse un juicio intermedio:

*"Un test menos intenso – llamado test intermedio – también ha sido empleado por la Corte para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.*

*Por su parte, el test intermedio involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve. Primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial<sup>1194</sup>.*

Lo anterior indica que, por lo general, las intervenciones regulatorias quedan sujetas, desde una perspectiva constitucional, a un juicio leve o, en casos excepcionales, intermedio. De esta forma, lo único que se evalúa en materia de razonabilidad y proporcionalidad, sería la admisibilidad de la finalidad buscada, o su importancia en caso de un juicio intermedio, y la idoneidad o conducencia de la medida a esa finalidad. En ninguno de los dos casos, sería necesario examinar la *necesidad* de la medida ni su *proporcionalidad en sentido estricto*, aspectos que la jurisprudencia reserva al juicio estricto, que por lo general se aplica cuando se presentan afectaciones intensas a los derechos fundamentales.

De hecho, desde sus inicios la Corte ha invitado a los jueces a observar una mayor deferencia respecto de las decisiones de intervención en el mercado. En la sentencia C-265 de 1994, la Corte dijo que

*"[E]n esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma. Es decir, si la ley que regula la actividad de sociedades de contenido patrimonial no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía".*

En el caso concreto, consideró que la exigencia de un número mínimo de socios para conformar sociedades de gestión colectiva de derechos de autor era *"un medio utilizado que parece adecuado para conseguir los fines anteriormente mencionados"*, los cuales la Corte resumió en la racionalización de la economía, prevista en el artículo 333 de la Constitución, y la protección de la propiedad intelectual<sup>1195</sup>.

En la sentencia C-254 de 1996, la Corte declaró exequible la norma de un Plan Nacional de Desarrollo que asignó recursos a Bancoldex para el otorgamiento de subsidios. La Corte indicó que

*"El fundamento constitucional de la disposición demandada se encuentra en las facultades de intervención del Estado en la economía y en la actividad empresarial. La promoción de la competitividad empresarial y el desarrollo empresarial, son dos objetivos expresamente asignados por la Constitución a la intervención del Estado en la economía y para lograrlos es posible recurrir a una política de fomento que consista en reducir los costos financieros que deben asumir las empresas colombianas por encima de los que pagan las empresas que compiten con ellas en el mercado de bienes de capital y servicios técnicos".*

<sup>1193</sup> Ibidem.

<sup>1194</sup> Ibid.

<sup>1195</sup> Sentencia C-265 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En este caso, la Corte no examinó la necesidad ni la proporcionalidad de la medida de asignar recursos a Bancoldex<sup>1196</sup>.

Una línea más reciente de sentencias califica el juicio de proporcionalidad que debe realizarse sobre las medidas de intervención como uno *"en sentido lato"*<sup>1197</sup>. En la sentencia C-130 de 2004, la Corte declaró exequible la norma de un Plan Nacional de Desarrollo que estableció que las nuevas administradoras de régimen subsidiado debían ser entidades públicas o entidades privadas sin ánimo de lucro. La Corte consideró que *"la restricción obedece a fines constitucionales expresamente aceptados como límites a la libertad económica"*, como el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de oportunidades, ambos mencionados en el artículo 334 de la Constitución. También mencionó como objetivo de la norma el *"goce efectivo del derecho a la salud"* de los beneficiarios del régimen subsidiado.

Seguidamente, la Corte indicó que el medio elegido no estaba prohibido, y que *"exigir que las ARS sean entidades sin ánimo de lucro es un medio adecuado, en principio, para conservar la mayor cantidad de recursos dentro del sistema subsidiado de salud. Al no repartir utilidades, las entidades sin ánimo de lucro reinvierten los dineros que obtienen por tal concepto dentro del sistema mismo. Así, los dineros que podrían salir del Sistema a título de utilidades no se redirigen a otros sectores de la economía."*<sup>1198</sup> La Corte reconoció que la norma despertaba *"posiciones encontradas"* sobre la mejor política para fortalecer el régimen subsidiado, pero enfatizó que *"no le corresponde a la Corte resolver esta controversia"*<sup>1199</sup>. Aparte de la legitimidad de los fines y la adecuación de los medios usados, la Corte no revisó aspectos como la necesidad o la proporcionalidad de la medida en estricto sentido.

De igual forma, en la sentencia C-516 de 2004, la Corte declaró exequible una norma que otorgó dos años para que las personas afiliadas al ISS se trasladaran a una Administradora de Riesgos Profesionales, y que según los demandantes daba un trato diferenciado a favor del ISS. La Corte consideró que esta medida *"[t]an sólo establece un plazo de permanencia distinto cuyo propósito no es otro que hacer efectivo el mandato constitucional de intervención estatal en la economía y en los servicios públicos y de asegurar la prevalencia del interés general"*, y por este motivo era constitucional<sup>1200</sup>. En este caso, como el anterior, no hubo ninguna mención de la necesidad o proporcionalidad en estricto sentido de la norma demandada.

En la sentencia C-1041 de 2007 se declaró la exequibilidad de una norma que limitó la integración vertical en el sector salud. La Corte, en este caso, abordó explícitamente la cuestión de la intensidad del juicio de proporcionalidad, afirmando que *"en el presente caso no [se] debe aplicar un test estricto de proporcionalidad, como el propuesto por el demandante, sino uno leve"*. Según la Corte, *"cuando se trata de materias económicas, o de asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador, o cuando existen poderes reforzados de intervención estatal, como ocurre por ejemplo respecto de los servicios públicos, la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual por otra parte es el que ordinariamente debe adelantar el juez constitucional frente a las medidas legislativas, en deferencia a la legitimidad democrática del Legislador para configurar el ordenamiento jurídico"*<sup>1201</sup>. Por lo tanto, el examen de la medida se circunscribió *"a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado"*<sup>1202</sup>. Para la norma demandada, la Corte consideró que *"limitar la libertad de contratación de las EPS con las IPS propias, se presenta como una medida no manifiestamente inconducente para ayudar a solventar, en algún grado, la crisis económica por la que atraviesa la red hospitalaria pública del país"*<sup>1203</sup>. Agregó la Corte que, debido a que se estaba aplicando un juicio leve, a esta no le correspondía *"entrar a medir con exactitud hasta dónde la medida contribuirá a solventar la crisis de las IPS públicas, o si deberían existir otras y de que naturaleza, por cuanto el control de constitucional no puede erigirse en un juicio de conveniencia. Basta, como se ha indicado, con que la medida"*

<sup>1196</sup> Sentencia C-254 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>1197</sup> Sentencia C-130 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, así como las sentencias C-486 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa y C-882 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, que también usan la expresión *"en sentido lato"*.

<sup>1198</sup> Sentencia C-130 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>1199</sup> Ibidem.

<sup>1200</sup> Sentencia C-516 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>1201</sup> Sentencia C-1041 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>1202</sup> Ibidem.

<sup>1203</sup> Ibid.

*sea racionalmente adecuada para la consecución del fin perseguido, como efectivamente sucede en este caso.*<sup>1204</sup>

Finalmente, en la sentencia C-830 de 2010, en que se estudió la constitucionalidad de una prohibición de la publicidad del tabaco<sup>1205</sup>, la Corte indicó que *"el fin que tiene el legislador para prohibir la publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco es la garantía de la salud pública y el medio ambiente, objetivos que no solo son compatibles con la Carta Política, sino que conforman verdaderas obligaciones estatales"*. En segundo lugar, señaló que *"[e]l medio empleado por la medida legislativa estudiado, a su vez, no se encuentra prohibida por la Constitución"*, pues *"no existe un mandato en la Carta Política que impida que el Estado prohíba la publicidad de determinado producto."* En tercer lugar, indicó que *"concorre una relación objetiva y verificable entre medios y fines"*, ya que *"la prohibición total de esos actos de publicidad y promoción, al igual que la restricción intensa del patrocinio, redundarán en la disminución de ese consumo"*. Sobre este último punto, la Corte resaltó que *"habida cuenta las condiciones del juicio leve de proporcionalidad de las medidas de intervención del Estado en la economía, la vinculación entre medios y fines debe mostrarse plausible o razonable, sin que sea necesario que se demuestre, a partir de datos fácticos, que el objetivo es cumplido"*<sup>1206</sup>.

Las anteriores decisiones, entonces, son ejemplo de una segunda aproximación en la cual no se ponderan los valores y los principios implicados, sino que, para privilegiar la cláusula general de intervención, se permite al Estado adoptar medidas de intervención siempre que obedezcan a un fin permitido por la Constitución y los medios escogidos sean adecuados para lograr ese fin. Es decir, se aplica un test leve de razonabilidad.

Una tercera aproximación, que combina aspectos de las dos anteriores, se encuentra en la sentencia C-624 de 1998. En esta, se incorporan elementos de necesidad y proporcionalidad, pero se invita al juez a solo declarar inconstitucionales las medidas que sean *manifiestamente innecesarias* o *claramente desproporcionadas*. Con estos calificativos se incorpora la *"exigencia de flexibilidad y de oportunidad"* en el campo de la intervención del Estado en la economía<sup>1207</sup>. En la sentencia C-642 de 1998 la Corte declaró exequible la prohibición legal de contratación entre una empresa unipersonal y su titular. Afirmó que la finalidad de la medida era *"evitar o prevenir la utilización indebida de la figura para la defraudación de terceros"* y por lo tanto *"proteger la transparencia del mercado"*<sup>1208</sup>. La Corte consideró que esta finalidad era legítima, y que el medio usado era adecuado para lograrla. Seguidamente, señaló que *"[l]a limitación acusada no aparece tampoco como manifiestamente desproporcionada ni lesiona en modo alguno el núcleo esencial de la libertad de empresa o contratación, porque la actividad económica de la empresa se puede seguir adelantando en otras condiciones y respecto de otros interlocutores, sin desvirtuar la naturaleza de su gestión en el campo empresarial"*<sup>1209</sup>.

En la sentencia C-228 de 2010, en que se examinaron las normas relativas al control de integración empresarial, la Corte indicó que *"las normas, en primer término, cumplen con una finalidad que no solo es compatible con la Carta Política, sino que se derivan de las normas superiores que regulan el grado de intervención del Estado en la economía"*, y que *"el control de integraciones empresariales por parte de la autoridad administrativa es un mecanismo adecuado para cumplir con la finalidad de promoción de la libre competencia"*<sup>1210</sup>.

Adicionalmente, afirmó que:

*"no se evidencia que las normas acusadas se muestren manifiestamente innecesarias ni claramente desproporcionadas. Lo primero porque la existencia de un control administrativo de determinadas operaciones de integración que resulten especialmente relevantes para la estructura del mercado, se muestra como una herramienta idónea y pertinente para cumplir con las finalidades estatales relativas al mantenimiento de mercados competitivos. Lo segundo puesto que la naturaleza misma de los preceptos demandados, contrario a lo que afirma el actor, reconocen la posibilidad de que se efectúen"*

<sup>1204</sup> Ibid.

<sup>1205</sup> Esta sentencia, al formular en un primer momento el parámetro de control, incorpora el criterio de que la norma no aparezca como *manifiestamente innecesaria* ni *claramente desproporcionada*, adoptado en las sentencias C-624 de 1998 y C-228 de 2010, y que se discute a continuación. Pero al resolver el caso concreto, no hace alusión a ninguno de esos dos elementos.

<sup>1206</sup> Sentencia C-830 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>1207</sup> Sentencia C-642 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>1208</sup> Ibidem.

<sup>1209</sup> Ibid.

<sup>1210</sup> Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*integraciones empresariales, incluso aquellas que por su extensión configuran posición de dominio, solo que las somete al control administrativo, a fin de impedir que se tornen incompatibles con la libertad de empresa. Este control, según lo estipula los preceptos analizados y los demás que integran la normatividad sobre la materia, responden a parámetros objetivos, que consultan la forma en que está conformado el mercado y el grado de participación del conglomerado o nuevo tipo societario resultante de la integración empresarial.*

*Esta última consideración explica que los preceptos acusados no incidan en el núcleo esencial del derecho limitado, esto es, la libertad económica. Se ha indicado cómo estas normas son una expresión del reconocimiento y protección de este derecho, que para el caso particular se traduce en el mantenimiento del equilibrio entre los oferentes del mercado y la garantía del acceso equitativo de estos agentes, y la protección correlativa de los derechos de los consumidores. En ese orden de ideas, carecería de sentido sostener que el control a las integraciones empresariales afecta la citada libertad –en sus vertientes de libertad de empresa y libre competencia- cuando en realidad es un instrumento necesario para asegurar la vigencia de ese derecho constitucional<sup>1211</sup>.*

En síntesis, existen distintas aproximaciones a la intensidad del juicio de razonabilidad que se debe aplicar cuando se revisan medidas de intervención del Estado que limitan las libertades económicas. La regla general es la realización de un control deferente, que incorpore un juicio de intensidad leve, donde únicamente se revisan la legitimidad del fin buscado y la adecuación del medio escogido. Sin embargo, la jurisprudencia que se acaba de exponer muestra que en algunos casos la Corte ha controlado, además de la adecuación del medio utilizado, la *proporcionalidad en estricto sentido* del mismo. No obstante, aun en dichas sentencias, la Corte emplea nociones que disminuyen la intensidad del juicio, tales como que la medida no es *"manifiestamente innecesaria"* o *"claramente desproporcionada"*, con lo cual también le da un giro a la carga de justificación dado que la intervención no debe ser justificada como necesaria y proporcional, como sucede en un juicio estricto.

Entonces, no es cierto, a la luz de la doctrina constitucional de la Corte, que sea necesario verificar *"que la libertad de empresa este en conflicto con otros derechos fundamentales de superior importancia o interés general que amerite la afectación de los derechos particulares"*. La jurisprudencia admite la limitación de las libertades económicas con referencia a cualquier finalidad expresamente señalada en la Constitución—como puede ser el interés general o la libre competencia—, y no ha requerido una verificación de que la finalidad buscada sea *más importante* que dichas libertades.

Por su parte, el Consejo de Estado ha adoptado una interpretación holística en la aplicación del principio de proporcionalidad. En efecto, en sentencia del 30 de noviembre de 2006 señaló:

*"En su más común acepción, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada<sup>1212</sup>. O, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego<sup>1213</sup>.*

*Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana<sup>1214</sup>, conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con*

<sup>1211</sup> Ibidem.

<sup>1212</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2.000, p. 25.

<sup>1213</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa...*, cit., p. 160.

<sup>1214</sup> Como ponen de presente, entre otros, BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 135, 1994, p. 500; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses...*, cit., p. 25.

*el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija*<sup>1215</sup> <sup>1216</sup>.

En el año 2008, invocando la sentencia de noviembre 30 de 2006, la Corporación sostuvo al respecto:

*"El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-*<sup>1217</sup>.

*La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. Al respecto se ha expuesto:*

<sup>1215</sup> Vid, entre otros, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses...*, cit., p. 25; DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa...*, c it., pp. 160-161; LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad...*, cit., 120-124; MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., pp. 286-288.

<sup>1216</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006) Radicación número: 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074) Actor: JORGE EDUARDO CHEMAS JARAMILLO Demandado: MINISTERIO DE TRANSPORTE-INVIAS

<sup>1217</sup> En este sentido, el Consejo de Estado ha expresado: "La jurisprudencia colombiana se ha ocupado de conceptualizar los "principios generales del derecho", distinguiéndolos de la categoría que ciertamente les es próxima y con la que suele equipararse de las "reglas generales del derecho". De este modo, en sentencia C- 083 de 1995, la Corte Constitucional expresó, en relación con aquellos:

'Pero ¿a qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión?

'No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reducibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió 'pueden ser llamados 'principios jurídicos' en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él' Y añade: 'el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor', o se incorporen al ordenamiento -agrega la Corte- por disposición del legislador'.

"Por su parte, al referirse a las "reglas generales del derecho", manifestó:

'c. Las reglas generales de derecho. Se dijo un poco más arriba que cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como *analogia legis*, y se la contrasta con la *analogia juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

'Es claro que la segunda modalidad comporta un proceso más complejo, laborioso e intelectualmente exigente, demandante de mayor análisis y de un más elevado grado de abstracción, que puede desdoblarse en dos fases: en la primera se seleccionan las disposiciones específicas pertinentes (ninguna de la cuales comprende la situación *sub judice*) y en la segunda, se abstrae una regla implícita en las disposiciones confrontadas, a partir de la cual se resuelve el caso sometido a evaluación. La tarea del intérprete, de análisis y síntesis al tiempo, se encamina al logro de un único propósito: explicitar lo que está implícito en el sistema y que ha de servir de fundamento a la decisión. La complejidad de la tarea no escamotea, entonces, la base positiva del fallo. Cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.

'Que a los principios así extraídos se les denomine reglas no constituye una audacia del legislador colombiano de 1887. Tal nombre pertenece a la más pura tradición del derecho occidental en su raíz romana...'

"Siguiendo esta línea de razonamiento, el Consejo de Estado consideró que a manera de ejemplo que 'el llamado "principio" del no enriquecimiento sin causa, es una regla general de derecho que, incluso, está consagrada positivamente en el art. 831 del Código de Comercio... ' Cosa similar puede sostenerse, por tanto, respecto de la regla general de la proporcionalidad, prevista igualmente de manera expresa en el ordenamiento jurídico positivo en el más atrás comentado artículo 36 del Código Contencioso Administrativo." (Sección Tercera. Sentencia de noviembre 30 de 2006. Exp. 13.074.)

"Así, la vertiente "normativa" o de mandato del principio se refiere a la puesta en práctica del mismo en actos concretos, sean individuales o generales. La naturaleza implícita y explícita del principio de proporcionalidad nos obliga a contar con él en todas las esferas de actuación administrativa discrecional, de forma que su aplicación resulta obligatoria a la hora de poner en marcha cualquier tipo de actividad administrativa. Por ejemplo, la adopción de una orden de derribo trae consigo un juicio de proporcionalidad por parte del órgano administrativo competente, al igual que la ejecución forzosa de la misma. En este sentido podemos hablar de un principio en el ejercicio de las potestades administrativas, cuya virtualidad consiste en orientar el buen uso de las mismas.

"En el derecho administrativo, esta vertiente del principio se manifiesta en la resolución del órgano correspondiente. La aplicación del test no se suele manifestar de manera expresa -como en el caso del control de proporcionalidad, que llega incluso a caracterizarse por una triple estructura- pero existen supuestos en que la normativa aplicable exige a la Administración la realización de un juicio similar al de proporcionalidad. **La expresión de este razonamiento en el seno de la resolución constituye la aplicación del principio en el ejercicio de las potestades administrativas, susceptible de ulterior control por parte de un órgano jurisdiccional (e incluso de la misma administración en vía recurso).**

(...)

"Una segunda vertiente aplicativa del principio se realiza en el momento de control del ejercicio de las potestades administrativas, y su función es radicalmente distinta aunque vinculada a la primera. El control jurídico de la actividad administrativa se caracteriza por ser una función negativa (de interdicción) que marca límites a aquella, al mismo tiempo que se encuentra mayoritariamente en manos de los Tribunales. (Negrilla fuera del texto)<sup>1218</sup>

En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.

Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa (...)<sup>1219</sup>.

Posteriormente señaló esa Corporación:

**"El principio de proporcionalidad como método para resolver la colisión entre principios.**

Nuestro ordenamiento jurídico está compuesto no solo por reglas sino además por principios. En la teoría del derecho contemporáneo autores como Ronald Dworkin<sup>1220</sup> defendieron la existencia de principios al lado de las reglas y de la ponderación al lado de la subsunción.

Los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos.

La jurisprudencia constitucional ha dicho en reiteradas oportunidades<sup>1221</sup> que, en casos en los que se presenta conflicto de derechos o principios constitucionales, procede la aplicación de los métodos de ponderación, como técnicas de interpretación constitucional que buscan ejercer el control de excesos legislativos, de la arbitrariedad o el abuso de los poderes públicos. No se trata de jerarquizar normas constitucionales ni de imponer reglas absolutas y generales, se trata de evaluar si la limitación de un derecho (en este caso, el derecho a la iniciativa privada y la libertad de empresa) se justifica constitucionalmente y si la restricción constituye una forma de afectación de su núcleo esencial que se encuentra prohibida en la Norma Superior. (Sentencia C-210 de 2007.)

Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate y la naturaleza de los derechos en conflicto. Así, por ejemplo, para analizar si la limitación de un derecho que se establece para proteger otro resulta constitucionalmente admisible se ha utilizado el principio de proporcionalidad, según el cual corresponde al juez constitucional analizar i) si la medida restrictiva

<sup>1218</sup> SARMIENTO RAMÍREZ- ESCUDERO, Daniel. El control de proporcionalidad de la actividad administrativa. Editorial Tirant lo blanch. Valencia – España, 2004. Págs. 207 y 208.

<sup>1219</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008) Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009) Actor: CLAVIJO DELGADO INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS LTDA. Demandado: AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA

<sup>1220</sup> "Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación". R. Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1993.

<sup>1221</sup> Por ejemplo, pueden consultarse las sentencias C-818 de 2005, C-916 de 2002, C-822 de 2005, C-355 de 2006, T-575 de 1995, T-425 de 1995, T-1031 de 2001, T-933 de 2005.



*busca un objetivo constitucionalmente válido, ii) si es adecuada y necesaria para lograr la finalidad buscada y iii) si es proporcional en estricto sentido.*

*El principio de proporcionalidad posee tres reglas o subprincipios que básicamente se pueden resumir de la siguiente manera<sup>1222</sup>:*

*Idoneidad: una medida estatal es idónea si su adopción conduce a que se alcance o se favorezca la obtención del fin legítimo perseguido por el Estado.*

*Necesidad: una medida estatal no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz.*

*Proporcionalidad: exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y por otra, el peso de las razones que la justifican<sup>1223</sup>.*

En 2015, el Consejo de Estado señaló, a propósito del principio de proporcionalidad de la actividad administrativa, lo siguiente:

*"Sobre el punto, debe precisarse que dicho postulado presenta tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el primero, sería el de adecuación, de idoneidad o de congruencia de las medidas adoptadas para obtener el objetivo buscado por la Administración; el segundo, de necesidad, intervención mínima o menor lesividad para satisfacer el interés público y por último, el de proporcionalidad traducido en el equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho que se limita y el beneficio para los fines estatales.*

*Entonces, corresponde a "un principio general del derecho derivado de la idea de justicia material a través del cual se busca fundamentalmente que las restricciones estatales de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas – subjetivos – sea realmente útil, imprescindible, necesaria y sobre todo equilibrada y fundada en razones de interés general especialmente dirigidas a la protección de los intereses de la colectividad"<sup>1224</sup>.*

*Dicho con otras palabras, el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.*

*En este sentido, es claro que la discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la actividad de la Administración Pública, así se ha sostenido:*

*"1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.*

*Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple "habilitación" normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de "libertad de selección", arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.<sup>1225</sup>*

<sup>1222</sup> Ver obra BOROWSKI MARTIN. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p.130.

<sup>1223</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON Bogotá, D.C., once (11) de junio de dos mil nueve (2009) Radicación número: 76001-23-31-000-2002-04632-02 Actor: JESUS HERNEY RAMIREZ ZAPATA Demandado: CONCEJO MUNICIPAL DE CANDELARIA - VALLE DEL CAUCA

<sup>1224</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Próximo a ser publicado, p. 447.

<sup>1225</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada "El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de

(...)”<sup>1226</sup>.

No obstante, en providencia del 14 de julio de 2017<sup>1227</sup>, el Consejo de Estado, al ejercer control judicial precisamente sobre la regulación económica expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), sostuvo que el principio de proporcionalidad, en rigor, únicamente opera en supuestos de limitaciones a derechos fundamentales y que, cuando no es el caso, la revisión de la medida enjuiciada debe someterse al más simple examen de razonabilidad, enderezado a asegurar la interdicción de la arbitrariedad en los dominios de la discrecionalidad administrativa, valorando su razonabilidad entendida como virtualidad de perseguir un fin constitucionalmente admisible, y su idoneidad para ese efecto. Dijo así la Corporación:

*"Para los demandantes, en aras de proteger al SIN frente a hidrologías críticas y brindar una mayor confiabilidad, la CREG adoptó decisiones excesivas o desproporcionadas, lo cual las torna en arbitrarias y contrarias al artículo 36 del CCA. No obstante, al plantear este cargo las demandas no son claras en señalar de forma explícita el derecho que sacrifica de manera excesiva en nombre de la mayor confiabilidad del SIN que persigue la CREG. Dos problemas técnicos surgen de dicho planteamiento: el primero, que no se señala qué derecho fundamental se afecta como consecuencia de dicha medida; el segundo, que el principio de proporcionalidad, en rigor, únicamente opera en supuestos de limitaciones a derechos fundamentales.*

*Así, toda vez que el principio de proporcionalidad envuelve un concepto relacional, dado que algo no es desproporcionado en sí mismo o aisladamente considerado, la valoración de la proporcionalidad o desproporcionalidad de una determinada medida exige su confrontación frente a otro valor o magnitud, esencialmente, un derecho fundamental que se ve restringido y lesionado en su garantía. Esto, debido a que en últimas, se trata de un instrumento esencial para la defensa de los derechos fundamentales, que apunta a asegurar que estos solo sean limitados en la medida rigurosamente necesaria<sup>1228</sup>. Por lo tanto,*

los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publicar en México como libro).

<sup>1226</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., tres (3) de diciembre del dos mil quince (2015). Radicación número: 76001-23-31-000-2000-00785-01(31915) Actor: OLGA GONZÁLEZ DE NARANJO Demandado: METRO CALI S.A.

<sup>1227</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-24-000-2001-00090-01 (ACUMULADO 11001-03-24-000-2002-00122-01)

<sup>1228</sup> Al respecto, p. ej., afirma la doctrina especializada que “impone, en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, que los derechos de éstos sólo puedan ser limitados en la medida en que ello sea estrictamente imprescindible para la protección de intereses públicos a los que sirve dicha limitación del ámbito de libre autodeterminación del individuo”. Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 105. Y, partiendo de la base que la aplicación del principio de proporcionalidad presupone la existencia de una tensión entre el interés público y la libertad del ciudadano concretada en un derecho fundamental que se le reconoce, pero se restringe en un caso concreto, distingue este autor con acierto y rigor técnico entre proporcionalidad y ponderación. En su criterio, dado que el referido principio incluye un análisis de la idoneidad, necesidad y ponderación de la medida enjuiciada, “el principio de proporcionalidad incluye la ponderación (pero no es sólo ponderación) y (...) la ponderación tiene un ámbito más amplio que el principio de proporcionalidad”. Cfr. Ídem, p.

*supone establecer si las limitaciones impuestas a un derecho en nombre de otro o de un principio o valor rival se encuentran justificadas o no por las bondades o beneficios que trae consigo dicha restricción. De aquí que, como ha resaltado la doctrina, "el principio de proporcionalidad interviene de manera rotunda en el control de reglamentos cuando exista la lesión de un derecho fundamental"<sup>1229</sup>.*

*Por ende, y en relación con el segundo aspecto, tal como está planteado, el cargo no puede ser estudiado en su totalidad, toda vez que al no estar en juego la restricción de un derecho fundamental, este principio resulta inaplicable como parámetro de control.*

*Lo anterior no significa que el cargo de vulneración del artículo 36 del CCA como garantía de la prohibición del exceso sea inepto o que su estudio no pueda llevarse a cabo. Esto, debido a que tal como está planteada la censura, **la revisión de la medida enjuiciada debe someterse al más simple examen de razonabilidad, enderezado a asegurar la interdicción de la arbitrariedad en los dominios de la discrecionalidad administrativa. En este caso, con el fin de precaver la irracionalidad de las decisiones administrativas, resulta pertinente valorar su razonabilidad, entendida como virtualidad de perseguir un fin constitucionalmente admisible, y su idoneidad para ese efecto. Resulta procedente, entonces, verificar que la medida adaptada se enderece al logro de un fin constitucionalmente válido y que además sea adecuada para lograr el fin perseguido.** Ello no implica que el análisis de la ponderación de la medida no vaya a ser llevado a cabo más adelante, toda vez que dicho análisis es el insumo a través del cual se debe definir otro de los cargos propuestos, a saber: el concerniente a la evaluación de la supuesta ineficiencia económica de la medida. En últimas, **debe recordarse que la ponderación (y no la proporcionalidad)** es la forma de decidir que debe aplicar el órgano judicial (y el administrativo) "cuando debe adoptar una decisión en la que ha de tener en cuenta dos o más principios, bienes, valores, intereses, eventuales perjuicios, etc., contrapuestos"<sup>1230</sup>, sin que exista una regla (i. e. una norma con una estructura canónica, integrado por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica preestablecida con total claridad) aplicable al caso por vía de subsumción"<sup>1231</sup>.*

Así, es claro el Consejo de Estado en que **(i)** el principio de proporcionalidad únicamente opera en supuestos de limitaciones a derechos fundamentales; **(ii)** la aplicación del principio de razonabilidad de la actividad administrativa sólo comporta verificar que la medida adoptada se enderece al logro de un fin constitucionalmente válido y sea adecuada para lograr el fin perseguido; y **(iii)** el análisis de ponderación -diferente al de proporcionalidad, según la Corporación- sólo se lleva a cabo cuando debe adoptarse una decisión en la que se han de tener en cuenta dos o más principios, bienes, valores, o intereses contrapuestos.

Al realizar el juicio de ponderación entre los principios de continuidad del sistema eléctrico y la eficiencia económica, dijo esa Corporación en la providencia citada:

*"La Sala debe ahora resolver la pregunta de si las resoluciones demandadas son o no contrarias al principio de eficiencia económica que debe perseguir la regulación del sector energético, por su supuestamente exagerado énfasis en privilegiar la confiabilidad sobre la eficiencia económica, con serias implicaciones económicas en el largo plazo sobre el precio del servicio que se prestará a los usuarios.*

*Para los demandantes la CREG no tuvo en cuenta de manera suficiente el principio de eficiencia económica, con lo cual no se ajustó a los criterios constitucionales, legales y técnicos a los que está sometido el diseño de la regulación en materia de cargo por capacidad. Así, sostienen que pese a que el documento CREG 097 de 2000 señaló la necesidad de revisar y modificar el escenario hidrológico contenido en la Resolución CREG 116 de 1996 por uno que refleje las características generales de El Niño, el órgano regulador terminó apartándose de dicha intención para en su lugar adoptar una hidrología ficticia y arbitraria que subestima la capacidad de brindar firmeza de las plantas hidráulicas y afecta la eficiencia en la asignación del cargo por capacidad. Como resultado de esto, aducen los actores, "se*

111. No en balde señala BERNAL PULIDO que "[l]a utilización de este principio contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afectan los derechos fundamentales" (p. 66). Y precisa más adelante que "[l]a aplicación del principio de proporcionalidad presupone que una medida del poder público represente una intervención en un derecho fundamental, es decir, lo afecte negativamente, bien sea anulando, aboliendo, restringiendo o suprimiendo una norma o una posición que pueda ser adscrita *prima facie* a la disposición constitucional que tipifica el derecho intervenido". C. BERNAL PULIDO. *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 67., pese al uso muchas veces indiscriminado que ha hecho la jurisprudencia de estas nociones, se impone diferenciar entre el principio de proporcionalidad y la técnica de ponderación: el uso del primero debe ser restringido a aquellos supuestos en los cuales se enjuicia una medida restrictiva de un derecho fundamental con el fin de lograr un objetivo de interés general o la realización de otro principio o derecho constitucionalmente amparado; el segundo tiene un espectro más amplio, que abarca todos los supuestos en los cuales deba adoptarse una decisión en ausencia de una regla que controle el caso y en presencia de diversos bienes jurídicos o principios que convergen y deben ser tenidos en cuenta.

<sup>1229</sup> D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 65.

<sup>1230</sup> J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación en el... Op. Cit.*, pp. 9-10.

<sup>1231</sup> CONSEJO DE ESTADO. Ob. Citada. Pie de página 211.

*sobreremunera a los agentes térmicos al asignarles una capacidad de respaldo inexistente o significativamente mayor a la real”<sup>1232</sup>. Esta situación impide lograr una oferta eficiente, ya que da señales equivocadas sobre la instalación de plantas que no requiere el sistema, cuya sobreinstalación termina por generar más costos al sistema y por no permitir un aprovechamiento eficiente de los recursos eléctricos disponibles; algo que, en su criterio, afectará al sistema a mediano y a largo plazo.*

*En criterio del Ministerio Público este cargo debe ser rechazado, toda vez que se fundamenta en estudios que fueron realizados en el año 2001 y son meras hipótesis de su aplicación. Aun cuando esto resulta cierto, toda vez que se trata de proyecciones inciertas y difícilmente comprobables a la vista de las innumerables contingencias envueltas en el devenir del mundo económico hoy en día (mercados globalizados, crisis económica mundial, crisis climática, crisis política y militar en países productores de petróleo, etc.), para la Sala el reproche elevado no tiene vocación de prosperidad fundamentalmente por una razón diferente: la legitimidad de la ponderación realizada por la CREG entre la confiabilidad y la eficiencia económica, como criterios encontrados o en tensión que deben ser balanceados en orden a dar cumplimiento a los mandatos generales que la Ley 143 de 1994 impone al regulador.*

*En efecto, lejos de constituir una competencia reglada, esto es, minuciosamente configurada y materialmente programada por el legislador para su ejecución mecánica por parte del ente administrativo, **la competencia de la CREG para cumplir su papel de órgano regulador envuelve un amplio margen de apreciación en la aplicación de los distintos criterios prefijados por el legislador para la adopción de las decisiones a su cargo y la ulterior cristalización de los fines que le han sido encomendados. Es por tanto una competencia discrecional, cuyo control no remite a la simple aplicación de una regla que controle el caso, sino que supone un más complejo ejercicio de fiscalización de la racionalidad, objetividad y legitimidad de la decisión adoptada.** En este ámbito, entonces, **dada la autonomía que la ley reconoce a la Administración para lograr los objetivos que le son trazados** (p. ej. crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia, conforme a lo previsto por el artículo 23, literal a), de la LSE, o definir y hacer operativos los criterios técnicos de calidad, confiabilidad y seguridad del servicio de energía, con arreglo al literal n) del mismo artículo) **el control judicial no puede pretender efectuarse en los mismos términos en los que se surte en los casos de actuaciones regladas**, de mucha menor complejidad debido a la presencia de reglas claras y completas que controlan el caso, cuya subsunción en el asunto examinado permite resolver la problemática que se plantea al juez.*

*En estos eventos, por el contrario, la imposibilidad de contar con una regla bajo la cual puedan subsumirse los hechos del caso concreto a efectos de determinar si se aplica o no la consecuencia jurídica nitidamente establecida por el legislador para el supuesto de hecho previsto, fuerza a que el control judicial deba desarrollarse bajo el más complicado esquema de la ponderación<sup>1233</sup>.*

*Como proceso enderezado a asegurar tanto la racionalidad de la decisión administrativa como la protección de los derechos de los ciudadanos y el sometimiento de estas determinaciones al conjunto del ordenamiento jurídico, la ponderación presupone, en primer lugar, la definición o identificación de los intereses en conflicto; en segundo término la atribución del peso o importancia de cada uno de ellos en atención a las circunstancias propias del caso concreto y, por último, un ejercicio de balanceo que permita a la autoridad decretar fundadamente la prevalencia de alguno de los intereses en conflicto sobre los demás (o el otro, si el enfrentamiento es únicamente bilateral). Este ejercicio de ponderación resulta en la definición de una regla de precedencia condicionada (i. e. en caso de colisión de los criterios o principios A, B y C, en las circunstancias X, prevalece A), con arreglo a la cual la autoridad administrativa competente adopta la decisión correspondiente en condiciones de objetividad y racionalidad controlables y acordes con las exigencias del Estado de Derecho, toda vez que las razones de dicha prevalencia deben hacerse explícitas por parte de la autoridad decisoria. Por lo tanto, el control judicial en estos eventos debería remitirse a verificar la corrección con que se surtió dicho procedimiento en el caso concreto y a contrastar la validez de sus conclusiones con los estándares materiales que al respecto imponen la Constitución y la ley. No es, por tanto, un control meramente formal, enderezado únicamente a verificar el cumplimiento de la secuencia de pasos señalado; debe valorarse también, y ello resulta fundamental, el cumplimiento material de las preceptos constitucionales y legales que enmarcan la determinación controlada.*

*Dado el carácter de principio que presenta la eficiencia económica alegada por los demandantes, y por lo mismo, su estructura abierta e indeterminada y su carácter de mandato de optimización, contrario al carácter cerrado de las reglas, que con su estructura certera y bien definida (supuestos de hecho + consecuencia jurídica) ofrecen una solución única y cierta para los casos subsumibles bajo el ámbito cobijado por su programa normativo, en el asunto sub examine resulta inviable aplicar una técnica de*

<sup>1232</sup> Ídem.

<sup>1233</sup> Sobre las diferencias entre el proceso de una toma de decisión en desarrollo de una competencia reglada, vía subsunción de unos hechos en una regla, y el proceso de ponderación en los eventos de competencias discrecionales, véase J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 130 y ss.

*control similar a la que parecen sugerir los demandantes, toda vez que no es éste el único principio cuya materialización debe perseguir la CREG en cumplimiento de su papel de regulador. Ciertamente, la multitud de criterios y principios a considerar en desarrollo de la tarea regulatoria a cargo de dicho ente impide resolver el caso como si la eficiencia económica fuera el único objetivo a considerar y existiera una regla constitucional o legal que así lo impusiese. Es por esto que la ponderación entre los intereses concurrentes resulta imperativa.*

*Así las cosas, en orden a determinar si la restricción impuesta al principio de eficiencia económica en aras de hacer eficaz el principio de continuidad del servicio y el criterio de confiabilidad del Sistema es ponderado o proporcional en sentido estricto, la Sala debe evaluar la finalidad perseguida por la medida adoptada, su adecuación para realizar el fin y su proporcionalidad en estricto sentido. La determinación del fin determina la razonabilidad de la medida, en tanto que esté acorde con una finalidad constitucionalmente admisible. El estudio de su adecuación supone analizar que la medida sea adecuada o idónea para la consecución del fin constitucionalmente válido perseguido. Por último, el examen de la proporcionalidad en estricto sentido obliga a efectuar un análisis costo-beneficio de la medida enjuiciada, de modo que se pueda concluir si sus resultados justifican la restricción impuesta a la variable sacrificada o si con ella se sacrifican valores constitucionales más relevantes que los efectivamente materializados. Según ha explicado la doctrina, una decisión será ponderada si cumple con la denominada "ley de la ponderación", en virtud de la cual "cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede, mayor debe ser la importancia del que prevalece en el caso determinado"<sup>1234</sup>.*

*En estas condiciones, la ponderación que se debe efectuar debe tomar como punto de partida la finalidad perseguida por la CREG con la serie hidrológica crítica adoptada en las resoluciones cuestionadas, cuyo objetivo, como ya se ha señalado en varias oportunidades a lo largo de esta sentencia, es procurar una mayor confiabilidad al SIN. Sobre la legitimidad constitucional de este fin y la adecuación de la medida adoptada por la CREG para su realización la Sala remite a lo indicado al respecto ut supra, en la parte motiva de esta providencia, al valorar la conformidad de las resoluciones demandadas con el artículo 36 del CCA. Allí quedó establecida la legitimidad constitucional del fin perseguido y la idoneidad de la medida adoptada por la regulación para asegurar su materialización.*

*Resta entonces verificar si dicha medida resulta ponderada o proporcional en estricto sentido a la luz del mandato legal que pesa sobre la CREG de propugnar hacia una regulación eficiente en términos económicos, esto es, que procure abastecer la demanda de electricidad de la comunidad bajo criterios económicos y de viabilidad financiera, asegurando su cubrimiento en un marco de uso racional y eficiente de los diferentes recursos energéticos y económico del país. **Para ello resulta determinante comprobar si el perjuicio que se ocasiona a la eficiencia económica de la regulación se encuentra justificado por las ventajas que trae consigo la maximización del principio de confiabilidad**, pues el detrimento para el país, el sistema económico y la comunidad sería mayor si no se lograra brindar una seguridad en la continuidad del servicio aún en las peores temporadas de sequía que puede traer consigo el Fenómeno del Niño.*

(...)

*No siendo sencilla la ponderación entre el riesgo de un incremento en los precios del servicio en el largo plazo y la garantía de una mayor seguridad, confiabilidad y continuidad en el suministro, dada la falta de pruebas sobre el impacto cierto que tendría sobre los costos de la energía eléctrica y sobre el SIN en general el ajuste realizado a la asignación de los recursos del cargo por capacidad (¿Cuánto costaría? ¿Cuándo se manifestaría esa alza? ¿En qué medida crecería la dependencia del SIN de las termogeneradoras? ¿Qué tan ciertos son los riesgos que ello implica?), y el alto componente de incertidumbre asociado a la llegada de fenómenos climáticos cada vez más extremos e impredecibles como El Niño, a la vista de su razonabilidad, la Sala se inclina por validar la ponderación efectuada por la CREG. En consecuencia, el cargo no prospera" (NFT).*

A la luz de los anteriores desarrollos jurisprudenciales, y en contravía de lo argumentado por **COMCEL**, es claro que el juicio de razonabilidad de las medidas regulatorias de la CRC que, en ejercicio de las facultades de intervención del Estado en la economía, limiten la libertad económica de **COMCEL**, comporta exclusivamente verificar si aquellas se enderezan al logro de un fin constitucionalmente válido y son adecuadas para lograr ese fin.

En cuanto a la preocupación de **COMCEL** sobre la restricción de derechos de carácter constitucional a partir de elucubraciones, atendiendo al lenguaje que se utilizó en el documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017 (palabras como "hipótesis", "posible", "inferir", etc.), se recuerda que dicho documento sirvió como soporte del inicio de una actuación administrativa, y contenía consideraciones preliminares que se correspondían al inicio de la actuación, en la cual se ha realizado el correspondiente debate probatorio para establecer si los supuestos fundantes se configuraban o no. Por lo tanto, y en línea con lo que se dijo anteriormente respecto del

<sup>1234</sup> J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de... Op. Cit.*, p. 136.

argumento de **COMCEL** en el sentido que esta Comisión estaba prejuzgando, no había lugar a hacer ningún tipo de aseveración definitiva sin haber primero agotado el debate con ese proveedor respecto de los mencionados supuestos.

Esta última preocupación de **COMCEL** es contradictoria con los argumentos esbozados anteriormente en su escrito, toda vez que primero alega que la CRC prejuzga al incorporar en la actuación las medidas de las cuales pudiera ser objeto si se constatare su posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", para luego atacar la actuación por no arribar a conclusiones desde el inicio de la misma.

No es objeto de esta actuación, se reitera, establecer si la empresa **COMCEL** ha tenido o no gran importancia en Colombia, o si ha sido motor de innovación o empleo, y mucho menos el papel que juega en la economía colombiana. De lo que se trata, como se ha mencionado varias veces, es de establecer si ese proveedor tiene o no posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", y en caso de tenerla, determinar si se imponen ciertas medidas.

Ahora, respecto de los argumentos de **COMCEL** en relación con las medidas, si bien se tratará lo relativo a cada una en acápite posteriores de esta resolución, valga manifestar en este punto que en momento alguno se plantearon como posibles remedios con la finalidad de ocasionar perjuicios, sino que se trata de una limitación legítima de los derechos de ese proveedor en procura de la realización del interés público, como ya quedó suficientemente explicado con anterioridad.

Por último, frente a los argumentos que, una vez más, van en contra del procedimiento adelantado durante la presente actuación, esta Comisión se remite a la sección 6 de este documento, en el que se atienden de manera detallada.

#### **8.2.1.4. Sobre la supuesta inconveniencia de adoptar simultáneamente medidas generales y particulares, así como mayoristas y minoristas.**

**COMCEL** argumenta, basándose en las recomendaciones de la Comisión Europea de mercados relevantes del sector de comunicaciones electrónicas de los años 2002, 2007 y 2014, que la regulación del mercado minorista supondría una sobrerregulación que traería graves y dañinas consecuencias para el sector en su conjunto desincentivando la inversión y poniendo en riesgo la innovación y la renovación de tecnológica, afectando finalmente al consumidor. Citando el artículo "*Solving problems at the sources: why telecommunications should focus on wholesale, not on retail markets*" escrito por los autores GURPEGUI y KORDASIEWICZ de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, **COMCEL** quiere mostrar que muchos de los problemas observados en los mercados minoristas de telecomunicaciones pueden ser solucionados de manera apropiada con remedios únicamente al nivel mayorista.

En este aspecto, cabe aclararle a **COMCEL** que la recomendación de la Comisión Europea, y del artículo citado, es confiar inicialmente en que los remedios impuestos a nivel mayorista son suficientes para solucionar las fallas de mercado identificadas. Es solo cuando no hay tendencia hacia competencia efectiva en el mercado relevante minorista que el marco legal europeo soporta la imposición de remedios en el mismo, tal cómo se evidencia más adelante.

En todo caso, cabe señalar que esta Comisión coincide, en principio, con la afirmación de **COMCEL**, en cuanto a que los problemas observados en los mercados minoristas de telecomunicaciones pueden ser solucionados de manera apropiada con remedios únicamente al nivel mayorista, en la medida en que, si las fallas de los mercados minoristas están estrechamente ligadas a problemas de funcionamiento en los mercados de insumos o mayoristas, la corrección -vía regulación- de éstos, debe ser suficiente para que se superen las fallas de aquellos, sin necesidad de adoptar regulación a nivel minorista<sup>1235</sup>. En tal sentido, el mismo proyecto

<sup>1235</sup> Bajo esta lógica, el legislador colombiano determinó, en el artículo 23 de la Ley 1341 de 2009, lo siguiente:

**"ARTÍCULO 23. REGULACIÓN DE PRECIOS DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.** *Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones podrán fijar libremente los precios al usuario. La Comisión de Regulación de Comunicaciones sólo podrá regular estos precios cuando no haya suficiente competencia, se presente una falla de mercado o cuando la calidad de los servicios ofrecidos no se ajuste a los niveles exigidos, lo anterior mediante el cumplimiento de los procedimientos establecidos por la presente ley.*

PARÁGRAFO. *La CRC hará énfasis en la regulación de mercados mayoristas" (SFT).*

regulatorio que derivó en la expedición de la Resolución CRT 2058 de 2009, reconocía que en los mercados minoristas en los que se identifiquen problemas de competencia que tengan origen en un mercado mayorista, se examinará la posibilidad de solucionarlo sometiendo a regulación ex ante dicho mercado mayorista. De hecho, la misma Resolución CRT 2058 de 2009, ahora compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016, en el artículo 3.1.2.3 establece que, en caso de evidenciarse la existencia de fallas de mercado a nivel minorista, se estudian los mercados de insumos (mayoristas) dentro de la cadena de valor de dichos mercados. Ello no significa, sin embargo, que una autoridad reguladora no pueda imponer simultáneamente medidas mayoristas y minoristas cuando considere que las primeras son insuficientes para solucionar los problemas de competencia a nivel minorista, toda vez que pueden darse las condiciones en que sea necesaria una intervención más intensa, dada la magnitud de los problemas de competencia evidenciados.

De hecho, así lo refleja el régimen europeo de las comunicaciones electrónicas al que se refiere el artículo citado por **COMCEL**. En efecto, la Directiva marco encomendaba a la Comisión Europea en su artículo 15 establece la identificación de aquellos mercados de productos y servicios en los que podría estar justificada la regulación ex-ante, y la Comisión, en su Recomendación del año 2003, identificó 18 mercados, 11 de los cuales eran mayoristas y los siete restantes minoristas<sup>1236</sup>.

Constatada la falta de competencia efectiva en dichos mercados, esto es, la presencia de Poder Significativo de Mercado (PSM) equivalente a la dominancia, según se ha explicado, el ordenamiento europeo prevé la posibilidad de imponer obligaciones tanto a nivel mayorista como también a nivel minorista. Las obligaciones relacionadas con los mercados mayoristas están principalmente contenidas en los artículos 9 a 13 de la Directiva de Acceso: transparencia, no discriminación, separación contable, obligaciones relativas al acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización, y obligaciones de control de precios y contabilidad de costos, además de que el artículo 8 prevé que las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANR) podrán imponer obligaciones que no figuren en esa lista.

A su turno, las obligaciones relacionadas con los mercados al por menor están previstas en los artículos 17 a 19 de la Directiva de Servicio Universal: controles de regulación de los servicios al público (incluyendo el control de precios), disponibilidad de un conjunto mínimo de líneas arrendadas, y selección y preselección del operador. En particular, el artículo 17 de la Directiva de Servicio Universal es clara en señalar que las medidas regulatorias a nivel minorista son procedentes cuando la ANR determine que las obligaciones mayoristas son insuficientes para alcanzar los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco), esto es, el fomento de la competencia, el desarrollo del mercado interior, y la promoción de los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea:

**"Artículo 17. Controles de regulación de los servicios al público.**

1. Los Estados miembros velarán por que, cuando:

a) una autoridad nacional de reglamentación, a la vista de un análisis efectuado con arreglo al apartado 3 del artículo 16, determine que un mercado al público dado, identificado de conformidad con el artículo 15 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco), no es realmente competitivo, y

b) la autoridad nacional de reglamentación determine que las obligaciones impuestas con arreglo a la Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso) o al artículo 19 de la presente Directiva **no permitan alcanzar los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco), las autoridades nacionales de reglamentación impongan obligaciones** de reglamentación apropiadas **a las empresas identificadas por tener un poder de mercado significativo en un mercado al público dado**, de conformidad con el artículo 13 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco).

2. Las obligaciones impuestas con arreglo al apartado 1 se basarán en la naturaleza del problema identificado y serán proporcionadas y estarán justificadas habida cuenta de los objetivos establecidos en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco). Las obligaciones impuestas podrán prescribir que las empresas identificadas **no apliquen precios excesivos, no impidan la entrada de otras empresas en el mercado ni falseen la competencia mediante el establecimiento de precios abusivos, no favorezcan de manera excesiva a usuarios finales específicos, ni**

<sup>1236</sup> Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija Residencial (1); No residencial (2); Servicios telefónicos disponibles al público prestados en una ubicación fija Locales y/o Nacionales Residencial (3); No residencial (5); Internacional Residencial (4), No residencial (6); y Conjunto mínimo de líneas arrendadas hasta 2 Mb/s inclusive (7).

**agrupen sus servicios de manera injustificada.** Las autoridades nacionales de reglamentación podrán aplicar a tales empresas medidas apropiadas de limitación de los precios al público, medidas de control de tarifas individuales o medidas de orientación de las tarifas hacia costes o precios de mercados comparables, al objeto de proteger los intereses de los usuarios finales, fomentando al mismo tiempo una competencia real" (NFT).

Es claro, en consecuencia, que para el régimen jurídico europeo invocado por **COMCEL**, el hecho de que las ANR deban analizar primero si los problemas de mercados minoristas pueden superarse exclusivamente con medidas mayoristas, en manera alguna las priva de adoptar también medidas a nivel minorista si consideran que las medidas al por mayor son insuficientes para promover la competencia efectiva en los mercados, lo cual sólo ocurre cuando deja de existir PSM individual o conjunto.

De hecho, el artículo 16 de la Directiva de Servicio Universal ordenó a los Estados Miembros de la Unión, sin perjuicio de las medidas mayoristas correspondientes, mantener todas las obligaciones en materia de "tarifas al público" en materia de telefonía local, impuestas en virtud del artículo 17 de la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, hasta tanto se llevara a cabo una revisión de dichas obligaciones y se decidiera si procedía mantener, modificar o suprimir las mismas sobre mercados al público o minoristas.

Es claro también que el marco regulatorio europeo permite que los reguladores nacionales impongan obligaciones al nivel minorista. De hecho, hasta la revisión del 2014, las recomendaciones removían muchos de los mercados minoristas del alcance de mercados susceptibles de regulación *ex ante*, pero se mantenía uno de dichos mercados, ya que la competencia en ese mercado se consideraba insatisfactoria. Este era el mercado para acceso a la red telefónica pública en locaciones fijas para consumidores residenciales y no residenciales<sup>1237</sup>. En Europa, los reguladores nacionales pueden imponer obligaciones a nivel minorista cuando consideren que el mercado minorista en cuestión no es efectivamente competitivo y los remedios impuestos a nivel mayorista no son suficientes para solucionar los problemas de competencia a nivel minorista, sin que esto último se constituya en un requisito de procedibilidad para regular a dicho nivel.

Por ejemplo, en 2002, el entonces regulador británico Oftel adoptó, sin perjuicio de las medidas mayoristas de acceso a la red, obligaciones de control de precios sobre British Telecom (BT) en el mercado minorista de telefonía fija, las cuales fueron levantadas por Ofcom cuatro años después (en 2006), cuando constató que las presiones competitivas que enfrentaba la empresa habían erosionado su PSM<sup>1238</sup>.

En España, ya en vigencia del nuevo marco regulador europeo, el operador Telefónica fue sujeto por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, mediante Acuerdo del 21 de noviembre de 2002, y sin perjuicio de las medidas mayoristas en materia de interconexión y acceso a la red, a un marco regulatorio de precios máximos para los servicios minoristas telefónico fijo y de líneas susceptibles de arrendamiento, el cual se mantuvo para los años 2003, 2004, y 2005<sup>1239</sup>. En el año 2006, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previo análisis de PSM, adoptó medidas regulatorias en los mercados minoristas de acceso a la red telefónica fija para clientes residenciales y no residenciales, y de servicios telefónicos locales, nacionales e internacionales disponibles al público en una ubicación fija, para clientes residenciales y no residenciales<sup>1240</sup>.

Lo propio ocurrió en Francia, donde el 27 de septiembre de 2005 el regulador francés ARCEP adoptó la decisión 05-0571 sobre la definición de mercados relevantes de telefonía fija, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y las obligaciones minoristas impuestas con ocasión de tal análisis. En su análisis, ARCEP identificó seis mercados minoristas

<sup>1237</sup> *Ibíd.*

<sup>1238</sup> OFCOM. Retail Price Controls Explanatory statement. Statement Publication date: 19 July 2006. Disponible en <[https://www.ofcom.org.uk/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0012/42114/rpcstatement.pdf](https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0012/42114/rpcstatement.pdf)>

<sup>1239</sup> Orden PRE/4287/2004, de 30 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 de diciembre de 2004, por el que se aprueba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal, para el año 2005.

<sup>1240</sup> CMT. Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.



relevantes como susceptibles de regulación ex ante, en cada uno de los cuales fueron constatados tanto el poder significativo de mercado de France Telecom como la insuficiencia de los remedios regulatorios aplicados en los mercados mayoristas subyacentes, por lo que impuso una serie de obligaciones específicas al operador en los mercados minoristas. En el año 2006, habiendo constatado que el desarrollo necesario de las ofertas mayoristas de France Telecom aún no era homogéneo, ARCEP decidió establecer la desregulación de los mercados minoristas en varias fases con el objetivo de la desregulación total del mercado minorista antes del 1 de septiembre de 2008. En su decisión 06-0840, de fecha 28 de septiembre de 2006, ARCEP suprimió la mayoría de las obligaciones minoristas impuestas a France Telecom para las ofertas de llamadas residenciales, pero mantuvo las obligaciones regulatorias minoristas sobre los mercados empresariales, que consideró no presentaban las características satisfactorias y completas de los mercados en los que se podía flexibilizar la regulación minorista ex ante<sup>1241</sup>.

También durante 2006, la Comisión Europea, consciente de los problemas de competencia en el mercado minorista de telecomunicaciones alemán, instó al regulador a tomar medidas en este mercado en la forma de controles de precios sobre el operador dominante Deutsche Telekom (DT). Para la Comisión Europea, tales medidas eran necesarias para proteger a los consumidores del riesgo de precios excesivos cobrados por DT<sup>1242</sup>.

Otro caso importante de regulación a nivel minorista es el del mercado de banda angosta irlandés, que en 2006 encontró en su revisión inicial que las medidas propuestas a nivel mayorista eran necesarias, pero no suficientes para abordar los problemas de competencia en el mercado minorista de acceso. En ese sentido, el regulador estimó necesarias medidas a nivel minorista entre las que se consideraron control de precios, obligaciones de no discriminación, transparencia, entre otras. En una revisión posterior del mercado, el regulador encontró que, a pesar de los eventos positivos materializados en este, los problemas de competencia persistían, lo que hacía necesario considerar remedios adicionales a nivel minorista.

En esa oportunidad, el regulador (ComReg) manifestó que, a su entender, **muchos de los problemas identificados persistían** a pesar del exitoso lanzamiento de *Single Billing wholesale Line Rental SB-WLR*, y acordemente **permanecía la necesidad de considerar remedios adicionales al nivel minorista**. Para prevenir que el operador (Eircom) explotara sus ventajas y bloqueara la entrada a nuevos operadores abusando su poder de mercado, **necesita intervenir de manera apropiada en los niveles mayorista y minorista**<sup>1243</sup>.

También se destaca en 2017 la intervención del regulador de Gibraltar en el mercado minorista de banda ancha, donde se le impusieron al operador dominante obligaciones de transparencia, de no discriminación, separación contable, y controles de precios<sup>1244</sup>.

En consecuencia, las medidas regulatorias mayoristas y minoristas pueden convivir bajo el régimen regulatorio europeo que **COMCEL** paradójicamente invoca para sostener lo contrario, situación a la que no es ajeno el régimen legal colombiano, que en parte alguna prohíbe a la CRC adoptar medidas mayoristas y minoristas cuando la situación de competencia del mercado lo requiera, análisis éste que se halla dentro del marco de discrecionalidad administrativa que el legislador ha conferido al regulador al atribuirle sus funciones, y que ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia<sup>1245</sup> como por la más autorizada doctrina<sup>1246</sup>.

<sup>1241</sup> ARCEP. Consumer fixed telephony. ARCEP continues to ease regulation on fixed telephony retail markets. Press release. 1st June 2007. Disponible en <[https://www.arcep.fr/index.php?id=8571&no\\_cache=1&tx\\_gsactualite\\_pi1%5Buid%5D=948&tx\\_gsactualite\\_pi1%5Baannee%5D=&tx\\_gsactualite\\_pi1%5Btheme%5D=&tx\\_gsactualite\\_pi1%5Bmotscle%5D=&tx\\_gsactualite\\_pi1%5BbackID%5D=26&cHash=eb855b347b73bd8a8b42d3bc7814b6e2&L=1](https://www.arcep.fr/index.php?id=8571&no_cache=1&tx_gsactualite_pi1%5Buid%5D=948&tx_gsactualite_pi1%5Baannee%5D=&tx_gsactualite_pi1%5Btheme%5D=&tx_gsactualite_pi1%5Bmotscle%5D=&tx_gsactualite_pi1%5BbackID%5D=26&cHash=eb855b347b73bd8a8b42d3bc7814b6e2&L=1)>

<sup>1242</sup> European Court Reports 2010 I-09555. Disponible <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CJ0280>>

<sup>1243</sup> [https://www.comreg.ie/media/dlm\\_uploads/2015/12/Comreg0639.pdf](https://www.comreg.ie/media/dlm_uploads/2015/12/Comreg0639.pdf)

<sup>1244</sup> <http://www.gra.gi/download/960/C02-17.pdf>

<sup>1245</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA, Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-24-000-2001-00090-01 (ACUMULADO 11001-03-24-000-2002-00122-01); CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: EDGAR GONZALEZ LOPEZ Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291)

<sup>1246</sup> MONTERO PASCUAL, J. Regulación económica, Tirant lo Blanch, 2014, Pág. 40.; AGUILAR VALDEZ, O. Técnicas del control judicial de las decisiones de la Administración Económica. Derecho administrativo y regulación económica (Spanish Edition) (Posición en Kindle 10902-10903). Wolters Kluwer.; LAGUNA DE PAZ, C. Derecho Administrativo Económico. 1ª ed., noviembre 2016. Thomson Reuters; ARIÑO ORTIZ, El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho, Revista de Administración Pública núm. 182, mayo-agosto de 2010; TORNOS MAS, J.

### 8.2.2. Comentarios generales de COMCEL a las medidas

**COMCEL** manifiesta que es preocupante que la presente actuación particular sea concurrente con la solicitud de medidas regulatorias por parte de los operadores MOVISTAR y TIGO, para lo cual presenta una tabla elaborada con base en los comentarios de dichos operadores a la consulta pública adelantada en agosto de 2016, cuyo objeto era la revisión de los mercados de servicios móviles. Además, que *"[E]l regulador no ofrece explicaciones o sustento adecuado que justifique la necesidad de incrementar la regulación existente, y hace, por extensión, responsable a COMCEL de las situaciones que la CRC considera negativas en el mercado actual"*.

También afirma que la CRC no demuestra con hechos definitivos que las afectaciones a la competencia y libre concurrencia que podrían justificar la eventual imposición de las medidas particulares propuestas, una vez se haya establecido si **COMCEL** tiene o no una posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", son atribuibles a dicha empresa.

De igual forma, argumenta **COMCEL** que es prematuro pretender imponer medidas particulares cuando no se ha evaluado el impacto que puedan tener en el mercado las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017, y que la eventual imposición de esas medidas podría reflejarse en falta de incentivos a la inversión, subvención de operadores a través de **COMCEL** y amenaza a nuevos proyectos de despliegue de nuevas tecnologías y subastas de espectro.

Por otra parte, en el dictamen pericial elaborado por Mauricio Santamaría, se indica que las medidas encaminadas a controlar tanto la oferta de paquetes, como promociones y descuentos con el fin de supuestamente evitar que **COMCEL** utilice su supuesto dominio para erosionar la capacidad de los demás operadores no son deseables porque carece de sentido enfocar las mismas exclusivamente a un actor, en lugar de propender por reglas de juego claras y simétricas para todos los operadores.

Adicionalmente, manifiesta Mauricio Santamaría que las medidas propuestas buscan promover la competencia a través de políticas que limitan los beneficios de esta para el usuario. En el corto plazo, estas restringen la posibilidad de competir en precios. Además, generan desincentivos a la inversión y a la búsqueda de eficiencia en costos de parte de los operadores. Lo anterior redundaría en un deterioro en la calidad del servicio en el largo plazo y en una reducción efectiva del bienestar de los usuarios.

#### Consideraciones de la CRC:

Respecto de la reiteración de **COMCEL** en relación con que la presente actuación particular es concurrente con la solicitud de medidas regulatorias por parte de los operadores MOVISTAR y TIGO, deberá remitirse a la expuesto en la sección 6.3. de la presente resolución.

En respuesta a la afirmación según la cual no se justifica la imposición de las medidas propuestas, debe tenerse en cuenta que en las secciones 8.2.3 y 8.2.5 se hace un análisis pormenorizado de las razones por las cuales no son válidas las reclamaciones y/o observaciones de **COMCEL**, así como también por qué la Comisión considera que en este momento no es pertinente adoptar algunas de las medidas propuestas en la apertura de la presente actuación administrativa de carácter particular y concreto.

En todo caso, ante el argumento de **COMCEL**, en cuanto a que es prematuro imponer medidas particulares cuando no se ha evaluado el impacto que puedan tener en el mercado las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017, debe recalarse que la CRC, antes de adoptar cualquier medida general o particular, realiza un juicio de razonabilidad y proporcionalidad en el que analiza el impacto de sus medidas previas y la necesidad de profundizarlas. No obstante, una cosa es realizar un análisis de impacto integral, y otra que se encuentre proscrita la adopción simultánea

Discrecionalidad e Intervención Administrativa Económica, en AAVV, Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Civitas, Madrid, 1996, pág. 395; CIRIANO VELA, C. Administración Económica y Discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial), Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 170 y ss.; PERDOMO VILLAMIL, C. Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC). Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 12, segundo semestre/2014, pp. 63-104

de medidas generales y particulares, si es que la situación de competencia del mercado así lo amerita, sin que ello implique que la CRC deba limitarse a las medidas de carácter general y abstracto ya adoptadas, situación que fue anunciada en el documento de respuesta a comentarios en los siguientes términos:

*"(...) esta Comisión considera que las medidas regulatorias propuestas ayudarán a promover la competencia en los mercados de servicios móviles en general y contribuirán a mitigar los problemas de competencia que se han evidenciado en el mercado, tales como el apalancamiento de la participación de mercado de voz al mercado de servicios móviles.*

*Sin embargo, de considerarlo necesario, esta Comisión podrá iniciar las actuaciones administrativas adicionales de carácter particular a las que haya lugar, con el fin de garantizar una competencia efectiva en el corto y en el largo plazo y contrarrestar los efectos negativos que sobre el mismo pudiera tener un proveedor con posición de dominio"<sup>1247</sup>.*

Ahora bien, la consideración de **COMCEL** parece desconocer la lógica que subyace a la adopción de medidas generales y abstractas, y de medidas particulares y concretas, en relación con la promoción de la competencia efectiva en un mercado. Las medidas regulatorias adoptadas en las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017 se inspiraron en la necesidad de adoptar medidas respecto de todos los proveedores que concurren al mercado de "Servicios Móviles", como instrumento de promoción de la competencia y la eficiencia en el mercado, y habida consideración de que no resultaba idóneo ni eficaz, de cara a esos fines, excluir agente alguno de las medidas adoptadas, que además versan sobre un aspecto neurálgico de las telecomunicaciones, como lo son los cargos por interconexión y acceso a redes de telecomunicaciones, que involucra a todos los agentes que concurren al mismo.

Ello, sin embargo, no excluye la posibilidad de imponer, como lo prevé la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores en el mercado, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado, como es el caso de la posición de dominio de **COMCEL** y el poder significativo de mercado que envuelve tal posición, que le permite a dicho proveedor determinar directa o indirectamente las condiciones de precio, calidad, innovación y cobertura, entre otras, lo cual amerita evaluar el establecimiento de medidas adicionales a las generales orientadas específicamente a eliminar o mitigar la dominancia del operador.

Finalmente, respecto de la afirmación de Mauricio Santamaría según la cual las medidas a imponer restringen en el corto plazo la posibilidad de competir en precios y generan desincentivos a la inversión y a la búsqueda de eficiencia en costos de parte de los operadores, es necesario recordar que, en ausencia de regulación a nivel minorista, cuando esta se amerita, el operador dominante está en la capacidad de enviar señales de precios que no corresponden a los de mercado con el único fin de prevenir a los operadores nuevos y existentes de planear sus ofertas comerciales correctamente. Por lo tanto, una ausencia de regulación minorista, cuando se amerita, permite al operador dominante selectivamente eliminar a sus competidores donde sea que exista la posibilidad de competencia y generar ofertas comerciales en esas áreas donde la competencia es mínima.

En todo caso, sobre el particular se volverá más adelante al hacer el análisis de cada una de las medidas propuestas.

### **8.2.3. Intervención regulatoria mayorista**

Al respecto, debe recordarse que al inicio de esta actuación administrativa la CRC señaló que de constatare la posición de dominio de **COMCEL** en el mercado "Servicios móviles", se podría requerir una intervención de carácter particular de manera complementaria a las medidas regulatorias de carácter general establecidas en la Resolución CRC 5108 de 2017, planteando las siguientes opciones en el ámbito mayorista para ello, sujetas en todo caso a la constatación de posición dominante por parte de **COMCEL**:

<sup>1247</sup> Documento de respuesta a comentarios. Revisión de los mercados de servicios móviles. Proyecto 2000-74-18. p. 36.

- Eventual reducción acelerada de la remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de voz, en donde **COMCEL** debería ofrecer a sus competidores el valor final de la tabla del numeral 4.7.4.1.1. del artículo 4.7.4.1. del CAPÍTULO 7 TÍTULO IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual sería aplicable en todo el territorio nacional. Es decir, que el condicionamiento del número de sectores desplegados por el proveedor origen en cada municipio, que se especifica en el artículo 4.7.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, sería inaplicable en el presente caso.
- Posible implementación de una senda creciente de remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de datos en todo el territorio nacional, dejando inaplicable el artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016; se planteó que para el primer año la remuneración sería equivalente al valor obtenido mediante la metodología LRIC Puro que se extrae del modelo de costos eficientes empleado por la Comisión para definir los cargos de acceso a la instalación esencial de RAN en el año 2017, y a partir de allí el incremento en la remuneración estaría dado por la diferencia promedio entre el Costo Total de Largo Plazo o LRIC + y el mencionado valor estimado con la metodología LRIC Puro, ambos arrojados por el modelo, involucrando también el valor de remuneración del año inmediatamente anterior. Esta regla fue planteada para un horizonte de tiempo de seis (6) años.

A continuación, se presentan los argumentos de **COMCEL** respecto del planteamiento realizado por la Comisión, en el mismo orden propuesto por el proveedor, e incluyendo cuando corresponde la referencia a las pruebas y dictámenes periciales allegados, así como también a los alegatos de conclusión, para seguidamente, en cada punto, exponer las consideraciones de esta Comisión.

#### 8.2.3.1. Roaming Automático Nacional

En la opinión de **COMCEL**, siempre que los operadores tengan que decidir entre invertir en infraestructura de red o utilizar la red de otro operador sin que exista una diferencia económica que justifique el riesgo inversionista, elegirán la opción de no invertir, por lo que las medidas planteadas se constituyen en claros desincentivos a realizar dicha inversión. Señala pues que la única forma de incentivar la inversión es garantizando un mejor retorno al dueño de la red desplegada que el que se puede obtener haciendo uso del RAN, establecer un límite temporal a las obligaciones de compartición y definir condiciones relacionadas con la cobertura. De no establecer estas medidas, el regulador corre el riesgo de frenar el desarrollo del sector, con un impacto importante en calidad del servicio, acceso a últimas tecnologías por parte de los usuarios, inversión y empleo, fomento de la competencia y supervivencia de varios agentes del mercado. Afirma **COMCEL** que la regulación propuesta pone en serio peligro la viabilidad del sector, pues puede generar un posible arbitraje tanto en productos como en servicio, poniendo en riesgo la competencia del sector y la viabilidad de varios operadores.

Frente a las medidas propuestas, plantea las siguientes consecuencias no deseadas:

- RAN – modelo de costos LRIC puro: (i) no recuperación de la inversión realizada en infraestructura; (ii) desincentivo a la inversión.
- RAN – tarifas establecidas para **COMCEL**: (i) costos establecidos por debajo de costos reales de operación; (ii) desincentivo a la inversión; (iii) destrucción del mercado mayorista (todo el tráfico a la red de **COMCEL**); (iv) concentración del tráfico en una sola red.
- RAN – acceso a operadores con cobertura con una tarifa regulada para **COMCEL**: (i) desincentivo a la inversión por parte de establecidos; (ii) necesidad de sobre-dimensionamiento en la red de **COMCEL** que le implique mayores costos; (iii) posible arbitraje en tráfico por parte de establecidos; (iv) uso ineficiente del espectro.

Adicionalmente **COMCEL** señala que "(...) *la falta de incentivos sobre la inversión tiene un efecto negativo sobre el Estado, quien es a su vez beneficiario de la buena marcha del sector. Un ejemplo evidente de este efecto puede tener lugar en la próxima subasta de espectro (700 Mhz). La obligación de compartición de la infraestructura reduce el atractivo de esta subasta poniendo una presión a la baja sobre los precios de venta (y por tanto la recaudación) llegando incluso a suponer un riesgo de falta de participación o declaratoria de desierta (...)*".

**COMCEL** se refiere a la medida consistente en unas sendas ascendente y decreciente en la remuneración del RAN para datos y voz, respectivamente, manifestando que la Resolución CRC

5110 de 2017 *"mediante un pie de página y sin mayor explicación, obliga a Comcel a proporcionar RAN a un precio regulado asimétrico a cualquier operador que lo solicite, sin importar si el solicitante tiene o no cobertura en la zona en que solicita el servicio, y además a precios determinados a través de un modelo de LRIC puro, pese a que en la propuesta regulatoria la CRC había anunciado que para datos móviles se utilizaría un modelo de costos medios, modelo de (sic) forma arbitraria y sin oportunidad de presentar comentarios, fue modificado en la resolución definitiva"*. Considera **COMCEL** que **(i)** las sendas diferenciales en RAN desincentivan la inversión; **(ii)** el modelo de costos para determinar las tarifas de RAN, además de proponer tarifas por debajo de costos reales, carece de transparencia, validez y soporte; **(iii)** la medida de provisión de RAN a tarifas reguladas debería limitarse únicamente a las zonas geográficas donde los competidores no pueden ofrecer sus servicios a los usuarios, por carencia de infraestructura propia; y **(iv)** la eventual medida debe tener un componente temporal que eventualmente obligue a los demás operadores a desplegar su propia infraestructura.

Ahora bien, **COMCEL** allegó al expediente de la actuación administrativa un experticio técnico de Juan Carlos Calderón, quien presenta un análisis desde la perspectiva técnica del impacto de la posible intervención regulatoria -centrado en las medidas mayoristas planteadas, en cuanto al impacto en la degradación de la calidad de los servicios prestados por **COMCEL**, y el impacto en el atraso tecnológico de su red en el corto y largo plazo-, así como también una cuantificación de los montos indemnizatorios.

El dictamen pericial concluye que los supuestos considerados por el Perito como necesarios<sup>1248</sup> para la aplicación de la medida mayorista de Roaming Automático Nacional no se cumplen, puesto que, por una parte, los cargos de RAN estarían por debajo de los costos de operación, haciendo imposible la recuperación de inversiones, a lo cual se sumaría lo que el Perito denomina "la situación crítica" del uso del espectro en la banda de 3G. Refiere entonces que ante la posible aplicación de las medidas no será factible para **COMCEL** proveer servicios con una alta calidad, viéndose degradados tanto para usuarios visitantes como para aquellos propios de **COMCEL**, en contravía con lo establecido en la Ley 1341 de 2009, de la cual refiere algunas definiciones, y cita también la Resolución CRC 3101 de 2011 y la Resolución CRC 4112 de 2013, destacándose el principio de uso eficiente de la infraestructura y los recursos escasos contenido en la Ley.

El Perito señala que para fomentar el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y servicios sobre esas redes, es necesario tener en consideración cinco condicionamientos que cualquier medida debe cumplir: i) remuneración orientada a costos de oportunidad; ii) factibilidad técnica del despliegue y/o uso eficiente de la infraestructura; iii) calidad del servicio de la red sin degradación; iv) prestación de los servicios sin afectación; e v) infraestructura suficiente condicionada a la factibilidad técnica y a costos eficientes de acceso. Para ello, entonces, el Perito señala la necesidad de contrastar las medidas propuestas en función de las condiciones en la Ley 1341 a la luz de tres aspectos que el Perito considera críticos: la remuneración de infraestructura a costos de oportunidad, el espectro electromagnético en las bandas de 3G y 4G, y la infraestructura de RAN.

En este sentido, respecto de las medidas mayoristas propuestas por la CRC en relación con el RAN, el Perito menciona que la sustentación de la CRC para proponerlas está basada en cuatro planteamientos: **i)** la utilización de las instalaciones esenciales, con énfasis particular en el RAN, como una herramienta para la promoción de la competencia de los servicios de voz, datos y SMS; **ii)** el espectro electromagnético asignado a **COMCEL**, para la CRC, no sólo es suficiente, sino que, a su juicio, en el caso particular del espectro para 4G, éste tiene baja utilización; **iii)** la red de **COMCEL** para la CRC es muy grande, situación que le provee una ventaja competitiva para adquirir usuarios nuevos, le proporciona economías de escala, además de no enfrentar presiones competitivas en servicios móviles (voz y datos); y **iv)** la aplicación del principio de costos eficientes, que desde la visión de la CRC, asegura para **COMCEL** una remuneración adecuada de los cargos para RAN, que en principio, le debería asegurar una utilidad razonable y un costo de oportunidad eficiente, con los cuales estaría en la posición de asumir las inversiones de infraestructura que fuesen necesarias y además cumplir con los compromisos adquiridos al recibir los correspondientes permisos para uso del espectro electromagnético.

<sup>1248</sup> El documento bajo análisis refiere como supuestos que **COMCEL** haga las correspondientes inversiones en infraestructura y gestión de recursos para asegurar la correcta operación del RAN para 2G, 3G y 4G, y que el espectro electromagnético en la banda de 3G se lo permita, afirmando que esa es la tecnología predominante en la red de COMCEL.

En la declaración que efectuó el 19 de octubre de 2017, el Ingeniero Calderón tuvo oportunidad de explicar el dictamen aportado por **COMCEL** como prueba, de lo cual cabe citar a continuación un extracto<sup>1249</sup> de dicha diligencia:

*"Inicialmente aquí entender la Resolución, todo lo que estaba en la 5110, eso fue lo básico, entender cuál era desde la perspectiva técnica si había alguna relación entre lo técnico, cuál era esa relación, cuál era ese impacto desde la perspectiva de la 5110, ahí eso fue básico tratar de entender eso, como yo les digo ahí es necesario entender muchos aspectos, no solo lo técnico si no también entender lo legal, entender lo económico detrás de todo eso, pero no solo leer la regulación sino la documentación de soporte de esa regulación, ustedes entenderán que es un proceso largo, porque no sólo es la regulación que además de eso es una carrera de observación persiguiendo una serie de cosas que están todas encadenadas, sino además de eso cada una tiene un background que está constituido por una información complementaria que son los documentos de soporte y los documentos de respuesta de esas, de esos documentos, pero adicional a eso hay una cantidad de referencias a las cuales también los documentos de referencia, de soporte también de referencia que muchas veces es valioso consultar y mirar de primera manera si lo que se citó en ese documento sí correspondía a la intención del autor cuando lo citó la comisión, sí, entonces ahí ya ustedes van empezando a mirar que hay un trabajo grande en esa área. Lo segundo es, el segundo paso fue entender desde la perspectiva técnica, eso como se veía, como se veía influenciado en el caso de **COMCEL**, entonces es cuando entra el análisis, de ver bueno... específicamente cuáles son esas partes de la regulación que le pegan a la parte técnica, entonces es cuando se encuentra que es solamente la parte mayorista es lo que es relevante, la parte minorista es básicamente, puramente comercial, no es por lo menos relevante y hace parte de este caso, entonces es donde se enfoca uno específicamente en el tema de la parte mayorista por una razón, porque la regulación para hacer cumplir o por lo menos las medidas que se proponen están fundamentadas en utilizar el roaming automático nacional como la herramienta o el medio a través del cual los van a hacer cumplir, entonces allí es importante porque es que alrededor del RAN, entra otro tipo de regulación completamente diferente con su conjunto de relación, de (sic) Resoluciones relacionadas con su documentación de soporte que completan más todas las referencias que maneja eso y todo eso a su vez hay que unirlo con el tema de lo que está tratando la 5110 que se llega de la conclusión de esto, básicamente ahí hay tres aspectos que desde la perspectiva técnica, porque entonces ahora hay que empezar a mirar eso, técnicamente cómo es, cuál es el problema que pasa en Comcel, desde la perspectiva de red que hay, en ese trabajo pues ya yo entro a realizar con los técnicos que está todo, las redes, como está en sistemas de información... como... las tecnologías que hay en este momento, qué es lo que hay, cómo está implementado, entonces es cuando uno encuentra, bueno lo que pasa es que obviamente los operadores, porque esto es negocio basado en tecnología, pues ellos tienen que estar creciendo constantemente, entonces ellos tienen un híbrido que combina muchísimos tipos de tecnología al tiempo pero generalmente tienen fortaleza en uno solo, o sea su core, está construido alrededor de una tecnología fundamental que es básicamente la que ocupa prácticamente el 80% de todos sus recursos en este caso es la 3G, no es 4G, no es 2G, sino es 3G y entonces es cuando uno ya empieza a mirar problemas que empiezan a surgir alrededor de la tecnología 3G porque ya uno empieza a mirar, bueno aquí hay problemas con la tecnología 3G, cómo está el espectro de eso, en qué condiciones está eso ahorita en este momento, eso cómo está, 850, 1900 para 3G, entonces es cuando uno empieza a ver problemas en 3G, eficiencias... , ineficiencias graves en la banda de 1900, 850 bajo unas condiciones un poco mejor, más homogéneas, pero entonces ya uno empieza a ver bueno aquí hay unos problemas, y como están las cosas aquí funcionando en términos de técnicos, el espectro, qué problemas están teniendo o no están teniendo problemas, o en qué zonas están teniendo problemas, en qué zonas no están teniendo problemas, eso es básicamente entonces es el problema que ya me empiezan a plantear, es cuando uno entra en el detalle y dice mire...aquí tenemos serios en esto, tenemos problemas serios en esta zona, sobretodo Bogotá, algunas ciudades puntuales, problemas en donde ya no nos cabe una antena más, tenemos problemas serios de interferencia, tenemos problemas serios de cell breathing en algunos lugares, entonces así como están las cosas entonces ya es cuando mucha de la información que debe venir complementaria y que debió remitir en su momento Comcel, información sobre infraestructura colocada en diferentes zonas(...)"*

Por otra parte, **COMCEL** en su escrito denominado "Alegatos de Conclusión" recuerda que la CRC propone como medida particular, la implementación de una asimetría en la remuneración de la Instalación esencial de Roaming Automático Nacional para los servicios de voz y datos móviles, aplicable durante seis (6) años, y la describe como un subsidio de éste hacia los demás concurrentes del mercado, señalando que profundiza los riesgos anticompetitivos (free riding) de esta instalación, y genera un evidente desincentivo a la inversión, eliminando la diferenciación en

<sup>1249</sup> Transcripción libre a partir del audio de la diligencia, que obra en el expediente de la actuación administrativa.

calidad y cobertura, reduciendo la competencia, y restringiendo las alternativas de elección para el usuario y en últimas afectando su bienestar.

**COMCEL** cita diferentes conceptos de abogacía de la competencia emitidos por la SIC sobre el RAN, señalando que dicha Entidad ha alertado a la CRC sobre los riesgos anticompetitivos de esta medida. Al analizar el proyecto regulatorio para fijar las condiciones generales del Roaming Automático Nacional publicado por la CRC en el 2012, alertó sobre las conductas parasitarias que se podrían presentar con el uso no adecuado del RAN; también, en Concepto de la Abogacía de la Competencia al Proyecto de Regulación que dio origen a la Resolución CRC 4660 de 2014, la SIC reiteró su preocupación por el incentivo al Free Riding para incumbentes; finalmente, en 2016 la SIC indicó frente al proyecto publicado por la CRC, su preocupación por la temporalidad del RAN.

Adicionalmente, **COMCEL** cita recomendaciones incluidas por la OCDE en su Estudio sobre las políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia, señalando que la recomendación relacionada con la cláusula de extinción para los entrantes parece haber sido observada por la CRC en tanto los beneficios de roaming nacional e interconexión para los entrantes, tienen una duración de cinco (5) años. Agrega que los operadores han observado la recomendación de la OCDE de suscribir contratos de compartición de infraestructura, los cuales han sido debidamente informados a la CRC, y que los precios libremente acordados en estos contratos con los demás operadores establecidos, contrastan con los propuestos por la CRC en la presente actuación; y enfatiza que, desconociendo los conceptos de abogacía de la SIC y las recomendaciones de la OCDE, la CRC en la presente actuación pretende otorgar a los operadores establecidos TIGO y MOVISTAR, bajos precios de Roaming Nacional, mediante la imposición de tarifas asimétricas a **COMCEL**, e incluso extender las condiciones asimétricas para los operadores entrantes, pero esta vez únicamente en la red de **COMCEL**, profundizando el desincentivo a invertir en el despliegue de infraestructura, reduciendo la competencia en el mercado y el bienestar del consumidor.

#### **Consideraciones de la CRC:**

Al respecto, en primer lugar, debe reiterarse una vez más que la presente actuación administrativa no tiene por objeto abordar ni discutir las condiciones generales de provisión de RAN plasmadas en la Resolución CRC 4112 de 2013, modificada por las Resoluciones CRC 4660 de 2014, 5107 de 2017 y 5827 de 2019, actualmente compiladas en el Capítulo 7 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, y que gozan de presunción de legalidad y plena fuerza ejecutoria. En consecuencia, no son pertinentes en el marco de la presente actuación las consideraciones expuestas por **COMCEL** respecto de la conveniencia de establecer límites temporales a las obligaciones de RAN y definir condiciones de cobertura a los proveedores que requieren el acceso y uso de tal instalación esencial, ni aquellas orientadas a discutir los precios adoptados en la regulación general, fruto del modelo de costos en que se fundamentó la Resolución CRC 5107 de 2017. Tampoco lo son los conceptos emanados de la SIC en ejercicio de sus funciones de Abogacía de la Competencia, rendidos en el marco de la expedición de aquellas, y respecto de las cuales la CRC se pronunció precisamente con ocasión de tal expedición. Sucede lo mismo con las recomendaciones de la OCDE en relación con las condiciones generales de acceso a RAN, invocadas por **COMCEL** en el marco de la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017 y que fueron objeto de respuesta por esta entidad en el documento de respuestas a comentarios<sup>1250</sup> publicado al día siguiente de su expedición.

No obstante, y dado que las medidas mayoristas propuestas plantean algunos aspectos que, aunque basados en los análisis regulatorios efectuados para expedir la Resolución CRC 5107 de 2017, pueden llegar a ser medidas de mayor intervención a las establecidas a través de esa resolución, se considera oportuno reiterar que el acceso a la instalación esencial de RAN promueve un escenario competitivo, en el que los proveedores entrantes y los establecidos pueden prestar servicios de voz, datos y SMS, haciendo uso de dicha instalación esencial en aquellos lugares o áreas donde no cuentan con cobertura de servicios propia, en beneficio de los usuarios. En esta medida, el RAN permite a un proveedor prestar sus servicios soportándose en la red de otro proveedor hasta tanto logre contar con cobertura propia para prestar sus servicios,

<sup>1250</sup> Revisión y actualización de condiciones para el Roaming Automático Nacional - Documento de Respuesta a Comentarios. CRC. 2017. Disponible en: [https://www.crcom.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/ran/170224\\_Documento\\_respuestas\\_Res\\_5107.pdf](https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/ran/170224_Documento_respuestas_Res_5107.pdf)

razón por la cual la obligación de proveer Roaming Automático Nacional se sujeta a la cobertura con la que el proveedor de red de origen cuenta, en específico al número de sectores de estaciones base que disponga en cada municipio.

Aunado a ello, como se ha expuesto previamente en la presente actuación administrativa, la CRC ha identificado una diferencia considerable en la cantidad de sitios desplegados por **COMCEL** frente a sus competidores, en términos de sectores en todo el territorio nacional. Se planteó al inicio de la presente actuación que las ventajas competitivas a nivel de costos con las que cuenta **COMCEL** en relación con su tamaño y posición hacían necesario acelerar la aplicación del cargo de RAN estimado a costos incrementales, es decir, que se le aplique antes el cargo de Roaming Automático Nacional estimado mediante la metodología de costos de LRIC puro, con el propósito de hacer contestable la oferta comercial de este operador en el mercado. En el documento soporte de la Resolución 5110 de 2017 se argumentó que el esquema de remuneración propuesto se encuentra orientado a costos eficientes, y así mismo, en el documento de respuesta a comentarios de la Resolución CRC 5107 de 2017 se indicó que la remuneración incluía costos de oportunidad, situación que no es objeto de esta actuación. También se expuso que **COMCEL**, al contar con una estructura de costos más favorable y mayores economías de escala, tiene las condiciones para cumplir con la senda propuesta, sin que exista detrimento del principio de remuneración orientada a costos eficientes establecido en la Ley y la regulación.

En adición al propósito de hacer contestable la oferta comercial de **COMCEL** en el mercado, la medida de Roaming Automático Nacional para los servicios de voz y datos, propuesta en el documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, busca que los diferentes proveedores establecidos puedan complementar sus coberturas, de manera que se enfatice el acceso a la red como una figura que permite: **i)** la promoción de la competencia vía de tarifas contestables en el corto plazo; **ii)** el uso eficiente de la infraestructura; **iii)** el despliegue de redes para aprovechar economías de escala y alcance a medida que la competencia efectiva se vaya profundizando en el largo plazo; y **iv)** la maximización del bienestar del usuario por vía de mayores opciones de servicios, paquetes, precios y cobertura.

Es así como, ante los planteamientos que efectúa **COMCEL**, y que Juan Carlos Calderón replica al citar diferentes principios y definiciones contenidas en normas de aplicación general, se precisa que los efectos esperados de la medida propuesta, referidos en el párrafo anterior, se encuentran acordes con los preceptos legales contenidos en la Ley 1341 de 2009 (modificada por la Ley 1978 de 2019), y en este mismo sentido la intervención de carácter particular a la que se refiere la presente actuación administrativa los acoge también. De cualquier modo, debe aclararse que la CRC indicó, con base en la regulación general contenida en la Resolución CRC 3101 de 2011, que cualquier proveedor tiene derecho al acceso a las instalaciones esenciales de los PRST y que entre estas se encuentra: *"El roaming automático entre proveedores de redes móviles, cuando sus interfaces de aire así lo permitan"*. Debe resaltarse que el tema de la definición, acceso y uso de instalaciones esenciales, a su vez encuentra sustento en la Ley 1341 de 2009. Por otra parte, también indicó la CRC, en su documento soporte de la intervención de carácter particular en el mercado "servicios móviles" que: *"(...) en el transcurso del proyecto regulatorio "Revisión de condiciones de Roaming Automático Nacional", el acceso a la instalación esencial de RAN promueve un escenario competitivo, en el que los proveedores entrantes y los establecidos pueden prestar servicios de voz, datos y SMS, haciendo uso de dicha instalación esencial en aquellos lugares o áreas donde no cuentan con cobertura propia, en beneficio de los usuarios."*

En segundo lugar, esta Comisión encuentra que, aunque el experticio técnico allegado por **COMCEL** y elaborado por Juan Carlos Calderón plantea aspectos que merecen atención y análisis en el marco de la presente actuación administrativa, existen elementos que restan eficacia probatoria al dictamen al que se hace referencia, particularmente teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- Lo primero es mencionar que, revisada la hoja de vida del Perito, si bien esta refiere capacitación desde la perspectiva técnica en el área de la Ingeniería, así como experiencia en aspectos regulatorios de telecomunicaciones, lo cierto es que no hay evidencia alguna de que el Ingeniero Calderón tenga experiencia en el diseño u operación de redes móviles, en Colombia o en otro país. Ello tiene consecuencias directas en el contenido del documento, pues como se explicará a lo largo de la presente sección, se cometen errores que no son comúnmente observados en el Sector para personas expertas en la materia, lo cual supone



gravedad en tanto pudo haber inducido a error a la Comisión en el marco de la presente actuación.

- Aunque el Perito advierte en su dictamen que en desarrollo del documento se omitieron consideraciones o juicios de valor de carácter jurídico por carecer de conocimiento y competencia profesional, lo cierto es que a lo largo del documento el Perito efectúa afirmaciones de carácter jurídico, a pesar que su formación y experticia es en el área de la ingeniería, como ocurre cuando analiza si las medidas propuestas por la CRC cumplen con los principios jurídicos previstos en la Ley 1341 de 2009, cuestión que no puede obedecer sino a un juicio de naturaleza jurídica.
- En este sentido, llama la atención de esta Comisión que el Perito habla de espectro electromagnético, cuando lo correcto es referirse al espectro radioeléctrico, lo cual se constituye en un error en el manejo de la terminología técnica.
- Por otro lado, la referencia al reuso de frecuencias incluida en el dictamen tiene una fuerte debilidad, ya que la exposición realizada sólo es aplicable a tecnologías 2G GSM pero el Perito lo presenta como si se tratara de un argumento de carácter general, dentro de una sección de su dictamen pericial titulada: "*Espectro electromagnético en las bandas de 3G y 4G*" y sólo más adelante en el documento aclara, en una nota de pie de página, que en las redes 3G el ancho de banda de una portadora se reutiliza en todas las estaciones base. Este aspecto se retoma más adelante en la presente resolución.
- Adicionalmente, en la diligencia del 19 de octubre de 2017, en donde el Ingeniero Calderón tuvo la oportunidad de explicar el contenido de su dictamen, se evidenció que posiblemente sus análisis fueron direccionados por **COMCEL**. A continuación, se transcribe<sup>1251</sup> de manera literal lo transcurrido en la citada diligencia en donde el Perito explicó que la información presentada en su dictamen fue proporcionada por **COMCEL**:

"(...)

**JMW:** *¿La identificación de esas zonas partió de la información que le proveyó Comcel o del análisis de la información?*

**JCCM:** *No, buena parte, no, cuando uno llega al análisis de la información pues hace la necesidad de mirar, uno va ya a la fuente y mira, valida uno la fuente en muchos casos, lo que hice yo básicamente fue validar la cosa, me queda muy difícil porque no manejo el comando exacto para poder, aunque yo fuera ingeniero de sistemas experto en eso, ellos tienen sus queries ya armados para hacer sus cosas, entonces básicamente hay cosas que yo valido y miro cómo sacan la información y de dónde la sacan y por qué la sacan y cómo se constituyó, y yo de ahí en adelante los reportes que ellos me envían pues básicamente solicito que me saquen algo, algunas veces yo hago la prueba y digo no sáqueme estando yo aquí, quiero que me saque un reporte de tal cosa, pero entonces yo le digo solamente repórteme...*

**JMW:** *Sí, pero la pregunta es más relacionada con decía usted que se iban a analizar las zonas donde había problemas de eficiencia en el espectro, problemas de congestión... esas zonas le entendí con la pregunta anterior cuando la estaba respondiendo que las zonas las... fueron de alguna manera informados por Comcel para que se profundizara sobre el análisis de esas zonas en particular, eso fue...*

**JCCM:** *Esa información fue proporcionada por Comcel, o sea validé las fuentes de donde salieron, pero sí, esa información vino de Comcel, por lo menos esa parte de la información vino de Comcel, eso se incorporó como... exactamente, entonces basado ya en eso, pues entro ya en la parte de entender que uno de los problemas a los que... colocar ese tipo de normas implica, tiene una influencia directa sobre la parte del acceso como tal, cómo impacta eso en la etapa de administración, la gestión del espectro, cómo se ve impactado el espectro por ese lado, por el otro lado entonces comienza uno a mirar bueno pero el hecho de que esto comience a incorporarse de esta manera, el RAN ya tenía unos antecedentes, debe operar de ciertas formas, entonces ese RAN como tal empieza uno a ver que empieza a constituir un impacto sobre el core de la red; el impacto sobre el core de la red, entonces ya uno empieza a mirar que tiene también una situación en la cual la normatividad como se estaría aplicando en función de otorgarles un RAN, hay una serie de inconvenientes que se*

<sup>1251</sup> Dialogo entre el Comisionado Juan Manuel Wilches (JMW) y el Perito Juan Carlos Calderón Martínez (JCCM)

*plantean alrededor de eso, esos son dos aspectos que se van midiendo ahí, el otro es básicamente la parte de costos, ya uno va a montar una infraestructura, uno tiene que operarla, hay una serie de situaciones, trabajar bajo costos tiene una cantidad de impactos, que realmente la validación cómo se hizo ese impacto, básicamente fue pues valorar a la luz de lo que está proponiendo la regulación versus lo que ellos en principio les cuesta y el criterio que se utilizó fue básicamente, un criterio en que ustedes ya le habían solicitado a Comcel, con unas reglas muy particulares, unas resoluciones que ustedes les dijeron deben cumplir para poder manejar esto y... basado en eso se establecieron unos costos, ya cuando uno contrasta con lo otro pues es muy difícil uno pensar que con eso pues se puede sostener una operación, eso por un lado; por el otro entonces ya basado en estos tres se identificaron tres cosas específicas dentro de las cuales se hace el planteamiento alrededor del cual... se puede considerar básicamente qué es el objeto de lo que se debe evaluar o contrastar a la luz de la regulación que se propone, entonces ya es cuando entra uno a hacer todo el proceso de análisis de eso cómo se ve afectado, un buen instrumento que yo ya había encontrado, lo había visto y lo había tenido que utilizar en alguna otra oportunidad, básicamente era ver los principios de la Ley 1341 que eso ya estaba ahí, ya había visto eso, los principios de calidad, entonces, básicamente tomé eso para contrastar contra las tres aspectos principales con los cuales el dictamen, finalmente vería yo desde la perspectiva técnica que podían verse afectados por esa medidas en el mercado mayorista y básicamente ahí después de todo el resto del desarrollo del dictamen además de lo que está ahí.*

*(...)”*

- Tal direccionamiento se desprende también del contenido del mismo dictamen. Por ejemplo, el Perito afirma que las medidas propuestas afectarían los ingresos de **COMCEL** porque, en materia de RAN de voz, la remuneración estaría \$1.57 por minuto por debajo de los costos del proveedor. Tal afirmación, sin embargo, no es producto de la constatación por parte del propio Perito de que esos sean los costos de **COMCEL**, sino de información que el mismo proveedor le suministró, cuya realidad él no constató, y en relación con la cual se limitó a señalar que era confidencial y reservada, en virtud de la Decisión Andina 486 de 2000, norma cuyo conocimiento e invocación en un dictamen de naturaleza presuntamente técnica -dicho sea de paso- resulta extraña para un ingeniero.

En otras palabras, el Perito no constata que la remuneración de RAN propuesta por la CRC sea menor a los costos de **COMCEL**, sino que simplemente contrasta el valor propuesto de remuneración contra los costos que le informó el operador y por tanto, se aparta ostensiblemente de la finalidad perseguida por el legislador cuando validó la procedencia de los dictámenes de parte, cual es la de contar con una prueba preparada por un experto en la materia con (i) el reconocimiento científico, académico y social necesario; (ii) el tiempo suficiente para presentar un informe objetivo, imparcial, soportado y minucioso y (iii) que brinde certeza y tranquilidad al juez en sus decisiones<sup>1252</sup>.

- Lo propio sucede cuando el Perito señala que la remuneración del RAN de datos propuesta por esta Comisión es inferior en \$ [REDACTED] por MB a los costos de COMCEL, afirmación que no es de su propia cosecha, sino que se limita a repetir lo que su cliente le dijo: que sus costos por MB eran de \$ [REDACTED], lo que, contrastado con \$6.40, presenta una diferencia de \$ [REDACTED].
- El Perito señala que los valores de RAN bajo una metodología LRIC puro no reflejan la realidad existente, o no reflejan costos de oportunidad, o no remuneran los costos de **COMCEL**, lo cual no viene a lugar porque dicho aspecto no hace parte del objeto de la presente actuación administrativa.
- Se pronuncia sobre otros aspectos que tampoco hacen parte de la presente actuación, como es el caso del análisis que efectúa sobre las condiciones técnicas de RAN entre AVANTEL y **COMCEL**, definidas en las Resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014, y los efectos que a su juicio produjeron dichas condiciones.

No obstante, se abordará a continuación el contenido del documento elaborado por Juan Carlos Calderón, sin entrar a evaluar lo correspondiente al análisis de lo que el Perito se refiere como “montos indemnizatorios que por expropiación podría reclamar **COMCEL**”, aspecto que no hace parte del objeto de la presente actuación administrativa.

<sup>1252</sup> OCHOA PEREZ, C. El dictamen pericial previo en el nuevo ordenamiento procesal. Ámbito Jurídico. Especial Código General del Proceso. 28 de abril del 2016.

Frente al entendimiento que el Perito tiene del inicio de la presente actuación administrativa, debe decirse que no es cierto que la CRC haya indicado que el espectro asignado a **COMCEL** para 4G tenga baja utilización, sino que fue el mismo **COMCEL** quien así lo dijo y la CRC se limitó a citar lo que **COMCEL** afirmó en sus comentarios al proyecto regulatorio de revisión de las condiciones esenciales de RAN, cuando indicó que "(...) *en las ciudades capitales, el nivel de ocupación de la red de datos 4G de COMCEL es cercano al 40% (...)*" y que: "(...) *la situación en ciudades medianas y pequeñas que COMCEL se vio obligado a cubrir de acuerdo con las condiciones de la subasta 4G de 2013, se observa que el nivel de ocupación de la red de datos en 4G es mucho menor, inferior al 15% (...)*". Por otra parte, lo que demostró la CRC es que, en términos de asignación de espectro, el país se encuentra a la par con el promedio regional, y acorde con el PIB PPA<sup>1253</sup>.

Así mismo, es preciso tener en cuenta que el documento soporte de intervención de carácter particular en el mercado "servicios móviles" indica que el tamaño de la red de **COMCEL** le representa una ventaja competitiva importante a la hora de adquirir nuevos usuarios, punto que se demuestra mediante la comparación de municipios con cobertura de **COMCEL** contrastada con otros operadores; en este sentido, no se trata de que la CRC "opine" que la red de **COMCEL** es muy grande, sino que efectivamente lo es, tal como se evidencia en la cifras de infraestructura presentadas en la sección 8.1.3 del presente acto administrativo, lo cual representa una ventaja competitiva, punto que **COMCEL** en ningún momento desvirtúa. Efectivamente, como se ha explicado en el presente numeral, la CRC indicó que la provisión de la instalación de RAN atiende al principio de costos eficientes, que permite a un operador eficiente una remuneración adecuada por su provisión, incluyendo costos de oportunidad y utilidad razonable.

Por otro lado, respecto de la descripción que hace el Perito sobre la medida propuesta por la CRC para el acceso a RAN de voz, debe aclararse que desde el año 2011, con la expedición de la Resolución 3136, la CRC indicó en los considerandos de la misma que: "(...) *en mercados maduros y cercanos a la saturación, como el mercado "Voz Saliente Móvil" en Colombia, la experiencia internacional señala que se le debe dar prevalencia a metodologías de estimación de precios que promuevan la competencia que resulten en precios que busquen cargar a la interconexión solamente los costos exclusivos asociados a la prestación del servicio de interconexión, en la medida en que estos mercados maduros están caracterizados por estrategias que no están principalmente enfocadas en el despliegue de red y en la medida que la promoción de la competencia tiene mayor impacto en términos de bienestar en países donde la cobertura es casi universal*". La madurez de estos mercados es, por tanto, un hecho constatado y conocido desde hace varios años por todos los agentes a los cuales les aplica la regulación expedida por la CRC, entre ellos **COMCEL**.

De otro lado, no es correcta la afirmación del Perito según la cual "El servicio de voz según la CRC no está enfocado a estrategias basadas en despliegue de red". Esta afirmación está fuera de contexto por cuanto lo que afirmó la CRC fue que: "(...) *el mercado de "Voz Saliente Móvil", por ser un mercado maduro el cual está caracterizado por estrategias que no están principalmente enfocadas en el despliegue de red*". Es decir, la CRC no se refiere al "servicio de voz" como indica el Perito, sino al mercado de "voz saliente móvil", y no dice la CRC que no esté enfocado a estrategias basadas en el despliegue de red, sino que no está principalmente enfocado, es decir, que reconoce que puede basarse en despliegue de red, pero que existen otros factores más importantes, dada la madurez de este mercado.

El Perito indica que, para la CRC, la red de **COMCEL** es muy grande, situación que le provee una ventaja competitiva para adquirir usuarios nuevos. Al respecto, debe precisarse que lo que en realidad ha indicado la CRC en su documento de soporte de intervención de carácter particular en el mercado "Servicios Móviles" es que el tamaño de la red de **COMCEL** le representa una ventaja competitiva importante a la hora de adquirir nuevos usuarios, por lo tanto, la CRC no observa la red de **COMCEL** en términos de su tamaño, sino como ventaja competitiva, tal como se explicó ampliamente en la sección 8.1.3 del presente acto administrativo.

En lo que tiene que ver con los comentarios que el Perito realiza a la medida de RAN propuesta para servicios de datos, este indica que, a diferencia del servicio de voz, la CRC considera que el servicio de datos no es un mercado maduro, y por ello, entre sus principales objetivos está el de promover su masificación. En efecto, a partir de la simple observación de la penetración de los servicios de datos móviles en Colombia se tiene que no es un mercado maduro, y así lo ha

<sup>1253</sup> Paridad de poder adquisitivo.

anotado la CRC en los diferentes documentos publicados<sup>1254</sup>, así como en el documento de inicio de la actuación objeto de análisis, lo que no constriñe ninguna medida específica para promover su masificación. En cuanto al cumplimiento de las dos condiciones a las que hace referencia el Perito, a saber: a) cargo RAN con un incremento de precios en el tiempo tal que por su costo lleve a los proveedores usuarios de este acceso mayorista a una disyuntiva entre implementar su propia infraestructura o continuar usando dicha instalación esencial; y b) la definición de un límite en el tiempo a partir del cual la condición especial aplicada a **COMCEL** desaparezca, debe aclararse que la CRC, desde la formulación de medida y en el presente Acto Administrativo, aborda la mencionada disyuntiva del literal (a) de forma que la decisión de arrendar infraestructura sea más costosa con el paso del tiempo, y la condición del literal (b) la aborda considerando que el límite de tiempo debe tener como fin garantizar la inversión en infraestructura. Sin embargo, es importante, recordar que los remedios regulatorios no están sujetos a plazo sino a condición, es decir, dependen de los objetivos que se perseguían al imponerlos.

Por demás, respecto de las observaciones realizadas de manera general por **COMCEL**, las subsecciones siguientes presentan las consideraciones de la CRC sobre la materia.

#### **8.2.3.1.1. Tarifas reguladas de la instalación esencial RAN**

En respuesta al inicio de la actuación administrativa, **COMCEL** puso de presente criterios que, a su juicio, deben tenerse en cuenta al regular la tarifa de los servicios mayoristas: (i) el operador debe estar en capacidad de recuperar los costos de la inversión realizada; (ii) el operador debe poder recuperar los costos de operar el servicio mayorista; (iii) la tarifa debe estar siempre por encima de los costos; (iv) la tarifa debe ser atractiva para el mercado mayorista; y (v) la tarifa debe permitir una rentabilidad que motive el despliegue de la infraestructura propia.

Por su parte, el documento de Juan Carlos Calderón señala que, cuando el artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, numeral 3 "*Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos*", establece que la remuneración de infraestructura debe ser a costos de oportunidad, en el contexto de **COMCEL**, dicha remuneración debería cumplir con los siguientes criterios: i) el costo de oportunidad implica para el propietario de la infraestructura la obtención de una utilidad razonable; y ii) la remuneración por el uso de la infraestructura debe incluir los costos en que debe incurrir para la prestación del servicio más una utilidad razonable (costo mayorista). Considera entonces que, en ninguna circunstancia se le podría imponer a **COMCEL** compartir su infraestructura con los demás oferentes por un precio que no incorpore una utilidad razonable y que las medidas que podrían aplicarse a **COMCEL** al final de la actuación administrativa irían en contravía de la Ley 1341, al generar afectaciones por tráfico de voz y de datos.

Respecto de la posible afectación por tráfico de voz, Juan Carlos Calderón comenta que según la Resolución CRC 5110 de 2017, se les aplicaría una "*...Eventual reducción acelerada de la remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de voz*". Afirma entonces que durante los seis años de vigencia de la medida se obligaría a **COMCEL** a aplicar el mismo cargo de RAN de \$11.43 pesos por minuto, cuando sus costos mayoristas están alrededor de \$ [REDACTED] pesos por minuto<sup>1255</sup>. Es decir que **COMCEL** recibiría una remuneración, por cada minuto de voz que haga uso de la instalación esencial de RAN, que estaría \$ [REDACTED] pesos por debajo de los costos mínimos que a **COMCEL** le representa mantener en operación dicha instalación esencial, generándose un perjuicio. Agrega que la medida implica que al irse reduciendo año a año el valor general de cargo de RAN, éste terminará equiparando en el sexto año al valor definido para **COMCEL** como producto de la actuación particular (\$11.43).

Por su parte, en lo que tiene que ver con la potencial afectación por tráfico de datos, el dictamen señala que estarían sujetos a una "*...Eventual implementación de una senda creciente de remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para servicios de datos*", sobre lo cual el Perito afirma que los costos para ofrecer el servicio de la instalación esencial del

<sup>1254</sup> Documentos soporte de las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017.

<sup>1255</sup> Respecto a esta información, es preciso mencionar que la misma es de carácter confidencial y reservada; al respecto la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina indica que la información se constituye un secreto empresarial cuando es una información íntimamente relacionada con el servicio, no es fácilmente accesible por cualquier persona vinculada al negocio y se han tomado las medidas necesarias para mantenerla bajo secreto y su revelación podría poner en peligro la actividad empresarial. Por consiguiente, se solicita se mantenga en reserva y no se publique

RAN para **COMCEL**, están alrededor de \$ [REDACTED] pesos por MB<sup>1256</sup>, mientras que el cargo de RAN para **COMCEL** estaría en un valor de \$6.40 pesos, lo que significa que al igual que en el caso de voz, **COMCEL** estaría proporcionando acceso a la instalación esencial de RAN, por debajo de sus costos de operación. Es decir, por cada MB estaría \$ [REDACTED] pesos por debajo, situación que estaría generando una afectación económica. El Perito agrega que, técnicamente, la situación que se presenta es que las expectativas de crecimiento del tráfico en datos y la adopción de la tecnología 4G, en línea con los planteamientos del documento de soporte de la Resolución CRC 5107, están muy por encima de las proyecciones planteadas en el documento de soporte de la Resolución CRC 4112 que datan del año 2012, por lo que el Perito opina que el cargo de acceso de RAN para entrantes de \$6.40 pesos no es representativo de la realidad existente, y aplicar ese cargo a **COMCEL** lo pone en una situación de marcada desventaja.

Por otro lado, Juan Carlos Calderón señala que no se puede garantizar una infraestructura suficiente cuando se condicionan sus costos de oportunidad de acceso en función de los valores de cargo de RAN que podrían ser aplicados a **COMCEL** como resultado de la actuación administrativa, por cuanto la regulación vigente obliga a **COMCEL**, como red visitada, a hacerse cargo de los costos de la infraestructura necesaria para facilitar el acceso y uso del RAN; lo cual significa que **COMCEL** debe encargarse de adecuar su red para i) soportar requerimientos de tráfico debidos al RAN, ii) realizar autenticación automática de los usuarios del PRO, iii) asegurar interoperabilidad de los servicios de voz, SMS y datos, y iv) dedicar recursos para gestionar el RAN. Adicionalmente, el Perito agrega que, por los seis años de la duración de la medida, lo anterior también tiene implicaciones en la degradación de la calidad de servicio de la red, en la afectación de los servicios prestados, y en la factibilidad técnica tanto del uso eficiente de la infraestructura existente como del despliegue de nueva infraestructura para atender las necesidades de los PRO.

El Perito comenta que, si el propósito es promover la competencia estimulando estrategias basadas en despliegue de red, la probabilidad de lograr ese objetivo es muy baja porque aquellos que tienen tecnología 4G tendrán muy pocos incentivos en ampliar su cobertura en la medida en que voz y datos serían servicios disponibles con las redes 3G y 4G de **COMCEL**, cita como ejemplo el caso de AVANTEL, sobre lo cual señala que desde que inició la operación de RAN con **COMCEL** en ninguna oportunidad ha solicitado que se le deje de proporcionar RAN en un área geográfica del país. Plantea que lo mismo se prevé que suceda con la tecnología 4G para datos, y en el futuro para servicios basados en conmutación de paquetes en los que se incluiría VoLTE. Señala que aquellos proveedores establecidos con una red en transición tecnológica en la que conviven 2G, 3G y 4G tendrán muy pocos incentivos para expandir su red de 4G y reponer su red de 2G y 3G, como resultado de la eliminación de la exención de proveer RAN a tarifas reguladas en áreas geográficas, tanto para voz como para datos, propuesta en la Resolución CRC 5110 de 2017, en donde el PRO tiene infraestructura desplegada con un número de sectores superior a tres (3). Indica que, en este caso específico, técnicamente la eliminación de esa exención va en contravía de la definición de instalación esencial de la Resolución CRC 3101 de 2011, porque la condición esencial se pierde cuando un PRO cuenta con infraestructura propia en un área geográfica con unas características que hacen que su sustituibilidad sea factible tanto en lo técnico, como en lo económico. Precisa que bajo esas condiciones la prestación de los servicios de voz y datos en los municipios en donde esos operadores ya tienen cobertura y necesitan expandirla, suplirían a bajo costo sus necesidades al utilizar la red de **COMCEL** en lugar de invertir en ampliaciones. Menciona que los usuarios de 4G de esas redes también tendrían acceso a infraestructura 4G de **COMCEL** en los sitios en donde los PRO no tengan cobertura, contando así con la posibilidad de hacer uso de datos de alta velocidad y en el futuro acceder a VoLTE y otros servicios propios de redes IP.

**Consideraciones CRC:**

Respecto de la referencia realizada por **COMCEL** y por Juan Carlos Calderón al principio legal de uso eficiente de la infraestructura y los recursos escasos, se observa que es una interpretación propia del texto contenido en la Ley. Al respecto, la Ley 1341 de 2009 dice en el numeral 3 del artículo 2 que: *"(...) siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad (...) teniendo en cuenta (...) la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha*

<sup>1256</sup> Respecto a esta información, es preciso mencionar que la misma es de carácter confidencial y reservada; al respecto la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina indica que la información se constituye un secreto empresarial cuando es una información íntimamente relacionada con el servicio, no es fácilmente accesible por cualquier persona vinculada al negocio y se han tomado las medidas necesarias para mantenerla bajo secreto y su revelación podría poner en peligro la actividad empresarial. Por consiguiente, se solicita se mantenga en reserva y no se publique.

*infraestructura*". Frente a lo anterior, debe reiterarse que los valores a los que hace referencia la Resolución CRC 5110 de 2017 y su documento soporte en ningún momento surgen de la aplicación particular de un modelo de costos desarrollado dentro del marco de la actuación particular. Tal y como se ha indicado en numerosas comunicaciones<sup>1257</sup>, el modelo de costos eficiente fue desarrollado en el marco de un proyecto regulatorio de carácter general, y sus resultados incluidos en la Resolución CRC 5107 de 2017, por lo que no es objeto del debate en el marco de la actuación particular.

Por otro lado, **COMCEL** –en afirmación que el Perito se limita a replicar- hace referencia a una estimación de valores de Roaming Automático Nacional sobre la base de su propia información de separación contable, pero en ningún momento presenta la memoria de cálculo ni aporta como prueba la información a la que se hace referencia para validar las estimaciones resultantes. El argumento central de éstos, en relación con la remuneración de la instalación esencial de RAN para el tráfico de voz y datos, es que en ambos casos el valor propuesto por la posible medida mayorista es inferior al costo mayorista de **COMCEL**. Sin embargo, el Perito no sustenta su afirmación relacionada con los valores por minuto y por Mbps, y se limita a indicar que son \$████/minuto y \$████/MB respectivamente sin dar cuenta de si se trata de un cálculo propio o una cifra dada. Adicionalmente, en la diligencia del 19 de octubre de 2017 omitió presentar una explicación sobre la determinación de estos valores.

No obstante, en gracia de discusión, aun cuando **COMCEL** y el Perito hubieran realizado y demostrado una estimación adecuada de los valores por minuto y por MB de los cargos de RAN que a su juicio remunerarían el servicio de RAN de **COMCEL**, es importante tener en cuenta que el modelo de costos empleado por la Comisión con motivo del proyecto regulatorio que concluyó con la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017, no busca reflejar los costos de un operador en particular, sino los costos de una empresa eficiente desde el punto de vista técnico y económico: se consideran las eficiencias desde el punto de vista técnico, incluyendo en el costeo el uso de equipos de última tecnología que hagan uso de los avances tecnológicos que se encuentren disponibles en el mercado, para lo cual el modelo diseña una red moderna para atender la demanda de los servicios de telecomunicaciones móviles para un plazo de cinco (5) años bajo criterios eficientes.

También se incorporan eficiencias desde la perspectiva económica, bajo el entendido de que la empresa atiende a un tercio de la demanda del mercado suponiendo un mercado repartido equitativamente entre tres operadores, como lo predice el equilibrio de mercado de un modelo de competencia de Cournot en el que todos los operadores cuentan con la misma estructura eficiente de costos. En consecuencia, el modelo de empresa eficiente considera las particularidades de todos los operadores, no solo de **COMCEL**, para así construir la situación de un prestador eficiente hipotético con un tercio de participación en el mercado y, si las hubiera considerado, es decir, incluido dentro del modelo las ventajas competitivas de **COMCEL** en el aprovechamiento de las economías de escala y alcance, las tarifas mayoristas hubiesen sido más bajas que las previstas en la Resolución CRC 5107 de 2017, tarifas que por cierto corresponden a los costos eficientes de proveer el servicio mayorista, los cuales incluyen el costo de oportunidad y una utilidad razonable. El modelo de empresa eficiente no considera las ineficiencias en las que puede incurrir o incurrir un operador en particular, asociadas, por ejemplo, a la evolución histórica de arquitectura de red de **COMCEL**, pues ello supone llevar a la tarifa costos ineficientes, y por ende, ninguna de estas dos situaciones se ven reflejadas en el valor regulado de Roaming Automático Nacional incluido en la Resolución CRC 5107 de 2017.

De igual manera, y nuevamente bajo el supuesto de que **COMCEL** y el Perito hubieran realizado y demostrado una estimación adecuada de los valores por minuto y por MB, es necesario tener en cuenta que el modelo de costos empleado por la CRC propende por incentivar la eficiencia en la manera como se proveen los servicios de telecomunicaciones, para lo cual siempre se ha empleado una metodología de costos con enfoque prospectivo, y en tal sentido, como se explicó previamente, se considera el uso de tecnologías recientes, que suponen menores costos de operación. Es así como el modelo referido por **COMCEL** y el Perito, que se basa en información contable de la empresa, toma como punto de partida la información que **COMCEL** tiene en sus libros contables de los equipos adquiridos por éste en el pasado a precios actuales, lo que

<sup>1257</sup> Lo cual puede evidenciarse de la conclusión a la que llegó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al negar el recurso de insistencia interpuesto por **COMCEL**, y sobre el cual se describieron los hechos transcurridos en la sección 2.2 de la presente resolución.

posiblemente supone reconocer posibles ineficiencias en las inversiones que éste haya realizado en el pasado, y que resulta diametralmente opuesto al enfoque regulatorio de la Comisión.

Ahora bien, ha señalado **COMCEL** que los valores de RAN que invoca la Comisión, y que el Perito se limita a replicar, han surgido de la aplicación de un modelo de "separación contable" validado y auditado por la Comisión, punto en el que se hace necesario recordarle a **COMCEL** que la separación contable, como la diseñó la CRC, es una herramienta regulatoria que fundamentalmente permite a la autoridad realizar análisis para ayudar a determinar si existen subsidios cruzados entre los servicios prestados por un operador, o si éste está llevando a cabo, en cualquier forma, alguna práctica anticompetitiva. En razón a ello, la separación contable requiere la preparación de cuentas separadas para cada una de las diferentes unidades de negocio operadas por el mismo proveedor, identificando y asignando los costos e ingresos asociados con cada unidad, así como las relaciones entre ellos. Esto facilitará al regulador el monitoreo y eventual constatación de si determinado proveedor ofrece tarifas por debajo o por encima de sus costos reales, y si al hacerlo puede estar incurriendo en subsidios cruzados entre servicios, o ejerciendo su poder de mercado por vía de precios abusivos, o estrechando los márgenes de sus competidores.

De hecho, mediante la Resolución CRC 4577 de 2014, se adoptó la separación contable como una herramienta regulatoria que obliga a los PRST y OTVS<sup>1258</sup> en Colombia a presentar información económica y financiera de manera separada por cada servicio prestado y por cada línea de negocio, con el fin de contar con información precisa que permita reducir la asimetría de información de la industria, y evidenciar la existencia de potenciales fallas de mercado y la presencia de conductas anticompetitivas. Para ello, o mejor, precisamente por ello, en los modelos de separación contable no suelen utilizarse los costos en que incurriría una empresa eficiente (modelo de costos eficientes) sino los costos históricos contables que cada proveedor reporta.

De esa manera, el modelo de separación contable se alimenta con la información derivada de la contabilidad de costos de cada proveedor, sin considerar si los costos reales en que incurre dicho proveedor son o no eficientes, pues no es ello a lo que le apunta el instrumento, sino a saber si, con sus costos reales separados, podría estar incurriendo en subsidios cruzados, obteniendo rentas monopólicas o discriminando a los competidores a quienes les provee cualquier insumo, lo que comporta una diferencia fundamental.

Sin embargo, precisamente porque el modelo de separación contable incorpora costos contables históricos sin considerar si los mismos son o no eficientes, es que la regulación económica contemporánea considera que esa herramienta no es la más conveniente a la hora de fijar tarifas de interconexión o acceso a la red basadas en costos eficientes, que por definición requieren la eliminación de cualquier costo ineficiente que, de otra forma, se le trasladaría al usuario vía tarifa.

Ello implica que para fijar tarifas de interconexión o acceso a la red, el regulador no parta de los costos históricos de cada operador, que pueden llevar consigo numerosas ineficiencias, sino los costos en que incurriría un operador eficiente, según un modelo de costos, llamados también costos "*forward looking*" o costos prospectivos, que son aquellos costos en los que incurre un operador eficiente para atender una demanda futura proyectada (costos incrementales) usando los medios más eficientes posibles y comercialmente disponibles.

La literatura en regulación económica ha abordado desde hace muchos años la conveniencia de utilizar metodologías basadas en costos prospectivos incrementales para fijar precios eficientes en industrias de red. Desde la década de los 70, Kahn<sup>1259</sup>, por ejemplo, explicaba la necesidad de adoptar metodologías de costos marginales (incrementales) de largo plazo al regular precios de los servicios públicos (public utilities), considerando que el cambio de costos marginales de corto plazo a costos marginales de largo plazo no suponía que los precios debieran ser fijados con base en los actuales costos variables más un retorno bruto sobre inversiones pasadas, como tampoco en costos históricos, sino con base en los costos futuros causados por producción adicional. De hecho, autores tan prestigiosos como Laffont y Tirole recomiendan la utilización de metodologías

<sup>1258</sup> Operadores de Televisión por Suscripción (OTVS)

<sup>1259</sup> KAHN, A. The Economics of Regulation: Principles and Institutions. The MIT Press; 0002-Revised edition (June 22, 1988). Pág. 88 y ss; 109 y ss; , 1 Una primera edición había sido publicada en 2 volúmenes en 1970-1971 bajo el título The Economics of Regulation: Principles and Institutions (volumen I Economic Principles y volumen II Institutional Issues) por John Wiley & Sons.

basadas en costos prospectivos debido a que brindan señales de eficiencia en mercados que requieren impulsos para renovación tecnológica, como lo es el mercado de telecomunicaciones, enfatizando que el utilizar costos históricos, reconocería las ineficiencias, explotación y uso de tecnologías que podrían no ser las más eficientes<sup>1260</sup>.

La utilización de metodologías de costos futuros incrementales de largo plazo por parte de reguladores en el sector de telecomunicaciones comenzó en la década de los 90. En 1995, el entonces regulador británico Oftel comenzó una revisión de los precios de interconexión y propuso la adopción, a partir de 1997, de cargos de interconexión de British Telecom (BT) basados en el costo incremental futuro de reponer los activos de capital, en lugar de su costo histórico, como efectivamente sucedió<sup>1261</sup>. Lo propio hizo en 1996 la FCC en Estados Unidos, cuando reguló los precios mayoristas por el acceso desagregado al bucle de abonado utilizando un estándar de costos futuros denominado Total Element Long-run Incremental Cost ("TELRIC")<sup>1262</sup>. En Australia, la ACCC emitió guías sobre los principios aplicables a los precios de acceso mayorista en 1997, y allí determinó que los precios de los servicios mayoristas deberían, en general, estar basados en los costos incrementales a largo plazo del servicio total (TSLRIC)<sup>1263</sup>. En Alemania, en 1998, el regulador alemán del momento (RegTP) decidió usar un enfoque de costos LRIC Bottom-Up para establecer los precios bajo los cuales Deutsche Telekom (DT) proveería acceso desagregado al bucle local a los operadores alternativos<sup>1264</sup>. Lo propio ocurrió en Francia, cuando en el año 2000 el gobierno expidió el decreto mediante el cual dispuso que el método utilizado para calcular el precio de los bucles de cobre en materia de desagregación del bucle de abonado local era LRIC, defiriendo al entonces regulador francés (ART) la especificación de la metodología LRIC con mayor detalle<sup>1265</sup>. Suecia no fue la excepción: la Autoridad Sueca de Correos y Telecomunicaciones (PTS) desarrolló la primera versión de su modelo para redes fijas basado en una metodología LRIC durante los años 2002-2003, aplicando un modelo híbrido para calcular el costo de la interconexión de voz fija y la desagregación del bucle local (LLU)<sup>1266</sup>. En 2002, la Autoridad de Negocios Danesa (DBA) determinó los precios máximos para los servicios de acceso mayorista utilizando por primera vez el método LRAIC<sup>1267</sup>.

Este tipo de modelación de costos con respecto a los precios de interconexión fue adoptado por la Unión Europea en 1998, con la Recomendación 98/195/CE de la Comisión sobre la interconexión en un mercado de las telecomunicaciones liberalizado. Posteriormente, la Comisión publicó la Recomendación 2009/396/CE del 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la UE, en la que recomienda que los "costos eficientes" se basen en el uso de un enfoque Bottom Up y una metodología de costos incrementales de largo plazo (LRIC). Un año después, la Comisión publicó la Recomendación 2010/572/UE del 20 de septiembre de 2010, sobre acceso regulado a las redes de nueva generación (NGA), en la que incluyó, entre los principios comunes para la fijación de precios del acceso NGA, que las Agencias Nacionales de Regulación-ANR deberían estimar los costos incrementales necesarios para facilitar el acceso a las instalaciones referidas. En 2013, la

<sup>1260</sup> TIROLE, & LAFFONT. Competition in Telecommunications. The MIT Press, (2001) ISBN 0-262-12223-5. Capítulos 3, 4 y 5. También en apoyo de la utilización de costos prospectivos o forward looking, véase TARDIFF, T.J. Prices Based on Current Cost or Historical Cost: How Different Are They?, (2015). 47: 201. <https://doi.org/10.1007/s11149-014-9267-6>; ERGAS, H. TSLRIC, TELRIC and Other Forms of Forward-Looking Cost Models in Telecommunications: A Curmudgeon's Guide (November 8, 1998). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1430248> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1430248>; NOUMBA, U. et al. A model for calculating interconnection costs in telecommunications. (2004) Washington, DC: World Bank. <http://documents.worldbank.org/curated/en/993401468779995571/A-model-for-calculating-interconnection-costs-in-telecommunications>; FURONG, L & TOLLEY, D. Benefits of long-run incremental cost pricing for distribution network charges. (2007). 19th International Conference on Electricity Distribution. Paper - 0206. [http://www.cired.net/publications/cired2007/pdfs/CIRED2007\\_0206\\_paper.pdf](http://www.cired.net/publications/cired2007/pdfs/CIRED2007_0206_paper.pdf); BELFIN, R & LUKANOWICZ, M. Forward Looking Long Run Incremental Costs for the calculation of interconnection fees. [https://www.rtr.at/en/tk/Kostenrechnungsmodelle/1513\\_FL-LRAIC\\_en.pdf](https://www.rtr.at/en/tk/Kostenrechnungsmodelle/1513_FL-LRAIC_en.pdf)

<sup>1261</sup> Oftel (1995). "Pricing of Telecommunications Services from 1997: A Consultative Document on BT Price Controls and Interconnection Charging", December 1995.

<sup>1262</sup> FCC. Implementation of the Local Competition Provisions in the Telecommunications Act of 1996, First Report and Order, FCC 96-325, 11 FCC Rcd 15499. (1996).

<sup>1263</sup> ACCC, Access Pricing Principles— Telecommunications: A Guide, 1997.

<sup>1264</sup> BUNDESNETZAGENTUR. Analytical Cost Model. Disponible en [https://www.bundesnetzagentur.de/EN/Areas/Telecommunications/Companies/MarketRegulation/AnalyticalCostModel/analyticalcostmodel\\_node1.html](https://www.bundesnetzagentur.de/EN/Areas/Telecommunications/Companies/MarketRegulation/AnalyticalCostModel/analyticalcostmodel_node1.html). Véase también Analytical Cost Model Local Loop. – Consultative Document 2.0 – Prepared by WIK for the RegTP (2000), disponible en [https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/EN/Areas/Telecommunications/Companies/TelecomRegulation/AnalyticalCostModel/AnalyticalCostModelLocalId2104pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/EN/Areas/Telecommunications/Companies/TelecomRegulation/AnalyticalCostModel/AnalyticalCostModelLocalId2104pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

<sup>1265</sup> BOURREAU, M. Local loop unbundling: the French case. ENST, Department of Economics. October 2002.

<sup>1266</sup> ALLEN et al. Survey of the suitability of a bottom-up LRIC+ model for Finland. Analysis Mason (2015).

<sup>1267</sup> *Ibidem*.



Comisión expidió la Recomendación 2013/466/UE, sobre coherencia en las obligaciones de no discriminación y en las metodologías de costos para promover la competencia y potenciar el entorno de la inversión en banda ancha, en la cual adopta la metodología ascendente de costos incrementales de largo plazo plus (BU LRIC+) como aquella que, de mejor manera, permite la recuperación de los costos contraídos de manera eficiente y recibir un rendimiento adecuado del capital invertido, garantiza la transparencia y la coherencia dentro de la UE, y logra un equilibrio adecuado entre la garantía de una entrada eficiente y la aportación de incentivos suficientes a la inversión en redes NGA.

Hoy, la metodología Forward-Looking Cost-Based Pricing LRIC, es la metodología dominante para determinar los cargos de acceso, uso e interconexión. En este sentido de acuerdo con un documento de BEREC (2016)<sup>1268</sup>, 21 países europeos utilizan modelos LRIC para el cálculo de cargos de terminación en redes móviles, 7 reguladores lo realizan mediante benchmarking y 3 más utilizan la metodología LRAIC+. Ninguno utiliza costos históricos o contables para fijar cargos de interconexión:

**Tabla 18. Modelos de costos utilizados por la Autoridades Regulatorias para determinar cargos de acceso, uso e interconexión**

No.	País	Modelo de Costos
1	Austria	BU-LRIC
2	Bélgica	BU-LRIC
3	Bulgaria	Pure BU LRIC
4	Chipre	Benchmark BU-LRIC
5	República Checa	Pure BU-LRIC
6	Alemania	BU-LRAIC+
7	Dinamarca	BU-LRIC
8	Estonia	Benchmark BU-LRIC
9	Grecia	BU LRIC
10	España	BU LRIC
11	Finlandia	Other (FDC)
12	Francia	BU LRIC
13	Croacia	Pure BU LRIC
14	Hungría	BU-LRIC
15	Irlanda	other
16	Islandia	Benchmark BU-LRIC
17	Italia	BU-LRIC
18	Liechtenstein	Benchmarking
19	Lituania	Benchmarking BULRIC
20	Luxemburgo	Pure BU-LRIC
21	Latvia	Benchmark BU-LRIC
22	Montenegro	CCA LRIC Top down
23	Antigua República Yugoslava	BU LRAIC+
24	Malta	Pure BU-LRIC

Fuente: BEREC 2016 disponible en < [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/reports/6086-termination-rates-at-european-level-january-2016](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/6086-termination-rates-at-european-level-january-2016)>

En este mismo sentido, de acuerdo con información de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)<sup>1269</sup>, 20 países del continente americano utilizan modelos LRIC, 6 reguladores utilizan una aproximación de FDC (Fully Distributed Cost) y 2 países realizan el cálculo mediante benchmarking. Ninguno utiliza costos históricos o contables para fijar cargos de interconexión.

La CRC (antes CRT) desde hace muchos años ha utilizado la metodología de costos prospectivos en Colombia. Así, la entidad culminó en 1999 el proyecto por el cual se terminó la adaptación

<sup>1268</sup> Disponible en: [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/reports/6086-termination-rates-at-european-level-january-2016](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/6086-termination-rates-at-european-level-january-2016)

<sup>1269</sup> Disponible en: <http://www.itu.int/net4/itu-d/icteye/>

para Colombia de un modelo de costos medios incrementales de largo plazo (TELRIC), aplicado a 12 empresas de telefonía fija del país y extrapolado a las restantes<sup>1270</sup>.

Entre los años 2003 y 2007, la CRT desarrolló: i) la herramienta computacional HCMCRFIX para el modelo técnico y económico de costeo de las redes fijas de operadores que prestaban el servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL), la cual permitía dimensionar eficientemente una red de TPBCL, calcular los costos prospectivos conjuntos y exclusivos de los servicios modelados e implementar en el mismo lenguaje de programación la distribución de costos entre dichos servicios; ii) la herramienta computacional HCTPBCL para el modelo técnico y económico de costeo de las redes fijas de operadores que prestaban el servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida (TPBCL), que tenía como propósito principal dimensionar las redes y obtener finalmente costos eficientes prospectivos de prestación del servicio y aquellos asociados a la interconexión; y iii) el diseño de una metodología para la revisión, definición y monitoreo de los cargos de acceso a redes móviles en Colombia con base en una metodología de costos prospectivos<sup>1271</sup>.

Fruto de la aplicación de dichos modelos de costos prospectivos, fue la expedición de la Resolución CRT 1763 de 2007, así como de las resoluciones que la han actualizado, como es el caso de las Resoluciones CRC 2354 de 2010; 3136 de 2011; 4660 de 2014, y 5107 y 5108 de 2017. De esa manera, la CRC lleva casi 20 años utilizando metodologías de costos prospectivos para modelar costos eficientes de redes, en contraste con las de costos históricos o contables (como la de separación contable), siendo aquellas además de reconocida aplicación a nivel internacional, por lo que resulta sorprendente e inaceptable que, a estas alturas, **COMCEL** censure la metodología de costos prospectivos de un operador hipotéticamente eficiente y proponga en su lugar considerar sus costos históricos contables.

En cuarto lugar, el precio promedio por minuto y el precio promedio por MB de **COMCEL** en el mercado minorista -precios promedio que pagan los usuarios finales- permiten inferir costos inferiores a los declarados por el operador a través de la metodología que no explican en ningún aparte de sus documentos. En el cuarto trimestre de 2018 y 2019 y el primer trimestre de 2020, el ingreso promedio de dicho proveedor para los servicios de Voz Móvil e Internet Móvil corresponde a los siguientes valores:

**Tabla 19. Ingreso promedio Voz Móvil e Internet Móvil Comcel**

Trimestre	\$/Minuto	\$/MB
4T 2017	34.7	14.9
4T 2018	29.5	11.0
4T 2019	15.6	11.2
1T 2020	14.8	10.8

**Fuente:** Elaboración propia con información del sistema Colombia TIC

Sea lo primero destacar que, de acuerdo con el modelo de costos con el que cuenta la Comisión, los costos minoristas (costos por prestar los servicios a usuarios finales tales como mercadeo, atención al cliente, etc.) representan entre un 23% y un 30% de los costos totales de prestación del servicio, cuestión que no ha sido desvirtuada por **COMCEL** en la presente actuación administrativa. En ese sentido, para identificar los costos mayoristas que deben remunerarse en la provisión del servicio de acceso a RAN del operador, se debe descontar de los valores referidos en la Tabla 19 entre un 23% y un 30%.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que, para el servicio de voz, el precio promedio por minuto remunera dos tramos de una llamada: la originación y la terminación. Dependiendo de si la llamada termina en la red propia del operador o en otra red, el costo imputable a la terminación es el costo imputado por el operador a la terminación en la red propia (70% del tráfico de **COMCEL** aproximadamente termina en la red propia<sup>1272</sup>) o el cargo de acceso de \$12.44 (valor para el año 2020) en los casos en los que termina la llamada en otra red (30% del tráfico de **COMCEL** aproximadamente).

<sup>1270</sup> COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES. Cargos de acceso y el proceso de apertura y convergencia de la industria de las telecomunicaciones en Colombia. Bogotá, mayo 10 de 2001

<sup>1271</sup> COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES. Propuesta Regulatoria para la fijación de los cargos de acceso a redes fijas y móviles en Colombia Coordinación de Regulación. Septiembre de 2007

<sup>1272</sup> Según información del tráfico de voz móvil del primer trimestre de 2020 reportada al sistema Colombia TIC.

Ahora bien, el cargo regulado de Roaming Automático Nacional remunera un tramo de la llamada (origen o terminación), mientras que el precio minorista remunera los dos tramos. En ese sentido, al dividir por dos el precio minorista promedio por minuto, descontando los costos minoristas (23%-30%) para obtener el precio promedio que remunera solo un tramo de la llamada, se obtiene un valor que oscila entre \$13.4 y \$12.1 para el cuarto trimestre de 2017 y entre \$5.2 y \$5.7 para el primer trimestre de 2020. Esta aproximación permite inferir costos por el uso de RAN inferiores a los que obtiene **COMCEL** con su metodología.

En el caso de Internet móvil ocurre algo similar. Al descontar los costos minoristas (23%-30%) del precio promedio por MB se obtiene un valor entre de \$11.5 y \$10.4 para el cuarto trimestre de 2017 y entre \$8.3 y \$7,6 para el primer trimestre de 2020, resultados que permiten inferir costos menores a los que obtiene **COMCEL** con su metodología.

En este sentido, solo existen dos posibles respuestas a los hallazgos presentados: (i) los costos estimados por **COMCEL** son equivocados como se muestra en las estimaciones previas o (ii) **COMCEL** comercializa sus servicios por debajo de costos, dado que el costo por MB que señala para 2017 (\$ [REDACTED] MB) es mayor al ingreso promedio por MB en el cuarto trimestre de ese año (\$11.00). Teniendo en cuenta que no es objeto de esta actuación administrativa identificar los costos específicos de **COMCEL** para la prestación de servicios de voz y datos, y que se presume la buena fe del operador en la definición de sus precios a los usuarios finales, solo queda concluir que la estimación de costos presentada por **COMCEL** es equivocada, porque tanto para voz como para datos, si se aplica un descuento de los costos minoristas que oscile entre el 23% y 30%, se obtienen valores inferiores a los reportados por **COMCEL** y en todo caso irrelevante por cuanto, como ya se indicó, la CRC trabaja con un modelo de costos que supone un operador eficiente y no busca establecer el caso específico de ningún operador en particular.

Por otra parte, vale la pena mencionar que, durante el proceso de discusión sectorial, que se dio en marco de la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017, la Comisión encontró pertinentes algunas de las consideraciones presentadas por los operadores en relación con la metodología de costeo a utilizar para remunerar la instalación esencial de RAN tanto para operadores establecidos como para entrantes<sup>1273</sup>. Esta situación está enmarcada en los procesos de participación sectorial aplicados en virtud de lo establecido en el Decreto 1078 de 2015, por lo que recibir comentarios a la propuesta regulatoria publicada, que posteriormente se reflejen en ajustes a la regulación final que es expedida, se enmarca plenamente dentro del proceso de expedición de regulación general por parte de la Entidad. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la presente actuación administrativa no tiene por objeto discutir la legalidad o conveniencia de la regulación de carácter general y abstracto.

Sin embargo, el Perito Técnico luego de hacer mención sobre la legalidad y la conveniencia de la regulación general sobre RAN, indica, de manera equivocada, que: *"(...) en el documento de soporte de la Resolución CRC 4112 (...) se decidió aplicar la metodología de LRIC puro, justificado en que la demanda proyectada, en el escenario más optimista no se ubicaba a la par de las proyecciones internacionales. Técnicamente, la situación que se presenta es que las expectativas de crecimiento del tráfico en datos y la adopción de la tecnología 4G, en línea con los planteamientos del documento de soporte de la resolución CRC 5107, están muy por encima de las proyecciones planteadas en el documento de soporte de la que datan del año 2012."*, cuando en realidad, lo que afirma el mencionado documento de soporte de la Resolución CRC 4112 es que: *"Para los servicios de datos en la modalidad de roaming, de acuerdo a las diferentes consideraciones expuestas en la sección relativa a costos de roaming nacional, se considera apropiado el adoptar como punto de partida el resultado del modelo de costos eficiente, en lo relativo al valor de costo medio para un escenario de alta demanda, considerando que aún el escenario más optimista planteado en la modelación no se ubica a la par de las proyecciones internacionales, tal y como se explicó en capítulos anteriores, y fijar una senda de reducción para que al tercer año se alcance el nivel de costos calculado para LRIC puro, de manera que en ese momento todos los esquemas de topes regulados mayoristas reconozcan la evolución y adopción de servicios, dejando de lado esquemas basados en costos medios"*.

<sup>1273</sup> Consideraciones que fueron evaluadas por la CRC, tal como se puede consultar en el Documento de Respuesta a Comentarios que acompaña la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017. Disponible en [https://www.crcom.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/ran/170224\\_Documento\\_respuestas\\_Res\\_5107.pdf](https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/ran/170224_Documento_respuestas_Res_5107.pdf)

Es decir, la CRC indicó en el documento soporte de la Resolución CRC 4112 de 2013 todo lo contrario a lo que menciona el Perito: para el caso de Internet móvil se adoptó como punto de partida el resultado del modelo de costos eficiente, en lo relativo al valor de costo total de largo plazo para un escenario de alta demanda, considerando que aún el escenario más optimista planteado en la modelación no se ubicaba a la par de las proyecciones internacionales. Adicionalmente, se propuso una senda para llegar a LRIC puro para que todos los esquemas de topes regulados mayoristas reconocieran la evolución y adopción de servicios, dejando de lado esquemas basados en costos medios.

A partir de dicha interpretación incorrecta de lo dicho por la CRC, el Perito concluyó, también erróneamente que: *"Técnicamente, la situación que se presenta es que las expectativas de crecimiento del tráfico en datos y la adopción de la tecnología 4G, en línea con los planteamientos del documento de soporte de la resolución CRC 5107, están muy por encima de las proyecciones planteadas en el documento de soporte de la resolución CRC 4112 que datan del año 2012. En consecuencia, el cargo de acceso de RAN para entrantes de \$6.40 pesos no es representativo de la realidad existente, y aplicar ese cargo a COMCEL como parte de las medidas a aplicarse como resultado de la actuación administrativa, poner (sic) a COMCEL en una situación de marcada desventaja"*.

La realidad, contrario a lo indicado por el Perito, es que el modelo de costos de la CRC, aplicado para la determinación del costo de RAN según los análisis y documentos publicados en el año 2016, considera una actualización tanto de los elementos de red incluidos en el mismo como del mercado, lo cual incluye, por supuesto, los datos de tráfico. Así lo indicó la CRC en el Documento Respuestas a Comentarios - Revisión y Actualización de Condiciones para el Roaming Automático Nacional<sup>1274</sup>:

*"Es importante anotar que el modelo de costos utilizado por la CRC en 2013, correspondía a la herramienta del modelo de costos de redes en su componente de redes móviles, que fue actualizada en el año 2012 por la firma Dantzig Consultores Ltda, en la cual para las redes móviles se consideraba una red de acceso de segunda generación GSM, combinada con una de tercera generación UMTS, y en el núcleo un esquema de transmisión MPLS con conmutación distribuida con MGW y MSCS. En ese momento, no se contaba con información particular de RAN en cuanto a tráfico que permitiera considerarlo como parte integral del diseño de la red visitada, ni se modeló la red 4G.*

*Por su parte, en el modelo de costos denominado "Empresa eficiente móvil 2016", desarrollado por Dantzig Consultores, se renovó la información del mercado y se incorporaron los avances tecnológicos a la modelación, con lo cual se incorpora por primera vez en los modelos de costos realizados por la CRC una red 4G completamente funcional, que incluye elementos de red tales como e-NodeB, MME (Mobility Management Entity), SG (Serving Gateway), DTM (Data Traffic Manager), y un Core IMS completamente funcional que incorpora elementos como el Call Server, TAS (Telephone Application Server) y SBC (Session Border Controller).*

*Es así como no resulta comparable la intervención regulatoria llevada a cabo por la Comisión en 2013, con ocasión de la expedición de la Resolución CRC 4112 de 2013 y la que adelanta la CRC en la actualidad teniendo en cuenta no solo las diferencias en cuanto a la modelación de una red 4G, sino también en la situación del mercado en cada momento particular"*.

Ahora bien, sobre la afirmación que realiza Juan Carlos Calderón, según la cual no hay garantía de infraestructura suficiente condicionada a la regla de remuneración que plantea la CRC, si bien el Perito en alusión a las obligaciones de adecuación de red contenidas en el artículo 5 de la Resolución CRC 4112 dice que: *"no se puede asegurar una infraestructura suficiente condicionada a sus costos de oportunidad de acceso con los valores de cargo de RAN"*, lo cierto es que los argumentos que expone no proporcionan evidencias que demuestren que tal afirmación corresponde a la realidad. Lo mismo sucede en cuanto a las: *"implicaciones en la degradación de la calidad de servicio de la red, en la afectación de los servicios prestados, y en la factibilidad técnica tanto del uso eficiente de la infraestructura existente como del despliegue de nueva infraestructura para atender las necesidades de los PRO"* referidas en el experticio allegado, pues hasta este punto de la discusión, las mismas no se han probado, y tampoco se aportó información relevante en la diligencia del 19 de octubre de 2017, según se puede comprobar en la grabación de la misma, así como en los puntos que se abordarán a continuación.

<sup>1274</sup> Disponible en:

[https://www.crcm.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/ran/170224\\_Documento\\_respuestas\\_Res\\_5107.pdf](https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/ran/170224_Documento_respuestas_Res_5107.pdf)

Frente a los estímulos para la inversión en infraestructura, el Perito afirma en su documento que: *"En el largo plazo, ya sea en voz o datos, unos cargos de RAN tan bajos para los PRST y por debajo de costos para COMCEL, como producto de la medida, van a incentivar a los proveedores a seguir pagando un bajo cargo por RAN en lugar de invertir en infraestructura, contribuyendo a perpetuar la condición de desventaja de COMCEL"*. Sin embargo, como ya se explicó, el Perito no aportó ninguna demostración que pruebe que los cargos de acceso al RAN estén por debajo de los costos de **COMCEL**, sino que se limitó a repetir lo que **COMCEL** le dijo. Por otra parte, el Perito opina que como producto de la medida se generaría un incentivo para que los proveedores sigan pagando un cargo de RAN que a él le parece bajo y que por tanto no van a invertir en infraestructura propia, sin aportar ninguna evidencia de acuerdo con la cual la aplicación de metodologías LRIC haya desincentivado la inversión en alguna parte del mundo, ni tampoco explicar por qué el cargo propuesto le parece bajo.

Luego el Perito añade: *"Si el propósito es promover la competencia estimulando estrategias basadas en despliegue de red, la probabilidad de lograrse es muy baja porque aquellos que tienen tecnología 4G tendrán muy pocos incentivos en ampliar su cobertura en la medida en que voz y datos serían servicios disponibles con las redes de 3G y 4G de COMCEL (...)"*. Al respecto, el argumento expuesto por el Perito en relación con el uso de redes 3G para prestar servicios de datos en RAN como posible desincentivo para la ampliación de la cobertura de las redes de datos en tecnología 4G, carece de solidez técnica porque las redes 4G tienen un atributo clave para los usuarios que las hace superiores a las redes 3G: la velocidad promedio de carga y descarga de datos para el acceso mediante Internet móvil, lo que genera una ventaja competitiva en el mercado para los operadores que despliegan redes 4G respecto de proveedores que soporten su operación en redes 3G. Por tanto, no es razonable esperar que un operador desestime sus inversiones en redes 4G para prestar servicios de datos, porque tiene acceso a una red 3G en RAN.

Vale la pena citar la respuesta dada por el Perito en la diligencia del 19 de octubre de 2017, a una pregunta realizada por el apoderado de **COMCEL**: *"En relación con la medida mayorista (...) se propone eliminar la restricción de que aplique la tarifa regulada solo donde el operador solicitante no tenga cobertura, le preguntaría y ¿ese escenario promueve la inversión y la diversidad de redes y promueve alternativas distintas para que los usuarios utilicen distintas redes (...)?"*:

*"No, ahí hay una cantidad de problemas que se derivan de eso. Básicamente en algún momento del tiempo yo les dije hay dos escenarios que se presentan pero no les conté cuál era el segundo escenario, uno era donde el problema de ejercer presión sobre la red se iba a ver influenciado o se iba a ver directamente afectado el tema de la... el tema del acceso en la parte de lo que es el uso del espectro, el otro, el otro extremo de la situación es en el cual básicamente los operadores solicitan el roaming automático nacional porque la medida como está planteada de alguna u otra manera les resulta conveniente pero solo la usan de una manera mínima, entonces quedó creado el vínculo... quedó creado el vínculo con el operador pero esa... esa utilización es mínima y sólo se llega a utilizar en casos eventuales en los cuales por alguna circunstancia este operador por la razón que sea o tiene un problema en calidad o se le cayó una radio base entonces básicamente quien termina atendiendo es el otro, y asumiendo los problemas de calidad y los problemas de todo, entonces eliminar por ejemplo la parte de, de esos dos artículos específicos, de lo que yo pude analizar ahí es que el impacto que en eso tiene es que... básicamente los operadores pueden empezar a jugar en decir bueno, yo pido, en esto acá no lo uso lo uso muy poco pero en el momento que yo tengo un problema de calidad voy y se lo boto, porque yo sé que él tiene que asumir el cumplimiento de una calidad básica, mínima por efectos del acuerdo de roaming automático nacional, en cambio sí se maneja como se estaba manejando el esquema de la 5107 donde se hace un planteamiento, en donde dice bueno si usted ya tiene infraestructura y presencia hasta cierto punto pues, si es mínima, pues si usted tiene menos de eso pues si se le da la calidad del beneficio de que pueda aprovechar la red del otro porque no tiene infraestructura y económicamente no es viable, pero si usted ya tiene infraestructura recargar la mano por ejemplo en un lugar como Bogotá me parece peligroso, me parece peligroso que un operador entre a decir... bueno me voy a recargar ahora en Comcel y resulta que entonces todos los usuarios usen en un lugar en donde la calidad de servicio está muy crítica por efectos del manejo del espectro y entonces quien tiene que terminar asumiendo los problemas de calidad de servicio básicamente termina siendo Comcel y no el operador original esos son problemas que pueden surgir alrededor de eso"*.

Este segundo escenario que plantea el Perito, donde presenta un caso posible en que el PRO no usa el RAN o lo usa muy poco, excepto para resolver contingencias en su propia red y que esta situación puede generar problemas de calidad del servicio en la red de **COMCEL**, es un escenario hipotético que el Perito en ningún momento prueba desde el punto de vista técnico, como se verá más adelante en la sección 8.2.3.1.4. De igual manera, tal como se ha venido exponiendo

en el presente acápite, las afirmaciones del Perito acerca de la afectación de la inversión en redes como consecuencia de la medida particular que involucra las sendas de precios en RAN, propuesta en el documento soporte que acompaña la Resolución CRC 5110 de 2017, no están sustentadas en cálculos técnicos, financieros o económicos que permitan establecer una causalidad contundente, así como tampoco se encuentra en el peritaje citación alguna de teoría robusta que evidencie una relación negativa entre la adopción de la metodología de costos LRIC puro y la inversión en infraestructura.

Así mismo, es necesario aclarar que la medida propuesta por la CRC tiene como fin último promover la competencia y el uso eficiente de infraestructura, para generar presiones competitivas sobre el operador con posición dominante que contribuyan a la superación o mitigación del poder de mercado del operador. Dicho lo anterior, tres consideraciones deben ponerse de presente al analizar el supuesto desincentivo a la inversión al que se refiere el Perito: i) los cargos de RAN adoptados mediante Resolución CRC 5107 de 2017, son fruto de la elaboración de un modelo de costos denominado "Empresa Eficiente Móvil 2016" que garantiza que se recuperen los costos en los que incurre una empresa eficiente para proveer el servicio de RAN, tal como lo ordena la Ley 1341 de 2009, es decir que se fijen tarifas con base en costos eficientes, ii) los costos en que incurre **COMCEL** para proveer el acceso de RAN, no son costos exclusivos de esta instalación esencial sino comunes a varios servicios, lo cual implica que la tarifa de RAN no está llamada a permitir la recuperación que todos los costos de **COMCEL**, sino aquellos en los que incurre para proveer el servicio de RAN, y ello solamente en la proporción que, de todos los costos, le corresponda a este servicio, y iii) no se aporta evidencia de cómo la aplicación de metodologías de costeo LRIC puro hayan desincentivado la inversión en algún lugar del mundo, y se realizan predicciones sin sustento respecto del desincentivo a la inversión.

Ahora bien, no debe perderse de vista que la medida de reducción acelerada del acceso a la instalación esencial de RAN para servicios de voz, en donde **COMCEL** debe ofrecer a sus competidores una tarifa estimada con la metodología LRIC Puro, tiene en consideración que las generaciones tecnológicas sobre las cuales se prestan los servicios de voz corresponden a la segunda (2G) y tercera (3G), redes cuya inversión ya se ha recuperado y requieren de gastos de operación y eventualmente de inversiones marginales en tecnología 3G, por tanto el argumento de desincentivo a la inversión que plantea el Perito se desdibuja.

Por otro lado, esta Comisión planteó una senda creciente de remuneración para la instalación esencial de RAN de datos, con el objetivo de mantener la disyuntiva entre inversión en infraestructura o la remuneración de un valor creciente por el alquiler de la infraestructura en una industria con precios deflacionarios, para mantener incentivos a la inversión. De acuerdo con lo anterior, la medida regulatoria propuesta no se aleja ni cambia la motivación de la regulación de carácter general de RAN, y sobre la cual en el documento de respuestas a comentarios<sup>1275</sup> que acompañó la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017 se indicó lo siguiente:

*"Teniendo en cuenta la tendencia a la "comoditización" que empieza a presentar el servicio de voz, y adicionalmente el nivel de los valores cobrados por minuto de RAN entre establecidos, los cuales superan ampliamente el costo medio estimado en el modelo de costos; la CRC considera que con el fin de mitigar el impacto financiero que se podría generar por la reducción acelerada del valor de remuneración del RAN para servicios de voz entre establecidos, se estima necesario reducir gradualmente el mencionado valor, en un plazo de seis años con el fin de llegar al valor objetivo que arroja el modelo de costos LRIC puro con el que cuenta la CRC. Sin perjuicio de las medidas necesarias a adoptarse según la posición de uno o varios agentes en el mercado.*

(...)

*Por otra parte, si bien la CRC coincide con COMCEL en que la cobertura de las redes 2G, 3G y 4G muestra que COMCEL es el operador con mayor despliegue de infraestructura a nivel nacional, no considera que con el esquema propuesto los PRST preferirán utilizar la red existente, bajo el esquema de tarifa regulada en lugar de desplegar su propia red. Dado que, si bien se plantea una senda decreciente de precios de RAN para el servicio de voz, lo anterior ocurre en transcurso de un proceso de "comoditización" que hace que la competencia en el mercado en el mediano plazo deje de girar en torno a él. En consecuencia, esta Comisión ha considerado conveniente establecer una senda decreciente en precios, que inicie en el costo medio, y refleje una disminución en el valor hasta llegar al costo marginal en un plazo de seis años que refleje los costos que se imputan los operadores al momento de diseñar sus ofertas comerciales. Sin perjuicio de las medidas necesarias a adoptarse según la posición de uno o varios agentes en el mercado.*

<sup>1275</sup> Disponible para consulta en <<https://www.crc.com.gov.co/es/pagina/instalacion-esencial-ran>>

*Ahora bien, la anterior situación no se repite para el servicio de Internet móvil en el cual, de la información recopilada por la CRC para elaborar el modelo de costos eficientes de redes móviles, se encontraron dos elementos importantes que hacen necesario que la remuneración de RAN entre establecidos se ubique en el costo medio. Dichos elementos corresponden a: i) la diferencia del despliegue de tecnología 4G, que se limita en gran medida a los centros urbanos principales, y ii) la baja tasa de adopción que ha tenido la tecnología 4G en Colombia en comparación con la actual adopción de tecnologías anteriores.*

*En tal sentido, y en razón a que el costo medio remunera las mencionadas inversiones a niveles de economías de escala bajos, es que se considera pertinente que entre operadores incumbentes el cargo de RAN se fije con la metodología de costos medios. Sin perjuicio de las medidas necesarias a adoptarse según la posición de uno o varios agentes en el mercado. Para el caso de operadores entrantes, y como instrumento de promoción de la competencia y de reducción de barreras de entrada, la Comisión ha establecido el cargo de RAN de acuerdo con la metodología de costos incrementales.*

(...)

*Ahora bien, en relación con el argumento de AVANTEL según el cual los valores de RAN y cargos de interconexión deben decrecer en el tiempo, esta Comisión considera que si bien una característica importante de los servicios de comunicaciones es la tendencia decreciente en precios, explicada en gran medida por las economías a escala que alcanzan los operadores ante aumentos en la base de usuarios, tráfico y cobertura, esta situación solo puede ser analizada una vez se actualiza el modelo de costos empleado para el cálculo de las mencionadas tarifas reguladas. Es así como se hace relevante que durante el periodo en que se toman valores regulados obtenidos de modelos de costos para años anteriores, estos sean valores nominales dependiendo del momento en que sean considerados, es decir valores a precios corrientes.”*

De lo anterior puede verse que la Comisión, en el documento de respuestas a comentarios que acompañó la Resolución CRC 5107 de 2017, diferenció los casos de los servicios de voz e Internet móvil, considerando el fenómeno de “comoditización” que afecta al primero para el cual se estableció una senda decreciente en los valores cobrados por minuto de RAN hasta alcanzar el valor objetivo que arroja el modelo de LRIC puro, mientras que para el segundo reconoce una situación diferente en el mercado por las condiciones de despliegue de las redes 4G y la tasa de adopción del servicio mediante metodología de costos medios, pero indicando en ambos casos que tales condiciones de remuneración fueron expedidas sin perjuicio de las medidas necesarias a adoptarse según la posición de los agentes en el mercado. Debe indicarse que, como se mostrará más adelante, la Comisión hizo una nueva revisión de las condiciones del despliegue de las redes 4G como criterio a tener en cuenta en la evaluación de la pertinencia de la adopción de las medidas de Roaming Automático Nacional incluidas en la Resolución CRC 5110 de 2017.

Por otro lado, en cuanto al argumento de la pérdida de condición de facilidad esencial cuando un PRO cuenta con infraestructura en un área geográfica, debe decirse que la presente actuación administrativa no tiene por objeto discutir si el acceso a RAN es una instalación esencial o no, o en qué condiciones lo es o deja de ser, puesto que es un asunto que se ha tratado en la Resolución CRC 4112 de 2013, modificada por las Resoluciones CRC 4660 de 2014, 5107 de 2017 y 5827 de 2019, todas de carácter general y abstracto. Por otra parte, contrario a lo que el Perito señala, las instalaciones esenciales no están sujetas a condición, y en ese sentido, no se contempla que puedan perder su carácter de esencialidad con la simple afirmación de que dejen de serlo, teniendo en cambio que probarse que puedan ser replicables en lo técnico o en lo económico para tal efecto.

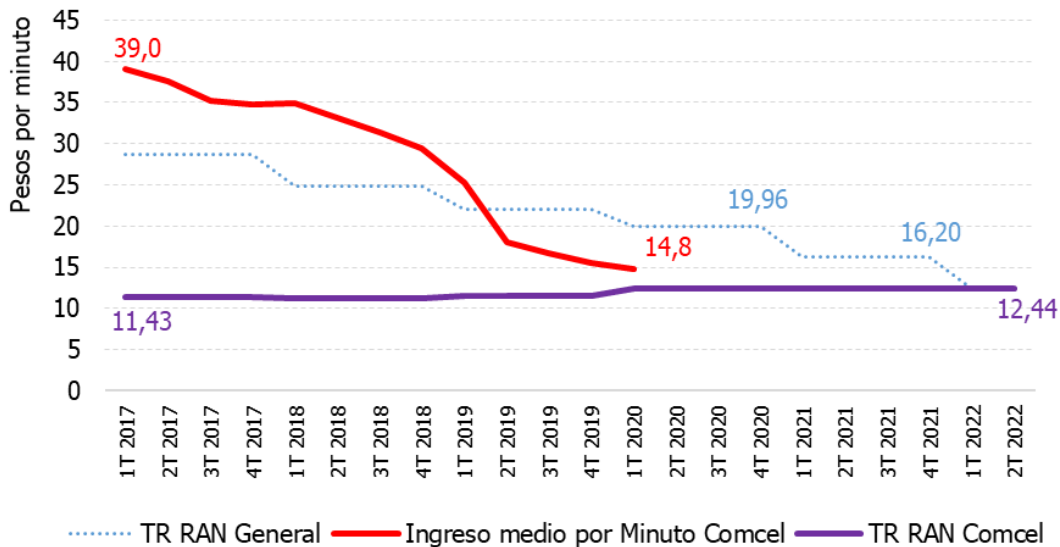
En relación con los costos en los que debe incurrir el operador para poner a disposición de los demás agentes el Roaming Automático Nacional, y que los mismos no se encuentran contemplados dentro de los valores a los que hace referencia la Resolución CRC 5110 de 2017 y su documento soporte, es importante tener en cuenta que dicha resolución no modifica en manera alguna la obligación de prestar a los demás operadores dicha instalación, ni las condiciones técnicas en las que se debe prestar, por lo que evidentemente son situaciones que ya se encuentran contempladas en la normatividad general y los valores de las resoluciones de carácter general, hecho que parece desconocer el Perito.

Con todo lo anterior, se ratifica que, desde el punto de vista de costos, las medidas mayoristas planteadas por la CRC cuentan con el sustento necesario, y en tal sentido, los argumentos presentados por **COMCEL** no tienen el soporte suficiente para desvirtuar su aplicación.

Ahora bien, un elemento que debe ser valorado para el establecimiento de estas medidas mayoristas es su oportunidad en la implementación, pues en el caso del RAN para voz móvil el diferencial de precio depende del valor vigente de la senda establecida en el numeral 4.7.4.1.1 del artículo 4.7.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, en la cual se prevé que a partir del primer día de enero de 2022 el valor de remuneración de RAN no debe ser superior al equivalente del costo incremental LRIC puro, costo que por cierto corresponde al mismo valor que se previo debe ofrecer **COMCEL** a los demás operadores de red por concepto del acceso de RAN para voz móvil.

Adicionalmente, los precios minoristas de los servicios de voz y datos, monitoreados a través de la variable proxy de ingreso promedio por unidad de consumo, han registrado un comportamiento decreciente acelerado luego de 2017, lo que indica que los valores de RAN que se plantearon al inicio de la presente actuación administrativa, pueden ser superiores a los costos marginales de un proveedor como **COMCEL**, lo que indica que la medida no atenúa la ventaja competitiva en costos que tiene el proveedor con las mayores economías de escala y alcance en el mercado de "Servicios Móviles". En las Gráficas 89 y 90 se comparan los valores previstos en la medida mayorista formulada por la Resolución CRC 5110 de 2017 frente al ingreso medio por minuto y al ingreso promedio por megabyte registrado por **COMCEL** entre el primer trimestre de 2017 y el primer trimestre de 2020., así como también frente a los precios de RAN establecidos en la regulación general.

**Gráfica 89. Ingreso promedio por minuto vs Tarifa propuesta RAN para Voz**



Fuente: Elaboración propia, datos Sistema Colombia TIC

Las cifras presentadas en la Gráfica 89, indican que, entre el primer trimestre de 2017 y el primer trimestre de 2021, el ingreso promedio por minuto de **COMCEL** presentó una disminución del 62%, lo que determinó que el margen de este precio, frente al valor tope que se previó debe ofrecer **COMCEL** en el acceso de RAN para voz móvil, se redujo del 71% al 16%, es decir que, el impacto de la medida mayorista de RAN para voz, en términos del margen que ofrece respecto de la tarifa minorista, ahora solo es la cuarta parte de los planeado en 2017 y tiende a disminuir en razón a la tendencia decreciente del precio minorista.

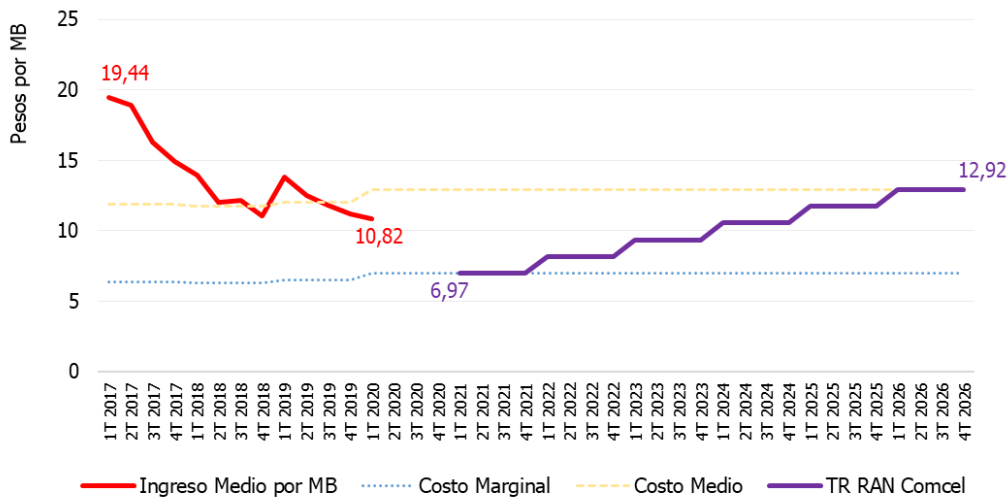
La diferencia de la tarifa a aplicar por parte de **COMCEL** respecto de la tarifa de RAN general (aplicable para incumbentes) en principio solo sería efectiva durante un año y su magnitud es aproximadamente de \$3,76 (23% del valor vigente de la Senda en 2020), cifra inferior a los \$17,24 de diferencia que se plantearon al inicio de la actuación y que equivalían en su momento al 60% del valor de la senda en 2017. Esto indica que ahora es menor el diferencial entre el precio que tendría que ofrecer **COMCEL**, por la provisión del RAN de voz móvil, y el valor regulado para ese mismo servicio mayorista y que tal diferencial desaparecerá a partir de enero de 2022.

Adicionalmente, tal como explicó de manera previa en la presente sección, el proxy de la tarifa minorista del servicio de telefonía móvil de **COMCEL** registrado en el primer trimestre de 2020, equivalente a \$14.8 por minuto, permite inferir que el costo marginal de este operador se ubicó en el rango entre \$5.2 y \$5.7 por minuto, valores inferiores al valor tope de RAN para el servicio



de voz (\$12.4 por minuto) que se previó debería ofrecer **COMCEL** a los demás operadores móviles de red. Esto indica que la ventaja en costos que tiene **COMCEL**, en razón a sus economías de escala y alcance, en las actuales condiciones del mercado ahora no sería atenuada por la medida mayorista.

**Gráfica 90. Ingreso promedio por megabyte vs Tarifa propuesta RAN para Datos**



Fuente: Elaboración propia, datos Sistema Colombia TIC

Por su parte las cifras que se presentan en la Gráfica 90, muestran que si bien el ingreso promedio por megabyte presentó un comportamiento creciente entre el cuarto trimestre de 2018 y el primer trimestre de 2019, este registró una reducción del 44% entre valor del primer trimestre de 2017 y el valor del primer trimestre de 2020, lo que determina que el margen que otorga este precio, respecto de los valores máximos que se plantearon al comienzo de la actuación administrativa debía ofrecer **COMCEL** para proveer acceso RAN para el servicio de datos móviles, se redujo del 67% al 36% (en lo que corresponde al primer año de aplicación). Esto indica que, el impacto de la medida mayorista de RAN para datos, en términos del margen que ofrece respecto de la tarifa minorista, ahora es la mitad de lo planeado en 2017, y se observa, por la tendencia de la senda creciente de la tarifa mayorista propuesta y la tendencia decreciente del ingreso promedio por megabyte, que tal margen tiende a desaparecer en el corto plazo.

Lo anterior indica que no es factible que el impacto que se previó que tendrían las medidas mayoristas planteadas al inicio de la presente actuación administrativa, se materialice con la implementación de estas luego del primer trimestre de 2020. Por tanto, por ahora no se considera pertinente imponer tales medidas al operador **COMCEL** en los términos que fueron inicialmente señalados en la Resolución 5110 de 2017.

Lo anterior también señala la necesidad de profundizar dentro de la actividad de monitoreo de mercados el análisis del comportamiento del proveedor **COMCEL** en cada uno de ellos.

**8.2.3.1.2. Cobertura**

En respuesta al inicio de la presente actuación administrativa, **COMCEL** afirma que la propuesta de eliminación de tarifa regulada donde se cuente con cobertura crearía graves distorsiones en el mercado y desincentivaría la inversión de todos los operadores. Manifiesta que el RAN es una instalación esencial entre redes móviles siempre y cuando la replicabilidad o sustituibilidad no sea factible en lo económico o en lo técnico, por lo que al eliminarse los parágrafos de los artículos 6 y 7 de la Resolución CRC 5107 de 2017 referentes a las restricciones de cobertura, la Comisión *"está violando el principio de sustituibilidad técnica de la instalación esencial de RAN, al pretender remover la limitación de regulación de tarifas de RAN para zonas con cobertura por parte de los operadores solicitantes"*.

Por su parte, en el escrito de alegatos de conclusión **COMCEL** recuerda que la Resolución CRC 5107 de 2017 establece condiciones de restricción geográfica para acceder al RAN con tarifa

regulada, y cita algunos considerandos de la resolución, así como los apartes de esta en donde se limita la tarifa regulada de RAN a las zonas en que el solicitante no tuviese cobertura. Afirma que sin justificación alguna y mediante un pie de página, la CRC eliminó esta condición (ausencia de cobertura del solicitante para poder usar el RAN con tarifa regulada) extendiendo solamente para **COMCEL** la obligación de otorgar el RAN con tarifa regulada en todo el territorio nacional y sin ninguna restricción geográfica, y reitera que con la eliminación de los parágrafos de los artículos 6 y 7 de la citada Resolución 5107 referentes a las restricciones de cobertura, la Comisión está violando el principio de sustituibilidad técnica de la instalación esencial de RAN, al pretender remover la limitación de regulación de tarifas de RAN para zonas con cobertura por parte de los operadores solicitantes, por lo que este servicio no es una instalación esencial en dichas zonas.

Agrega que esta medida tendrá un efecto devastador en la competencia entre operadores, pues desalentará la inversión en infraestructura por parte, tanto de **COMCEL** que deberá ofrecer a todos sus competidores en todo el territorio nacional esta facilidad a tarifa regulada, como de los demás concurrentes que dejarán de invertir al poder utilizar con tarifa regulada la red de **COMCEL**. En ese sentido, el escrito de **COMCEL** estima necesario que la CRC, con la información entregada por el Ministerio de TIC sobre la cobertura de los operadores, revise las condiciones actuales de despliegue de infraestructura, que le permita evidenciar el fuerte despliegue que ha realizado **COMCEL** frente a sus competidores reflejando así los compromisos de inversión de los operadores en el mercado colombiano.

#### **Consideraciones de la CRC:**

En primer lugar, en las consideraciones presentadas por la CRC en la subsección anterior, se presentaron argumentos que permiten evidenciar desde el punto de vista de costos, que las medidas mayoristas planteadas por la CRC cuentan con el sustento necesario.

Sobre los argumentos de **COMCEL**, debe decirse una vez más que la presente actuación administrativa no tiene por objeto discutir si el acceso a RAN es una instalación esencial o no, y en qué condiciones, por ser asunto que se ha tratado en la Resolución CRC 4112 de 2013, modificada por las resoluciones 4660 de 2014, 5107 de 2017 y 5827 de 2019, todas de carácter general y abstracto. Debe indicarse además que a partir de los análisis adelantados en desarrollo de la actuación administrativa que nos ocupa, esta Comisión efectivamente verificó la relación entre las condiciones de cobertura por tipo de tecnología y las economías de escala de cada operador y al respecto concluyó que: *"[I]a diferencia manifiesta de cobertura entre operadores tiene a su vez un impacto en la diferencia de costos que enfrenta cada uno de los operadores por competir en el mercado. En la medida en la que COMCEL ya cuenta con cobertura nacional en redes 2G y 3G, los recursos que debe invertir por concepto de cobertura son reducidos. De igual forma, al haber asumido estos costos fijos, los costos variables son bajos y en ese sentido le queda diseñar ofertas comerciales que le permitan maximizar el uso la infraestructura desplegada (...)"*. Se ha considerado entonces, por parte de la Comisión, la evidencia según la cual las ventajas competitivas a nivel de costos con las que cuenta **COMCEL** en relación con su tamaño y posición, hacían necesario acelerar la aplicación del cargo de RAN estimado a costos incrementales, es decir, que se le aplique antes el cargo de RAN estimado mediante la metodología de costos de LRIC puro, con el propósito de permitir que los demás operadores, tanto establecidos como entrantes, puedan ofrecer tarifas de voz similares o incluso inferiores a **COMCEL** a lo largo del tiempo y no solo en el corto plazo, sin afectar un margen de utilidad razonable.

También debe indicarse que no es objeto de esta actuación analizar el despliegue de cobertura que hayan realizado **COMCEL** y los demás operadores para verificar los *"compromisos de inversión de los operadores en el mercado colombiano"*. El RAN es una instalación esencial a la cual **COMCEL** (así como los demás proveedores móviles de red) está obligado a dar acceso según la regulación general, la cual también estableció una regla a partir de la cual el acceso a RAN en ciertas áreas geográficas se sujeta a precios regulados, lo que es muy distinto a señalar que en esas áreas el PRO no tiene derecho de acceso a RAN, o que en esas áreas la definición de instalaciones esenciales no resulta aplicable. De esta forma, el objeto de esta actuación es una vez probada su dominancia en el mercado en estudio, definir si se le aplican o no a **COMCEL** reglas diferenciadas y en qué condiciones.

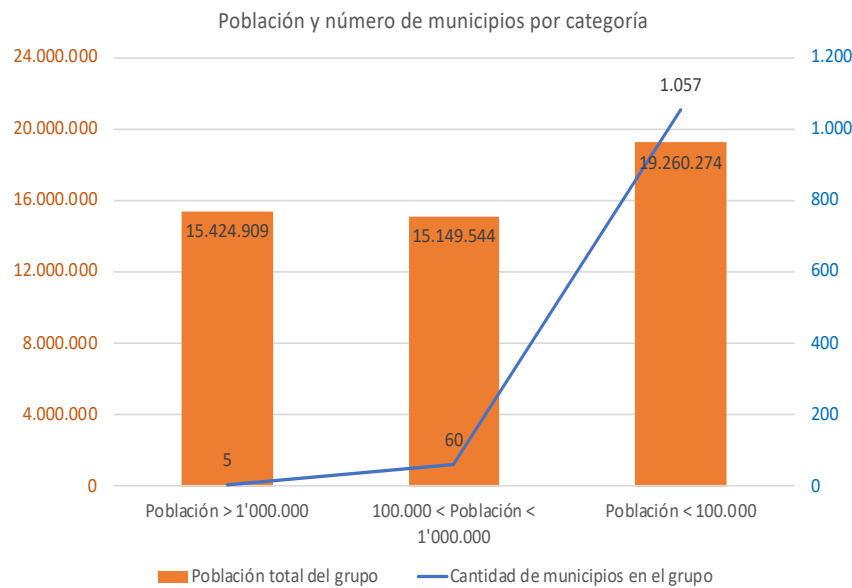
Por tal razón, si bien la CRC analizó en el marco de la presente actuación administrativa, a solicitud de **COMCEL**, la capacidad de su red en diferentes ámbitos del territorio nacional y empleó la información solicitada como prueba, incluyendo la anchura de banda del espectro radioeléctrico

de **COMCEL** y el tráfico cursado por celda en redes 2G, 3G y 4G, las razones que dan sustento a la definición adoptada respecto de los sitios donde aplican las medidas de reglas mayoristas de precios de RAN basados en LRIC puro para **COMCEL** se basan en la identificación de dónde resulta idónea la medida propuesta para promover la competencia y a la vez generar incentivos a la inversión, como se mostrará a continuación.

En el documento soporte de la intervención de carácter particular en el mercado “Servicios Móviles”, la Comisión realizó un análisis del despliegue de infraestructura medido como la cantidad de sitios y sectores de estación base por tecnología de los cuatro (4) operadores móviles más representativos en el país, y pudo constatar las diferencias entre **COMCEL** y sus competidores. Particularmente, en aquella oportunidad, se encontró que la diferencia entre **COMCEL** y el segundo operador con mayor número de sectores por tecnología es del 150% para la tecnología 2G, del 157% para el caso de la tecnología 3G y del 38% para la tecnología 4G. De estos simples hechos se concluyó que existe una considerable asimetría de cobertura entre **COMCEL** y sus competidores, la cual, para ese momento, era superior al 100% en el caso de las redes 2G y 3G<sup>1276</sup>.

Por otra parte, se utilizó la información obtenida de las respuestas dadas por **COMCEL** a los autos de prueba del 7 de julio de 2017 y del 18 de octubre 2018, para establecer cuál es su despliegue de red por tecnología y tipo de municipio. Para ello, primero se clasificaron los municipios de Colombia en tres categorías: con menos de 100.000 habitantes, entre 100.000 y 1.000.000 de habitantes, y con más de 1.000.000 de habitantes<sup>1277</sup>. Se utilizaron estos criterios de distribución de población para los análisis que se presentan a continuación, resaltando que se obtienen rangos de población relativamente equilibrados entre los tres grupos definidos, como se muestra en la Gráfica 91, en la cual se cuentan 5 municipios en el rango de más de un millón de habitantes, 60 entre cien mil y un millón de habitantes y 1.057 con menos de cien mil habitantes.

**Gráfica 91. Población en Colombia y número de municipios por categoría**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información del DANE

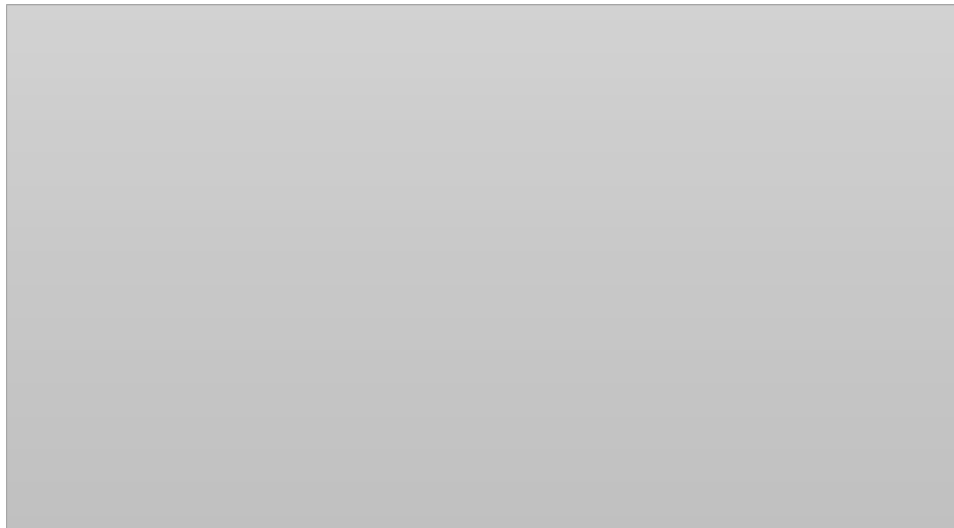
En cuanto al despliegue de red, a julio de 2017, **COMCEL** tenía 64,429 sectores de estación base en 3G, 29,853 sectores de estación base en 2G y 8,465 sectores de estación base en 4G. A su vez, para septiembre de 2018, **COMCEL** tenía desplegados 74,478 sectores de estación base en 3G, 29,488 sectores de estación base en 2G y 13,902 sectores de estación base en 4G. En términos porcentuales, los sectores 2G disminuyeron un 1.22%, mientras que los sectores 3G aumentaron un 15.6% y los sectores 4G un 64.2%. Esto evidencia que **COMCEL** realiza mejoras incrementales en la red 3G y aumenta rápidamente la cobertura de su red 4G.

<sup>1276</sup> Se aclara que al final del segundo trimestre de 2020 la cantidad de sectores con tecnología 4G de COMCEL es 3.5 veces superior a la registrada por el segundo operador (ver sección 8.1.3)

<sup>1277</sup> Se utilizó la información de proyección de población oficial del DANE con base en el Censo de 2005, advirtiendo que al momento de elaborar esta Resolución todavía no se encontraban publicados los resultados oficiales del Censo poblacional de 2018.

Por otra parte, existen diferencias en la estrategia del despliegue de infraestructura entre las diferentes tipologías de ciudades analizadas: si bien en términos porcentuales los sectores 3G son mayoritarios (>60%) en todas las categorías de población definidas, hay mayor presencia de infraestructura 4G en las grandes ciudades que en el resto del país. En cuanto a la dinámica de crecimiento, para septiembre del 2018 los sectores 4G incrementaron su participación comparados con julio del 2017 y alcanzaron a representar el 15.2% del total de sectores en las poblaciones mayores de 1.000.000 de habitantes, el 12.6% en las poblaciones entre 100.000 y 1.000.000 de habitantes, pero apenas el 7.2% en las de menos de 100.000 habitantes.

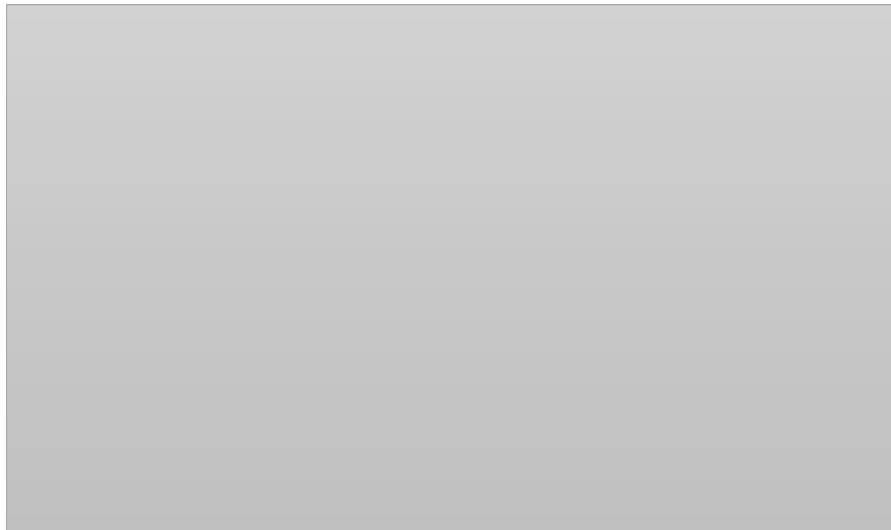
**Gráfica 92. Despliegue de red de COMCEL a julio de 2017 (arriba) y septiembre de 2018 (abajo). Número de sectores de estación base por tecnología**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de **COMCEL** para su red 2G, 3G y 4G – julio de 2017 y septiembre de 2018

En el caso de las poblaciones con menos de 100.000 habitantes, el número de sectores por tecnología, en julio de 2017 era de 11.168 de 2G, 21.318 de 3G y 1.326 de 4G, y pasó a ser en septiembre de 2018 de 11.213 de 2G, 24.939 de 3G y 2.819 de 4G, lo que representa un crecimiento porcentual del número de sectores de 0.4%, 17% y 112.6% respectivamente. Notándose así un mayor crecimiento en 4G respecto de las otras tipologías de ciudades, pero manteniendo todavía una participación mucho menor para 4G (inferior al 10%) cuando se compara con el resto de las tecnologías, situación que podría parcialmente ser atribuida a las diferencias de propagación en la banda de 2500 MHz respecto de otras bandas IMT.

**Gráfica 93. Despliegue de red de COMCEL a julio de 2017 (arriba) y septiembre de 2018 (abajo). Porcentaje de sectores de estación base por tecnología**

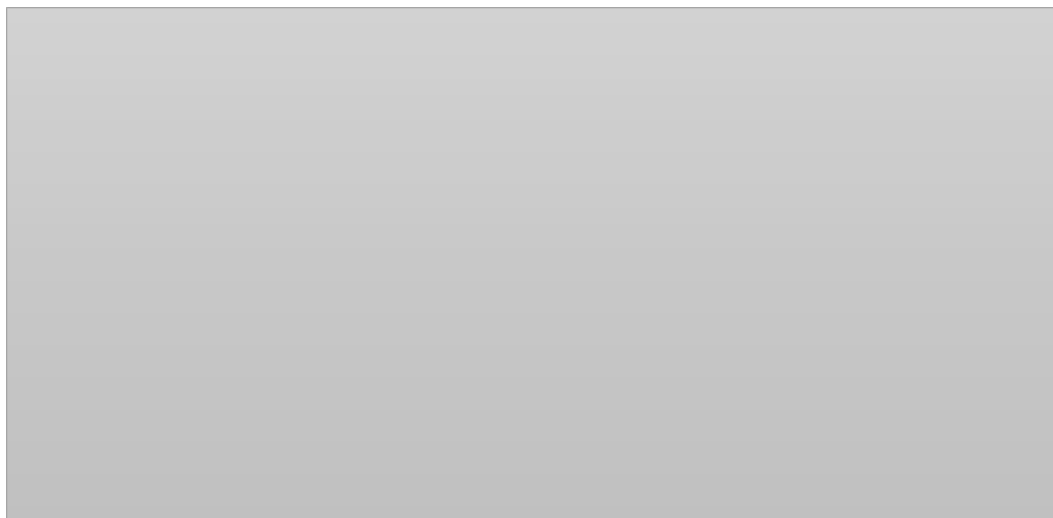
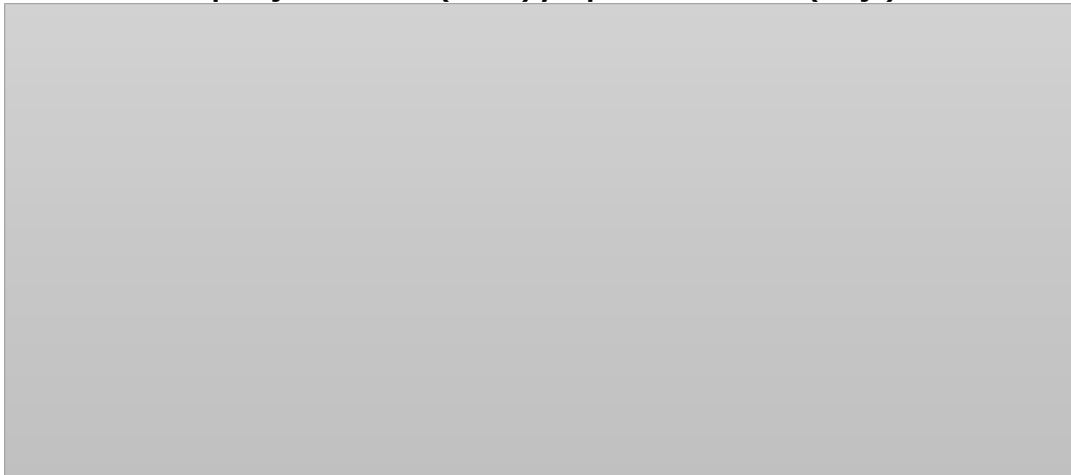


**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de **COMCEL** para su red 2G, 3G y 4G – julio de 2017 y septiembre de 2018

En cuanto a la estrategia del despliegue de la red de **COMCEL** en términos de número de sitios y número promedio de sectores por sitio, se observa que para julio de 2017 la tecnología 3G tenía el mayor número de sitios desplegados (█) y el mayor número promedio de sectores por sitio (█), mientras que la tecnología 4G tenía un menor número de sitios (█) así como un menor promedio de sectores por sitio (█). Para septiembre de 2018 la tecnología 3G seguía teniendo el mayor número de sitios desplegados (█) y el mayor número promedio de sectores por sitio (█), mientras que la tecnología 4G continuaba con un menor número de sitios (█) así como un menor promedio de sectores por sitio (█).

De estos análisis de capacidad de red, se concluye que la estrategia del despliegue de red de **COMCEL** en el caso de 3G ha estado orientada a lograr ciertas mejoras en su cobertura, lo cual se evidencia por el aumento de un 7.9% en el número de sitios desplegados que tienen tecnología 3G, así como en mejoras de un 7.3% en su capacidad medida en términos de número promedio de sectores por sitio. En el caso de la red 4G, la estrategia muestra un mayor énfasis en el crecimiento de la cobertura por el aumento de un 47.8% en el número de sitios desplegados que tienen esta tecnología, con mejoras incrementales en la capacidad de un 12.4% en términos de número promedio de sectores por sitio.

**Gráfica 94. Despliegue de red de COMCEL. Número de sitios y promedio de sectores por sitio para julio de 2017 (arriba) y septiembre de 2018 (abajo)**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de **COMCEL** para su red 2G, 3G y 4G – julio de 2017.

Se observa entonces que: (i) el despliegue de las redes 2G está completamente finalizado e incluso comienza una fase orientada al desmonte de infraestructura; (ii) el despliegue de las redes 3G se encuentra maduro desde el punto de vista tecnológico y las inversiones en dicha tecnología están enfocadas en lograr incrementos marginales en cobertura y capacidad; y (iii) el despliegue de redes 4G está todavía en una fase de expansión de la cobertura geográfica y capacidad, hecho particularmente notorio en los municipios de menos de 100.000 habitantes, donde el servicio es incipiente, representando menos del 10% del total de los sectores<sup>1278</sup>.

A continuación, se presenta el análisis efectuado sobre los datos de tráfico que **COMCEL** remitió en respuesta a los autos de prueba con información de julio de 2017 y de septiembre de 2018, respectivamente.

**Tráfico de voz:** Para los meses de mayo, junio y julio de 2017, la red de **COMCEL** cursó aproximadamente [REDACTED] Erlangs en hora pico<sup>1279</sup> y para julio, agosto y septiembre de 2018, cursó un tráfico aproximado de [REDACTED] Erlangs en hora pico<sup>1280</sup>. Este tráfico se analizó de acuerdo

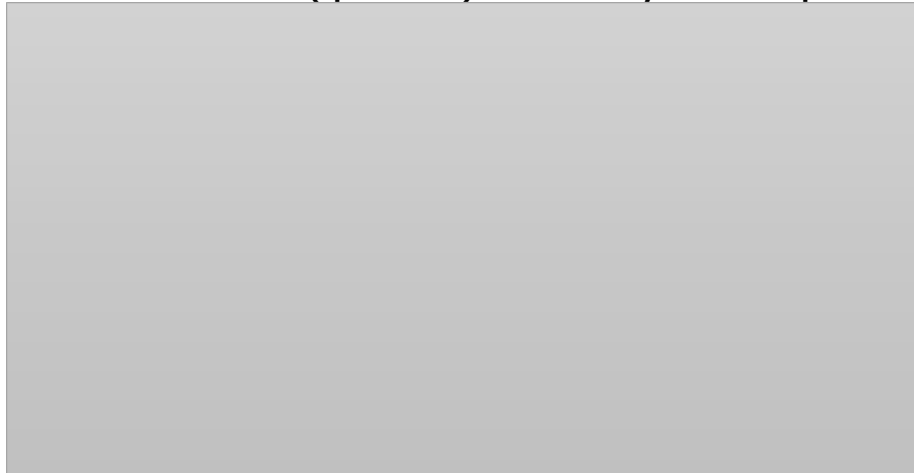
<sup>1278</sup> Se aclara que entre el tercer trimestre de 2018 y el segundo trimestre de 2020 la cantidad de sectores con tecnología 4G de **COMCEL** registró un incremento del 282% al pasar de 13.351 a 50.902 sectores de estaciones base. (ver sección 8.1.3).

<sup>1279</sup> Dado que **COMCEL** informó en su respuesta al auto de pruebas que había tomado el mes de mayor tráfico por cada sector considerando una ventana de observación para los últimos tres meses, es decir mayo, junio y julio de 2017, el ejercicio no puede determinar de manera exacta el tráfico de carga normal en hora pico, por lo que el valor estimado de [REDACTED] es mayor o igual que el valor real de carga de tráfico normal.

<sup>1280</sup> Dado que **COMCEL** informó en su respuesta al auto de pruebas que había tomado el mes de mayor tráfico por cada sector considerando una ventana de observación para los últimos tres meses, es decir julio, agosto y septiembre de 2018, el ejercicio no puede determinar de manera exacta el tráfico de carga normal en hora pico, por lo que el valor estimado de [REDACTED] Erlangs es mayor o igual que el valor real de carga de tráfico normal.

con las tipologías de municipios que han sido definidas previamente y los resultados se presentan a continuación, en forma detallada, para septiembre de 2018. Nótese que el tráfico de voz sigue una distribución similar a la cantidad de habitantes en cada categoría de población.

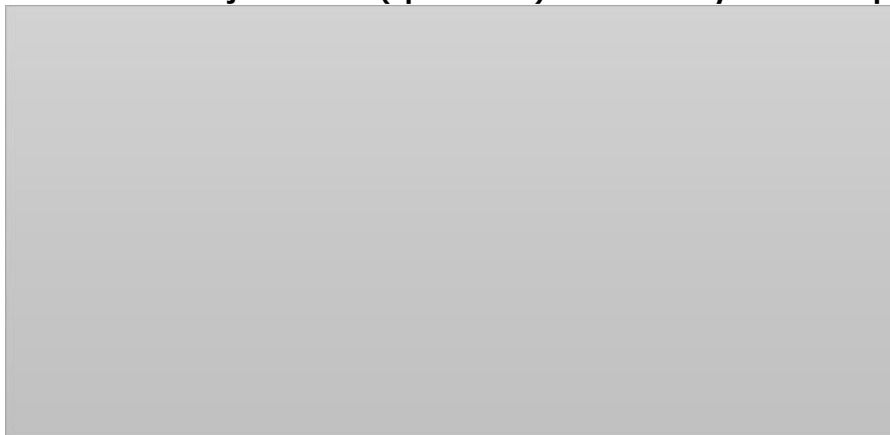
**Gráfica 95. Tráfico (aproximado) de voz en 2G y 3G en hora pico**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de tráfico de voz de **COMCEL** para su red 2G y 3G – julio, agosto y septiembre de 2018

Al analizar el anterior resultado en términos porcentuales, se tiene que para el servicio de voz las redes 3G son preponderantes (mayores al 57.9% del tráfico en todas las tipologías de municipios), pero todavía se da un uso significativo de redes 2G, siendo más alto (mayor al 40%) en ciudades de menos de 100.000 habitantes; por su parte, en ciudades de más de un millón de habitantes sólo el 19% del tráfico de voz se da sobre redes 2G. No hay tráfico de voz sobre redes 4G.

**Gráfica 96. Porcentaje de tráfico (aproximado) de voz en 2G y 3G en hora pico**



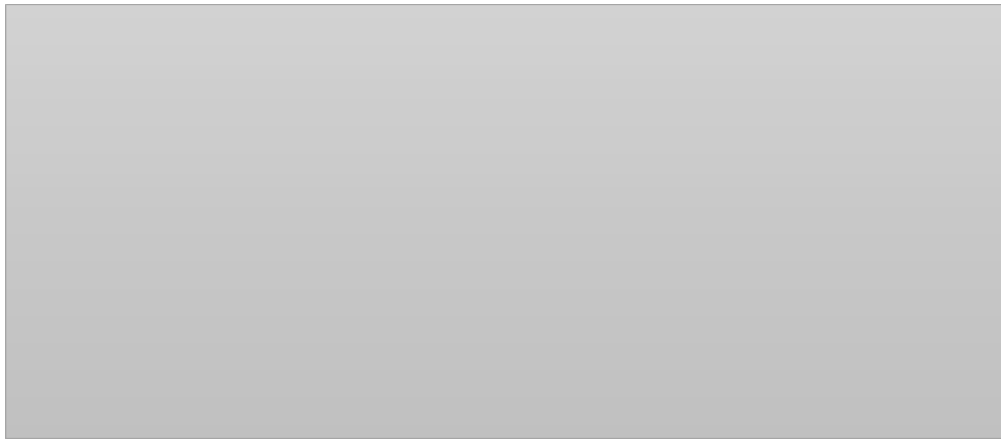
**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de tráfico de voz de **COMCEL** para su red 2G y 3G – julio, agosto y septiembre de 2018

**Tráfico de datos:** En hora pico, para los meses de mayo, junio y julio de 2017, la red de **COMCEL** cursó aproximadamente [REDACTED] de MB<sup>1281</sup> y en julio, agosto y septiembre de 2018, aproximadamente [REDACTED] de MB<sup>1282</sup>. El tráfico más alto se da en las ciudades de más de un millón de habitantes.

<sup>1281</sup> Dado que COMCEL informó en su respuesta al auto de pruebas que había tomado el mes de mayor tráfico por cada sector considerando una ventana de observación para los últimos tres meses, es decir mayo, junio y julio de 2017, el ejercicio no puede determinar de manera exacta el tráfico de carga normal en hora pico, por lo que el valor estimado de [REDACTED] de MB es mayor o igual que el valor real de carga de tráfico normal.

<sup>1282</sup> Dado que COMCEL informó en su respuesta al auto de pruebas que había tomado el mes de mayor tráfico por cada sector considerando una ventana de observación para los últimos tres meses, es decir julio, agosto y septiembre de 2018, el ejercicio no puede determinar de manera exacta el tráfico de carga normal en hora pico, por lo que el valor estimado de [REDACTED] de MB es mayor o igual que el valor real de carga de tráfico normal.

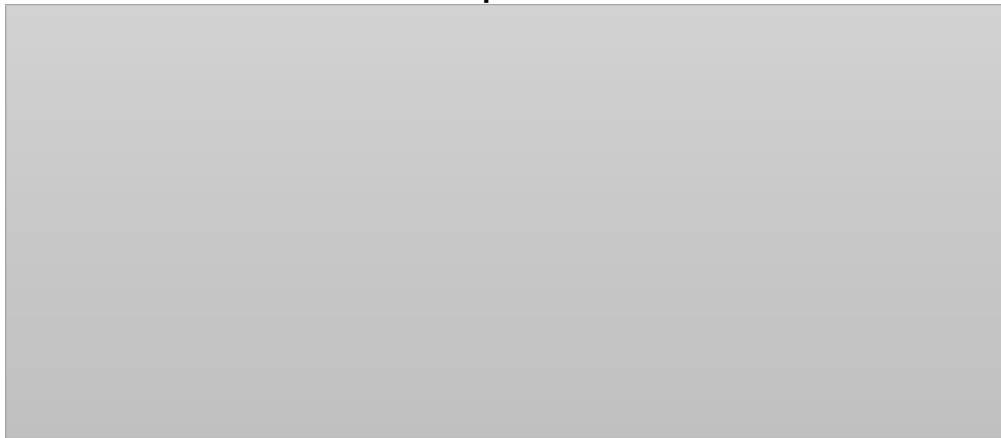
**Gráfica 97. Tráfico (aproximado) de datos en 2G, 3G y 4G en hora pico**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de tráfico de datos de **COMCEL** para su red 2G, 3G y 4G – julio, agosto y septiembre de 2018

Lo anterior, analizado en términos porcentuales, implica que para datos móviles (Internet móvil) la participación de las redes 3G en el tráfico es más alta (cerca al 70%) en ciudades de menos de 100.000 habitantes, mientras que el tráfico de datos sobre redes 4G es mayor en ciudades entre 100.000 y 1.000.000 de habitantes (52.1%) y en ciudades de más de 1.000.000 de habitantes (62.5%). También se identifica que menos del 2% del total del tráfico de datos se da sobre redes 2G.

**Gráfica 98. Distribución porcentual de tráfico (aproximado) de datos en 2G, 3G y 4G en hora pico**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de tráfico de datos de **COMCEL** para su red 2G, 3G y 4G – julio, agosto y septiembre de 2018

Sin embargo, debe resaltarse que existe tráfico de datos 4G en todas las tipologías de población analizadas independientemente de su tamaño, y que la menor participación de este tipo de tráfico en ciudades más pequeñas parece guardar cierto nivel de relación con un menor despliegue de redes 4G en este tipo de ciudades, es decir puede estar condicionada por la oferta.

Considerando de manera combinada el análisis del despliegue y el tráfico de las redes 2G, 3G y 4G de **COMCEL**, así como el análisis de las comparaciones de cobertura por centro poblado, por municipio y por operador, todas ellas incluidas en el documento de soporte de la intervención de carácter particular en el mercado “servicios móviles”, se obtiene una serie de conclusiones: (i) las redes 2G y 3G son esenciales para el tráfico de voz en todas las categorías de municipios analizados; (ii) **COMCEL** tiene una mayor cobertura de redes 2G y 3G que sus competidores, siendo más notable esta diferencia a su favor en municipios de menos de 100.000 habitantes; (iii) las redes 2G se encuentran en una fase de sustitución tecnológica donde no se realizan nuevas inversiones y por el contrario comienza a disminuir la cantidad de sectores desplegados a nivel nacional, lo que muestra que parte de la infraestructura empieza a ser desmontada y se trata de redes que se encuentran depreciadas; (iv) 3G es una tecnología madura que todavía recibe alguna inversión, pero enfocada en ampliaciones puntuales de cobertura y capacidad; (v) las redes 4G de **COMCEL** tienen la mayor tasa de crecimiento a nivel de red de acceso, están en



pleno despliegue tanto en términos de cobertura geográfica como de capacidad; (vi) el tráfico de datos sobre redes 4G está creciendo y corresponde a más del 50% del tráfico total en municipios de más de 100.000 habitantes; y (vii) en los municipios de menos de 100.000 habitantes hay, comparativamente con el resto, una presencia mucho menor de redes 4G.

Si bien los anteriores resultados tienen como fuente principal la información obtenida a través de los Autos de Pruebas en los que se requirió a **COMCEL** cifras de tráfico e infraestructura, se debe precisar que un análisis agregado de las cifras reportadas por este proveedor al sistema Colombia TIC luego de septiembre de 2018, confirman la estabilidad en la cantidad de sectores de estación base de tecnología 2G y 3G, pues entre el cuarto trimestre de 2018 y el segundo trimestre de 2020, registraron reducciones del 2,7% y 0,4%, respectivamente. Igualmente, se confirma que las redes 4G mantuvieron su tendencia creciente al pasar de [REDACTED] a [REDACTED] sectores en dicho periodo, lo que corresponde a un incremento del 183%. En lo que respecta al tráfico de datos móviles, también se confirma la tendencia creciente, pues **COMCEL** paso de cursar [REDACTED] de GB en hora pico en el último trimestre de 2018 a cursar [REDACTED] de GB en el primer trimestre de 2020, que equivale a un incremento del 40% en este periodo.

### **8.2.3.1.3. Temporalidad**

En respuesta al inicio de la presente actuación administrativa, **COMCEL** manifestó que el período de 6 años de las medidas propuestas establece un ambiente de arbitraje demasiado largo e impide evaluar el impacto en un mercado con un nivel de evolución muy acelerado. Señala que *"[L]a CRC no sólo ignora sus propias recomendaciones y las de la Comisión Europea, sino que al regular tarifas por 6 años, está de entrada considerando que sus medidas no serán efectivas y por ende, deberán permanecer por un plazo extenso en el mercado"*. También trae a colación documentos de la Federal Communications Commission de Estados Unidos (FCC) en los que se afirma que las medidas regulatorias deben ser limitadas en el tiempo y deben ir acompañadas de una revisión periódica para no entorpecer el propio dinamismo del mercado. Asegura también que el objetivo del RAN no debe ser el de generar un beneficio adicional al operador que no ha asumido el riesgo de la inversión, pues ello sería generar un incentivo perverso que evitaría el despliegue de infraestructura. Por ello, insiste, el modelo de costos de RAN debe reflejar la temporalidad de la medida y asegurar un reparto justo del beneficio derivado del riesgo de inversión realizada por el operador de red, y por ello *"las tarifas propuestas deben incluir una senda ascendente y con una corta temporalidad que incentive la inversión por parte del operador no autónomo y garantice el retorno de las inversiones del operador dueño de la red"*.

Insiste **COMCEL** en que la implementación de medidas por seis (6) años o más sería completamente injusto, innecesario, injustificado e ilógico, teniendo en cuenta que se busca remediar una situación que no es permanente.

En su escrito de alegatos de conclusión, **COMCEL** reitera que la duración de las eventuales medidas mayoristas, por un periodo de seis (6) años, establece un arbitraje demasiado largo, e impide evaluar la dinámica de un mercado con un nivel de evolución muy acelerado como lo es el de las telecomunicaciones móviles. Agrega que al establecer una asimetría tomando en consideración una senda de seis (6) años para el RAN, se está incurriendo en un riesgo injustificado que puede tener un efecto dañino e irreversible en el mercado, generando: (i) un bajo nivel de inversión por parte de los operadores por un período considerable, lo que se traduce en el deterioro del servicio y la incapacidad de atender a la demanda creciente por parte de los clientes; (ii) destrucción de la capacidad del negocio para generar valor para cualquier operador; y (iii) afectación de la credibilidad de la medida pues está deberá permanecer por un plazo extenso en el mercado. Incluso de comprobarse que el supuesto problema de competencia ha sido corregido antes de los seis (6) años, surgiría el incentivo perverso de mantenerla ante la alternativa de reconocer que la medida fue excesiva y que debe compensarse al proveedor que tuvo que soportarla injustificadamente.

Para ilustrar las preocupaciones sobre Free Riding y desincentivo a la inversión, **COMCEL** aduce que: *"pasados más de tres años de la ejecutoria de la Resolución CRC 4419 de 2014, que estableció las condiciones que debían regir el acceso a la instalación esencial de RAN entre COMCEL y Avantel, no se identifica ningún avance en el despliegue de infraestructura de Avantel que le permita dejar de utilizar, así sea parcialmente, la red de otros operadores; a la fecha, Avantel en el reporte periódico de información, sigue indicando que no hay ningún lugar del territorio en el que Avantel ya no requiera acceso a la instalación esencial del RAN"*.

Considera que tal situación sirve para ilustrar el impacto que tendrá la medida particular propuesta por la CRC, sobre el desincentivo a la inversión y la competencia en infraestructura, al mutar el RAN, de una herramienta que complementa temporalmente la cobertura mientras el solicitante despliega su propia red, en una alternativa definitiva que permite dejar de invertir para competir con mayor cobertura o en mejor calidad.

Según **COMCEL**, las cuestionadas medidas lo que generan es la eliminación de elementos diferenciadores entre operadores y la reducción de las opciones de elección del usuario, lo que en últimas se traduce en una afectación de la competencia y el bienestar del consumidor. Afirma que este tipo de comportamientos parasitarios son los que alerta la SIC y que la CRC promovería con las medidas mayoristas señaladas.

En adición a lo anterior, en los alegatos de conclusión **COMCEL** refiere lo expresado por Mauricio Santamaría, quien manifiesta que no es posible asegurar que los operadores van a transferir el beneficio de un menor costo de RAN hacia el usuario mediante un menor precio, y que esta medida se convertiría en una manera de aumentar el margen para el resto de los operadores sin otorgar absolutamente ningún beneficio al usuario final. Cita el concepto de abogacía que antecedió la expedición de la Resolución CRC 4660 de 2014, donde la SIC recomendó incluir en la regulación un mecanismo de traslado de eficiencias y beneficios al usuario que se generan por la disminución de la remuneración del RAN, el cual atienda a las particularidades y necesidades de: i) promover la inversión en infraestructura por parte de los entrantes; y ii) aumentar el excedente del consumidor. Señala también **COMCEL** que, para el Perito, el esquema de incentivos que se desprende de esta medida perjudica a los usuarios en la medida en que, al desincentivar la inversión en infraestructura, resulta en congestión de la red y un empeoramiento en la calidad del servicio en el largo plazo.

#### **Consideraciones de la CRC:**

En primer lugar, y dado que **COMCEL** ha solicitado en diferentes oportunidades que el acceso al RAN sea sometido a un plazo, debe recordarse que la CRC ha explicado que el acceso a la instalación esencial de RAN, de la manera concebida en la regulación general, no está sujeto a plazo extintivo alguno, sino a condición consistente en que el PRO cuente con cobertura propia de servicios en un área geográfica. También es necesario recordar una vez más que la presente actuación administrativa de carácter particular y concreto no tiene por objeto abordar o discutir las decisiones plasmadas en la regulación de carácter general y abstracto, más cuando allí no se encuentra definido un plazo extintivo de la obligación de acceso a las instalaciones esenciales.

En lo relacionado con la temporalidad de las medidas mayoristas de RAN anunciadas como posibles medidas al inicio de la actuación, más no del acceso a la instalación esencial en sí mismo, **COMCEL** afirma que el término de tiempo planteado es *"injusto, innecesario, injustificado e ilógico, teniendo en cuenta que se busca remediar una situación que no es permanente"*.

Al respecto, es necesario recordar a **COMCEL** que, desde una perspectiva *ex ante*, y tal como lo ha manifestado esta Comisión en otros pronunciamientos, las medidas regulatorias no tienen que estar sometidas a un plazo extintivo o fecha de caducidad, esto en la medida en que su razón de ser es la corrección o mitigación de una falla de mercado debidamente constatada, pero considerando además que este efecto correctivo o mitigador puede concretarse en un lapso altamente impredecible, más si se tiene en cuenta el nivel de dinamismo del mercado sobre el cual se presenta la falla. Es por ello que, se reitera, desde la perspectiva *ex ante*, la temporalidad de las medidas debería estar sometida a condición y no a plazo, siendo la condición la erradicación o mitigación de las fallas de mercado identificadas o constatadas, sin perjuicio de que en determinadas condiciones la autoridad pudiera considerar procedente deba aplicar algún límite temporal en consideración a la totalidad los propósitos regulatorios legítimos que persigue la medida o remedio identificado, como ocurre en el caso bajo análisis respecto de la remuneración de la instalación esencial de RAN para el tráfico de datos, exclusivamente.

Para el caso de la presente actuación, y como se mencionó en el documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, a través del acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para el servicio de voz móvil a precios calculados mediante la metodología de costos LRIC puro, esta Comisión busca que los diferentes proveedores establecidos puedan complementar sus coberturas, de manera que se enfatice el acceso a la red como una figura que permita: i) la promoción de la competencia por vía de tarifas contestables en el corto plazo, ii) el uso eficiente de la infraestructura; iii) el despliegue de redes para aprovechar economías de

escala y alcance a medida que la competencia efectiva se vaya profundizando en el largo plazo; y iv) la maximización del bienestar del usuario por vía de mayores opciones de servicios, paquetes, precios y cobertura.

Adicionalmente, en lo que al servicio de datos móviles se refiere, si bien se trata de un servicio que no goza de las mismas características de la voz en términos de madurez, en el inicio de la actuación se consideró que para promover la masificación de su provisión a través de las redes móviles y promover una mayor competencia en todo el territorio nacional, era adecuado imponer una senda creciente de cargo de RAN de datos, que partiera del valor estimado mediante la metodología de costo incremental LRIC puro, y llegara al valor de cargo de RAN estimado mediante la metodología de costos medios en un plazo de seis (6) años; la medida así concebida busca promover la eficiencia estática, al tiempo que promueve la eficiencia dinámica, pues el progresivo aumento de la remuneración regulada al RAN incentiva el despliegue de infraestructura por parte de todos los proveedores, como quiera que los costos de acceso son variables y no generan economías de escala y alcance, mientras los costos de despliegue de red son fijos y por ende generan tal tipo de economías.

Así mismo, debe resaltarse que la senda ascendente para la remuneración del servicio de datos móviles que se propuso en la Resolución CRC 5110 de 2017, consideraba que era adecuado un cálculo sobre seis (6) años, aun cuando materialmente el trato diferenciado para el proveedor dominante se extendiera solamente durante cinco (5) años, por 2 razones:

**i)** Era un término de tiempo suficiente para que se concretara el efecto de promover la competencia vía regulación tarifaria de RAN, y se mitigara el efecto de la dominancia, en la medida en que representaba: a) un incremento de precios escalonado en seis años de manera tal que aquellos operadores que quieran hacer uso del RAN se deban enfrentar a la disyuntiva entre arrendar infraestructura frente a invertir en ella; b) que cuando la decisión de los competidores sea la de arrendar infraestructura esta se vuelva más costosa con el paso del tiempo; c) que en este tiempo los competidores pueden crear masas críticas de usuarios que les permitan alcanzar economías de escala; y d) un límite de tiempo en el cual la condición diferenciada de RAN para **COMCEL** desaparece en virtud de garantizar la promoción a la inversión en infraestructura en el tipo de redes al que se está dirigiendo la inversión del sector.

**ii)** El límite de tiempo, de cualquier forma, se encuentra afecto al deber de monitoreo periódico que exige la normatividad vigente para hacer seguimiento a los efectos de las medidas que se adopten en determinado momento con el objeto de profundizarlas o levantarlas en función de las condiciones de competencia del mercado -situación que contempla la Resolución CRT 2058 de 2009 en su artículo 11<sup>1283</sup>-. Por ello no puede pensarse en el estimado temporal de las medidas como una especie de camisa de fuerza; si inicialmente se calcula que la medida debe mantenerse por un tiempo determinado, en este caso seis (6) años, ello no implica que un tiempo después de haberse aplicado la medida -un (1) año, por ejemplo- se determine que ya surtió los efectos deseados y la falla de mercado fue corregida, o que no se encuentra produciendo efectos, lo cual justificará su levantamiento o modificación.

Bajo este contexto, no es cierto que con las medidas dispuestas para la remuneración del RAN se desincentive el despliegue de infraestructura, ni tampoco que la misma revista un incentivo perverso. Vale decir que, desde el punto de vista de costos, las medidas mayoristas planteadas cuentan con el sustento necesario; las reglas mayoristas propuestas van en concordancia con los supuestos legales, técnicos y económicos utilizados en las resoluciones de carácter general, así como también se encuentran motivadas por la promoción de la competencia, la inversión y el aumento del bienestar social.

A pesar de lo anterior, tal como se explica al final de la sección 8.2.3.1.1 del presente acto administrativo, por ahora dichas medidas mayoristas no serán implementadas, en razón a los cambios que se presentaron en el mercado luego de 2017, producto de los cuales el diferencial entre los precios mayoristas y minoristas que se pretendían establecer, con el fin de promover la competencia en el mercado de "Servicios Móviles", se ha reducido en magnitud y tiende a desaparecer en el corto plazo. Lo que indica que los efectos positivos en la promoción de la competencia en el mercado, que potencialmente tienen las medidas mayoristas en las condiciones que fueron formuladas al inicio de la presente actuación no se materializaran, siendo necesario

<sup>1283</sup> Compilado en el 3.1.4.1 de la Sección 4 del Capítulo 1 Título III de la Resolución CRC 5050 de 2016.

continuar monitoreando el comportamiento del proveedor dominante en el mercado de "Servicios móviles".

#### **8.2.3.1.4. Limitaciones a la capacidad y calidad para proveer el RAN**

En respuesta al inicio de la presente actuación administrativa, **COMCEL** afirmó que la eventual medida creará una sobredemanda en la red del operador regulado y no considera las restricciones en capacidad que este pueda tener, y refirió el incremento de usuarios y carga por uso de su red UMTS (3G), lo cual ha generado un desborde hacia la red GPRS (2G) y ha afectado los niveles de calidad en general. Por ello, considera que la eventual medida genera un incentivo perverso de solicitar el servicio de RAN al operador regulado en aquellas áreas donde la red del solicitante tenga problemas de congestión/calidad para trasladarle esos problemas, señalando también que **COMCEL** ya ha sido objeto de multas por calidad en el servicio, por lo cual no podría asumir las multas futuras en virtud de la solicitud de RAN que pudieran hacerle.

En particular, respecto de la red 3G, **COMCEL** señala que "(...) muestra un incremento exponencial de usuarios y tráfico. Sin embargo, debido a la fuerte demanda del servicio y sus altos niveles de utilización, se empiezan a agotar las posibilidades para utilizar la infraestructura existente y continuar su despliegue, haciendo necesario el uso de más espectro, más portadoras por cada Nodo B de 3G, que implica una reducción del espectro utilizado para GSM, afectando el desempeño de GSM. Con el crecimiento constante del tráfico en 3G de voz a nivel nacional, sumado al crecimiento en datos móviles, la capacidad de los sectores de la red se ve limitada al tener que compartir los recursos en aire entre servicios de voz y datos, afectada directamente por la disponibilidad de espectro".

Por su parte, Juan Carlos Calderón en su experticio técnico afirma que la prestación del servicio de datos móviles requiere del uso de espectro electromagnético como un medio de transmisión entre el usuario y la red móvil, y se constituye en un elemento crítico en la red al ser el puente que une al dispositivo móvil del usuario con la estación base que lo conecta al núcleo de la red. Entre otros aspectos, indica que cada bloque de frecuencias abarca en el espectro electromagnético un rango de frecuencias que constituyen un ancho de banda asignado, y que los bloques de frecuencias en las respectivas bandas son asignados en pares de rangos de frecuencia de igual ancho de banda en los que se separa el tráfico que va del usuario hacia la red (Up link –UL-) del tráfico que va de la red hacia el usuario (Down Link –DL-).

Menciona Calderón que el MinTIC mediante resoluciones 3081 de 2009, 2107 de 2011, 598 de 2014 y 1608 de 2017, le otorgó a **COMCEL** permiso para uso de espectro en las bandas de 850 y 1900 MHz. Espectro que utiliza para la prestación de servicios de voz, datos y SMS, en las tecnologías 2G y 3G, el cual "se utiliza en infraestructura de red, distribuida en el territorio nacional, que para marzo de 2017 se encontraba en operación en 6.426 estaciones 2G (GSM) y 7.353 3G (UMTS), distribuidas en el territorio nacional, con las que se presta servicio a cerca de 29 millones de usuarios", y que debido al incremento del tráfico de voz y al drástico crecimiento del tráfico de datos, "sumado a la distribución discontinua del espectro en la banda de 1900MHz (sic), que obliga a configurar canales de guarda entre segmentos de espectro que no se pueden utilizar como espectro efectivo, impidiendo la configuración de una portadora adicional de 5+5MHz<sup>1284</sup>, la situación del uso del espectro se hace más crítica".

También indica el Perito sobre el espectro en la banda de 2600MHz<sup>1285</sup> para el despliegue de tecnología 4G, que a diciembre de 2016, **COMCEL** contaba con una cobertura de 425 municipios y que el uso de esta tecnología, aunque creciente, aún es incipiente, pues cerca del 20% de las conexiones utilizan tecnología 4G. En cambio, la mayor presión de uso está en la banda de 3G que soporta los servicios de voz utilizando tecnología de conmutación de circuitos en el núcleo de la red y de conmutación de paquetes para transmisión de datos con los que se presta el servicio de acceso a Internet, pero sin importar el tipo de tecnología de conmutación utilizada en el núcleo de la red, en el acceso, comparten indiscriminadamente el mismo ancho de banda del segmento de frecuencias asignadas dentro de las bandas de 850 MHz y 1900 MHz.

En el dictamen técnico aportado por Calderón se asevera que las ineficiencias identificadas que en parte se deben a limitaciones tanto en la cantidad de espectro asignado a **COMCEL**, como en el espectro efectivo que le es posible utilizar en operación, hacen que sea necesario recurrir a un

<sup>1284</sup> 5MHz de ancho de banda para tráfico Up Link (UL) y 5MHz de ancho de banda para tráfico Down Link (DL).

<sup>1285</sup> Dictamen Pericial Juan Carlos Calderón. Rad. 201732605. Folio 31.

mecanismo de compensación como es el reuso de frecuencias, y que dadas las limitaciones del uso del espectro, en el caso de **COMCEL**, la necesidad de soportar mayor tráfico obliga la implementación de nuevas estaciones base, así como la ampliación de aquellas existentes, en las que es necesario reusar el espectro. Reuso que a su vez tiene sus limitaciones físicas en cuanto a que la cercanía entre estaciones base que utilizan los mismos conjuntos de frecuencias se ven expuestos a interferencias que degradan la calidad de servicio de la red, punto que el Perito ilustra mediante la Figura 5, "*Ejemplo de reuso de canales*", del peritaje allegado a la Comisión, en el que según afirma este, tres estaciones base con una limitante en espectro asignado de diez canales presenta problemas de interferencia.

También se indica que, típicamente, las zonas que resultan más afectadas por el fenómeno de interferencia son las edificaciones altas y los sitios montañosos en áreas urbanas densamente pobladas. Los usuarios expuestos a esa situación experimentan que sus dispositivos móviles no pueden escuchar claramente los canales de control a través de los cuales se intercambia señalización entre dispositivo y red, teniendo como resultado que se dificulte el establecimiento de comunicaciones orientadas a conexión, el proceso de registro en la red móvil que es particularmente importante en el acceso a RAN bajo las condiciones especificadas por la CRC<sup>1286</sup>, presentándose una situación de "no cobertura", con afectación directa en la prestación de servicios tanto a usuarios propios de la red como visitantes. Se agrega que el fenómeno antes descrito en el caso de tecnología 3G<sup>1287</sup> tiene un agravante: el efecto de "Cellbreathing", que cuando se presenta interferencia, el sistema se protege reduciendo la potencia de transmisión y con ella la cobertura.

El dictamen técnico menciona que, si bien en la red de **COMCEL** "*se han implementado mecanismos de compensación como Antenna Hopping, Smart Resource Allocation y ARM Progressive Power Control, en la red 2G y 24 kbps Paging Channel, Load Based ARM Codec Load Selection y Directed RRC Connection Setup, en tecnología 3G, en ésta última, la fuerte acogida que ha tenido en el mercado ha hecho que el crecimiento del tráfico se haya incrementado exponencialmente, llevando a **COMCEL** a una situación límite en la que la alta demanda de espectro está agotando las posibilidades de utilizar la infraestructura existente y de expandir el inventario de estaciones base y de sectores en tecnología 3G.*"

Juan Carlos Calderón concluye que la situación en conjunto hasta ahora descrita conduce a una degradación en la calidad del servicio prestado a todos los usuarios, propios y visitantes, en aspectos básicos como accesibilidad a la red (congestión), tasa de llamadas caídas, y velocidad de transmisión de datos, entre otros. Para soportar esta conclusión, presenta el concepto de Effective Frequency Load (EFL), indicando que es una metodología de medición empleada para caracterizar el desempeño de una red en términos de eficiencia espectral, entendida como la cuantificación de la cantidad de tráfico que una red puede transportar con un espectro dado (Halonen, Romero, & Melero, 2003). Si bien existen varias metodologías de medición; por ejemplo, Effective Reuse, Fractional Load, Frequency Allocated Reuse (*FAR*) y Frequency Load, el EFL tiene la ventaja de evaluar qué tan cargada está cada frecuencia disponible, pero a nivel de sistema (Halonen, Romero, & Melero, 2003). Esto significa que, a diferencia de las otras formas de medición, la cuantificación es independiente de la configuración del sistema, facilitando la comparación entre redes y su contraste con otros tipos de indicadores (Key Performance Indicators), medidos utilizando estadísticas obtenidas de los centros de monitoreo y gestión de las redes (Halonen, Romero, & Melero, 2003). A continuación, el Perito describe la manera de calcular el EFL, y agrega que, dado un grupo fijo de frecuencias<sup>1288</sup>, en la medida en que aumenta el tráfico, también aumenta la eficiencia espectral<sup>1289</sup>, pero eso tiene límites establecidos por fenómenos antes descritos, como la interferencia y el Cellbreathing, que impactan directamente indicadores como la tasa de llamadas caídas (%CallDrop) o la proporción promedio de llamadas de mala calidad (Average proportion of bad quality calls), en el caso de voz, y el Throughput, en datos. Ese impacto se puede visualizar a través de la relación entre el comportamiento de esos indicadores y EFL.

<sup>1286</sup> Utilizando la función de red conocida como Circuit-Switched Fallback (CSFB)<sup>1287</sup>

<sup>1287</sup> La tecnología 3G(UMTS) está basado principalmente en la interfaz aérea WCDMA (Wideband Code Division Multiple Access) y el ancho de banda de una portadora se reutiliza en todas las estaciones base. De forma similar al 2G, se presenta el fenómeno de interferencia: i) por cercanía entre estaciones base que tienen configurada la misma portadora, y ii) por la cantidad de usuarios cursando tráfico en la misma celda, generándose el efecto de mayor carga sobre portadora en la medida en que el tráfico aumenta, derivando en un efecto de interferencia (Uplink Interference).

<sup>1288</sup> Un número fijo de canales de frecuencia.

<sup>1289</sup> Más tráfico por canal de frecuencia.

El dictamen incluye figuras en las cuales el Perito pretende mostrar cómo en la red de **COMCEL**, manteniendo las mismas condiciones de espectro, cuando se presentan aumentos leves de tráfico, indicadores como el Drop Call en la red pueden verse afectados, degradando el servicio a los usuarios. Presenta entonces un escenario con aumento de tráfico del 5%, en la banda de 850 MHz, para Bogotá, Pereira y Pitalito, y un escenario con aumento de tráfico del 10%, en la banda de 850 MHz para Bogotá.

Con los elementos anteriores, el Perito concluye que hace falta espectro y que aunque la CRC plantea como sustento a las medidas que pueden ser aplicables al final de la actuación administrativa, que en términos de cantidad de espectro radioeléctrico asignado en la banda IMT, comparado con el PIB per cápita, muestra que Colombia está sobre la línea de tendencia, el estudio publicado por la ANE sobre "Necesidades de espectro para servicios móviles 2014-2023", muestra una realidad distinta. Afirma también que el panorama puede resultar más complejo si se tienen en cuenta los objetivos definidos por el plan Vive Digital 2014-2018, en el que se propone incrementar en cuatro veces la densidad de acceso a Internet móvil. También, el dictamen asevera que una medida que promueve acceso y uso del RAN, a unos valores de cargo RAN que no sólo incentivan su uso sobre la implementación de infraestructura propia, por un tiempo excesivamente largo (6 años), correspondiente a toda una generación tecnológica, sino que también están por debajo de los costos de operación, en el caso del uso del espectro, especialmente en las bandas de 3G, sólo contribuye a empeorar la situación en términos de la degradación de la calidad del servicio de la red de telecomunicaciones y a afectar la prestación de los servicios sobre la red. Juan Carlos Calderón señala que la expectativa de crecimiento del tráfico de datos es de tipo exponencial, sumado a tráfico de voz con un perfil de crecimiento lineal, en un contexto en el que la utilización de las bandas para 3G están en estado crítico, hacen que la implementación de la medida no sea técnicamente factible. Además de forzar a **COMCEL** a realizar inversiones en tecnología 3G para soportar tráfico adicional, bajo el supuesto de encontrar una forma de aprovechar dicho espectro sin entrar en crisis, cuando debería estar utilizando esos recursos para ampliar la cobertura de 4G.

En relación con el tema, en la diligencia del 19 de octubre de 2017, ante la siguiente pregunta efectuada por el apoderado de **COMCEL**: "*Ya pasando un poco a la experticia, y al dictamen que fue rendido y que fue aportado y que obra el expediente... me imagino que obra el expediente... con base en ese dictamen doctor Calderón ¿considera usted que con la cantidad de espectro asignado a Comcel, con los análisis que usted hizo, la medida mayorista propuesta puede tener algún efecto, en la calidad del servicio que se ofrece a los usuarios?*", el Perito expuso lo siguiente:

*"Sí, sí hay un problema porque el inconveniente que hay es de acuerdo a lo que se estuvo mirando, el problema era básicamente que con lo que ya tienen ya están muy justos, de hecho están teniendo problemas en muchas ciudades, ellos están usando el espectro todo, todo lo están usando, o sea ellos no tienen una reserva, no, ellos están usando absolutamente todo, todo está configurado en todas partes del pueblo más chiquito al más grande dependiendo de las tecnologías que hay porque tuve la oportunidad de mirar todo eso, parte del trabajo mío fue también entender mucho como era en un pueblo como Pajarito, Boyacá, cómo estaba eso montado, todo ese tipo de cosas, todo eso tuve oportunidad yo de poderlo analizar, sí hay situaciones en donde ellos tienen en su red situaciones de congestión, en donde ya no les cabe más, empiezan a estar rayando los problemas de calidad del servicio en esos lugares, entonces agregar más bajo la contextura, bajo el contexto de lo que se está planteando, permitirle a... teniendo en cuenta que las tarifas que se están planteando son muy atractivas para los demás operadores para los nuevos entrantes en poder decir mire desde la perspectiva ingeniera a mí me parece que en vez de invertir dinero en comprar más bien por qué no utilicemos esa infraestructura por lo menos por un buen tiempo, la experiencia que me han mostrado es que uno se puede quedar en esa situación por un largo tiempo y nunca tomar la decisión de hacer otro salto porque uno entra en una zona de confort, entonces los operadores lo que hacen es, cargan... se recargan, hay dos escenarios muy interesantes en ellos, uno de ellos es el que afecta la parte de espectro y es que todos se recarguen y traten de usar al máximo los recursos del otro e invertir lo menos posible en infraestructura que tienen, puede ser por muchos motivos no necesariamente porque estén simplemente ganando, sino porque si en un momento dado la regulación cambia, ellos se ven forzados a tener que hacer un cambio tecnológico pues ellos ya van directamente a hacer inversiones con la tecnología más reciente que esté bien adelante, entonces esto se manejó lo más largo en el tiempo y le resulta altamente conveniente pues uno retrasa cualquier tipo de inversión que hay y se mantienen en ese statu-quo, entonces la recarga sobre o buscar acceder a Comcel para utilizar el espectro de Comcel bajo esas condiciones es muy atractiva y eso lo único que haría es contribuir a empeorar la situación y si haría falta más espectro, claro que sí hace falta mucho más espectro..."*

Finalmente, en su escrito de alegatos de conclusión, **COMCEL** se refiere al dictamen técnico presentado por el Ingeniero Juan Carlos Calderón en los siguientes términos: i) acerca de las

medidas que la CRC indica podrán imponerse al finalizar la actuación administrativa y sus impactos, y ii) lo relativo a los montos indemnizatorios que por expropiación podría reclamar **COMCEL** al Estado Colombiano si las mismas se llegan a implementar. Cita diferentes apartes del documento elaborado por Calderón, que sustentan desde su opinión técnica calificada y experta, que la medida mayorista del RAN propuesta por la CRC no es viable desde el punto de vista técnico, y afectaría de forma grave a los usuarios de **COMCEL** y a la compañía, pues la propuesta, no solo reduce la competencia en atributos tan importantes como calidad y cobertura (todos los prestadores terminarían utilizando una única red) sino que a la vez, genera una sub utilización del recurso escaso de espectro, pues los solicitantes de RAN terminarían utilizando el espectro en que opera la red visitada y sub utilizando el que les ha sido asignado, generando una indeseable concentración del tráfico en una única red.

**Consideraciones de la CRC:**

En primer lugar, y respecto de la referencia realizada por **COMCEL** a los montos indemnizatorios que por expropiación podría reclamar **COMCEL** al Estado Colombiano si las medidas se llegan a implementar, debe reiterarse que el análisis de esta información se encuentra por fuera del alcance de la presente actuación administrativa, por lo cual no se hace referencia a las cifras presentadas en el documento elaborado por Juan Carlos Calderón que tienen que ver con dichos montos. En todo caso, debe tenerse en cuenta que, como se ha mencionado a lo largo del presente acto administrativo, la intervención regulatoria de la CRC no tiene el impacto alegado por **COMCEL** y lo que se procura es la efectiva promoción de la competencia dada la falla de mercado identificada.

En segundo lugar, no se encuentra ninguna evidencia que sustente el supuesto desborde del tráfico hacia la red GPRS (2G) al que alude **COMCEL**, porque como se mostró en la sección 8.2.3.1.2 el tráfico de datos sobre redes 2G en hora pico es menor al 2% del tráfico de datos total. En contraste, el tráfico de datos 3G es al menos 18 veces superior al tráfico de 2G en municipios de más de un millón de habitantes y al menos 35 veces más alto en ciudades de menos de cien mil habitantes.

En tercer lugar, y según se expuso en la introducción de la sección 8.2.3.1, la forma como el Perito hace referencia al reuso de frecuencias incluida en el dictamen tiene una debilidad que le resta sustancial eficacia probatoria, ya que la exposición presentada sólo es aplicable a tecnologías 2G GSM. El Perito pretende inducir a error a la Comisión sobre este punto, porque incluye la *Figura 5, "Ejemplo de reuso de canales"*, para la cual indica que: *"En la Figura 5 se puede observar un caso en el que tres estaciones base con una limitante en espectro asignado de diez canales presenta problemas de interferencia que afectan: la calidad de la comunicación, la continuidad de las llamadas y la conexión de datos."* Pero en ningún momento aclara que el ejemplo específico que está dando sólo es aplicable, en el contexto de este análisis, a una red 2G-GSM, pese a que la figura se incluye en una sección de su dictamen pericial titulada: *"Espectro electromagnético en las bandas de 3G y 4G"*.

En efecto, el reuso de frecuencias es el proceso de diseño mediante el cual se hace la selección de canales de frecuencias disponibles que se asignan a una celda en particular, de manera que usuarios en diferentes áreas geográficas (diferentes celdas) puedan usar simultáneamente la misma frecuencia. En el caso de redes 2G-GSM dos sectores adyacentes de estaciones bases cercanas no pueden usar la misma frecuencia, que es lo que mostró el Perito en la figura 5 de su dictamen. Sin embargo, en redes 3G y 4G el tipo de técnica de acceso de radio utilizada permite que todas las celdas, incluso siendo adyacentes, pueden usar las mismas frecuencias, es decir, una portadora dada puede ser usada en todas las celdas. Esto es así porque la tecnología 3G utiliza WCDMA como técnica de acceso al medio, mientras que en LTE (4G) usa OFDMA en el enlace descendente y SC-FDMA en el enlace ascendente. Es sólo más adelante en el documento, que el Perito reconoce, en una nota de pie de página, que en 3G el ancho de banda de una portadora se reutiliza en todas las estaciones base. Es decir, en 3G y 4G se efectúa un reuso geográfico de las frecuencias en donde celdas adyacentes pueden usar la misma frecuencia, mientras que en 2G-GSM ello no es técnicamente posible.

En este punto se considera importante aclarar, frente a la afirmación del Perito según la cual *"las ineficiencias identificadas que en parte se deben a limitaciones tanto en la cantidad de espectro asignado a COMCEL, como en el espectro efectivo que le es posible utilizar en operación, hacen que sea necesario recurrir a un mecanismo de compensación como es el reuso de frecuencias"*, que el mencionado reuso de frecuencias es algo que se aplica sobre la tecnología 2G-GSM como

ya se expuso, y que cualquier operador del mundo con este tipo de redes, debe recurrir a esta clase de prácticas de diseño, aspecto que se amplía más adelante. Por otra parte, si consideramos redes 3G o 4G, cualquier celda puede usar las mismas frecuencias de otra celda adyacente bajo ciertos criterios de diseño técnico, de manera que todas las redes 3G o 4G del mundo hacen un reuso geográfico de frecuencias y tampoco se trata de una situación particular que afecte únicamente a **COMCEL**.

El Perito indica en su documento, como preámbulo a la Figura 5 ya citada, que: "*dadas las limitaciones del uso del espectro, en el caso de COMCEL, la necesidad de soportar mayor tráfico obliga la implementación de nuevas estaciones base, así como la ampliación de aquella existentes, en las que es necesario reusar el espectro. Reuso que a su vez tiene sus limitaciones físicas en cuanto a que la cercanía entre estaciones base que utilizan los mismos conjuntos de frecuencias se ven expuestos a interferencias que degradan la calidad de servicio de la red*". Con esto, el Perito está diciendo que **COMCEL** debe hacer reuso por la necesidad de soportar mayor tráfico, que la cercanía entre estaciones base degrada la calidad del servicio de la red y considerándolo en el contexto completo, estas dos afirmaciones se presentan como una consecuencia de las limitaciones en la cantidad de espectro asignado a **COMCEL** a las que alude al comienzo de esta argumentación. De nuevo, el Perito incurre en una importante imprecisión que le resta eficacia probatoria, porque es práctica común en cualquier diseño de redes 2G-GSM a la que se refiere la Figura 5 del documento presentado, que se realice una planificación de reuso de frecuencias dado que el espectro radioeléctrico es un recurso escaso. Es decir, no se trata de una práctica en la que **COMCEL** debe incurrir de manera excepcional, sino la forma como durante años se han planeado las redes 2G GSM por parte de los operadores en todo el mundo.

Por otra parte, el diseño de cualquier red debe considerar las interferencias y es parte del proceso de ingeniería asegurar que la distancia entre estaciones base y la potencia de las emisiones, entre otros aspectos, no afecte la adecuada prestación del servicio. Así mismo, si bien lo anteriormente expuesto ratifica que existen límites físicos sobre el número de estaciones base que pueden tenerse en una red en una cierta área geográfica, y por ende ese límite se extiende sobre el reuso del espectro, debe decirse que esto también es un punto suficientemente conocido en el diseño de redes, y que para nada resulta excepcional ni se predica exclusivamente de **COMCEL** ni de su situación técnica.

Ahora bien, si el Perito estuviera haciendo una afirmación de carácter general aplicable no sólo a tecnología 2G-GSM sino a cualquier tecnología 2G, 3G o 4G cuando señala que: "*Dadas las limitaciones del uso del espectro, en el caso de COMCEL, la necesidad de soportar mayor tráfico obliga la implementación de nuevas estaciones base, así como la ampliación de aquellas existentes (...)*", no puede menos que advertirse, de nuevo, que esta es una situación a la que se enfrenta cualquier operador del mundo, que tiene una cantidad finita de espectro radioeléctrico asignado y ve aumentar el tráfico en un área geográfica dada, más allá de la capacidad instalada que la tecnología de su red que puede atender con el espectro radioeléctrico disponible, por lo que debe incrementar el número de sectores de las estaciones base existentes o implementar otras nuevas.

En cuanto a la situación descrita por el Perito, indicando mayor afectación por el fenómeno de interferencia en las edificaciones altas y los sitios montañosos en áreas urbanas densamente pobladas, cabe agregar que la misma no sería causada por la medida regulatoria, sino por las condiciones de propagación, es decir, es causada por las leyes de la física.

A su vez, el fenómeno de cellbreathing descrito por el Perito, es característico de la tecnología 3G como una manera de disminuir la interferencia. De nuevo, no es un problema originado por una medida de RAN, sino una característica de la tecnología. El Perito indica en un pie de página que se presenta un fenómeno de interferencia en 3G: "*(...) por la cantidad de usuarios cursando tráfico en la misma celda, generándose el efecto de mayor carga sobre portadora en la medida en que el tráfico aumenta, derivando en un efecto de interferencia (Uplink Interference)*". Aunque esta afirmación del Perito no está respaldada por ninguna referencia bibliográfica, es un hecho que todos los canales ascendentes en un sistema WCDMA son por naturaleza canales de acceso múltiple con interferencia dado que todos los usuarios transmiten de manera simultánea y asincrónica sobre la misma anchura de banda, pero estos efectos pueden ser atenuados mediante la implementación de técnicas de cancelación de interferencia uplink en los elementos controladores de red a partir del 3GPP Release 6 – HSUPA.



Ahora, debe tenerse en cuenta que, si bien el Perito menciona las medidas tecnológicas implementadas en 2G y 3G en las redes de **COMCEL**, y luego indica que el tráfico de 3G está aumentando de manera exponencial "*llevando a COMCEL a una situación límite en la que la alta demanda de espectro está agotando las posibilidades de utilizar la infraestructura existente y de expandir el inventario de estaciones base y de sectores en tecnología 3G*", se trata de una situación de administración de la red y del comportamiento del mercado que según el Perito ocurre, de acuerdo con la Figura 7 de su dictamen, desde antes del 2017, y que por tanto no es originada o atribuible a las decisiones que eventualmente la CRC pueda adoptar para promover la competencia en los mercados móviles, máxime si se tienen en cuenta los análisis de la incidencia de la medida mayorista en la redes 2G y 3G de **COMCEL** que se detallarán más adelante.

En cuarto lugar, es necesario poner de presente que la argumentación contenida en el dictamen tiene una gran debilidad que le resta eficacia probatoria, pues el concepto de Effective Frequency Load (EFL) que selecciona el perito, de acuerdo con la referencia bibliográfica que él mismo citó y que es del año 2003, es aplicable para redes 2G (GSM/GPRS/EDGE), cuando el eje de la discusión que ha venido desarrollando hace énfasis en los problemas generados por el tráfico de redes 3G. Así se corroboró en la diligencia del 19 de octubre de 2017, cuando el Perito explicó que se trata de información suministrada por **COMCEL**, y que al intentar replicar el procedimiento para 3G, no fue posible:

*"Por ejemplo, estábamos mirando el tema del problema de la...de la...espectro electromagnético, ese era un tema que estábamos analizando y revisando y me tocó estudiarlo bastante porque...ciertamente había un problema que se evidenciaba allí con...el uso del espectro que ellos tienen y eso se plantea ahí en el documento y...usan una forma de medición muy interesante que permite... que está directamente relacionada que es lo que ellos llaman el EFL que está directamente relacionada con la forma en que se sucede, tiene una directa relación con el... problemas de la red, como por ejemplo alto porcentaje en call drops, o problemas en disminución de FRUCT... en una primera instancia yo estaba enfocando el problema de una manera en la cual pedía que era genérico poder aplicar el...esa metodología también de medición a 3G, pues resulta que esa metodología en medición funciona muy bien porque está adaptada a manejar divisiones por canales y eso sólo lo hace 2G, entonces si bien hice un desarrollo en donde estuve pensando que seriamente eso se podía manejar, no veía por dónde o por qué si igualmente estamos hablando de anchos de banda, no se podía manejar...no veía problemas por qué no se podía eso extender a un 3G, ya sobre la marcha cuando fuimos a mirar exactamente si eso se podía hacer, no era factible hacerlo, hacer 3G porque básicamente aunque sí se maneja un ancho de banda completo, resulta que ese ancho de banda se maneja para todo, o sea usted maneja voz y datos todo al tiempo, dentro de ese ancho de banda a diferencia de otros, donde usted separa canales de voz, separa canales de datos, usted tiene canales muy específicos con unas dimensiones muy pequeñas, acá usted tiene todo un continuo donde usted maneja absolutamente todo, las mecánicas de aplicación de ese tipo de metodología ya no son tan directas, entonces fue necesario para plantear la información analizar exactamente qué estaba pasando, hacer otro, hacer o poner las cosas en una perspectiva diferente porque igual era importante, se veía que era importante...por lo menos desde mi perspectiva diré que era valioso la medición que ellos estaban haciendo, tenían una relación directa con el problema y yo lo podía evidenciar, básicamente eso fue lo que se hizo, entonces por eso se enriqueció con casos y se plantearon ciertas valoraciones, ciudades muy específicas donde se plantea esto, eso fue lo que miramos*

(...)

*(...) yo la incluí por una razón y yo la coloco de manera explícita allí, o sea yo no me pongo que si alguien tiene una forma de medir las cosas, pues si la tiene y tiene información histórica que ha venido acumulando sobre esa medición, la aporte en la medida en que la medición sea consistente con lo que yo quiero mirar, entonces por qué, por qué agregue yo esa medición y no otras, porque ahí se anuncia que hay otras formas de medición diferentes al EFL, básicamente es quizás una medición muy interesante que permite hacer una medición de un sistema sin tener la necesidad de recurrir a la arquitectura del sistema, o sea independiza las dos cosas, cuando yo en otros tipos de medición dependo de la configuración del sistema, con este no, entonces es simpático porque entonces dependiendo de eso yo puedo por ejemplo comparar eso con otros sistemas totalmente independiente y hacer benchmark para ver donde estoy, entonces me pareció interesante esa metodología y además que yo había papers que yo encontré en donde había...porque esa es otra, a mí me dicen no pues yo cuando veo eso me pasa esto y me pasa esto y me pasa esto, bueno chévere, pero ¿eso es algo que pasa comúnmente?, entonces ya profundizando hay papers que yo cito en las referencias en donde yo digo, mire sí interesante, yo me tomé, yo cité como unos dos papers o algo así que en realidad yo miré como unos 20 y en todos básicamente era consistente que el planteamiento que se hacía era que siempre que el EFL crecía tanto en datos como en voz siempre había un problema con la parte de los calldrops lo que llaman ellos el, el, el, el aviz de backup de badcalls ó en el otro caso, había un impacto en el (no se entiende)...entonces eso incluso tomé una gráfica de uno de esos papers en donde en un*

*caso específico aplicaba algo muy, muy particular que se sale del espectro del que está ahí planteado pero que básicamente es una prueba que le hacen a una tecnología, ellos hacen exactamente el caso de lo que yo estaba tratando de evidenciar y lo mostraban de una manera muy concreta en donde en las dos cosas se veían evidencias en el mismo tiempo, en la misma gráfica, por eso lo coloqué yo allí”.*

Es así como de las metodologías de medición que menciona el Perito, se evidencia que todas fueron diseñadas para redes 2G: Effective Reuse, Fractional Load, Frequency Allocated Reuse (FAR) y Frequency Load. En efecto, el reuso efectivo (Effective Reuse) sólo tiene sentido en redes 2G porque mide qué tanto se reutiliza una frecuencia en una red como ya se explicó, la carga fraccional (Fractional Load) se usa únicamente cuando hay saltos de frecuencia (frequency hopping), el reuso de frecuencias atribuidas (Frequency Allocated Reuse) es otra manera de medir el reuso de frecuencias y finalmente, el EFL, la medida propuesta por el Perito, tal como la misma formulación matemática que incluye en su Dictamen Pericial lo indica, considera el indicador FAR que en sus palabras: *“establece qué tan cerca un grupo de frecuencias es reusado en una red”*. Como puede verse en la descripción presentada en el dictamen sobre la manera de calcular el EFL (a partir de las ecuaciones), se requiere del número promedio de timeslots (TSL) por transceiver (TRX) disponibles, tipos de elementos que son característicos de redes 2G.

Este aspecto fue abordado en la diligencia del 19 de octubre de 2017, en donde se dio la siguiente ronda de preguntas realizadas por el entonces Experto Comisionado Juan Manuel Wilches (JMW) al Perito Juan Carlos Calderón Martínez (JCCM) como sigue:

*“(…)*

**JMW:** *bueno, hay unas preguntas sobre los aspectos técnicos que usted Juan Carlos dice que...*

**JCCM:** *Ok*

**JMW:** *...que es experto, y que solo hay tres personas en el país que pueden responder ese tipo de preguntas... dentro de una respuesta hace unas cuantas preguntas usted dijo que más o menos el 80% de los recursos de red de Comcel son recursos destinados a 3G ¿es así?, es solo para validar*

**JCCM:** *Si, la parte del core de red básicamente es un 80%, todo acceso es 3G y todo está administrado alrededor de 3G yo puedo ver todo lo que maneja... sí señor.*

**JMW:** *Las páginas, a partir de la página 22 hay una serie de gráficas, casos que se presentan para distintas ciudades, esas zonas de las que ya hablamos...*

**JCCM:** *Si, son casos puntuales que estuvimos viendo y que se graficaron como casos de ejemplos...*

**JMW:** *Exactamente*

**JCCM:** *Hay más, pero...*

**JMW:** *La información con la cual se construyeron esas gráficas, ¿es información de la red de 2G o la red de 3G?*

**JCCM:** *No, esto es una información de red de 2G*

**JMW:** *2G*

**JCCM:** *2G, 2G, porque el caso que se construyó fue el de EFL y nosotros hicimos una... yo en particular caí en la cuenta del asunto haciendo un estudio detallado de varios papers de la aplicabilidad y resultaba sumamente complejo tratar de llevar el indicador de...de... del indicador de EFL que está construido en 2G, llevarlo al escenario 3G era muy complicado y además el tiempo que teníamos era muy corto como para poder intentar, empezar a mirar, porque igual ellos tienen la información, tienen los mecanismos, toca empezar a jugar con lo que hay, entonces que fue lo que se planteó, básicamente estos casos que están aquí reflejan una situación en 2G pero que tienen influencia en 3G, porque igual el tráfico que no se maneja, igual termina yéndose a 3G y en 3G como usted puede ver esa banda está súper congestionada, sobre todo la de 1900, está súper desordenada, está súper desordenada, y además está compartida con 2G y 3G también, entonces ahí...*

**JMW:** *Ok*

**JCCM:** Entonces ahí hay una serie de situaciones que sí...

**JMW:** Solo para recordar, dentro del dictamen se menciona que la red de Comcel está compuesta de red 2G, 3G, 4G...

**JCCM:** Sí, pero igual yo les mencione en algún punto de la conversación que si bien es cierto que uno puede tener la gama de tecnologías hay unas donde uno alrededor de la cual todo gira en su momento y ese caso es 3G...

**JMW:** Es decir el 80% de lo que ya hay...

**JCCM:** Si prácticamente, el resto es 2G en acceso, pero el grueso de la tecnología que es lo que se ha venido... que es lo que se tiene.... es 3G

**JMW:** Pero el análisis de esas gráficas a partir de la página 22 es sólo 2G...

**JCCM:** Sí 2G, sí 2G porque se quería ilustrar casos específicamente, cómo funcionaba el indicador, pero como no se podía en 2G, entonces se visualizó en casos reales de 2G que igual tenían un impacto en 3G en la medida que esos usuarios no atendidos tenían que ser atendidos en 3G, porque como los teléfonos de hoy en día no solo manejan 2G sino que pueden cambiar de banda automático...

**JMW:** Pero de acuerdo con lo que usted también explicó la metodología EFL no es aplicable a 3G y con base en eso...

**JCCM:** Sí, si es aplicable pero es bien complicado y bien cuestionable la forma de plantearlo...

**JMW:** Por eso, digamos estoy tratando... usted lo que dice es el tráfico de los usuarios que no se pueden conectar a la red de 2G pasaría a 3G y por eso el gran impacto sobre el 80% de los recursos destinados a esa red, pero el análisis del peritazgo únicamente se hizo a través de cifras y digamos verificación de valores con la red de 2G porque es la metodología aplicable a la red de 2G.

**JCCM:** Para este caso sí totalmente cierto.

(...)"

En virtud de lo anterior, es claro que toda la sustentación asociada a este punto puede considerarse relevante para 2G, que, sin embargo, no es el centro del problema planteado por el Perito. Eso significa que Juan Carlos Calderón no aporta análisis cuantitativos que le den soporte a su planteamiento de un déficit de espectro en 3G que causa degradación del servicio.

Ahora bien, respecto de las gráficas que pretenden ilustrar la situación de la red de **COMCEL**, el dictamen no indica en ninguno de los casos, en qué tipo de red (si 2G ó 3G) realizó las mediciones de llamadas caídas (DCR) versus carga efectiva de frecuencia (EFL). Se infiere de toda la explicación anterior y de lo indicado por el Perito en su declaración, que fue en una red 2G; también debe resaltarse que todas las mediciones reportadas se realizaron en la banda de 850 MHz, situación que fue corroborada en la diligencia del 19 de octubre de 2017:

**JWM:** ¿Por qué esas mediciones que se presentan en esas gráficas únicamente aplican o se refieren a la banda de 850 MHz?

**JCCM:** Básicamente uno de los ejemplos que había a la mano en ese momento, esa es la razón real, estábamos muy cortos de tiempo y haciendo el análisis de que era lo que había disponible en información para ver realmente si era factible dar una buena explicación, básicamente solo tenía esa información disponible como para poderla por lo menos mostrar como ejemplo.

**JWM:** quiere decir eso entonces que ¿los usuarios de...de... 2G de Comcel emplean la banda de 850 MHz únicamente?

**JCCM:** No ellos, ellos para...no de ninguna manera ahí se explica que ellos manejan 1900 y 850, esos sólo son casos puntuales que muestran ejemplos muy puntuales de situaciones en donde lo que se quería ilustrar era básicamente cuál era el objeto, cuál era la, el, el, la relación que había a la luz de la gráfica que está en la página 21, que es la figura 9 a ver cómo esa Figura 9 se veía allá en un ejemplo

*real, en una situación específica en donde sí está sucediendo eso, en donde sí se ha hecho esa medición concreta, entonces se quería mostrar cómo era que funcionaba el caso, eso era básicamente la idea”.*

La Figura 9 a la cual se refiere el Perito, forma parte de su documento y con ella trata de establecer unas conclusiones de carácter general que pretende extender a redes 3G, pero la figura claramente indica que se trata de una evaluación para una red GPRS con una carga de 70% de tráfico para voz y 30% de tráfico para datos, es decir, esa figura sólo es aplicable para 2G y no para 3G, porque las redes GPRS son redes 2G.

Por otra parte, la metodología de medición utilizada es cuestionable en caso de que no se haya realizado un muestreo de la red a ser caracterizada, por ejemplo, diferenciando áreas de alto y de bajo tráfico, punto que no está descrito en el Dictamen Pericial y que el Perito no explicó ni aclaró en la diligencia del 19 de octubre de 2017.

Así mismo, se observa que los gráficos aportados por el Perito tienen únicamente dos puntos y la descripción del procedimiento utilizado no es clara, y tampoco se entiende por qué puede aproximar un comportamiento lineal con únicamente dos puntos. En la citada diligencia del 19 de octubre de 2017 se intentó aclarar esta situación, frente a lo cual el perito manifestó lo siguiente:

*“Sí es el modelo, un modelo que se corre y que muestra una, básicamente el modelo lo que señala es el punto y la pendiente, ya uno entonces basado en el punto y la pendiente entonces uno calcula la ecuación, de ahí en adelante pues entonces qué pasa si yo incremento el tráfico hacia un lado con una cantidad específica, ya miro yo cuál está cual sería el impacto, eso es simulación, son modelos*

*(...)*

*No, no, no con la utilización de las formulaciones uno calcula lo que es la información del EFL básicamente uno lo contrasta con lo otro pero entonces uno con eso cuadra a partir de la información que se tiene, cuadra el punto y la pendiente.*

*(...)*

*Pues el modelo como es iterativo empieza a trabajar con la información que haya hasta un punto en el cual encuentre un equilibrio, y entonces es el que señala una tendencia, la pendiente y el punto actual es donde uno hace la medición en ese momento, ya qué pasa cuando el tráfico se incrementa un 5% es lo que uno mostraría ya corriéndolo sobre la ecuación que se construye cómo sería el impacto sobre el call drop”.*

De lo anterior es claro que el “punto final” no es una medición sino una proyección, y que los parámetros de la Gráfica son extraídos de una situación teórica planteada en la bibliografía consultada por el Perito, quien así lo reconoció en la diligencia del 19 de octubre de 2017:

*“(...) este es un modelo, este específicamente es un modelo, incluso aquí dice las especificaciones técnicas de cómo se armó el modelo, es una banda configurada, ancho de banda 2 MHz, 2.4 MHz, con 12 frecuencias en hopping distribuido el 70% y el 30% de voz. Ese es un paper y ahí está la referencia pueden recurrir y mirarlo”.*

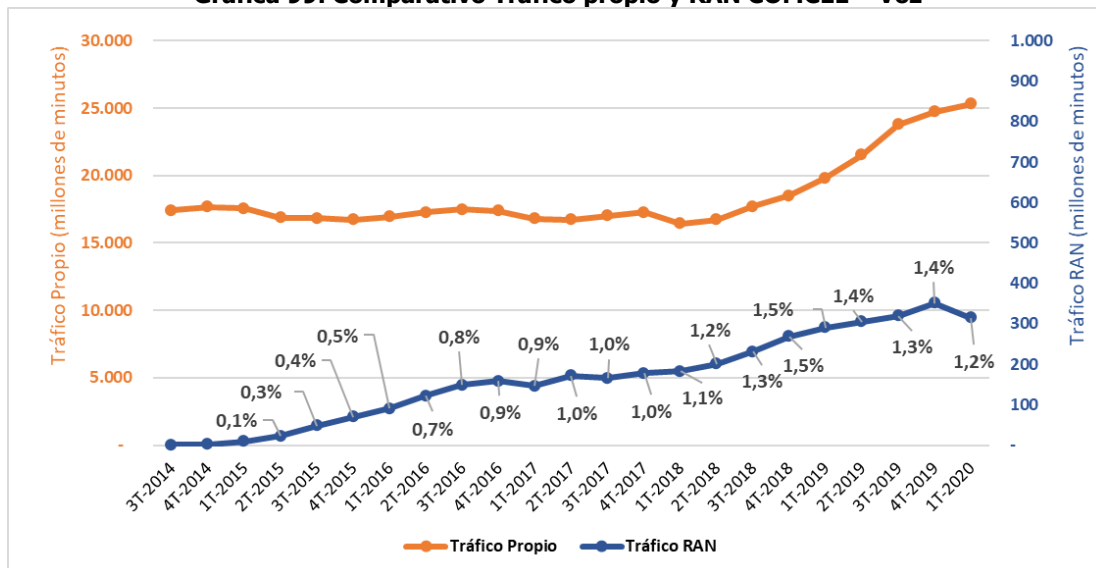
Por otra parte, es obvio que, dada una cierta cantidad de espectro, un incremento en el tráfico de voz lleva a un incremento en el EFL y también genera un aumento en el porcentaje de llamadas caídas, tal como se deduce del diagrama de Nokia (Figura 9 de su dictamen) y de la misma bibliografía citada por el Perito. Por tanto, esto es algo que ocurre en cualquier red y no sólo en la de **COMCEL**.

En cuanto a la factibilidad para implementar la medida, Juan Carlos Calderón indica que, ante incrementos de tráfico, puede degradarse la calidad del servicio de voz en términos del indicador de porcentaje de llamadas caídas (DCR), pero presenta evidencia únicamente para la tecnología 2G sin que este ejemplo pueda extrapolarse a la tecnología 3G que representaba el mayor despliegue de la red de **COMCEL**. Por otra parte, el Perito presenta las proyecciones de espectro de la ANE para servicios móviles, realizadas en el 2013, es decir hace 7 años. En contraste, la CRC mostró en el documento de Intervención de carácter particular en el mercado “Servicios Móviles” un comparativo para diferentes países de la región en relación con la cantidad de espectro radioeléctrico asignado en bandas IMT, comparado con el PIB per cápita ajustado por paridad de poder adquisitivo (PPA), en donde se puede apreciar que Colombia se ubica justo

sobre la línea de tendencia, de manera que al momento del análisis el país se encontraba a la par con el promedio regional, y acorde con el PIB PPA.

En quinto lugar, a manera de referencia, se considera oportuno en este punto analizar los volúmenes de tráfico de RAN que ha gestionado **COMCEL** en su red, de acuerdo con el reporte de información que efectúan los PRSTM a través del Formato 3.7 de la Resolución CRC 5050 de 2016. De esta información se tiene que, a diciembre de 2019, el total del tráfico en RAN para servicios de voz sobre la red de **COMCEL** representa cerca del 1.5% del tráfico de sus propios abonados, situación que debe ser tenida en cuenta a la hora de evaluar la supuesta imposibilidad técnica que éste aduce para la provisión del acceso a dicha instalación esencial (ver Gráfica 99).

**Gráfica 99. Comparativo Tráfico propio y RAN COMCEL – Voz**



**Fuente:** Elaboración propia con base en el reporte de información realizado por los proveedores de redes y servicios telecomunicaciones a Colombia TIC. Las cifras en color negro dentro de la gráfica indican la participación del tráfico de RAN con respecto al tráfico de la red propia de **COMCEL**.

Como sexta consideración, tal como se indicó al inicio de la presente Resolución, la CRC requirió a **COMCEL**, dada la supuesta incapacidad técnica que ha alegado, para que allegara como prueba, información detallada, con un alto nivel de desagregación, del tráfico cursado en su red, así como las capacidades instalada y utilizada, lo cual permitiría entender la realidad de la capacidad de la red de **COMCEL** para atender la eventual medida regulatoria. Se destaca que el mismo **COMCEL** afirmó no tener la información de capacidades con el nivel de desagregación solicitado. No obstante, el análisis que pudo realizarse sobre los datos de tráfico suministrados en su momento por **COMCEL** para cada celda y tipo de tecnología muestra evidencia de que hay un menor uso de la tecnología 4G, asociado además a un despliegue de red mucho menor que en las otras tecnologías (2G y 3G) y además localizado en los municipios más densamente poblados y rentables. También, como se mostrará más adelante en esta misma sección, hay evidencia que indica que puede existir un déficit de espectro 3G<sup>1290</sup>, como lo indica el Perito - aunque no lo demostró-, y sobre lo cual se presenta a continuación el detalle de los análisis efectuados por la CRC, haciendo uso de la información requerida a **COMCEL** mediante autos de pruebas de julio de 2017 y octubre de 2018, y en particular la de anchura de banda ocupada por banda y tecnología y del tráfico reportado por celda y por tecnología.

Es así que, para hacer una estimación aproximada y específica de la capacidad de la red de **COMCEL**, se optó por utilizar la información conocida: la cantidad de espectro disponible para cada tecnología utilizada, la estrategia del despliegue de la red de **COMCEL** dado que se solicitó la ubicación y el tipo de tecnología de cada celda y la capacidad teórica de rendimiento (*throughput*) por cada MHz de espectro dentro de un área geográfica dada, para lo cual se utilizó la eficiencia espectral, que consiste en un parámetro que mide el uso eficiente del espectro.

En efecto, una de las formas más utilizadas en los sistemas móviles para representarla es la eficiencia expresada en unidades de bits por segundo por Hertz (b/s/Hz) para un área dada. Conocer esta medida permite calcular la capacidad teórica disponible de transmisión de datos

<sup>1290</sup> Sin embargo, este déficit de espectro 3G no se presenta en todo el país, tal como se explica más adelante.

(b/s) en un sistema de acceso basado en radio a partir de una cantidad dada de espectro<sup>1291</sup> en dicha área. Los cálculos de eficiencia espectral establecen un promedio que para una cierta tecnología considera elementos que intervienen en un área de cobertura, incluyendo usuarios que se interfieren entre sí, la modulación de los dispositivos de los usuarios, la velocidad promedio de los usuarios y su cercanía a la celda, entre otros.

Existen diversas estimaciones de la eficiencia espectral para diferentes tecnologías de acceso. Las tablas siguientes muestran los resultados obtenidos a partir de estudios de eficiencia espectral como los realizados por Rysavy Research para 5G Américas que incluyen tecnologías como LTE, UMTS/HSPA y HSPA+, y otros que ha realizado la FCC.

**Tabla 20. Eficiencia espectral (downlink) para diversas tecnologías**

Familia de tecnología	Despliegue específico de tecnología	Eficiencia espectral [bps/Hz/sector]
<b>LTE</b>	4x4 MIMO con SIC o 8x2 MIMO con SU/MU MIMO Switching	2,25
	4x2 MIMO	1,68
	LTE 2x2 MIMO	1,40
<b>UMTS/HSPA/HSPA+</b>	MIMO	1,20
	64 QAM, DC	1,05
	HSDPA MRxD Equalizer	0,90
	HSDPA	0,50
	UMTS Release 99	0,15

Fuente: Rysavy Research y 5G Américas

**Tabla 21. Eficiencia espectral (downlink) para tecnología 2G**

Familia de tecnología	Despliegue específico de tecnología	Eficiencia espectral [bps/Hz/sector]
<b>2G</b>	GSM+EDGE	Entre 0,09 y 0,3
	GSM	Entre 0,03 y 0,17

Fuente: ETSI

**Tabla 22. Eficiencia espectral (downlink) para diversas tecnologías**

Familia de tecnología	Despliegue específico de tecnología	Eficiencia espectral [bps/Hz/sector]
<b>4G</b>	LTE 2x2	1,4 (entre 1,36 y 1,5)
<b>3G</b>	HSPA Release 7 Configuración 2x2	1,29
	HSPA Release 7 Configuración 1x2	1,08
	HSPA Release 6 Configuración 1x2	0,72
	HSPA Release 5 Configuración 1x1	0,48
	WCDMA. Configuración de antena 1x2	0,24
	WCDMA. Configuración de antena 1x1	0,16
	<b>2G</b>	EDGE
	GPRS	0,03

Fuente: FCC

Cálculo de capacidad teórica de las redes 3G de COMCEL versus el tráfico de datos<sup>1292</sup> reportado: Las siguientes gráficas son el resultado de los análisis efectuados por la Comisión, considerando

<sup>1291</sup> Fuente: P. Rysavy, Challenges and Considerations in Defining Spectrum Efficiency, Proceedings of the IEEE, 2014.

<sup>1292</sup> Si bien el tráfico total de cada celda incluye tanto voz como datos, el análisis se concentró únicamente en el tráfico de datos, por lo cual la relación entre capacidad y tráfico está levemente sub-dimensionada. Esto por cuanto típicamente el tráfico de datos representa la mayor carga sobre el uso de una celda, y también por cuanto en el caso de este análisis en particular el tráfico de voz más alto reportado entre 74.478 sectores para el periodo julio, agosto y septiembre de 2018, no excede los 42 Erlangs y en la mayoría de los casos es muy inferior a esa cifra. Además, como lo indicó COMCEL en su respuesta al Auto de Pruebas: "En WCDMA los servicios de voz y datos comparten los recursos de códigos, potencia y banda base (...) la capacidad en datos vendrá sujeta a los recursos que los servicios de voz le permita (sic) tomar"

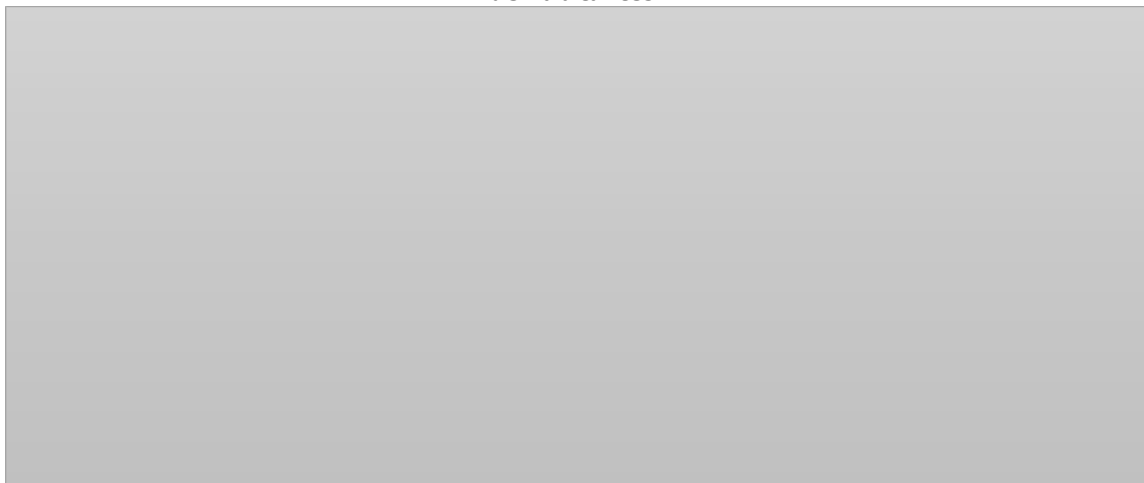
las categorías de municipios descritas en la sección 8.2.3.1.2. En cada gráfica, se compara el número de sectores de estación base que se presentan dentro de cada rango de tráfico en hora pico, medido en MB, y se indican los valores teóricos de capacidad de tráfico considerando diferentes valores de eficiencia espectral referidos por la FCC<sup>1293</sup>. La capacidad de tráfico fue calculada considerando portadoras (downlink) de 5 MHz para tecnología 3G, y portadoras (downlink) de 15 MHz para tecnología 4G de acuerdo con lo informado por **COMCEL**.

A partir de lo anterior, se realizaron cálculos respecto de la capacidad de tráfico teórica de la red bajo diferentes escenarios de eficiencia espectral, y esto se contrastó con la distribución de tráfico de los sectores de **COMCEL** que fue observada en hora pico, de acuerdo con la información suministrada por dicho proveedor en respuesta a los autos de pruebas de julio de 2017 y octubre de 2018. El propósito final del ejercicio se centró en determinar si existían casos donde el tráfico observado se, encontrara por encima de la máxima capacidad teórica que puede proporcionar la tecnología, lo que se interpreta como una condición de alto tráfico. Para ello, este ejercicio se presenta usando como base la información de tráfico más reciente reportada por **COMCEL** en respuesta al auto de pruebas, que corresponde a octubre de 2018, por cuanto en dicha fecha se presentaron los niveles de tráfico más altos en comparación con la información reportada previamente con ocasión del auto de julio de 2017.

Adicionalmente, para la elaboración del ejercicio se utilizó el dato del tráfico máximo reportado para cada sector. Se aclara que el ejercicio presenta el momento de máximo estrés de tráfico de datos para cada sector entre los meses de julio, agosto y septiembre de 2018, teniendo en cuenta que **COMCEL** informó en su respuesta al auto de pruebas que había tomado el mes de mayor tráfico por cada sector considerando una ventana de observación para los últimos tres meses.

En el Auto de Pruebas de octubre de 2018, **COMCEL** indicó que su red 3G hace uso del Release [REDACTED] y que utiliza una configuración [REDACTED]. Eso significa, que la eficiencia espectral teórica de downlink de su red debe ser superior a 1,08 b/s/Hz/sector (bits por segundo por Hertz por sector) de acuerdo con los datos de la FCC referidos en la Tabla 22.

**Gráfica 100. Tráfico 3G de COMCEL y eficiencia espectral - municipios con más de un millón de habitantes**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de tráfico de datos de **COMCEL**, red 3G – valores máximos del periodo correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 2018

Del gráfico anterior se desprende que para municipios con más de un millón de habitantes, el 99,524% de los sectores 3G evidencian eficiencia espectral menor o igual a 1,08 b/s/Hz/sector (bits por segundo por Hertz por sector)<sup>1294</sup> en hora pico.

<sup>1293</sup> Para este análisis se eligieron los valores de eficiencia espectral referidos por la FCC, considerando que en sus ejercicios se discriminan las estimaciones de eficiencia espectral en función del Release de HSPA y la configuración de antena.

<sup>1294</sup> Se tomó como referencia 1,08 b/s/Hz/sector aunque de acuerdo con la FCC (ver Tabla 22) el valor teórico superior podría ser de hasta 1,29 b/s/Hz/sector que también se muestra en las gráficas.

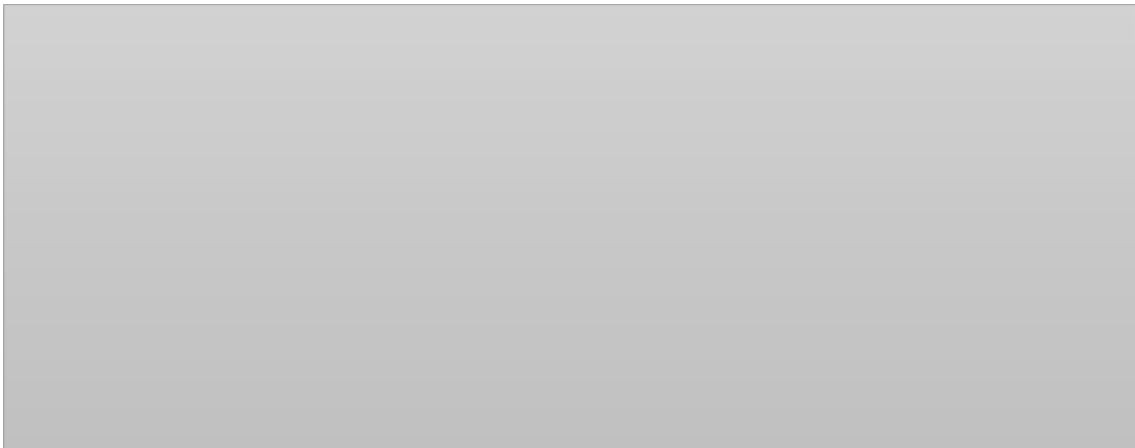
**Gráfica 101. Tráfico 3G de COMCEL y eficiencia espectral - municipios con entre cien mil y un millón de habitantes**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de tráfico de datos de **COMCEL**, red 3G – máximo de julio, agosto y septiembre de 2018

De acuerdo con los resultados obtenidos e indicados en el gráfico anterior, para municipios con población entre cien mil y un millón de habitantes, el 99,19% de los sectores de estación base 3G tienen una eficiencia espectral menor o igual a 1,08 b/s/Hz/sector (bits por segundo por Hertz por sector).

**Gráfica 102. Tráfico 3G de COMCEL y eficiencia espectral - municipios con menos de cien mil habitantes**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de tráfico de datos de **COMCEL**, red 3G – máximo de julio, agosto y septiembre de 2018

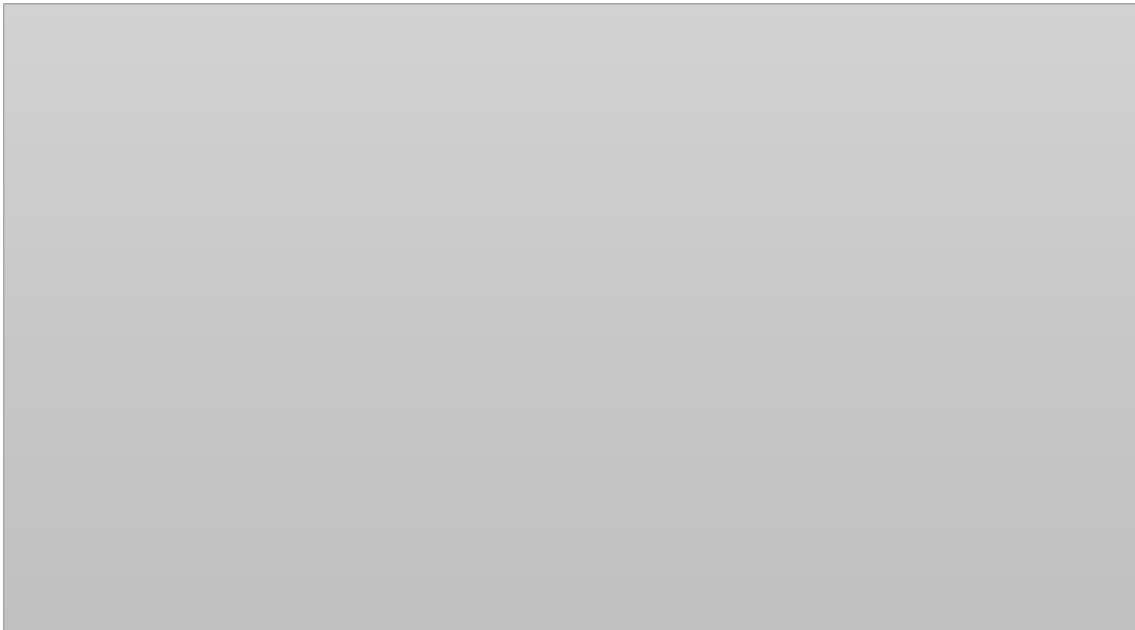
Para los municipios con población entre doscientos mil y quinientos mil habitantes, se obtiene que el 97,68% de los sectores de estación base 3G cuentan con eficiencia espectral menor o igual a 1,08 b/s/Hz/sector (bits por segundo por Hertz por sector).

La siguiente Gráfica agrupa el resultado obtenido para las 3 categorías de municipios analizadas como una función de distribución acumulativa. Nótese que, a partir del análisis que acá se describe, se identifica que las redes 3G de **COMCEL** con mayores exigencias en términos de eficiencia espectral, son las de poblaciones con menos de 100.000 habitantes, seguidas por aquellas entre 100.000 y 1.000.000 de habitantes.

De forma resumida, a septiembre de 2018, de un total de [ ] sectores 3G de la red de **COMCEL**, había [ ] sectores con alto tráfico de datos, usando como referencia para esto último el criterio de [ ] MB/sector en hora pico en el *downlink*, equivalente a 1.08 b/s/Hz/sector, si se consideran portadoras de 5 MHz.



**Gráfica 103. Tráfico 3G de COMCEL y eficiencia espectral – comparación para todas las categorías de municipios. Representación en función de distribución acumulativa (CDF)**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de tráfico de datos de **COMCEL**, red 3G – máximo de julio, agosto y septiembre de 2018

Usando los mismos datos anteriores, se encuentra que los siguientes porcentajes de celdas 3G presentan una eficiencia espectral mayor a 1.08 b/s/Hz/sector:

- 0.476% de celdas en ciudades de más de un millón de habitantes.
- 0.8125% de celdas en ciudades con entre cien mil y un millón de habitantes.
- 2.3177% de celdas en ciudades con menos de cien mil habitantes.

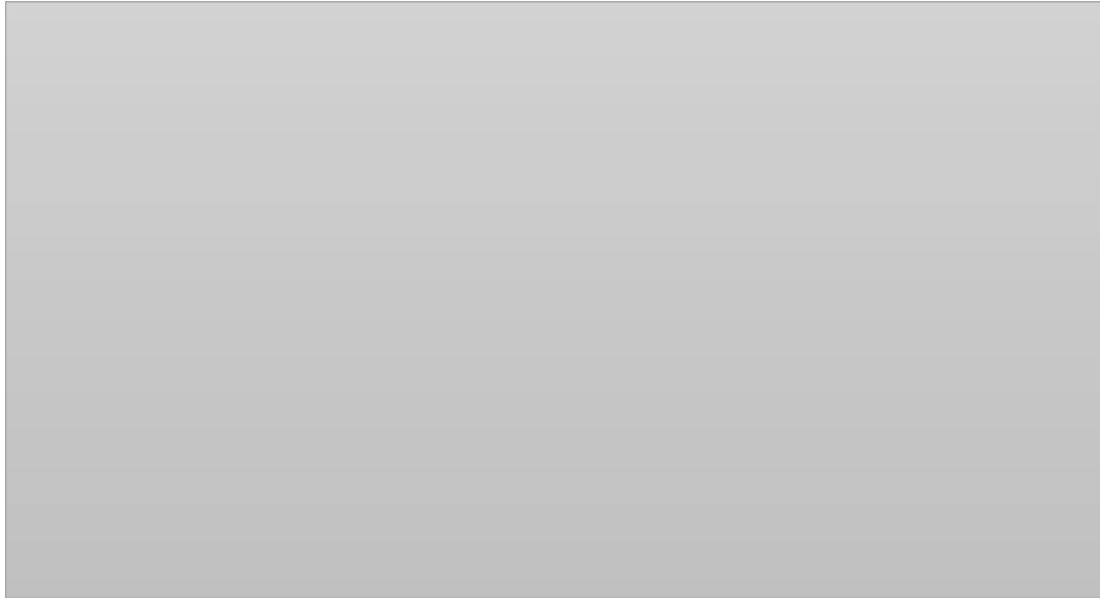
Por otro lado, en la Gráfica 104. se presenta el resultado del análisis efectuado para la red 4G de **COMCEL**, quien informó -en respuesta al auto de pruebas de octubre de 2018- que el Release 3GPP de su red 4G corresponde al [ ] y que utiliza una configuración [ ]. Eso significa, que la eficiencia espectral de downlink de su red debe ser superior a 1.68 b/s/Hz/sector (bits por segundo por Hertz por sector) de acuerdo con los datos de referencia de la FCC citados en la Tabla 22 y considerando portadoras de 15 MHz. Bajo esta aproximación, se tiene que el porcentaje de sectores con eficiencia espectral mayor a 1.68 b/s/Hz/sector corresponde a:

- 0.53% de celdas en ciudades de más de un millón de habitantes.
- 0.74% de celdas en ciudades con entre cien mil y un millón de habitantes.
- 1.62% de celdas en ciudades con menos de cien mil habitantes.

En todo caso, dado que la información analizada de **COMCEL** muestra un menor promedio de sectores por sitio 4G ([ ]), es posible que dicho proveedor aumente la capacidad de sectores por sitio de manera que se haga más eficiente el uso del espectro radioeléctrico disponible.

Es importante mencionar, que de acuerdo con la información reportada por **COMCEL** respecto de la distribución del espectro asignado a dicho PRSTM, en su momento contaba con 30MHz (15 MHz + 15 MHz) en la banda de 2,500-2,690 MHz para la prestación de servicios 4G, lo que evidenciaba que no disponía de redes en bandas bajas (menores a 1 GHz) para la prestación de servicios 4G. Lo anterior dado que las asignaciones en bandas bajas que tenía antes de febrero de 2020 sumaban 25 MHz en la banda de 850 MHz, y estaban destinadas en su totalidad para la prestación de servicios 2G y 3G de conformidad con lo demostrado por los datos de tráfico aportados por el mismo operador. En tal sentido, es evidente que con el permiso de uso de espectro en la banda de 700 Mhz otorgado a dicho proveedor mediante Resolución MinTIC 326 del 20 febrero de 2020, la situación descrita cambiará una vez el operador adelante el despliegue al disponer de una mayor capacidad de espectro en bandas bajas para la prestación de servicios 4G.

**Gráfica 104. Tráfico 4G de COMCEL y eficiencia espectral – comparación para todas las categorías de municipios. Representación en función de distribución acumulativa (CDF)**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de tráfico de datos de **COMCEL**, red 3G – julio, agosto, septiembre de 2018

Con base en lo expuesto en esta sección, se tienen las siguientes conclusiones respecto de la capacidad de la red de **COMCEL**:

- A julio, agosto y septiembre de 2018, las redes 3G de **COMCEL** soportaban: **i)** la mayor parte del tráfico de voz móvil (el 57.9% en ciudades de menos de 100.000 habitantes, el 74.3% en ciudades de entre 100.000 y 1.000.000 de habitantes y el 81% en ciudades de más de 1.000.000 de habitantes); y **ii)** la mayor parte del tráfico de datos móviles (el 68.8%) en ciudades de menos de 100.000 habitantes, con menores proporciones de tráfico de datos en las otras tipologías: el 46.7% en ciudades entre 100.000 y 1.000.000 de habitantes y el 36.4% en ciudades de más de 1.000.000 de habitantes.
- A septiembre de 2018, la red 3G de **COMCEL** era la de mayor despliegue de infraestructura de dicho proveedor en términos de número de sitios (████) y de número promedio de sectores por sitio (████). Teniendo en cuenta que **COMCEL** informó en su respuesta al Auto de Pruebas de octubre de 2018 que usa hasta █████ MHz para el despliegue de 3G en esquemas █████ MHz por sector, se evidencia un esfuerzo por hacer un uso eficiente del espectro radioeléctrico disponible a esa fecha.
- Para la misma época, la red 4G de **COMCEL** tenía un despliegue menor (████ sitios), siendo más pronunciada la brecha en municipios de menos de 100.000 habitantes. Para ese momento, la red 4G también registró un promedio menor de sectores por sitio (████) comparada con la red 3G. Esta red 4G estaba desplegada únicamente en bandas altas (bandas de 2,500 -2,690 MHz), pues, según se puede observar en los datos de tráfico aportados por dicho operador, las bandas bajas (850 MHz) que tenía en esa oportunidad se empleaban para atender el tráfico de 2G y 3G.
- En el mismo periodo de análisis, los sectores 3G con mayor carga de tráfico están en poblaciones de menos de 100.000 habitantes, lo que en su momento se correlacionaba con una menor participación de tráfico de datos 4G y un menor despliegue de redes asociado a esta última tecnología en estas poblaciones.
- En términos de carga de tráfico de datos de los sectores 3G de **COMCEL**, se observó que el 1.19% (████ de █████ sectores) presentan eficiencias espectrales mayores que 1.08 b/s/Hz/sector, mientras que el 0.39% (████ de █████) presentan eficiencias espectrales por encima de los límites teóricos usuales de la tecnología ( $EE > 1.29$  b/s/Hz/sector). Para la época del análisis y según la información allegada por **COMCEL**, los sectores con estas características estaban llegando al límite de la eficiencia espectral teórica de 3G para el espectro radioeléctrico disponible (portadoras de █████ MHz).

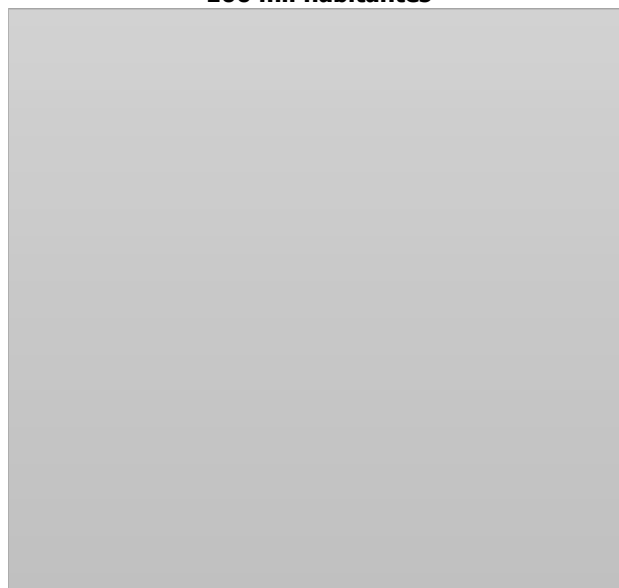
En conclusión, una vez analizada la carga de tráfico de datos y la capacidad de la red 3G de **COMCEL**, que fue estimada mediante el criterio de eficiencia espectral, se observó que sólo el 1.19% de los sectores reportados presentan, en el momento del máximo tráfico observado en un periodo de 3 meses (julio, agosto y septiembre de 2018), un valor que sería superior a 1.08 b/s/Hz/sector. Dado que la estimación de capacidad corresponde a un mínimo y el pico de tráfico corresponde a un máximo observado en el citado periodo, el análisis realizado permite observar que el promedio de sectores de la red 3G que presentan una carga de tráfico alta es menor al porcentaje estimado.

En cuanto a los municipios con más de 100.000 habitantes, se encontró que a septiembre de 2018 había [REDACTED] sectores 3G con alto tráfico de datos de un total de [REDACTED] sectores de dicha tecnología, es decir, el 0.63%. Sin embargo, a diferencia del caso de poblaciones de menos de 100.000 habitantes, se identificó que hay alto tráfico de datos en sectores 3G que están en zonas urbanas con presencia cercana de tecnología 4G y que además son sectores que están vinculados con estaciones base (sitios) con un amplio despliegue (número de sectores 3G).

En estos casos, los análisis indicaron que es muy probable que el tráfico de datos 3G sea muy alto en comparación con la infraestructura desplegada de red y la anchura de banda de espectro radioeléctrico disponible. Lo anterior se identificó para casos puntuales en [REDACTED]

[REDACTED]. En particular, el ejercicio particular llevado a cabo mostró altos niveles de tráfico y baja proporción de infraestructura en la red 3G de **COMCEL** en casos específicos ([REDACTED] sectores identificados) en municipios de más de 100.000 habitantes, lo cual se ilustra en el siguiente mapa:

**Gráfica 105. Altos niveles de tráfico en la red 3G de COMCEL en los municipios con más de 100 mil habitantes**



**Fuente:** Elaboración propia a partir de información de tráfico de datos de **COMCEL**, red 3G – julio, agosto, septiembre de 2018

En todo caso, en lo que tiene que ver con el espectro 3G, sorprende a esta Comisión que, como se ha evidenciado en este capítulo, los datos aportados por el Perito no soporten el caso del déficit de espectro en 3G y las conclusiones obtenidas hasta este punto han sido producto del análisis detallado realizado por la CRC.

De cualquier modo, debe tenerse en cuenta que, para el momento del dictamen, el Gobierno Nacional ya estaba adelantando actividades orientadas a la generación de condiciones en las que los PRST pudieran acceder a más espectro, por ejemplo la expedición del Decreto 2194 fechado el 26 de diciembre de 2017, mediante el cual se incrementaron los topes de espectro tanto en bandas altas como en bandas bajas y la expedición de la Resolución 925 del 25 de abril del 2019 mediante la cual el Ministerio de Tecnologías de Información y Comunicaciones invitó a los PRST

interesados a manifestar interés en el proceso para otorgar permiso de uso del ERE en las bandas IMT de 700 MHz, 1,900 MHz y 2,500 MHz, las cuales fueron efectivamente asignadas en febrero de 2020, tal como se señaló en la secciones 8.1.4 y 8.1.5. En ese sentido, toda vez que **COMCEL** fue asignatario de ERE en las bandas anteriormente mencionadas, el argumento del perito queda totalmente desvirtuado, sin mencionar que el dictamen no prueba el supuesto déficit de espectro en 3G.

Por último, debe recordarse una vez más que lo que respecta al costeo de la red es materia de una medida regulatoria de carácter general que la CRC debe aplicar y que es ajena al objeto de la presente actuación, por lo que controvertirla o solicitar modificarla resulta improcedente en este caso.

#### **8.2.3.1.5. Potenciales afectaciones a operadores en el mercado mayorista de RAN**

En respuesta al inicio de la presente actuación administrativa, **COMCEL** se refiere a un documento de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE u OECD, por sus siglas en inglés) en el que afirmó que MOVISTAR y TIGO no deberían tener derecho a precios bajos en RAN por llevar bastante tiempo establecidos, y a los casos de Free Mobile en Francia y Play en Polonia, en los que la imposición de la obligación de ofrecer tarifas bajas de RAN fue perjudicial para los operadores competidores. **COMCEL** afirma que con la medida se generará una carga de demanda para servicios mayoristas para el operador afectado, dejando sin tráfico de RAN al resto de operadores que podrían proveer dichos servicios. Adicionalmente, considera que se puede afectar el atractivo para otros operadores de participar en la subasta, teniendo en cuenta que pueden usar la red y el espectro de **COMCEL** por medio del RAN.

#### **Consideraciones de la CRC:**

Respecto del planteamiento de **COMCEL** en este punto, debe decirse, en primer lugar, que el acceso a Roaming Automático Nacional por parte de todos los operadores se encuentra garantizado tanto por la normatividad andina sobre la materia, como por la regulación de carácter general expedida por la CRC al definirla como una instalación esencial. Ahora bien, en relación con las medidas dispuestas en la Resolución CRC 5107 de 2017, que establecen los casos en los que los operadores establecidos MOVISTAR y TIGO, junto con **COMCEL**, pueden acceder a dicha instalación esencial a precios regulados, debe observarse que estos se encuentran limitados a municipios con bajo despliegue de infraestructura propia, según las condiciones dispuestas en los párrafos de los artículos 4.7.4.1 y 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, que generan incentivos adecuados para que los operadores que hagan uso de dicha instalación puedan en el corto y mediano plazo focalizar sus inversiones para obtener una masa crítica en aquellas zonas donde la asimetría de cobertura no genera adecuadas presiones competitivas y alternativamente invertir en redes propias en dichas zonas cuando se haya alcanzado dicha masa crítica.

Al respecto, se observa cómo el párrafo 1 del artículo 4.7.4.1. contempla que el acceso a Roaming Automático Nacional a precios regulados para el servicio de voz y SMS no aplica en toda la geografía nacional. Dicho párrafo dispone que la remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional para el servicio de voz y SMS, a los valores contemplados respectivamente en las tablas de los numerales 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 del artículo 4.7.4.1 del Capítulo 4 Título VII de la Resolución CRC 5050 de 2016, solo serán aplicables en aquellos municipios donde el proveedor solicitante del acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, es decir, el Proveedor de Red Origen, haya desplegado para la prestación de sus servicios de voz y SMS, en conjunto 3 o menos sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN), o no haya desplegado ningún sector en las citadas tecnologías.

Por su parte, el párrafo del artículo 4.7.4.2. dispone que el acceso a Roaming Automático Nacional a precios regulados para el servicio de datos no aplica en toda la geografía nacional. Dicho párrafo dispone que la remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional para el servicio de datos, a los valores contemplados en la tabla del numeral 4.7.4.2.1 del artículo 4.7.4.2 del Capítulo 4 Título VII de la Resolución CRC 5050 de 2016, solo será aplicable en aquellos municipios donde el Proveedor solicitante de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, es decir el Proveedor de Red Origen, haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos 3 o menos sectores de tecnología 4G, o no haya desplegado ningún sector en la citada tecnología.

Adicionalmente, el artículo 4.7.2.2.6 de la Resolución CRC 5050 de 2016, adicionado por el artículo 1 de la Resolución CRC 5107 de 2017, indica que el Proveedor de Red Visitada deberá entregar, dentro de los quince días siguientes a la finalización de cada mes a la Comisión de Regulación de Comunicaciones y al proveedor de red origen el tráfico de voz, SMS y datos cursado por usuarios que se encuentran en RAN. Dicha información deberá ser reportada a nivel de estación base, para cada día del mes.

En lo que se refiere a las condiciones de Roaming Automático Nacional dispuestas en el documento soporte de la resolución de inicio de la actuación administrativa, es importante tener en cuenta que la misma se contemplaba como potencial medida regulatoria orientada a corregir o mitigar una posible posición de dominio en el mercado "servicios móviles", situación que no había sido señalada por la CRC en el año 2014 al momento de elaboración del documento por parte de la OCDE, por cuanto dicho mercado ni siquiera se encontraba definido, ni mucho menos había sido realizado el análisis de competencia ni el análisis de pertinencia de implementación de medidas regulatorias que atendieran dichas problemáticas. Es precisamente con ese propósito que se analiza en este documento la pertinencia o no de implementar un Roaming Automático Nacional bajo los escenarios propuestos en la Resolución 5110 de 2017, en respuesta a las condiciones de competencia identificadas.

Ahora bien, en relación con las referencias a los casos de Free Mobile en Francia y Play en Polonia, la Comisión debe señalar que **COMCEL** no demuestra cómo dichas situaciones se puedan parecer a la que se ha analizado en el documento soporte de inicio de la actuación. Debe recalarse que la situación presentada en Francia solo produjo que la autoridad de regulación de dicho país levantara la medida de RAN, inicialmente establecida para facilitar la entrada de Free Mobile, justamente porque fue funcional en la medida en que se aumentó la participación de dicho operador, con una pérdida en la participación de los incumbentes. Lo que muestra que aun cuando una medida genere mayores presiones competitivas a los incumbentes que al operador dominante, el camino a seguir no es levantarla para mitigar su dominancia sino, por el contrario, profundizarla para obtener tal mitigación. Así las cosas, resulta extraño que **COMCEL** se oponga a medidas que no afectan a los operadores dominantes y sí a los competidores de estos, dado que en su referencia a estos casos afirma que la medida impuesta no afectó a Orange -quien habría recuperado a nivel mayorista lo que perdió a nivel minorista- y sí a SFR y Bouygues. En la misma línea se desestiman sus referencias en relación con el caso de Play en Polonia.

Adicionalmente, no menciona **COMCEL** para el caso de Free Mobile ni para el de Play, si el operador contaba con la posibilidad de solicitar Roaming Automático Nacional a cualquiera o a todos los operadores que hacían parte del mercado, y en qué condiciones. En este sentido, en Colombia se observa que los operadores MOVISTAR y TIGO cuentan con acuerdos de acceso a Roaming Automático Nacional con **COMCEL**, tanto con precios regulados para los sitios en los que aplica dicha condición, o con un precio libremente negociado para los sitios en los que no aplica el precio regulado. Adicionalmente, TIGO y MOVISTAR cuentan entre sí con un acuerdo de acceso a Roaming Automático Nacional, y Avantel, que fue adjudicatario en la subasta de espectro 4G de 2013, cuenta con acuerdos de Roaming Automático Nacional con **COMCEL** y MOVISTAR, pudiendo complementar su cobertura con la cobertura de cada una de estas dos redes.

También se observa que siete (7) años después de la entrada de Avantel al mercado con espectro IMT, este alcanza, en términos de usuarios, tan solo el 3,4% de participación en la prestación del servicio de voz móvil y del 2,5% en la prestación del servicio de Internet móvil, a pesar del impulso que pudo producir en dichas participaciones la medida de acceso regulado a RAN, posiciones que distan de las alcanzadas por Free Mobile y Play que refiere **COMCEL** en su escrito, y que por ende requieren de una profundización.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la pérdida de participación de mercado en el segmento mayorista de acceso a Roaming Automático Nacional por parte de TIGO y MOVISTAR como producto de la medida regulatoria que se estaría adoptando, podría ocurrir únicamente si dichos operadores no reaccionan con sus propios precios mayoristas (u otro tipo de beneficios para los operadores que hacen uso de RAN) a los valores regulados impuestos a **COMCEL**. La medida regulatoria promovería una mayor competencia en el segmento mayorista y los incentivos para que tanto MOVISTAR como TIGO, en caso de que estuviesen interesados en proveer RAN a otros operadores de red, buscaran mejorar las condiciones ofrecidas para atraer a otros operadores hacia su red.

En relación con los incentivos a participar en procesos de subasta de espectro por parte de **COMCEL** con las medidas regulatorias sugeridas, se debe señalar que cualquier medida en este sentido no tiene por objeto generar incentivos o desincentivos en dicha participación, sino evaluar la necesidad de mitigar dinámicas que pueden afectar la competencia en un mercado, por lo que la participación en tales procesos de subasta es una decisión exclusiva del operador, sobre todo en escenarios donde pueda necesitar el espectro radioeléctrico para poder realizar en el mercado una oferta competitiva de servicios de voz y datos.

Los análisis detallados que ha debido realizar esta Comisión para determinar la imposición de la medida particular y que están basados en aspectos tales como disponibilidad de espectro, tráfico de datos y capacidad de la red móvil de **COMCEL** con información del tercer trimestre de 2018, han permitido observar que la red 3G de este operador en municipios de más de 100.000 habitantes tenía altos niveles de tráfico y la infraestructura que lo soportaba estaba al límite de su capacidad en esos municipios.

En este sentido, se tiene que la proporción entre los niveles de tráfico y el despliegue de la infraestructura en algunos ámbitos geográficos del país haría inviable la definición de una obligación particular a **COMCEL** -adicional a las establecidas en la regulación general- en materia de acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional (RAN).

De cualquier modo, es necesario precisar que, con las medidas de carácter general expedidas para promover la competencia en los mercados móviles se ha buscado garantizar la remuneración eficiente de la infraestructura desplegada.

De acuerdo con todo lo antes expuesto, es claro que las medidas mayoristas planteadas al inicio de la presente actuación en lugar de generar efectos negativos en el mercado mayorista de RAN, lo que hacen es generar incentivos para que los demás operadores que ofrecen dicha instalación esencial diseñen y desarrollen estrategias y ofertas mayoristas para continuar suministrando el servicio de RAN en las zonas donde tienen redes desplegadas. Adicionalmente, incentiva a estos mismos operadores a desarrollar ofertas minoristas para aprovechar el precio mayorista de RAN regulado aplicable al acceso suministrado por el operador dominante. Sin embargo, tal como se explicó en la sección 8.2.3.1.1 del presente acto administrativo, por ahora tales medidas mayoristas no serán implementadas, en razón a que el diferencial entre los precios mayoristas y minoristas que se pretendía establecer, con el fin de promover la competencia en el mercado de "Servicios Móviles", se ha reducido en magnitud y tiende a desaparecer en el corto plazo.

#### **8.2.3.1.6. Modelo de costos de la CRC**

En respuesta al inicio de la presente actuación administrativa, **COMCEL** afirma que no ha podido replicar los valores definidos por la CRC en el modelo de costos, pues el que está disponible en la web está vacío, sin la información y valores específicos que han sido utilizados para determinar los costos y no acompaña un documento explicativo del detalle del modelo. Por ello, considera que no ha podido ejercer su derecho de defensa y contestar con hechos y datos la propuesta de las tarifas resultantes del modelo de costos, ya que la CRC ha omitido entregar la información necesaria para ello, vulnerando lo dispuesto en los Decretos 1078 y 1081 de 2015. Para **COMCEL**, la Resolución CRC 5107 de 2017 estableció las tarifas de RAN con base en un modelo de costos incrementales, pero en el proyecto regulatorio estableció valores con base en una metodología de costos medios y dos meses después lo hizo con una metodología de LRIC puro. Hace alusión a varios pronunciamientos de autoridades extranjeras para argumentar que los modelos de costos incrementales tienen muchos problemas, pues no reflejan la realidad de los costos del operador, desincentivando la inversión, generando problemas de calidad y perjudicando al usuario. Adicionalmente, **COMCEL** refiere que el acceso por parte de los competidores a la infraestructura del operador regulado por debajo de costos permite disfrutar de economías de escala sin asumir el riesgo de inversión, generando distorsiones en el mercado, y además se produce estrechamiento de márgenes.

**COMCEL** manifiesta que, ante la negativa de la CRC de hacer entrega del modelo de costos utilizado para definir los valores de RAN, construyó su propio modelo de costos para juzgar si los valores propuestos están por debajo o por encima del costo real. Critica el modelo de la CRC porque supuestamente una empresa siempre va a generar ineficiencias fruto de la operación, por lo que no podrían emplearse costos de una empresa eficiente para determinar valores. Explica que se basó en su propio modelo de separación contable validado y auditado por la CRC realizando una extracción y cálculo de los valores mayoristas de la prestación de los servicios de

voz y datos. Después de exponer la información del mencionado modelo, afirma que los costos derivados de su modelo contrastan fuertemente con los propuestos por la CRC en la Resolución CRC 5110 de 2017, pues estos últimos están por debajo del costo, incumpliendo así lo que establece la Ley 1341 de 2009 al respecto.

Afirma además que la CRC no tuvo en cuenta en su cálculo lo consignado en el documento soporte de diciembre de 2016 respecto del servicio de voz móvil, y el hecho de que se encuentre en Etapa III pero en subfase de decaimiento, predice que el volumen de llamadas decaerá, y que en lo relativo al servicio de Internet móvil *"los operadores entrantes deberán pagar a los establecidos y demás entrantes el valor estimado a costo medio"* y que *"los operadores establecidos deberán pagar a los entrantes y demás establecidos el valor estimado a costo medio"*.

Por lo anterior, concluye **COMCEL**, la Resolución CRC 5110 de 2017 va en contra de sus propias conclusiones en diciembre de 2016, contradice su propia consideración sobre la necesidad de garantizar la inversión en infraestructura para desarrollar el mercado de Internet móvil, desincentiva cualquier esfuerzo de inversión en nuevas redes y limita la capacidad de **COMCEL** de recuperar las inversiones, generándole un perjuicio patrimonial.

En su escrito de alegatos de conclusión, **COMCEL** reitera lo manifestado en el documento de respuesta al inicio de la actuación particular del 17 de abril de 2017, en donde habría demostrado que los costos de **COMCEL** para ofrecer el servicio mayorista de RAN, de acuerdo con el modelo de separación contable validado y auditado por la CRC, son superiores a los valores propuestos por la CRC en la Resolución 5110. Considera entonces que se presenta una evidente contradicción entre lo afirmado por el regulador en el documento soporte de la Actuación Particular, donde la CRC argumenta que **COMCEL** tiene una ventaja competitiva que no puede ser replicada por los demás jugadores, explicada en sus mayores economías de escala y alcance, mayor cobertura y mayor cantidad de puntos de venta y distribución, pero a la vez, el estudio de costos elaborado supuestamente sobre una "Empresa Eficiente" arroja valores muy por debajo de los costos mayoristas de **COMCEL**.

En opinión de **COMCEL**, esta evidencia permite concluir que la medida propuesta por la CRC estaría imponiendo la carga de ofrecer el servicio de RAN a todos los operadores, a un precio por debajo de su costo mayorista, tanto para voz como para Internet móvil, resultando en pérdidas para el operador regulado, causándole un perjuicio patrimonial y afectando la capacidad de inversión para despliegue de su red.

Por otro lado, en relación con lo que **COMCEL** denomina *"las reiteradas negativas de la CRC de compartir en su totalidad el modelo de costos utilizado por esta entidad para proponer las tarifas asimétricas antes mencionadas"*, señala que el Tribunal Europeo ya ha deliberado en 2017 que los reguladores están obligados a compartir todos los modelos económicos utilizados en la definición de regulaciones, pues de lo contrario se vulnera el derecho de defensa del interesado.

Para soportar lo anterior, se refiere de manera parcial a un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el que se manifiesta que la Comisión vulneró los derechos de defensa de la demandante al no haberle comunicado la versión final de su modelo econométrico.

#### **Consideraciones de la CRC:**

En relación con las consideraciones que presenta **COMCEL** frente al acceso al modelo de costos móviles empleado por la CRC para definir los valores asociados al acceso a la instalación esencial de RAN, basta con recordar que el 17 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia en relación con el recurso de insistencia presentado por **COMCEL** para acceder al modelo de costos incluyendo la información que la CRC procesó para obtener los resultados del mismo, decidiendo no dar la razón a la solicitud de dicho operador.

En relación con la documentación expuesta en este apartado por parte de **COMCEL** es importante referir y analizar diferentes artículos que el proveedor allegó buscando soportar sus argumentos, así:

- Office Journal of the European Union Commission Recommendation on relevant product and service markets: **COMCEL** plantea que las medidas ex-ante solo deben estar vigentes mientras se desarrolla la competencia en el mercado, implicando la necesidad de hacerlo solo

por un tiempo determinado. Al respecto debe decirse que la referencia bibliográfica citada por **COMCEL** es clara al explicar que las medidas regulatorias ex-ante se deben remover progresivamente en la medida que se desarrolla la competencia en el mercado, por lo que en las condiciones actuales de competencia del mercado de servicios móviles debe considerarse un tiempo prudente para que las medidas propuestas empiecen a ser efectivas y se corrijan los problemas de competencia, así: *"...As there may be a degree of variation across Member States in the pace of the expected or foreseeable market development which underlie this finding at Union level, specific national circumstances may justify that a national regulatory authority could find that market 1 or other retail markets related to market 2 are not yet effectively competitive from a forward looking perspective..."* (...) *"...National regulatory authorities could thus justify continuing exante regulatory intervention provided that the three criteria test is satisfied in the national circumstances for the subsequent review period..."*<sup>1295</sup>.

- Remarks of new FCC Commissioner Ajit Pai about the open internet rules and proposed approach: **COMCEL** emplea esta cita para justificar que las medidas regulatorias deben tener una duración limitada y revisarse periódicamente con el fin de tener en cuenta la incertidumbre que se genera en el mercado. Al respecto, esta Comisión considera que la cita está sacada de contexto ya que el autor está realmente criticando la aproximación de la FCC con respecto a la regulación de neutralidad de red. Esto al afirmar que: *"...For almost two decades, the FCC respected that policy. It adopted a light-touch regulatory framework, one explicitly approved by the U.S. Supreme Court, which enabled the Internet to grow and evolve beyond almost anyone's expectations. Under this framework, a free and open Internet flourished. Under this framework, America's Internet economy produced the world's most successful online companies: Google, Facebook, and Netflix, just to name a few. Under this framework, the private sector invested about \$1.5 trillion to build the networks that gave people high-speed access to the Internet. And under this framework, consumers benefited from unparalleled innovation..."*<sup>1296</sup>.
- Mario Monti Competition and Regulation in the Telecom Industry – The Way Forward: **COMCEL** usa esta cita para mostrar que la Comisión Europea refuerza la idea de temporalidad limitada de las medidas para promover la competencia sin destruir la dinámica del mercado. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el autor de esta cita es claro en especificar que la regulación del mercado de telecomunicaciones requiere una aproximación coherente para abordar los diferentes problemas del sector, y que a pesar de la liberalización y la disponibilidad de instrumentos de competencia, todavía no se han alcanzado condiciones de competencia que justifiquen abandonar la regulación ex-ante. El autor menciona la dimensión temporal para explicar que el regulador debe proporcionar los incentivos necesarios para que los competidores ganen acceso a la red del incumbente en el corto plazo, y puedan construir su propia infraestructura en el largo plazo. También se explica que el objetivo del regulador no debe ser el de tener menos regulación, sino regulación más apropiada cuando sea necesario, en los siguientes términos: *"...I would like to introduce you to the main features of the new regulatory framework by stressing that, despite liberalisation and the availability of competition law instruments, we have not yet reached market conditions in the electronic communications sector which would allow exante regulation to be abandoned..."* (...) *"...But this should not sound at all like a rather downbeat way of depicting the situation. I believe what really matters is not that regulation as an instrument is abandoned completely and too soon, but that the approach to regulation is consistent with the approach to antitrust analysis and enforcement..."* (...) *"...I would like to reiterate that, from my point of view, the essential point is not whether there is more or less regulation, but what type of regulation is needed..."* (...) *"...economic regulation is based on the perspective that intervention on the market is necessary and beneficial only when it offers the solution to certain sorts of market power..."*<sup>1297</sup>.

<sup>1295</sup> THE EUROPEAN COMMISSION, COMMISSION RECOMMENDATION of 9 October 2014 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2014, numeral 25. Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0710&from=EN>>

<sup>1296</sup> AJIT PAI, Remarks of FCC chairman Ajit Pai at the newseum, 2017, pág. 1. Disponible en <[https://transition.fcc.gov/Daily\\_Releases/Daily\\_Business/2017/db0427/DOC-344590A1.pdf](https://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2017/db0427/DOC-344590A1.pdf)>

<sup>1297</sup> Tomado de los folios 329-332 del expediente administrativo 2000-74-18-1-1.



- Kathleen Abernathy, FCC Commissioner: **COMCEL** usa esta cita para justificar que las medidas de RAN deben ser revisadas en un plazo menor a dos años. Al respecto es preciso señalar que la autora se está refiriendo a que la regulación no debe torpedear la innovación tecnológica y que al hacer esto el regulador garantiza que se promueva la competencia y servicios de valor a las comunidades. El artículo es claro en explicar la manera en que la regulación debe promover la innovación y el desarrollo tecnológico en el servicio de radio, en los siguientes términos: *"...Throughout this time, radio has been a source of entertainment and information and has brought communities together. Yet, radio has undergone many changes over the years. Developments in technology have increased the availability and quality of radio service, but they have also brought about the introduction of competing media sources, such as television and the internet. One of the biggest challenges that radio has faced is how to survive, and indeed thrive, in the face of technological change. One of the biggest challenges that I face as a regulator is ensuring that our rules keep pace with technological advancements and the changing competitive landscape. We need to ensure that FCC rules adequately reflect the current marketplace – not one that existed five, ten or even twenty-five years ago. And we need to ensure that regulation does not stand in the way of technological innovation. Only by doing our part can we ensure that you are able to provide competitive and valuable services to your communities..."*<sup>1298</sup>.
- CTIA December 2016: Al igual que en el punto anterior, **COMCEL** usa esta cita para justificar que las medidas de RAN no deberían durar más de dos años. Al respecto se observa que el artículo se refiere a los comentarios de CTIA -asociación comercial que representa a la industria móvil- y que remite sus apreciaciones particulares a la FCC respecto del proceso de simplificación normativa que realiza la mencionada entidad cada dos años. En el contexto de la cita debe advertirse que aun cuando **COMCEL** realiza una lectura sesgada de la cita, lo que la asociación está pidiendo a la FCC es que realice el proceso de revisión de manera rápida, en los siguientes términos: *"...CTIA submits these comments in response to the Public Notice seeking input on the 2016 Biennial Review of Telecommunications Regulations. CTIA urges the Commission to take a renewed look at the thriving competition in the mobile wireless marketplace and welcomes a rigorous Section 11 Biennial Review that will eliminate unnecessary rules that harm wireless consumers..."* (...) *"...CTIA urges the Commission to complete this biennial review on a faster track than proposed in the Public Notice announcing the review. That document stated that the Bureaus would issue reports identifying rules that they determine to be no longer necessary up to four months after the comment period – or as late as May 2017. Rulemakings to implement the reports would not even begin for another five months, i.e., in October, meaning that any rule changes will not occur until well into 2018 – when another biennial review must start..."*<sup>1299</sup>.
- OCDE, Estudio de la OCDE sobre las políticas de regulación y telecomunicaciones en Colombia: Por medio de esta cita **COMCEL** quiere mostrar que la misma OCDE ha recomendado para el caso colombiano que las medidas de RAN sean cortas y que estén acompañadas por una revisión dinámica. Al respecto, se observa que la misma cita que utiliza **COMCEL** en su documento de Alegatos de Conclusión especifica que las medidas de RAN deberían estar vigentes por un plazo de 4 a 6 años, en los siguientes términos: *"...Por lo tanto, la CRC debe incluir una cláusula de extinción para garantizar las obligaciones de roaming nacional solo permanezcan vigentes durante un periodo razonable (cuatro a seis años) (...)"*<sup>1300</sup>.
- Jersey Competition Regulatory Authority Review of the price control for wholesale on island leased lines: Esta referencia es utilizada por **COMCEL** para argumentar que inicialmente el modelo de costos presentó valores basados en costos medios y dos meses después de forma arbitraria se establecieron valores con metodología LRIC puro, sin publicar los insumos necesarios para validar el resultado final. Sobre el particular, en el contexto del artículo se explica conceptualmente la metodología LRIC para después mostrar que se necesita tiempo y recursos para desarrollar dicha aproximación; sin embargo, en ningún momento se indica que un regulador esté obligado a adoptar una determinada metodología de cálculo y mucho menos que deba publicar información que la Ley considera reservada. De modo que la cita de COMCEL es absolutamente descontextualizada pues en nada soporta su afirmación. Téngase en cuenta que en el documento citado por el proveedor, como ya se explicó,

<sup>1298</sup> Tomado del folio 334 del expediente administrativo 2000-74-18-1-1.

<sup>1299</sup> Tomado de los folios 336-337 del expediente administrativo 2000-74-18-1-1.

<sup>1300</sup> Tomado de los folios 144 y 1855 del expediente administrativo 2000-74-18-1-1.

simplemente se señala que: *"...Concerns about the lack of efficiency incentives in the resultant regulated prices led to a shift to a 'bottom-up' approach of estimating via an appropriately specified cost model the Long Run Incremental Cost (LRIC) of providing the regulated service. Depending on the specification used, LRIC-based prices can include a contribution to the regulated firm's common costs though cost models have also been built to calculate 'pure' LRIC prices, which do not include any element of common costs. The JCRA notes that the time and resources required to develop cost models is a major disadvantage of this approach..."*<sup>1301</sup>.

- Commission Decision concerning CASE IT 2015 1733: Modelo LRIC puro para la remuneración de los operadores entrantes; **COMCEL** usa esta cita para argumentar que la misma Comisión Europea considera la metodología de costos incrementales inapropiada. Al respecto, la CRC considera que la cita en ningún lugar presenta argumentos en contra de la metodología de costos incrementales, indicando únicamente que se ha establecido un principio basado en costos que requerirá la aprobación de precios basados en costos de manera anual, y que AGCOM -autoridad reguladora italiana- debe considerar si una metodología diferente proporcionaría mayor estabilidad y predictibilidad, en los siguientes términos: *"...The Commission urges AGCOM to ensure that the procedures for the approval of cost oriented prices that are not subject to network caps be predictable for participating parties and as effective as possible, so as to avoid risks of delay and the need for corrections to the extent possible. In the event that that implementation of the measure will show that it is impossible to maintain a yearly timetable of price approvals that avoids retroactivity, AGCOM should consider whether a different pricing methodology would provide greater stability and predictability..."*<sup>1302</sup>.
- Opening Comments of SBC Communications Inc: Con esta cita que corresponde a un documento de comentarios del operador SBC Communications Inc (AT&T) en el marco de una consulta pública realizada por la FCC en 2004, **COMCEL** busca argumentar que incluso sus competidores están en contra de aplicar metodologías LRIC debido a que los precios de los elementos de red se basan en costos teóricos en los que un operador hipotético incurriría al desplegar su red con la tecnología más eficiente y el menor costo de configuración de red y no reflejar los costos reales del operador. Así mismo, en dicho documento se propone una modificación al TELRIC al incluir los costos prospectivos (forward looking costs) como metodología de costos de reemplazo. Al respecto esta Comisión reitera que, en el sector de telecomunicaciones buena parte de las agencias reguladoras del mundo se han decantado por los modelos de la familia LRIC con una aproximación de costos prospectivos en lugar de una aproximación de costos históricos, puesto que esta última implicaría reconocer ineficiencias particulares de los proveedores existentes en el mercado y por el contrario lo que se busca es incentivar la eficiencia en la manera como se proveen los servicios de telecomunicaciones. De igual manera, en cuanto a la propuesta de los costos incrementales, en el marco de la misma consulta que menciona **COMCEL** la FCC confirmó que los costos prospectivos se entienden como la suma de los elementos totales de los costos incrementales de largo plazo (TELRIC).
- Ofcom review of wholesale broadband access markets: Para **COMCEL** esta cita muestra que el acceso a infraestructura regulada por debajo de costos genera distorsiones de mercado que promueven la entrada de operadores ineficientes. Sobre el particular, se observa que en el documento original, Ofcom señala que fijar cargos basados en costos en mercados inmaduros sería un ejercicio riesgoso que puede llevar a que no se generen las señales económicas correctas a los entrantes. En particular, en el documento se explica que en mercados inmaduros existe un alto grado de incertidumbre respecto de los costos, y temas tales como la temporalidad de los costos y una tasa de retorno apropiada son más complicados que en mercados establecidos, lo anterior en los siguientes términos: *"...Ofcom believes that, since these are still immature markets, setting costbased charges would be a risky exercise which may lead to charges that do not provide the correct economic signal to entrants. In immature markets there is a high degree of uncertainty with regards to costs, and issues such as the timing of cost recovery and the appropriate rate of return on the capital employed are more complicated than in established markets..."*<sup>1303</sup>.

<sup>1301</sup> Documento citado por **COMCEL** como se nota en el folio 151 del expediente administrativo 2000-74-18-1-1.

<sup>1302</sup> Tomado del folio 344 del expediente administrativo 2000-74-18-1-1.

<sup>1303</sup> OFCOM, Review of the Wholesale Broadband Access Markets, 2004, p. 107. Disponible en <[https://www.ofcom.org.uk/\\_data/assets/pdf\\_file/0021/53814/broadbandaccessreview.pdf](https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0021/53814/broadbandaccessreview.pdf)>

- Cambini y Yanyan - Broadband investment and regulation: Según **COMCEL**, esta cita argumenta que metodologías LRIC exponen a la empresa a niveles considerables de riesgo y no proporcionan una prima que justifique dicho riesgo. Al respecto, se anota por parte de la CRC que el mismo artículo citado por **COMCEL** señala que, en el mercado de banda ancha, precios basados en TELRIC están asociados con disponibilidad creciente de servicios de banda ancha y aumento de la competencia, en los siguientes términos: *"...Unbundled loop prices based on TELRIC are associated with increased availability of broadband services and increased availability of competitive broadband services; hence wholesale network access requirements like unbundling do not dampen broadband availability or investment incentives..."*<sup>1304</sup>.
- Case ES /2009/0931 Retail Market for the Minimum Set of Leased Lines in Spain: Con esta cita, **COMCEL** pretende justificar que retail minus es mejor metodología que LRIC, y que el regulador español está de acuerdo con esto. Al respecto, esta Comisión debe decir que de acuerdo con una revisión de BEREC, LRIC es de las metodologías más utilizadas por los reguladores nacionales en Europa, en los siguientes términos: *"...There are clear preferences for price control methods (cost orientation alone or in combination with price cap), cost base (current cost accounting – CCA) and accounting methodologies (mainly long run incremental costs (LRIC) with fully distributed costs (FDC) preferred only in a few - mainly retail - markets)..."*<sup>1305</sup>.
- Ofcom office review of wholesale broadband access markets: Con esta cita **COMCEL** pretende mostrar que diferentes reguladores favorecen la metodología retail minus sobre la de LRIC puro. Al respecto, la CRC encuentra que las condiciones referidas por Ofcom no se cumplen para el mercado de servicios móviles en Colombia, ya que dicha autoridad considera que la regulación basada en costos es desproporcionada cuando la situación de poder de mercado no es complicada y se desea promover la entrada al mercado<sup>1306</sup>. De igual forma, Ofcom aclara que la metodología de retail minus es la apropiada para el mercado mayorista de banda ancha porque todavía es un mercado inmaduro sin mayores problemas de competencia. Lo anterior lo expone en los siguientes términos: *"...In a situation where market power is not entrenched, cost based regulation appears disproportionate and may even deter the development of greater competition..."*(...) *"...Ofcom considers that the fact that both BT and the cable operators are still rolling out their networks and that alternative forms of access are also being introduced shows that these are fast changing markets, where market power is not entrenched as in some narrowband markets..."*<sup>1307</sup>.
- Access pricing: A comparison between full deregulation and two alternative instruments of access price regulation: Con esta cita **COMCEL** busca mostrar que de manera empírica se ha demostrado que retail minus lleva a mejores resultados que LRIC. Al respecto, existe evidencia empírica que muestra que LRIC en los Estados Unidos ha resultado en efectos benéficos sobre la inversión y el desarrollo de redes: *"...Using an econometric model that analyzes 2002 and 2003 local loop rates and takes into account price variability and other factors that may impact broadband deployment, this POLICY PAPER finds that unbundled loop prices based on Total Element Long Run Incremental Cost ("TELRIC") are associated with increased availability of broadband services and increased availability of competitive broadband services (four or more providers)..."*<sup>1308</sup>.

En adición a que, como se demostró, la literatura invocada por **COMCEL** no es idónea para sustentar la inconveniencia de metodologías de costos incrementales de largo plazo, debe reiterarse, como se indicó en la sección 8.2.3.1.1, que este tipo de metodologías ha sido utilizada desde hace más de dos décadas por los Estados para regular los precios de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones, sin perjuicio de reiterar también que esta actuación administrativa no tiene por objeto discutir los precios adoptados por vía general en la Resolución CRC 5107 de 2017, ni el modelo de costos allí utilizado para ese efecto. Ahora bien, en relación con los valores presentados por **COMCEL**, y como también se indicó en la sección 8.2.3.1.1,

<sup>1304</sup> Tomado del folio 550 del expediente administrativo 2000-74-18-1-1.

<sup>1305</sup> BEREC, Report Regulatory Accounting in Practice, 2017.

<sup>1306</sup> OFCOM, Review of the Wholesale Broadband Access Markets, 2004, p. 109. Disponible en <[https://www.ofcom.org.uk/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0021/53814/broadbandaccessreview.pdf](https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0021/53814/broadbandaccessreview.pdf)>

<sup>1307</sup> Ibidem.

<sup>1308</sup> Ford S., George. y Lawrence J. Spiwak. The Positive Effects of Unbundling on Broadband Deployment. Phoenix Center Policy Paper No. 19.

debe enfatizarse que el modelo de costos empleado por la Comisión con motivo del proyecto regulatorio que concluyó con la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017 no busca reflejar los costos de un operador en particular, sino los costos (incluidos en ellos el costo de oportunidad y la utilidad razonable) de una empresa eficiente desde el punto de vista técnico y económico: eficiencia técnica en el sentido de que el modelo diseña una red nueva para atender la demanda de diferentes servicios de comunicaciones móviles para un plazo de 5 años bajo criterios eficientes; y eficiencia económica bajo el entendido de que la empresa atiende a un tercio de la demanda del mercado bajo el supuesto de un mercado repartido equitativamente entre tres operadores, como lo predice el equilibrio de mercado de un modelo de competencia a la Cournot en el que todos los operadores cuentan con la misma estructura eficiente de costos.

En consecuencia, y como ya se señaló, las eficiencias asociadas al tamaño de **COMCEL** en relación con la "empresa eficiente" modelada por la CRC, por una parte, y las ineficiencias asociadas a la evolución histórica de la arquitectura de red de **COMCEL**, como el mismo operador indica, frente a la red diseñada en el modelo de costos de la CRC, no son tenidas en cuenta en el modelo de costos, y por ende, no se ven reflejadas en el valor regulado de Roaming Automático Nacional incluido en la Resolución CRC 5107 de 2018. De hecho, resulta incomprensible para la Entidad que **COMCEL** alegue que se deben tener en cuenta en los valores definidos sus ineficiencias cuando la Ley 1341 de 2009 (modificada por la Ley 1978 de 2019) es clara en indicar dentro de los principios orientadores de la misma que la remuneración de la infraestructura desplegada debe hacerse orientada a costos eficientes, por lo que mal puede el agente regulado solicitarle al regulador que lleve sus ineficiencias a la tarifa.

Adicionalmente, se indicó que el precio promedio por minuto y el precio promedio por MB de **COMCEL** en el mercado minorista, permiten inferir costos sustancialmente inferiores a los declarados por el operador a través de la metodología de cálculo de valores de RAN que no es explicada en ningún aparte de sus documentos. En virtud de lo anterior, resulta evidente que **COMCEL** no aporta evidencia que permita concluir que la remuneración por el uso de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional propuesta en la Resolución CRC 5110 de 2017 se encuentra por debajo de sus costos.

Por otra parte, en lo que se refiere a las contradicciones alegadas por **COMCEL** entre las conclusiones de la Comisión con ocasión de la expedición de la Resolución CRC 5107, y lo dicho en la Resolución CRC 5110, es importante recordar que la orientación del proyecto regulatorio que concluyó con la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017 consistió en efectuar una revisión de los aspectos básicos sobre los cuales se ofrece el acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, previamente definidos en la Resolución CRC 4112 de 2013, y buscar además que dicha instalación se convierta en una herramienta que permita aumentar la cobertura y utilizar óptimamente las redes disponibles, evitando que los proveedores dupliquen la infraestructura desplegada en campo cuando las condiciones de mercado así lo determinan; ello por cuanto el RAN constituye una herramienta para estimular la competencia, promover y hacer más eficiente la inversión. Como parte de los análisis efectuados previamente a la expedición de la mencionada Resolución CRC 5107, también se efectuó una revisión de las condiciones de acceso a RAN y de las condiciones de compartición de infraestructura activa ya desplegada por parte de los diferentes proveedores establecidos. Así las cosas, el citado acto de carácter general determinó las condiciones mediante las cuales todos los operadores deben ofrecer la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, y las condiciones de acceso a ella tanto por operadores entrantes, como establecidos.

Por su parte, las condiciones del Roaming Automático Nacional contempladas en la Resolución CRC 5110 de 2017 se concibieron como potenciales medidas orientadas a corregir o mitigar la eventual posición de dominio de **COMCEL** en el mercado minorista "Servicios móviles", y el poder sustancial de mercado asociado a tal eventual posición, que le ha llevado a no tener que enfrentar presiones competitivas efectivas en el mercado de "Servicios Móviles" y a que se generen distorsiones en este mercado potencialmente lesivas para la competencia efectiva del mismo.

En este sentido, y siendo clara la diferencia de propósitos de una y otra medida regulatoria, no es posible hablar de contradicciones entre las aproximaciones de los dos documentos.

#### **8.2.3.1.7. Sobre el Roaming Automático Nacional como una instalación esencial**

En respuesta al inicio de la presente actuación administrativa, **COMCEL** manifestó que se le está imponiendo la más agresiva de las intervenciones, esto es, la compartición de su infraestructura

sin tener en cuenta que la doctrina respecto de facilidades esenciales contempla muy pocos casos en los que ello es posible. Refiere doctrina de la SIC, en particular a la Resolución 56488 de 2013, según las instalaciones esenciales son una limitación a la regla general de que toda compañía es libre de elegir su contraparte contractual, siempre y cuando se cumplan las condiciones para ello. Así mismo, cita un documento de la OCDE que define cuándo debe un operador brindar acceso a otro a sus instalaciones esenciales. Por último, se refiere al RAN como instalación esencial y manifiesta que *"la CRC ha extendido esta noción a toda la infraestructura de Comcel. En este sentido y a pesar de no nombrarla, la CRC pretende imponer obligaciones a Comcel como si esta empresa fuera poseedora de una facilidad esencial"*. **COMCEL** se refiere a las condiciones establecidas por la SIC para determinar cuándo la negativa de otorgar acceso a una instalación esencial se torna restrictiva, para explicar que en el presente caso no se configura ninguna de ellas:

- Que la empresa "investigada" controle una facilidad esencial: para **COMCEL** no existe prueba alguna de la supuesta facilidad que esta maneja.
- Que la facilidad a la que se busca acceso sea indispensable u objetivamente necesaria para un competidor, actual o potencial, en el sentido que no puede ser razonablemente duplicada por el competidor: **COMCEL** afirma que *"[N]o existe prueba dentro del documento soporte de la resolución 5110 de 2017, que indique que no sea razonable para otro agente en el mercado duplicar la infraestructura necesaria para crecer o ingresar al mercado"*.
- Que no exista una justificación objetiva para denegar el acceso a la facilidad esencial: según **COMCEL**, no existe ninguna queja al respecto.
- Que negar el acceso a la facilidad esencial conlleve a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado relevante: para **COMCEL** no existe prueba dentro del documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017 de que, en caso de no darse la intervención de la CRC, vaya a eliminarse la competencia.

Por otro lado, Marcela Meléndez en su dictamen señala que la medida de RAN a imponer a **COMCEL** se suma a la regulación pre-existente de cargos de acceso y en esencia supone acelerar la senda de reducción que se había trazado, y afirma que la regulación adecuada de la remuneración a la instalación esencial de RAN debería bastar para facilitar la entrada de competidores a través de la red de **COMCEL**, y que si esto no ha ocurrido, o no ha ocurrido a la velocidad deseada, y no hay evidencia de un comportamiento deliberado de **COMCEL** para excluir a la competencia, el regulador debe preguntarse en primer lugar por las razones que han hecho inefectiva esa intervención en el mercado mayorista. La hipótesis de Marcela Meléndez es que los mercados donde hoy **COMCEL** opera sin competencia no son interesantes como negocio para otros operadores. Si esto se confirma, ni la regulación de cargos de acceso, ni otras medidas que vayan en la dirección de facilitar el acceso de competidores a la infraestructura de red de **COMCEL** para dinamizar la competencia en el nivel minorista, serán efectivas para asegurar el buen funcionamiento de estos mercados y la extensión de la cobertura de los servicios.

Afirma Meléndez que, si lo que limita la entrada de nuevos competidores a estos mercados no es su baja rentabilidad sino un cargo de acceso excesivo entonces es tarea del regulador revisar el mecanismo por el cual se está definiendo el cargo de acceso regulado. Una alternativa a la construcción de un modelo de costos es identificar un valor objetivo que sea representativo de una empresa eficiente a partir de un benchmarking realizado con el apoyo de un auditor externo independiente, que valide el valor de los cargos de acceso reales con base en la información contable de las empresas. Agrega que la reducción paulatina del cargo de acceso autorizado es curiosa como mecanismo de incentivos: no debería el regulador autorizar el cobro de cargos de acceso "excesivos" en ninguna etapa del proceso regulatorio, de modo tal que el negocio soporte bien una reducción. Esto es, sin embargo, la única justificación que explica una senda decreciente: haber planteado una ruta de tránsito hacia una regulación adecuada. Esto es consistente con querer acelerar el tránsito hacia el final de la senda. El riesgo, sin embargo, es el mismo que siempre plantea la regulación de cargos de acceso: equivocarse y conceder rentas excesivas a la firma regulada, o equivocarse peor y detener la dinámica de la inversión en la industria.

Señala también la Perito que la intervención regulatoria para asegurar el acceso de los operadores minoristas a la infraestructura esencial de la firma verticalmente integrada se justifica en mercados en los que se cumplen unas condiciones específicas. En particular, debe haber una negativa de la firma verticalmente integrada a ofrecer el acceso a su red en ausencia de la

obligación externa. Señala la Perito que deben revisar esas condiciones y sopesar con cautela los beneficios potenciales y los costos de una regulación que pueda resultar arbitraria en general o en algunos sub-mercados geográficos. Manifiesta que la idea de una senda creciente de cargos de acceso para la instalación esencial de RAN para el servicio de datos presupone que la inversión se materializará con la promesa de ser sobre-remunerada. El nuevo competidor eventualmente entenderá que accede a la infraestructura a un costo excesivo (propiciado por la regulación) y decidirá invertir en desarrollar una red propia para evitarlo y para acceder simultáneamente a una renta. Aduce que el regulador subsidia a través de esta medida la inversión en infraestructura de red, apalancado en los consumidores que son quienes pagarán al final del día por este subsidio, cuando el cargo de acceso se les traslade vía tarifa. Considera que cuando el beneficio social de una inversión supera su beneficio privado hay justificación para que el gobierno intervenga mediante la provisión directa, o mediante la entrega de un subsidio para facilitar su realización. Eso es perfectamente aceptable. Lo que se debe evitar es el subsidio indirecto, a través de la regulación, financiado por los consumidores.

Por otro lado, Juan Carlos Calderón en su dictamen se refiere a la experiencia que **COMCEL** tuvo con la implementación del RAN para AVANTEL, mencionando que a raíz de las decisiones tomadas en las Resoluciones CRC 4419 y CRC 4508 de 2014, **COMCEL** implementó la instalación esencial de RAN, utilizando la funcionalidad interina de red, denominada, Circuit-Switched Fallback (CSFB), definida por el 3GPP<sup>1309</sup> en su especificación técnica 3GPP TS 23.272. Manifiesta que si bien la funcionalidad CSFB se venía utilizando al interior de la red de **COMCEL**, como una funcionalidad que le permitía a sus usuarios 4G, en medio de una red heterogénea con tecnologías 2G, 3G y 4G, en donde 3G es dominante, utilizar el servicio de voz móvil con una calidad de servicio acorde con los estándares internacionales, sirviéndose de recursos 2G y 3G, el uso del CSFB era eso: una solución interina, y por ende no permanente. Señala el Perito que no existe una solución estandarizada que permita garantizar el servicio de roaming de datos en 4G y que permita la devolución a la red de origen en otra tecnología para una comunicación de voz (llamada 2G/3G). Indica que además de la interdependencia mencionada, la ausencia de un estándar impediría comprometer al proveedor de tecnología, con una solución que garantice la calidad y continuidad del servicio en el escenario descrito en el cual debería devolverse el control de la comunicación a la red de origen para gestionar la llamada de voz y que al finalizar ésta, retorne al control de la red visitada en la que está haciendo roaming de datos en 4G.

Agrega que el fin fundamental del CSFB era el de proveer servicio de voz a usuarios 4G mientras se implementaban soluciones para prestar el servicio de voz con la mejor calidad de servicio en el paradigma de conmutación de paquetes de datos, dado que en las tecnologías 2G y 3G el servicio de voz utiliza conmutación de circuitos. Las tecnologías de voz basadas en VoLTE y opciones complementarias como VoWiFi son soluciones basadas en conmutación de paquetes de datos que prestan el servicio de voz con estándares de calidad mejores o iguales a los de conmutación de circuitos, y están en servicio alrededor del mundo desde hace más de 3 años. La evolución hacia ese tipo de tecnologías, y la facilidad de creación de nuevos servicios en el paradigma de conmutación de paquetes de datos se esperaba que estimulara a los diferentes operadores a invertir en sus redes para que la tecnología principal en su red fuera 4G, dejando la tecnología 3G en la periferia de la red y disminuyendo progresivamente el 2G, con miras también hacia tecnologías 4.5G y 5G en el mediano plazo. El Perito Calderón señala que en el caso de **COMCEL**, las decisiones plasmadas en las Resoluciones CRC 4419 y CRC 4508 de 2014 tuvieron el efecto contrario, y aduce que la implementación directa del CSFB entre **COMCEL** y AVANTEL significó:

"(...)

- *La compartición de una infraestructura del núcleo de la red, que además de no existir un precedente en otro lugar del mundo de la implementación exitosa de un caso similar, implicó modificar la red para hacer adecuaciones técnicas que permitieran que AVANTEL desde su red pudiera establecer una comunicación a través de comandar directamente infraestructura del núcleo de la red de **COMCEL**, generando una interdependencia innecesaria entre las dos redes;*
- *Forzar la creación de un mecanismo de liberación del usuario en Roaming, para que, una vez terminada una comunicación de voz, se liberara de la red de **COMCEL** para quedar en posición de escoger la red que tuviera la mejor cobertura según la ubicación del usuario, y*

<sup>1309</sup> 3rd Generation Partnership Project (3GPP).

*facilitarle a AVANTEL la provisión del servicio de datos, situación que implica un overhead innecesario de señalización que ocupa recursos de espectro de por sí escasos, para **COMCEL**;*

- *Incurrir en costos adicionales para llevar a cabo adecuaciones técnicas, como se advierte en el documento soporte de la Resolución CRC 4112 de 2013, que no sólo van más allá de las obligaciones técnicas establecidas en el artículo 5 de dicha resolución, sino que también disminuyen la capacidad de uso de infraestructura del PRV, en este caso **COMCEL**, como también se señala en el documento de soporte antes mencionado;*
- *Convertir una solución provisional en una solución permanente, con dos efectos: a) perpetuar la tecnología 3G, por cuanto su reposición se ve cuestionada por las inversiones realizadas para su puesta en operación, que no se recuperan con unos cargos que están por debajo de los costos de operación, b) crear una interdependencia entre redes que obliga a que cualquier decisión relativa a reposición debe ser ampliamente discutida con AVANTEL, y c) incentivar a AVANTEL a utilizar la red de **COMCEL** indefinidamente, dado que las condiciones regulatorias vigentes no lo estimulan a desplegar sus propios recursos de red, a la fecha y desde la puesta en operación del RAN entre AVANTEL y **COMCEL**, ha enviado periódicamente una comunicación en la que establece que no existe ninguna zona del territorio nacional en la que no necesite RAN. (...)"*

Calderón afirma que en caso de aplicarse las medidas mayoristas al final de la actuación administrativa, en razón a la gran diferencia entre los cargos generales de RAN y los cargos de RAN aplicables a **COMCEL**, se haría aún mucho más atractivo para otros operadores solicitar RAN a **COMCEL**, quién vería alejarse sus expectativas de reponer infraestructura de 3G en el núcleo de la red y en la red de acceso porque tendría que hacer inversiones para poner la correspondiente implementación de RAN al servicio de los operadores que la solicitaran, generando atraso tecnológico para **COMCEL**, reduciendo el incentivo para innovar, como lo advierte el documento de soporte de la Resolución CRC 4112 de 2013, documento que también establece que podría potencialmente restringir la competencia al neutralizar la diferenciación en cobertura de la red y de los índices de calidad al depender del proveedor de RAN.

En resumen, Calderón pretende mostrar que la implementación de RAN no sigue el patrón del roaming convencional, como en el caso de AVANTEL, creando una interdependencia entre redes que no pueden evolucionar sin que las otras tomen parte en sus decisiones, dejando abierta la posibilidad de obligar a **COMCEL** a implementar cualquier tipo de solución que quepa en el abanico de soluciones existentes sin que se evalúen técnicamente los impactos a corto y largo plazo sobre la red y los efectos económicos de su implementación. Dado lo anterior, considera que la posible aplicación de las medidas mayoristas al final de la actuación administrativa deja una puerta abierta a la exigencia sin límite de medidas técnicas, que, en aras de cumplir con el argumento de trato no discriminatorio, pueden forzar a que se deban realizar implementaciones de RAN que como en el caso de AVANTEL, aunque funcionan, no son recomendables ni técnica ni económicamente. Afirma que sin unas reglas claras de implementación de RAN que aseguren la independencia de las redes, una remuneración de infraestructura a costos de oportunidad, que no sólo proporcione una calidad de servicio sin degradaciones y la prestación de servicios sin afectaciones, sino que también faciliten la evolución tecnológica de la red, la utilización de la instalación de esencial de RAN no es viable técnicamente en el escenario de aplicación de las medidas al final de la actuación administrativa.

El dictamen también refiere que la utilización del CSFB creó una interdependencia entre redes que afecta directamente la red de **COMCEL**, porque no le permite tomar decisiones estratégicas sobre la evolución de su red, de forma autónoma, y está obligado a involucrar y compartir sus decisiones con el Proveedor de la Red de Origen durante el tiempo que ese proveedor encuentre que pagar por un cargo RAN le resulte más conveniente que invertir en su propia infraestructura. Señala también que las medidas propuestas contribuyen de manera directa a perpetuar la tecnología 3G, no solo en la red de **COMCEL** sino en la de otros establecidos que la poseen, y que ese tipo de políticas prolonga innecesariamente la existencia de un paradigma transicional en el que conviven conmutación de circuitos y conmutación de paquetes de datos, a través de la convergencia de esas redes, cuando esas políticas deben estar dirigidas a acelerar el despliegue de redes NGN.

De este modo, el dictamen afirma que, al crearse el mercado de "Servicios Móviles" se le aplicarían a **COMCEL** unas medidas construidas para un escenario de convergencia, propias de

un paradigma transicional que por su largo plazo tendrían efectos sobre **COMCEL** en un paradigma NGN en el que las lógicas para la construcción, prestación, transporte y acceso a servicios, aplicaciones y contenidos es totalmente distinta. Es decir, las medidas propuestas están basadas en un mercado de "Servicios Móviles" definido en un paradigma tecnológico en obsolescencia, como es el de las tecnologías 2G/3G, que está llamado a desaparecer en el corto plazo. En cambio, debido al tiempo extenso durante el cual estarían vigentes, dichas medidas aplicarían y afectarían a **COMCEL** en el paradigma tecnológico presente, NGN, representado en las tecnologías 4G, 4.5G y superiores, en el que el comportamiento de los servicios de voz y datos, no necesariamente seguirán las lógicas de mercado propias del paradigma tecnológico anterior, como se desprende de los ejemplos antes mencionados.

Concluye así el Perito que las posibles medidas a ser aplicadas al final de la actuación administrativa no cumplen con los condicionamientos establecidos en el artículo 2, numeral 3, uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos, de la Ley 1341. Señala que "(...) *En consecuencia, dichas medidas no podrían ser aplicables ya que no son técnicamente factibles, contribuyen directamente a la degradación de la calidad del servicio de la red y a la afectación de los servicios, la remuneración de la infraestructura estaría por debajo de costos y bajo esas condiciones no se cuenta con infraestructura suficiente que además de ser técnicamente factible se remunerare a costos eficientes.*(...)"

#### **Consideraciones de la CRC:**

En primer lugar, debe señalarse que la presente actuación administrativa no tiene por objeto determinar si **COMCEL** ha incurrido, a la luz de lo previsto en el régimen de prácticas restrictivas de la competencia, en abuso de posición dominante en la modalidad de negativa de acceso a instalaciones esenciales, por lo cual no resultan pertinentes las consideraciones de dicho proveedor orientadas a demostrar que en la presente situación no se cumplen los requisitos expuestos por el derecho de la competencia o antitrust para considerar el RAN como una instalación esencial. Como es bien sabido -y por ello sorprende el argumento de **COMCEL** en este punto-, el RAN es considerado una instalación esencial desde la Resolución CRT 087 de 1997, lo cual fue reiterado por la Resolución CRC 3101 de 2011<sup>1310</sup> y, a la luz de ella, por la Resolución CRC 4112 de 2013, que determinó las condiciones generales de acceso a la mencionada instalación esencial, entre ellas la de precio, y que ha sido modificada por las Resoluciones CRC 4660 de 2014, 5107 de 2017 y 5827 de 2019.

Ahora bien, sobre los aspectos referidos por Juan Carlos Calderón, esta Comisión considera improcedentes los argumentos asociados a la solución de RAN mediante el uso de CSFB, pues la presente actuación, como ya se señaló, no tiene por objeto discutir las condiciones en que la CRC ordenó a **COMCEL** proveer acceso a RAN al proveedor AVANTEL, entre ellas la relacionada con la funcionalidad CSFB, que, dicho sea de paso, se implementó en las redes de los operadores desde finales del año 2013 **para atender sus propios servicios minoristas**, y en el año 2014 se implementó exitosamente para la provisión de RAN a otros proveedores que no contaban con espectro e infraestructura para soportar comunicaciones de voz en tecnologías 2G/3G -entre ellos AVANTEL-, por lo que este tema debe entenderse como superado.

Por otra parte, si un usuario está en la situación descrita por el Perito en roaming de datos de 4G y fuera necesaria la devolución a la red de origen en otra tecnología para una comunicación de voz (llamada 2G/3G), esto podría hacerse mediante el uso de CSFB, por supuesto sin garantizar la continuidad de las comunicaciones. Pese a lo anterior, y aun teniendo en cuenta que en los actos referidos se zanjó la discusión sobre CSFB, se realizan a continuación algunos análisis, con el fin de evidenciar los errores conceptuales e imprecisiones cometidos por Juan Carlos Calderón, que continúan restando sustancialmente eficacia probatoria al mencionado dictamen.

El argumento del Perito según el cual, la implementación de CSFB ha tenido como efecto que la red 4G no se desarrollara, resulta por demás muy débil. Por una parte, lo que muestran los datos de tráfico por tipo de tecnología reportados por **COMCEL** es que la periferia de la red sigue estando en tecnologías 2G y 3G, tal como el Perito indica que debe ocurrir, mientras que 4G es la principal tecnología usada en las grandes ciudades para el tráfico de datos, afirmación soportada en los análisis realizados de la información de tráfico de **COMCEL**, sin que el perito hubiese acreditado en manera alguna, por física sustracción de materia, que la falta de desarrollo

<sup>1310</sup> Publicada en el Diario Oficial No. 48.159 del 12 de agosto de 2011.



de la red 4G de **COMCEL** se debiera a la implementación de CSFB para la provisión de RAN a favor de AVANTEL.

Por otra parte, debe recordarse que, en el marco de la iniciativa que tuvo como resultado la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017, la CRC, con el fin de conocer el estado de implementación de las diferentes opciones técnicas relacionadas con la prestación de servicios de voz sobre LTE en el país, realizó una solicitud de información a los PRSTM sobre la relación de implementación de soluciones y facilidades, los diagramas topológicos de la red misma, y aquellos relacionados con los proyectos de evolución de la misma. Los resultados de tal requerimiento en el caso de **COMCEL**<sup>1311</sup>, muestran que dicho proveedor no tenía planes específicos de evolucionar su red ni a SRVCC (Single Radio Voice Call Continuity), ni tampoco a VoLTE, en contraste con los demás proveedores móviles de red que sí indicaron fechas concretas para dichas implementaciones. En este sentido, es claro que el Perito desconoce la proyección tecnológica que el operador reportó oficialmente a la CRC.

También deben tenerse en cuenta los siguientes puntos que, si bien no hacen parte de la actuación particular en curso, sirven para dilucidar y tener claro el tema de la instalación esencial de RAN, y demuestran las imprecisiones del perito en la materia:

- El RAN funciona apropiadamente desde hace aproximadamente siete (7) años. Las redes implementaron nuevos tipos de interfaces tales como SGs para facilitar el acceso, e intercambian mensajes de señalización por medio de dichas interfaces. No puede concluirse entonces que el PRO comanda directamente infraestructura del PRV, y la misma CRC en diferentes oportunidades<sup>1312</sup> ha explicado que el acceso a la instalación esencial de RAN no puede suponer una coadministración de la red visitada.
- El argumento de overhead de señalización debido a la necesidad de anunciar la red del operador en RAN es débil, dado que se están usando campos en mensajes de señalización (como el SIB 19) que ya existían en la trama de señalización y por los que simplemente se está anunciando la presencia de otra red de acceso.
- No se prueban -y ni siquiera se indican- los costos adicionales en los que supuestamente incurre **COMCEL**, y no se demuestra que no se hubieren remunerado con los precios establecidos en la regulación de carácter general y abstracto.
- Es el propio **COMCEL** quien toma las decisiones sobre el despliegue de red en tecnologías de acceso 2G/3G /4G. Lo que se observa en los reportes de tráfico de dicho operador por celda y tecnología -a tercer trimestre de 2018- es que no se habían realizado inversiones en 4G en un grupo de municipios pequeños, sin que se identifiquen razones vinculadas con el RAN para tomar dicha decisión.

Por otro lado, en cuanto a los argumentos adicionales presentados por **COMCEL** en relación con los incentivos para innovar, el nivel de los precios de la instalación esencial, etc., basta con decir que se trata de una situación ya abordada previamente en la presente resolución en la sección 8.2.3.1.1.

En todo caso, es preciso reiterar que el dictamen de Juan Carlos Calderón no incluye evidencia, ni elementos claros que permitan sustentar las afirmaciones realizadas por éste, quien considera que la medida de RAN basada en CSFB no es "recomendable" técnicamente, pero no lo prueba. Por el contrario, una consulta de las Resoluciones CRC 4419, 4420 y 4421 de 2014<sup>1313</sup>, es suficiente para evidenciar que en su momento la CRC demostró extensivamente que el CSFB sí podía ser empleado en el acceso a la instalación esencial de RAN por parte de AVANTEL, y que el costo por el uso de esta especificación técnica ya estaba incluido en el valor definido para el acceso al RAN. Tal solución tecnológica, junto con otras alternativas, también fue analizada por

<sup>1311</sup> **COMCEL** dio respuesta al requerimiento de información que la CRC realizó sobre este aspecto, mediante comunicación radicada bajo el número 201681697, de fecha 28 de junio de 2016.

<sup>1312</sup> Al respecto ver consideraciones de la Resolución CRC 4910 y de la Resolución CRC 4996 de 2016.

<sup>1313</sup> Las Resoluciones CRC 4508, 4509 y 4510 de 2014 resuelven los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones acá citadas.

la CRC en el marco del proyecto "Revisión y Actualización de Condiciones de RAN" desarrollado entre 2016 y 2017<sup>1314</sup>.

En cuanto a la inviabilidad técnica de la medida aducida por el Perito, la posible afectación de calidad de servicio en la red 3G como consecuencia de una eventual decisión, se precisa que en la presente actuación administrativa este tema fue analizado por esta Comisión, para lo cual se solicitó la información de las capacidades instalada y utilizada de la red de **COMCEL**; así como los tráficos de voz y datos cursados, y la información de distribución del espectro radioeléctrico (anchura de banda). El análisis de tráfico realizado con esta información fue presentado en la sección 8.2.3.1.4.

Finalmente, en relación con lo comentado por Marcela Meléndez sobre el uso o no que se hiciera de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, a los precios definidos para tal uso, y de la evidencia sobre la cobertura de mercados por parte de **COMCEL** que, según la Perito, no interesa a los demás operadores en el mercado, es importante señalar que mediante comunicación del 14 de diciembre de 2017, radicada en la CRC bajo el número 201734185, **COMCEL** allegó información que permite dar cuenta de que este proveedor actualizó los acuerdos que en materia de acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional celebró con los proveedores COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., en donde se da aplicación a lo establecido en la Resolución CRC 5107 de 2017.

En relación con dichos acuerdos, para el caso de COLOMBIA MÓVIL, se pudo identificar la cantidad de municipios en los que se brindaría la instalación esencial de RAN, a precios pactados libremente o a precios regulados. Lo anterior constituye un cambio relevante frente a la situación analizada al inicio de la actuación administrativa, toda vez que los acuerdos de acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional anteriores a la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017 contemplaban 133 corregimientos en alrededor de 100 municipios para dicho proveedor, mientras que en el otrosí del mes de noviembre de 2017 las partes acordaron que **COMCEL** le brindaría acceso al RAN en 463 municipios. Para el caso de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, cabe señalar que en la instancia de mediación dentro de la actuación administrativa de solución de controversias con **COMCEL**, los dos operadores lograron acuerdo en la provisión del acceso a RAN por parte de este último al primero, en 650 municipios del país<sup>1315</sup>.

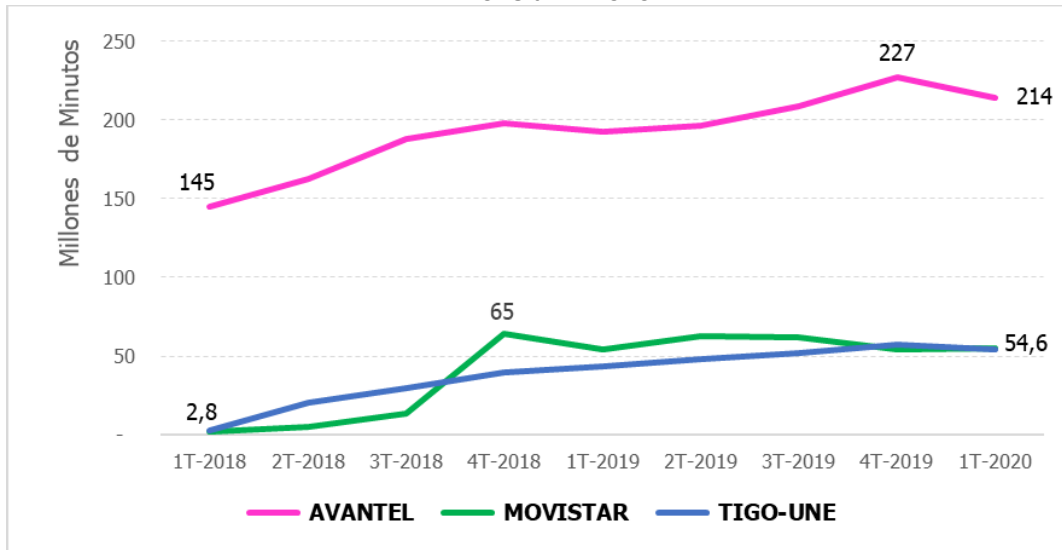
Con el ánimo de verificar la operatividad e impacto de la actualización de los acuerdos en cuestión, la Comisión hizo una revisión de la información de tráfico en RAN remitida de manera periódica por **COMCEL** en virtud de lo establecido en el numeral 4.7.2.2.6 del artículo 4.7.2.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016. En este punto, es importante señalar que el tráfico de RAN tanto en voz como en Internet móvil soportado en la red de **COMCEL**, registró un comportamiento creciente en entre el primer trimestre de 2018 y el primer trimestre de 2019, pues en el caso de voz fue del 94%, al pasar de 150 millones de minutos a 290 millones de minutos, y en el caso de datos fue del 807%, al pasar de 79 mil millones de GB a 700 mil millones de GB en dicho periodo. En el primer trimestre de 2020 el tráfico de voz fue del orden de 324 millones de minutos, que corresponde a un incremento del 11,4% respecto del primer trimestre de 2019, y el tráfico de datos ascendió a un (1) millón de GB, lo que corresponde a un crecimiento del 45% respecto del mismo trimestre de 2019. Adicionalmente, se observa que **COMCEL** también registra tráfico de RAN tanto en voz como en datos sobre la red de otros proveedores, pues paso de registrar un tráfico de voz de 1.1 millones de minutos en el cuarto trimestre de 2018 a registrar 19.5 millones de minutos en el primer trimestre de 2020, mientras que en datos el crecimiento fue aún mayor, pues pasó de registrar 1.659 GB en el cuarto trimestre de 2018 a cursar 49.494 GB en primer trimestre de 2020.

En las Gráficas 106 y 107 se puede observar la evolución del tráfico de RAN provisto por **COMCEL** a los operadores TIGO, MOVISTAR y AVANTEL, lo cual da cuenta del interés y uso de estos proveedores del uso esta instalación esencial para proveer los servicios de voz y datos móviles.

<sup>1314</sup> Disponible en:  
[https://www.crcom.gov.co/recursos\\_user/2016/Actividades\\_regulatorias/ran/Doc\\_soporte\\_RAN\\_V\\_publicar26\\_12\\_16.pdf](https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/ran/Doc_soporte_RAN_V_publicar26_12_16.pdf)

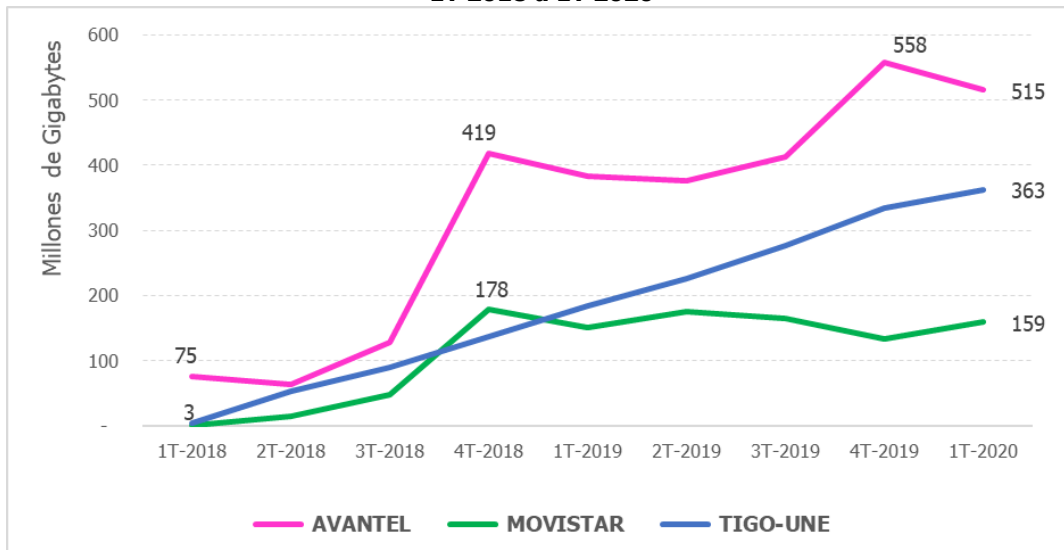
<sup>1315</sup> Acuerdo plasmado en el acta de audiencia de mediación del 16 de agosto de 2018, la cual reposa en el Expediente Administrativo 3000-86-6.

**Gráfica 106. Evolución del tráfico de voz en RAN por operador sobre la red de COMCEL 1T 2018 a 1T 2020**



**Fuente:** Información remitida a la CRC por **COMCEL** en virtud de lo establecido en el numeral 4.7.2.2.6 del artículo 4.7.2.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

**Gráfica 107. Evolución del tráfico de datos en RAN por operador sobre la red de COMCEL 1T 2018 a 1T 2020**



**Fuente:** Información remitida a la CRC por **COMCEL** en virtud de lo establecido en el numeral 4.7.2.2.6 del artículo 4.7.2.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016. Nota: En el primer trimestre de 2018, los operadores Movistar y TIGO solo registraron tráfico de RAN en el mes de marzo.

Por otra parte, como se anotó previamente, la cantidad de municipios en los cuales TIGO hace uso de la infraestructura de **COMCEL** ha aumentó en 2017. Para el comportamiento posterior a ese año, la Comisión analizó la información requerida a través del artículo 4.7.2.2.6. de la Resolución CRC 5050 de 2016, que se refiere al tráfico de voz, SMS y datos cursado por usuarios que se encuentran en RAN a nivel de estación base, para cada día del mes. De acuerdo con este reporte de tráfico, la cantidad de municipios en los cuales **COMCEL** provee a TIGO acceso al RAN ha aumentado, pues desde noviembre de 2018 **COMCEL** reporta tráfico en RAN para TIGO en un rango entre 1.000 a 1.022 municipios cada mes. En el mismo sentido, dicho reporte de tráfico de RAN, muestra que **COMCEL** registró tráfico en RAN para MOVISTAR en un rango entre 942 a 967 municipios cada mes desde finales de 2018.

De lo expuesto debe resaltarse que, contrario a lo que indica Marcela Meléndez en su escrito, los operadores MOVISTAR y TIGO sí tenían interés en atender los mercados donde **COMCEL** operaba sin competencia y, por ende, en acceder a la instalación esencial, para lo cual contaron con las condiciones regulatorias establecidas a través de Resolución CRC 5107 de 2017.

Adicionalmente, es importante recordar que el tráfico mayorista de RAN que se cursa mensualmente sobre la red de **COMCEL**, si bien presenta una tendencia creciente, históricamente ha sido inferior al 1.5% del tráfico minorista de voz provisto por este operador cada mes (ver Gráfica 106). En el caso del servicio de datos tal equivalencia ha sido inferior al 1.1% cada mes. Esto indica que si bien para los demás proveedores es útil el uso del RAN para prestar servicios en localidades donde no cuentan con infraestructura, hasta ahora ha sido bajo el uso de la red de **COMCEL** para cursar tráfico mayorista de RAN.

A pesar de lo anterior y de los efectos positivos en la promoción de la competencia en el mercado que potencialmente tienen las medidas mayoristas en las condiciones que fueron formuladas al inicio de la presente actuación, los análisis adelantados en las secciones previas, en especial en la sección 8.2.3.1.1, indican que debido a los cambios que se han presentado en el mercado luego de 2017 y las actuales condiciones de este, ahora es baja la probabilidad de que dichos efectos se materialicen.

Por lo tanto, se reitera que la Comisión no considera pertinente en este momento implementar las medidas de RAN propuestas al inicio de esta Actuación Administrativa. Sin embargo, en el ejercicio de las funciones otorgadas a la CRC por la Ley 1341 de 2009 y la Ley 1978 de 2019, se adelantarán requerimientos de carácter particular al proveedor **COMCEL** -y a los demás proveedores que compiten en el mercado- con el fin de evaluar su comportamiento en el mercado e identificar potenciales medidas para prevenir el abuso de la posición que ostenta en el mercado de "Servicios Móviles".

#### **8.2.3.1.8. Aspectos jurídicos y técnicos**

**A. La anticipación de las medidas regulatorias sin que estas justifiquen su apego a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo segundo de la Ley 1341 de 2009 constituye una lesión directa a la ley y viola el debido proceso de COMCEL.**

En este aparte de su escrito, **COMCEL** presenta las razones por las cuales considera que las posibles medidas anunciadas por la CRC respecto del uso de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, no vienen precedidas de la seguridad de cumplir con las condiciones que se exigen en la ley para tal fin, específicamente en el artículo 2.3 de la Ley 1341 de 2009.

Por su parte, en el documento denominado "*Alegatos de Conclusión*", **COMCEL** reitera el anterior argumento indicando que la CRC debe abstenerse de proceder. Aclara que la Comisión no puede actuar por encima de la Ley que regula el sector, y tampoco puede actuar en contravía de la normatividad a la cual debe apegar su actuar constituyéndose una evidente contradicción entre los mandatos que regulan el funcionamiento de la CRC y su actuar fáctico, por lo que debe abstenerse de proponer o realizar cualquier acto que contravenga o lesione las disposiciones y los fines materiales que busca defender la Ley 1341 de 2009 en su artículo segundo.

Refiere tres (3) aspectos que considera fundamentales: (i) La carga de verificar el cumplimiento de las condiciones exigidas en la ley es de la autoridad, en este caso la CRC, y no de los destinatarios de mostrar que las mismas no se dan excepcionando o alegando su incumplimiento; (ii) en la medida que no se cumpla con el requisito de prever la remuneración con base en costos de oportunidad, analizados desde la óptica del prestador, la CRC estaría expropiando a **COMCEL** y (iii) la CRC debería prever un modo adecuado de indemnización.

A continuación, se desarrollan los puntos en el orden planteado por la apoderada de **COMCEL**:

##### **a. Carga de verificación de las condiciones**

Según **COMCEL**, es a la CRC y no al operador a quien corresponde verificar que se den las condiciones para implementar una medida que conlleve la compartición de infraestructura, pues de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.3 de la Ley 1341 de 2009, "*[e]l Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones... siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad...*" (SFT).

De acuerdo con el anterior mandato, para **COMCEL** es claro que la carga de verificación de que una medida efectivamente remunere la infraestructura a costos de oportunidad corresponde a la CRC, y que, en caso de no cumplirse con ello, no se podrá adoptar medida alguna.

En su concepto, la CRC obvió incluir en el Documento Soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017 una justificación respecto del cumplimiento de los requisitos contenidos en la norma antes citada, lo cual redundaría en perjuicios para **COMCEL**, toda vez que, a su juicio, "(...) **el uso de la infraestructura de COMCEL en las condiciones que propone la CRC implica: una operación por debajo de costos, una degradación de la calidad y afectación de los servicios que COMCEL viene prestando a sus usuarios y a terceros, y, además, el cumplimiento de una obligación imposible, pues Comcel no cuenta con la suficiente infraestructura**".

En el documento de "*Alegatos de Conclusión*", manifiesta **COMCEL** que la redacción de la norma hace ver con claridad que existe una carga de verificación en cabeza de la CRC, por lo cual antes de tomar una medida regulatoria que implique la compartición de la infraestructura de **COMCEL**, debe analizar si se dan los requisitos que señala esa norma, es decir, si efectivamente se está remunerando la infraestructura a costos de oportunidad. En caso de que esto no ocurra, bajo ninguna circunstancia entonces podrá aplicar dichas medidas pues estaría desconociendo la ley y sus decisiones estarían destinadas a la nulidad.

**COMCEL** afirma que en el documento soporte expedido por la CRC no se hace referencia alguna a los requisitos señalados en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, por lo que le sorprende que la CRC señale unas posibles medidas regulatorias sin que haya mediado un análisis de los requisitos que impone la ley para su procedencia, y considera que de haberlo hecho se habría dado cuenta que el uso de la infraestructura de **COMCEL** en las condiciones que propone la CRC implica: una operación por debajo de costos, una degradación de la calidad y afectación de los servicios que **COMCEL** viene prestando a sus usuarios y a terceros, y, además, el cumplimiento de una obligación imposible, pues **COMCEL** no cuenta con la suficiente infraestructura.

## **b. Garantía de la propiedad privada**

### **b.1. Marco constitucional**

En este acápite, **COMCEL** cita el artículo 58 de la Constitución Política y una sentencia de la Corte Constitucional, para concluir que el derecho a la propiedad privada "*i) tiene el carácter de fundamental; ii) debe ceder únicamente en casos excepcionalísimos que deben ser delimitados y consagrados por el legislador de manera expresa, sin que le corresponda a las autoridades administrativas atribuirse funciones legislativas y desconocer dicho derecho, so pretexto de la función social de la propiedad y; iii) en caso de que exista expropiación por motivos de interés público, el particular deberá ser indemnizado*".

### **b.2. El alcance de la función social debe preverse en la ley**

En este punto, **COMCEL** cita otra sentencia de la Corte Constitucional para soportar el argumento según el cual el alcance de la función social de la propiedad privada le corresponde al legislador, y no a una autoridad administrativa como lo es la CRC. Además, que la propiedad privada será protegida por el Estado, y sólo podrá restringirse en casos específicos y por parte de la autoridad competente.

## **c. La carga para la infraestructura fue definitiva en la ley**

En este aparte, **COMCEL** manifiesta que, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1341 de 2009<sup>1316</sup>, para que los demás "*oferentes*" hagan uso de su infraestructura, es necesario que la misma sea remunerada a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente

<sup>1316</sup> Teniendo en cuenta que el artículo 3 de la Ley 1341 de 2009 no tiene numerales, y que en el resto del acápite se hace referencia al artículo 2.3 del mismo cuerpo normativo, consideramos que es a esta última norma a la que hace referencia el documento en este aparte.

infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura.

Según **COMCEL**, en el presente caso no se ha analizado ninguno de los requisitos señalados, lo que hace improcedente la imposición de las medidas anunciadas, toda vez que *"i) los valores señalados por la CRC **no reconocen el costo de oportunidad que exige la ley**, llegando la propuesta a (sic) de la CRC a OBLIGAR A COMCEL a **prestar el servicio a los demás oferentes por debajo de costos**; ii) el hecho de que COMCEL deba permitir el acceso por debajo de costos en favor de sus competidores **implica un subsidio por su parte en favor de sus competidores**; iii) el hecho de que el Estado, pretenda que COMCEL deba "subsidiar" a sus competidores **implica una expropiación**; iv) conforme ha sido señalado por la Constitución y la jurisprudencia, cuando se presenta expropiación, debe surtir un trámite específico y **el particular deberá ser indemnizado por el Estado**; v) la medida va en detrimento del servicio que Comcel viene prestando a sus usuarios y a terceros, afectando sus propios servicios; vi) Comcel no cuenta con la suficiente infraestructura"*.

### **c.1. Remuneración "a costos de oportunidad"**

Según **COMCEL**, la CRC ha establecido en varias oportunidades que la remuneración por el uso de infraestructura debe obedecer a criterios de costos eficientes, lo cual implica la obtención de una utilidad razonable.

Lo anterior, afirma **COMCEL**, implica que dicho proveedor no deba compartir su infraestructura con los demás "oferentes" por un precio que se encuentre por debajo de una utilidad razonable.

Seguidamente, se refiere a cómo debería determinarse el costo de oportunidad de **COMCEL**, partiendo de las fórmulas que representan el costo de oportunidad del servicio de Voz de **COMCEL** al ofrecer RAN a sus competidores, las cuales fueron tomadas de los contratos suscritos con los operadores TIGO y Movistar, así:

*"Se calcula el ingreso promedio por minuto –ARPM- de COMCEL para el servicio de voz móvil por modalidad postpago – Pos y prepago- Pre para un semestre (...) Luego, se calcula el valor promedio de la modalidad postpago y prepago, que resulta en el valor del RAN para zonas normales – Normal (...) Teniendo en cuenta la prestación del RAN en zonas de difícil acceso – DA, al valor de RAN de zonas normales se le adiciona un 23% (...) Finalmente el Valor del RAN a aplicar es el resultado de la suma del valor del RAN en zonas normales y zonas de difícil acceso ponderadas por el número de zonas"*.

### **c.2. La remuneración propuesta no cumple la ley**

Para **COMCEL**, si se llegasen a imponer las medidas propuestas en la presente actuación, implicaría que **COMCEL** deba permitir acceso a su infraestructura por un precio inferior a los costos en que debe incurrir para tal fin. Así, se presentaría un escenario en el cual **COMCEL** tendría que costear el valor restante entre lo que pagan los demás operadores por acceder a su infraestructura y los costos reales en los que él debe incurrir para tal fin, con lo que se daría, en términos de **COMCEL**, *"una **CLARA EXPROPIACIÓN POR PARTE DEL ESTADO**, pues COMCEL **tendría que utilizar sus recursos para que las demás empresas puedan evitar sus costos competir** (sic), generando la propuesta una ventaja competitiva ilegítima"*.

Asevera también que, ante la negativa de la CRC de suministrar el modelo de costos completo, **COMCEL** construyó su propio modelo de costos con base en *"el modelo de separación contable validado y auditado por la CRC, realizando una extracción y cálculo de los valores mayoristas de la prestación de los servicios de Voz y de Datos"*.

La conclusión de **COMCEL** es que los costos para ofrecer el servicio de RAN resultado del modelo elaborado por él contrastan con los valores propuestos por la CRC en la Resolución CRC 5110 de 2017, *"permitiendo concluir que **la medida propuesta por la CRC estaría imponiendo a COMCEL la carga de ofrecer el servicio de RAN a todos los operadores, a un precio por debajo del costo, tanto para voz saliente como para internet**"*.

**d. Necesidad de una indemnización**

**COMCEL** reitera que, de imponerse las medidas anunciadas en la Resolución CRC 5110 de 2017, se estaría haciendo una especie de expropiación que implicaría el reconocimiento a dicha empresa de las pérdidas que se le están generando, y que la CRC **"deberá indemnizar a COMCEL por los valores en que deberá incurrir para subsidiar a sus competidores, ya que como ha señalado a lo largo de este escrito, los valores que señala la CRC en su documento soporte resultan inferiores a los costos en que debe incurrir COMCEL para permitir el uso de sus redes por parte de los demás oferentes"**.

Para **COMCEL**, existe desconocimiento de la ley por parte de la CRC, y afirma que, si no son corregidos los yerros anunciados, se configurará un vicio respecto del acto que se expida para dar fin a la presente actuación, el cual se predica también del acto de apertura de la misma.

En los denominados por **COMCEL** "*Alegatos de Conclusión*", cita el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia relativo al derecho a la propiedad privada, así como también pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el particular, a partir de lo cual manifiesta que el derecho a la propiedad privada: i) tiene el carácter de fundamental; ii) debe ceder únicamente en casos excepcionalísimos que deben ser delimitados y consagrados por el legislador de manera expresa, sin que le corresponda a las autoridades administrativas atribuirse funciones legislativas y desconocer dicho derecho, so pretexto de la función social de la propiedad y; iii) en caso de que exista expropiación por motivos de interés público, el particular deberá ser indemnizado.

Afirma que la determinación del alcance de la función social de la propiedad privada le corresponde al legislador, y no a la autoridad administrativa, como lo es la CRC, pues lo pretendido por el Constituyente es otorgarles a los ciudadanos la seguridad que uno de los derechos de mayor importancia en una economía de mercado, como lo es la propiedad privada, será protegido por el Estado.

**COMCEL** reitera que si la CRC expide un Acto Administrativo en este caso, adolecería de evidente nulidad por falsa motivación y por ser contrario a las normas en las que debería fundarse, en los términos de la jurisprudencia y el artículo 137 del CPACA. Al proferir la CRC un acto nulo e ilegal dolosamente, a través de sus funcionarios, estaría expidiendo un acto viciado por ilegalidad que causaría daños antijurídicos a **COMCEL** y a su patrimonio, cuantificables, entre otros, a través de los montos que **COMCEL** dejaría de recibir por la imposición ilegal de unas medidas particulares que carecen de justificación y sustento legal y regulatorio. Ante tal ilegalidad y los cuantiosos daños que en consecuencia **COMCEL** sufrirá, el Acto Administrativo resultado del presente procedimiento podrá ser objeto del ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que consagra el artículo 138 del CPACA.

**iii) Expropiación indirecta- El Estado debe prever un modo adecuado de indemnización:**

**COMCEL** cita nuevamente el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1341 de 2009, según el cual, para que proceda el uso de la infraestructura de **COMCEL** por parte de los demás oferentes, es necesario que *"se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura"*. **COMCEL** afirma que no se ha analizado ninguno de los requisitos señalados con anterioridad, y que las medidas que se pretenden imponer resultan improcedentes pues: i) los valores señalados por la CRC no reconocen el costo de oportunidad que exige la Ley, llegando la propuesta de la CRC a obligar a **COMCEL** a prestar el servicio a los demás oferentes por debajo de costos mayoristas; ii) el hecho de que **COMCEL** deba permitir el acceso por debajo de costos en favor de sus competidores implica un subsidio por su parte en favor de sus competidores; iii) el hecho de que el Estado, pretenda que **COMCEL** deba "subsidiar" a sus competidores implica una expropiación; iv) conforme ha sido señalado por la Constitución y la jurisprudencia, cuando se presenta expropiación, debe surtirse un trámite específico y el particular deberá ser indemnizado por el Estado; v) la medida va en detrimento del servicio que **COMCEL** viene prestando a sus usuarios y a terceros, afectando sus propios servicios; vi) **COMCEL** no cuenta con la suficiente infraestructura.

Señala **COMCEL** nuevamente que la forma en que la CRC, por medio de la presente actuación administrativa, pretende imponer las medidas, implica que **COMCEL** deba permitir el acceso de los demás oferentes a su infraestructura por un precio por debajo de los costos en que **COMCEL** debe incurrir para este fin. Por lo que -si se decretan las posibles medidas- **COMCEL** estaría subsidiando a sus competidores pues él tendría que costear el valor restante entre lo que pagan los demás oferentes por acceder a su infraestructura y los costos reales en los que él debe incurrir para ese fin. Lo que se presentaría aquí, en caso de hacerse efectivas las mencionadas medidas, sería una expropiación por parte del Estado, pues **COMCEL** tendría que utilizar sus recursos para que las demás empresas puedan evitar sus costos de competir, generando la propuesta una ventaja competitiva ilegítima.

Afirma **COMCEL** que de imponerse las medidas que pretende la CRC, estaría subsidiando a sus competidores y estaría en presencia de una expropiación que implica entonces que se le reconozcan a **COMCEL** las pérdidas que se le están generando, conforme lo ha señalado la Constitución Política de Colombia.

Considera entonces evidente el desconocimiento de la Constitución y de la Ley por parte de la CRC y el consecuencial vicio de que adolece el acto de apertura, y el que tendrá el que se expida como conclusión de la actuación de la administración. Reitera lo que considera como graves y evidentes violaciones en las que se ha incurrido en este procedimiento administrativo, que llevan a que inevitablemente este procedimiento y los actos que del mismo se deriven estén viciados de nulidad por falsa motivación y por ser contrarios a las normas en las que debería fundarse, y señala que si, a pesar de lo anterior, la CRC insistiera en expedir un Acto Administrativo, estaría a través de sus funcionarios expidiendo un acto viciado por ilegalidad que causaría daños antijurídicos a **COMCEL** y a su patrimonio, cuantificables, entre otros, a través de los montos que **COMCEL** dejaría de recibir por la imposición ilegal de unas medidas particulares que carecen de justificación y sustento legal y regulatorio. Ante tal ilegalidad, y los cuantiosos daños que en consecuencia **COMCEL** sufrirá, el Acto Administrativo resultado del presente procedimiento podrá ser objeto del ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que consagra el artículo 138 del CPACA.

Señala que como consecuencia de esta Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que **COMCEL** podría adelantar, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podría proferir una sentencia que confirme con fuerza de cosa juzgada la ilegalidad que desde ya habría denunciado en la Actuación Administrativa derivada de la Resolución CRC 5110 de 2017 y, correlativamente, ordenará una indemnización como Restablecimiento del Derecho que habrá de ser desembolsada por la Nación.

**COMCEL** afirma que no en pocas ocasiones ha advertido a la CRC sobre los diferentes aspectos que llevarían a que el Acto que expida estaría evidentemente viciado de nulidad, con lo cual insistir en la expedición del mismo podría resultar en una conducta dolosa por parte de esa entidad, pues de la revisión del expediente que reposa en la CRC resulta claro que dicha entidad cuenta con la evidencia suficiente que debería llevarla a desistir de la expedición del mencionado Acto, por ser el mismo consecuencia de una actuación que ha vulnerado principios como el de legalidad y derechos fundamentales como el del debido proceso en varias oportunidades, que hemos denunciado a lo largo de esta actuación.

**e. Condiciones que no se cumplirán: no degradación de la calidad de servicio que COMCEL viene prestando a sus usuarios y terceros; y que se cuente con la suficiente infraestructura**

En este acápite, **COMCEL** reitera que las medidas propuestas son ilegales, pero además, en su sentir, no tienen en cuenta que la utilización de las redes de **COMCEL** mediante RAN implicaría *"una degradación de los servicios que ésta viene prestando a sus usuarios y a los terceros, además de que no cuenta con la suficiente infraestructura para hacerlo"*.

Los argumentos esgrimidos por **COMCEL** para soportar su afirmación son los siguientes:

1. Teniendo en cuenta que la cantidad de espectro asignada al operador visitado sigue siendo la misma, cualquier demanda adicional de tráfico ocupará una mayor cantidad de aquél, lo que se traducirá en mayor interferencia en radiofrecuencia y degradación de la calidad del servicio en la zona. Esto será más grave para el operador con una menor asignación de este recurso por usuario



(MHz/usuario), como es el caso de **COMCEL**, que tiene la mitad y la cuarta parte del espectro por usuario respecto al segundo y tercer operador, respectivamente.

2. Las ampliaciones de red, además de requerir cuantiosas inversiones, requieren también de tiempo para ser ejecutadas. Según **COMCEL**, las proyecciones de tráfico de RAN no generan ningún tipo de compromiso, con lo que no es posible generar las ampliaciones de red requeridas por este tráfico adicional de forma anticipada. Esto va a generar redes subdimensionadas y con calidad de servicio inferior a la que un operador daría a sus propios usuarios.

3. Al no haber posibilidad de asignar calidad de servicio diferencial a los usuarios propios de la red frente a los usuarios visitantes, siempre habrá una alta probabilidad de afectar la calidad del servicio de los usuarios por igual.

Con base en lo anterior, **COMCEL** concluye que *"las posibles medidas regulatorias señaladas por la CRC **carecen en todo sentido de un estudio juicioso, consciente y completo de los requisitos que deben presentarse para su procedencia** –numeral 3 del artículo 2 de la ley (sic) 1341 de 2009–"*, y que por tanto la presente actuación administrativa es un desgaste para la administración y los administrados, ya que las medidas no cumplen con los supuestos de ley para poder aplicarse.

De otra parte, en el documento de *"Alegatos de Conclusión"*, **COMCEL** una vez más afirma que las medidas que está estudiando la CRC son ilegales, y por lo tanto no deben proceder pues no cumplen con ninguno de los requisitos que señala el numeral 3 del artículo 2 de la ya referida Ley 1341 de 2009, pues se pretende fijar un precio por debajo de costos para la utilización de la infraestructura de **COMCEL** por parte de los demás competidores, sin tener en cuenta que la utilización de las redes de **COMCEL** vía roaming implicaría una degradación de los servicios que ésta viene prestando a sus usuarios y a los terceros, además de que no cuenta con la suficiente infraestructura para hacerlo. Afirma que la cantidad de espectro asignada al operador visitado sigue siendo la misma con la que éste actualmente opera, y que cualquier demanda adicional de tráfico, utilizando el mismo espectro, inevitablemente significará una mayor ocupación de este recurso finito, traducándose, en términos simples, en una mayor interferencia en radiofrecuencia para las comunicaciones cursadas por la red, y en consecuencia una degradación de la calidad de todos los servicios prestados en la zona para todos los usuarios, tanto propios del operador dueño de la red, como los visitantes en roaming. Reitera que la incidencia negativa en la calidad debida a la restricción de espectro será más grave para el operador con una menor asignación de este recurso por usuario (MHz/usuario), como es el caso de **COMCEL** que tiene la mitad y la cuarta parte de espectro por usuario respecto al segundo y tercer operador, respectivamente.

Considera entonces que pretender atender más tráfico con la misma capacidad de red instalada se traducirá de manera directa en condiciones degradadas de accesibilidad a los servicios y de manera indirecta en una grave afectación a las demás variables que en conjunto caracterizan la calidad de servicio ofrecida a los usuarios (llamadas caídas, baja velocidad de descarga de datos, etc). Manifiesta que no se pueden desconocer las fuertes restricciones y barreras que aún persisten en muchos municipios del país para el despliegue de nuevas estaciones base para las redes móviles.

Reitera que las ampliaciones de red, además de requerir de cuantiosas inversiones, requieren tiempo para ser ejecutadas, y que dado que las proyecciones de tráfico de roaming no generan ningún tipo de compromiso, no es posible generar las ampliaciones de red requeridas por este tráfico adicional de forma anticipada, por lo que se tendrá como resultado congestión de red y detrimento de la calidad del servicio tanto a usuarios de la red visitada como a los usuarios visitantes, por varios meses, dado que los procesos de ampliación se estarán iniciando de forma tardía. Considera que es imposible mantener una red dimensionada para cualquier requerimiento de tráfico, sin que este haya sido claramente identificado, y que no existen procesos de dimensionamiento de red que puedan operar sin datos de proyección de tráfico y usuarios, lo cual, sumado a la compensación económica, por debajo de los costos de expansión, necesariamente conducirá a tener redes subdimensionadas y con calidad de servicio inferior a la que un operador, dispuesto a invertir, daría a sus propios usuarios.

**COMCEL** aduce, finalmente, que no puede pretender la entidad, so pretexto de tratarse de una etapa preliminar, saltarse el análisis de dicha norma pues se trata de unos requisitos sine qua non para la procedencia de una medida regulatoria que implique la utilización de infraestructura.

**Consideraciones de la CRC:**

Los anteriores argumentos de **COMCEL**, a pesar de presentarse en seis (6) distintos acápite o literales, pueden resumirse en tres (3) puntos, a saber: i) La determinación del valor por utilización de infraestructura de **COMCEL** mediante RAN; ii) La supuesta expropiación de la infraestructura de **COMCEL**; (iii) Las condiciones de calidad de servicio.

Así entonces, esta Entidad procede a pronunciarse sobre cada uno de ellos, a continuación:

**i) La determinación del valor por utilización de infraestructura de COMCEL mediante RAN**

En primer lugar, **COMCEL** cuestiona la metodología utilizada para el cálculo del valor que los operadores visitantes de su red deben pagar por concepto de RAN, pues considera que la misma no cumple con lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley 1341 de 2009, que trata sobre el uso eficiente de la infraestructura y los recursos escasos, y según el cual *"[E]l Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura"*.

En respuesta a esa posición, esta Comisión debe poner de presente que, contrario a lo que afirma **COMCEL**, sí se adelantó un análisis exhaustivo para arribar a los valores que se utilizan en la presente actuación respecto del RAN. Para tal fin, se contrató la elaboración de un modelo de costos con un elevado número de variables, el cual fue alimentado con información detallada que fue entregada por cada uno de los operadores de servicios de telefonía móvil a nivel nacional.

Los parámetros utilizados tuvieron como fundamento los principios establecidos en la normativa nacional y Andina respecto de remuneración con base en costos eficientes, como se desprende de las obligaciones<sup>1317</sup> del contrato de prestación de servicios profesionales número 33 suscrito con la firma Dantzig Consultores Limitada en el año 2016.

Ahora bien, como ya se anunció en otros puntos de esta Resolución, y se seguirá reiterando, el objeto de la presente actuación no se centra en la metodología utilizada para calcular las cifras correspondientes al modelo de costos de una empresa eficiente, pues ello fue objeto de las actuaciones administrativas de carácter general que culminaron con la expedición de las Resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017. Se reitera entonces que es en dicho escenario, donde **COMCEL** debió manifestar todo aquello que hoy se presenta como argumento para desvirtuar las cifras que sustentan las potenciales medidas a imponer, una vez constatada su posición dominante en el mercado "Servicios Móviles".

En todo caso, frente a la metodología con base en la cual **COMCEL** adelanta su análisis y concluye que en realidad lo que se está haciendo es obligarla a subsidiar a sus competidores, debe decirse que, tal y como se indicó en la sección 8.2.3.1.1, los valores que **COMCEL** expone en su escrito carecen de sustento y son inconsistentes al compararlos con los precios minoristas que cobra el operador.

Por otra parte, es importante reiterar que el modelo de costos empleado por la Comisión con motivo del proyecto regulatorio que concluyó con la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017 no buscaba reflejar los costos de un operador en particular, sino los costos de una empresa eficiente desde el punto de vista técnico y económico: eficiencia técnica en el sentido en que el modelo diseña una red nueva, moderna y adecuadamente dimensionada para atender la demanda

<sup>1317</sup> Algunas de estas obligaciones eran "Apoyar en la implementación del escenario que calcule el valor eficiente de cargo por concepto de Roaming Automático Nacional", "Acompañar en la revisión de elementos de costos del modelo móvil actual de una empresa eficiente utilizado por la CRC, y definición de aquellos puntos en los cuales se requeriría una actualización como ejercicio de validación, revisión y eventual actualización de los costos y parámetros utilizados en el modelo actual de la CRC", entre otras.

de diferentes servicios de comunicaciones móviles para un plazo de cinco (5) años bajo criterios eficientes; y eficiencia económica bajo el entendido que la empresa atiende a un tercio de la demanda del mercado bajo el supuesto de un mercado repartido equitativamente entre tres operadores, como lo predice el equilibrio de mercado de un modelo de competencia de Cournot en el que todos los operadores cuentan con la misma estructura eficiente de costos.

En este sentido, las posibles eficiencias asociadas al tamaño de **COMCEL** en relación con la "empresa eficiente" modelada por la CRC, y las ineficiencias asociadas a la evolución histórica de la arquitectura de red de **COMCEL** frente a la red eficiente diseñada en el modelo de costos de la CRC no son tenidas en cuenta en el modelo de costos, ni deben ser tenidas en cuenta a la luz de los principios orientadores de la Ley 1341 de 2009 que se refiere a remuneración por el uso de infraestructura orientada a costos eficientes, los cuales incluyen el costo de oportunidad y una utilidad razonable<sup>1318</sup> y, por ende, no se ven reflejadas en el valor regulado de Roaming Automático Nacional incluido en la Resolución CRC 5107 de 2018.

Por lo anterior, no puede argumentar **COMCEL**, ni aporta evidencia sólida para ello, que los valores definidos en la regulación de carácter general no remuneren de manera eficiente su infraestructura, y por lo mismo, no es posible hablar de subsidios a los demás operadores del mercado, ni de perjuicios ocasionados al operador.

Ahora bien, la Ley no le concede a **COMCEL** derecho alguno que implique que el regulador deba fijar los precios mayoristas en la forma en que **COMCEL** quiera, ni considerando los costos que **COMCEL** aduzca tener. La Ley le impone a la CRC el deber de fijar precios con base en costos eficientes, que son aquellos en que incurriría un proveedor eficiente, como se ha explicado. La Ley tampoco le exige a la **CRC** adoptar una metodología de costos históricos, que es lo pretendido por **COMCEL**, sino costos eficientes, que son aquellos fijados con base en metodologías de costos prospectivos -forward looking-.

De otra parte, **COMCEL** está aceptando que es su intención que la **CRC** fije precios basados en costos ineficientes, lo cual es contrario a lo dispuesto por la Ley. La necesidad de adoptar la metodología de costos futuros precisamente surgió ante la constatación de que la utilización de costos históricos implicaba remunerar al operador por sus ineficiencias, y por ello es inadmisibles que, a estas alturas, **COMCEL** solicite a la **CRC** fijar precios que consideren esas ineficiencias.

## ii) La supuesta expropiación de la infraestructura de **COMCEL**

En segundo lugar, **COMCEL** se soporta en que el valor antes discutido no obedece a criterios de costos eficientes para afirmar que existe una expropiación de facto por parte de la CRC de la infraestructura de **COMCEL**, y alega que la misma es ilegítima por cuanto esta Entidad carece de competencia para llevarla a cabo.

El primer argumento de **COMCEL** constituye un uso de la categoría denominada "expropiación indirecta", la cual se utiliza en algunos contextos para describir los eventos en que un acto estatal, si bien no transfiere formalmente el título de propiedad de bienes del particular al Estado, sí disminuye el valor económico de la propiedad de tal forma que la intervención tiene un efecto equivalente al de una expropiación. De esta forma, lo que **COMCEL** describe es una situación en que varios de sus activos, como la infraestructura, redes y bandas del espectro radioeléctrico, son objeto de una disminución tal en su valor económico debido a las medidas regulatorias que pueda adoptar la CRC, que ello equivale a una expropiación en el sentido clásico del término<sup>1319</sup>, esto es, que la CRC estaría "expropiando" indirectamente los activos de **COMCEL**.

<sup>1318</sup> Así es reconocido inclusive de tiempo atrás en el artículo 2 del Decreto 2870 de 2007, el cual, al definir el concepto de Costos eficientes de la infraestructura, señala que estos son "costos incurridos en el proceso de producción de un bien o servicio de telecomunicaciones que correspondan a una situación de competencia y que incluyan todos los costos de oportunidad del operador, lo cual implica la obtención de una utilidad razonable".

<sup>1319</sup> "La expropiación constituye un medio o instrumento del cual dispone el Estado para incorporar al dominio público los bienes de los particulares, previo el pago de una indemnización, cuando éstos se requieran para atender o satisfacer necesidades de "utilidad pública e interés social", reconocidas o definidas por la ley, con intervención de la autoridad judicial (expropiación por vía judicial) o mediante la utilización de los poderes públicos propios del régimen administrativo (expropiación por vía administrativa). También se le ha dado sustento a la expropiación con fundamento en la función social de la propiedad cuando se la utiliza con fines de redistribución de la propiedad o para conminar a los propietarios a explotar las tierras en forma eficiente o con arreglo a programas de producción diseñados por el Estado." (Corte Constitucional, sentencia C-389 de 1994)

Así, por ejemplo, en el capítulo de inversión del TLC entre Colombia y Estados Unidos, se explica la expropiación indirecta como *"un acto o una serie de actos de una Parte [que] tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio"*.

Como lo expone Batyrova (2017), la principal característica de la expropiación indirecta es que, aunque los derechos de propiedad de los inversionistas no se transfieren, el Estado implementa acciones tales que los inversionistas prácticamente no pueden disfrutar de sus derechos de propiedad en razón a la imposibilidad de ejercer control, gestión, operación y derivar beneficios de sus inversiones<sup>1320</sup>.

Márquez (2008), a su turno, señala que *"la expropiación indirecta no es cualquier medida que toma el Estado, y principalmente el gobierno en desarrollo de su actividad como autoridad administrativa, sino que son aquellos actos que están por fuera de la normalidad o la legalidad que tienden a privar a un extranjero del adecuado uso, fruto y disposición de activos a que tiene derecho por un título de propiedad o un derecho o expectativa legalmente constituida."*<sup>1321</sup>

La noción de expropiación indirecta tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana. La primera decisión que extendió el concepto de expropiación a situaciones distintas a la ocupación física o la transferencia del título de propiedad es el caso *Pennsylvania Coal v. Mahon* decidido en 1922<sup>1322</sup>. En este caso, una ley estatal prohibió extraer carbón del subsuelo de tal forma que pudiera causar el colapso de estructuras en la superficie. Una compañía demandó al Estado, solicitando una indemnización, ya que la ley le impedía minar todo el carbón del subsuelo que había adquirido previamente. La Corte Suprema consideró que la ley en efecto *"destruye derechos de propiedad y contractuales preexistentes"*. Consideró que el Estado tenía el poder para regular la propiedad—lo cual en Estados Unidos se entiende como ejercicio del "poder de policía"—señalando que *"el gobierno difícilmente podría funcionar si, hasta cierto punto, el valor inherente a la propiedad no pudiera ser disminuido sin indemnizar por cada uno de estos cambios en las leyes generales. Como se ha reconocido, algunos derechos se gozan bajo una limitación implícita, y deben ceder al poder de policía"*<sup>1323</sup>. Sin embargo, pasó a anotar que podía haber límites al poder de policía: *"Pero, como es obvio, la limitación implícita debe tener límites, o de lo contrario las cláusulas constitucionales de protección de los contratos y del debido proceso son letra muerta. Un elemento para considerar en la determinación de dichos límites es el grado de la disminución. Cuando esta llega a cierta magnitud, en la mayoría si no en todos los casos, el acto requiere el decreto de una expropiación con indemnización"*<sup>1324</sup>. Así, la Corte indicó que *"por regla general, [...] aunque la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, si la regulación se lleva al extremo, esta será reconocida como una expropiación"*<sup>1325</sup>. En el caso concreto, la Corte consideró, precisamente, que esta regulación llegaba al extremo de expropiar a la compañía, pues *"lo que hace que el derecho a extraer carbón sea valioso es que de este se pueda derivar utilidad. El hacer comercialmente inviable la minería de cierto tipo de carbón tiene casi el mismo efecto, desde la perspectiva constitucional, que apropiárselo o destruirlo"*<sup>1326</sup>.

La jurisprudencia posterior al caso *Pennsylvania Coal* ha buscado establecer exactamente cuáles son los casos en que *"la regulación se lleva al extremo"*. En el caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, decidido en 1978, la Corte Suprema consideró que una decisión adoptada de acuerdo con una norma de protección del patrimonio, que prohibió a los propietarios de una estación de tren con valor histórico y arquitectónico desarrollar un edificio sobre la misma, no constituyó una expropiación. La Corte advirtió que, no obstante los precedentes sobre la materia,

<sup>1320</sup> BATYROVA, D. Regulatory expropriation in the jurisprudence of ICSID arbitral tribunal. LLM Short Thesis. Central European University. (2017) Pág. 3

<sup>1321</sup> Márquez Escobar, Carlos Pablo. Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá (Colombia) N° 11: 13-68, mayo de 2008- Pág 41-42.

<sup>1322</sup> *Pennsylvania Coal v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1992).

<sup>1323</sup> Ibidem.: *"Government hardly could go on if, to some extent, values incident to property could not be diminished without paying for every such change in the general law. As long recognized, some values are enjoyed under an implied limitation, and must yield to the police power"*

<sup>1324</sup> Ibid.: *"But obviously the implied limitation must have its limits, or the contract and due process clauses are gone. One fact for consideration in determining such limits is the extent of the diminution. When it reaches a certain magnitude, in most if not in all cases, there must be an exercise of eminent domain and compensation to sustain the act."*

<sup>1325</sup> Ibid.: *"The general rule, at least, is that, while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far, it will be recognized as a taking"*

<sup>1326</sup> Ibid.: *"What makes the right to mine coal valuable is that it can be exercised with profit. To make it commercially impracticable to mine certain coal has very nearly the same effect for constitutional purposes as appropriating or destroying it."*

no existía una "fórmula fija para determinar cuándo la justicia y la equidad exigen que los perjuicios económicos causados por la acción estatal sean compensados por el gobierno, en lugar de quedar concentrados de manera desproporcionada en un grupo de personas"<sup>1327</sup>. Sin embargo, identificó tres factores para la adopción de la decisión en este tipo de casos: (i) el impacto económico de la regulación sobre el demandante, (ii) el grado en el cual dicha regulación interfiere con expectativas soportadas en inversiones, y (iii) la naturaleza de la acción estatal, pues, según la Corte, una expropiación podría ser identificada con mayor facilidad si la interferencia del Estado con la propiedad podía caracterizarse como una "invasión física por el gobierno" que como un "programa público que equilibra los beneficios y las cargas de la actividad económica para promover el bien común"<sup>1328</sup>.

Los tribunales estadounidenses aplican el *test* de tres factores propuesto en el caso *Penn Central*. Lo han hecho especialmente en casos en que se discute el impacto de regulaciones que fijan precios máximos, por ejemplo, a distribuidores de combustible que conforman un oligopolio (*Lingle v. Chevron*, 2005). En otros casos, como el del control de precios a arrendadores de vivienda (*Yee v. City of Escondido*, 1992), o de empresas de energía eléctrica que permiten la colocación de cableado en sus postes (*FCC v. Florida Power Corp*, 1987), la Corte Suprema ha indicado que no se está en presencia de una expropiación regulatoria, sino de una regulación que limita la propiedad, la cual en principio no requiere compensación: "cuando el gobierno se limita a regular el uso de la propiedad, solo se requiere indemnización sin consideraciones tales como el propósito de la regulación o el grado al cual esta priva al propietario del uso económico de la propiedad, sugieren que la regulación ha obligado exclusivamente al propietario a soportar una carga que debería ser llevada por toda la comunidad"<sup>1329</sup>.

En cuanto a jurisprudencia que pueda aplicarse al caso de las telecomunicaciones, cabe destacarse aquella relacionada con el poder de regular los precios de servicios prestados por los propietarios de infraestructura que constituían un "monopolio natural", como los ferrocarriles. Desde 1886, la Suprema Corte de Estados Unidos de América consideró que, en principio, existía el poder para regular los precios, pero que este "poder para regular no es un poder para destruir", motivo por el cual los estados no podían adoptar regulaciones que fueran "equivalentes a una confiscación". En el caso *Reagan v. Farmer's Loan & Trust Co.*, decidido en 1894, la Corte reiteró su competencia para "determinar si un grupo de tarifas [...] es injusto e irrazonable, de tal forma que causa una destrucción práctica de los derechos de propiedad", y anotó que una tarifa podría ser confiscatoria, si era "tan injusta que destruye el valor de la propiedad, para todos los fines para los cuales esta fue adquirida". En un caso posterior, decidido en 1896, la Corte Suprema extendió esta jurisprudencia a otros tipos de infraestructura de transporte, como las carreteras<sup>1330</sup>.

Aunque ha habido distintas posiciones por parte de la Corte Suprema a lo largo de los años, la jurisprudencia actual admite una amplia discrecionalidad para fijar las metodologías con las cuales se calculan las tarifas. En el caso *Duquesne Light Co. v. Barasch*, decidido en 1989, la Corte consideró que una tarifa que impedía a una compañía de generación de energía eléctrica recuperar todos los costos hundidos, debido a que las inversiones realizadas no eran útiles para los consumidores, no era por ese solo motivo, una tarifa injusta y confiscatoria<sup>1331</sup>. La Corte tuvo en cuenta que la empresa, a pesar de no poder recuperar todos los costos de su inversión, estaba

<sup>1327</sup> *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978): "this Court, quite simply, has been unable to develop any "set formula" for determining when "justice and fairness" require that economic injuries caused by public action be compensated by the government, rather than remain disproportionately concentrated on a few persons"

<sup>1328</sup> *Ibid.*: "In engaging in these essentially ad hoc, factual inquiries, the Court's decisions have identified several factors that have particular significance. The economic impact of the regulation on the claimant and, particularly, the extent to which the regulation has interfered with distinct investment-backed expectations are, of course, relevant considerations. See *Goldblatt v. Hempstead*, supra at 369 U. S. 594. So, too, is the character of the governmental action. A "taking" may more readily be found when the interference with property can be characterized as a physical invasion by government, see, e.g., *United States v. Causby*, 328 U. S. 256 (1946), than when interference arises from some public program adjusting the benefits and burdens of economic life to promote the common good. "Government hardly could go on if, to some extent, values incident to property could not be diminished without paying for every such change in the general law," *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U. S. 393, 260 U. S. 413 (1922), and this Court has accordingly recognized, in a wide variety of contexts, that government may execute laws or programs that adversely affect recognized economic values."

<sup>1329</sup> *Yee v. City of Escondido, California*, 503 U.S. 519 (1992): "where the government merely regulates the use of property, compensation is required only if considerations such as the purpose of the regulation or the extent to which it deprives the owner of the economic use of the property suggest that the regulation has unfairly singled out the property owner to bear a burden that should be borne by the public as a whole"

<sup>1330</sup> *Covington & Lexington Turnpike Road v. Sandford*, 164 U.S. 578 (1896).

<sup>1331</sup> *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989): "We [...] hold that a state scheme of utility regulation does not "take" property simply because it disallows recovery of capital investments that are not "used and useful in service to the public."

derivando una utilidad de 16.14%, y que la regulación impugnada le reduciría sus ingresos en apenas 0.5%. La Corte indicó que *"el impacto total de la regulación de tarifas, entonces, no es constitucionalmente cuestionable. No se ha argumentado que estas tarifas ligeramente reducidas pongan en riesgo la integridad financiera de las compañías, porque las deje con capital insuficiente para operar o porque les impida obtener capital en el futuro. Tampoco se ha demostrado que estas tarifas sean inadecuadas para compensar a los actuales accionistas por el riesgo asociado a su inversión bajo un esquema de inversión prudente modificado"*<sup>1332</sup>. En otras palabras, para la Corte Suprema de Estados Unidos, una tarifa no es confiscatoria por el hecho de implicar una reducción en ingresos para la empresa o de impedirle recuperar toda la inversión realizada con anterioridad.

Los anteriores precedentes sirvieron a la Corte Suprema para terciar en el debate entre grandes compañías de telecomunicaciones y la *Federal Communications Commission*, sobre la metodología usada para calcular los cargos de acceso a las redes de telefonía local bajo el *Telecommunications Act* de 1996. En aplicación de esa ley federal, que obligó a los propietarios de redes locales a permitir la interconexión con otros proveedores, la FCC adoptó una metodología basada en costos eficientes<sup>1333</sup> y no en los costos históricos en que hubiera incurrido el proveedor. En el año 2002, en el caso *Verizon v. Federal Communications Commission*, la Corte respaldó la metodología de la FCC, señalando que esta se encontraba explícitamente diseñada para cumplir la finalidad de *Telecommunications Act*, que era promover la competencia en la telefonía local, *"dando a los potenciales competidores todos los incentivos posibles para ingresar a los mercados locales, distintos a la confiscación"*<sup>1334</sup>. La Corte consideró que la FCC había interpretado la expresión "costos" en la ley de manera razonable, a pesar de que su metodología no hubiera tenido en cuenta los costos históricos, y que esta metodología no implicaba una confiscación de la empresa, ya que era posible que aún bajo los cargos fijados por la FCC, la empresa pudiera derivar una utilidad.

En suma, el derecho constitucional de los Estados Unidos donde fue introducida la noción de expropiación regulatoria, admite, en principio, que se reclame por una "expropiación" como una consecuencia de la regulación, o por una "tarifa confiscatoria" en el marco de la regulación de las telecomunicaciones. Sin embargo, en ambos casos, se requieren unos umbrales altos de prueba y argumentación para demostrar dicha expropiación, en la medida en que debe probarse que la regulación destruyó la empresa regulada, o que puso en riesgo su integridad financiera, máxime cuando se ha reconocido un margen importante para las autoridades al momento de regular los precios en industrias en las cuales se quiere promover la competencia para beneficiar a los consumidores.

De hecho, la jurisprudencia en relación con la expropiación indirecta ha sido criticada por su extrema amplitud, ya que puede leerse como un límite excesivo a la potestad regulatoria de los Estados, que puede incluso impedir regulaciones claramente beneficiosas para la comunidad, y por exceder incluso los límites sustantivos y procedimentales de la jurisprudencia estadounidense<sup>1335</sup>. La amplitud de la jurisprudencia ha incentivado reclamaciones que ponen en tela de juicio, incluso, regulación en materia de salud, como la convocatoria a tribunal de arbitramento realizada por Philip Morris contra Australia, por la "expropiación" de su good will debido a la aprobación de leyes anti tabaco que exigen vender los cigarrillos en empaquetado neutro<sup>1336</sup>.

<sup>1332</sup> *Ibid.*: *"The overall impact of the rate orders, then, is not constitutionally objectionable. No argument has been made that these slightly reduced rates jeopardize the financial integrity of the companies, either by leaving them insufficient operating capital or by impeding their ability to raise future capital. Nor has it been demonstrated that these rates are inadequate to compensate current equity holders for the risk associated with their investments under a modified prudent investment scheme."*

<sup>1333</sup> Para estos casos la FCC usa la metodología TELRIC, similar pero no igual a la usada por la CRC en la determinación de cargos de acceso por Roaming Automático Nacional, de acuerdo con la Resolución 5107 de 2017.

<sup>1334</sup> *Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002): *"The Act thus appears to be an explicit disavowal of the familiar public-utility model of rate regulation (whether in its fair-value or cost-of-service incarnations) presumably still being applied by many States for retail sales, [...] in favor of novel rate setting designed to give aspiring competitors every possible incentive to enter local retail telephone markets, short of confiscating the incumbents' property."*

<sup>1335</sup> Vicki Been & Joel Beauvais, "The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine", en *New York University Law Review*, Vol. 78 (2003), pp. 30-143.

<sup>1336</sup> La reclamación no llegó a un laudo de fondo, ya que el tribunal arbitral acogió las excepciones preliminares propuestas por Australia e inadmitió las pretensiones de Philip Morris por razones procesales. *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.

Por su parte, la jurisprudencia norteamericana sobre expropiación indirecta ha migrado durante las últimas tres décadas a la jurisprudencia de los tribunales arbitrales de resolución de controversias de inversión, y en varios casos a la redacción de las cláusulas de los tratados de protección de las inversiones. Por ese motivo, los tribunales, con frecuencia, deben decidir controversias en las cuales un inversionista extranjero alega que el Estado anfitrión le ha expropiado su inversión en desconocimiento de la cláusula de expropiación del respectivo tratado bilateral o multilateral de protección de inversiones.

En Tippets (1984) el Tribunal Mixto de Reclamaciones entre Estados Unidos e Irán sostuvo que *"se reconoce en derecho internacional que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad a tal magnitud que dichos derechos quedan inútiles y deben ser considerados como expropiados, a pesar de que el Estado no haya tenido la intención de expropiarlos y que el título legal de propiedad permanezca con el dueño."*<sup>1337</sup>

Algunos ejemplos de medidas que se han considerado expropiatorias incluyen la revocatoria de un certificado de zona franca en Burundi que *"privó a las inversiones de toda utilidad y privó a los inversionistas del beneficio que habrían podido derivar de sus inversiones"*<sup>1338</sup>, la negativa de las autoridades locales a otorgar una licencia de construcción para un confinamiento de residuos peligrosos previamente autorizado por el gobierno federal mexicano<sup>1339</sup> o la modificación de tarifas de agua, acompañada de un ambiente hostil del gobierno contra la empresa de servicios públicos en Argentina<sup>1340</sup>.

El laudo en el caso *Metalclad v. Mexico*, citado en el párrafo anterior, definió la expropiación indirecta como *"una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad"*<sup>1341</sup>. La anterior definición no es la única, pues distintos tribunales han hecho énfasis en diversos elementos para establecer si hay o no una expropiación indirecta.

Desde el punto de vista posiblemente más favorable al inversionista, algunos tribunales han identificado los efectos de la medida como el elemento clave para determinar si se ha expropiado o no la inversión. El laudo *Metalclad* es el caso paradigmático en cuanto a los efectos, ya que el tribunal expresamente se negó a revisar si la negativa a permitir la construcción del confinamiento de residuos peligrosos tenía alguna justificación basada en el bienestar de la comunidad:

*"El Tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del Decreto Ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el Decreto Ecológico, no es esencial para que el Tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, [el] Tribunal considera que la implementación del Decreto Ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación."*<sup>1342</sup>

Otro ejemplo en esta línea de casos que solo consideran los efectos es el laudo en *Pope & Talbot v. Canada*, en el cual se discutía una normatividad canadiense que limitó la exportación de madera a Estados Unidos. El tribunal rechazó, por una parte, el argumento del Estado de que una regulación en ejercicio del poder de policía no estaría cubierta por la cláusula de expropiación, pero por otra, también rechazó la pretensión del inversionista. Consideró que la nueva normatividad, si bien redujo las utilidades del inversionista de manera sustancial, no le expropió la inversión<sup>1343</sup>. En un caso posterior, el caso *S.D. Myers v. Canada*, el tribunal arbitral reiteró las consideraciones anteriores y sostuvo que una regulación que había demorado la entrada de un inversionista al mercado local durante 18 meses, si bien le había afectado sus utilidades y sus oportunidades comerciales, no constituyó una expropiación<sup>1344</sup>. Ambos tribunales insistieron en que una expropiación indirecta debe tener efectos que de alguna manera sean equivalentes a una expropiación directa.

<sup>1337</sup> BATYROVA, D. Regulatory expropriation in the jurisprudence of ICSID arbitral tribunal. LLM Short Thesis. Central European University. (2017) Pág. 3

<sup>1338</sup> *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Sentence, 10 février 1999.

<sup>1339</sup> *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000.

<sup>1340</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, noviembre de 2000.

<sup>1341</sup> *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, párr. 103.

<sup>1342</sup> *Ibid.*, párrafo 111.

<sup>1343</sup> *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Interim Award, 26 de junio de 2000.

<sup>1344</sup> *S.D. Myers Inc. v. Canada*, Partial Award, 13 de noviembre de 2000.

Otros tribunales, además de los efectos de la medida, han tenido en cuenta también el propósito de la misma, e incluso han realizado juicios de proporcionalidad para ponderar el interés público con el interés privado. En el caso *Methanex*, el tribunal arbitral afirmó que *"una regulación no discriminatoria adoptada para una finalidad pública, que se establece de acuerdo con el debido proceso y que afecta, entre otros, a un inversionista o a una inversión extranjera, no se tiene como expropiatoria ni indemnizable a menos que se hayan hecho compromisos específicos por parte del gobierno que promulga la regulación al entonces potencial inversionista extranjero [...]"*<sup>1345</sup>. En el caso concreto, en que una empresa canadiense reclamó por la prohibición introducida en California sobre un aditivo a la gasolina que, a juicio de la empresa, le expropiaba su inversión, el tribunal arbitral consideró que la empresa no podía tener la expectativa de que este aditivo no sería regulado o prohibido, si se tenía en cuenta que:

*"Methanex ingresó a una economía política en la cual era ampliamente conocido, si no notorio, que las entidades gubernamentales para la protección de la salud y el medio ambiente, operando bajo los ojos vigilantes de los medios de comunicación, corporaciones interesadas, organizaciones no gubernamentales y un electorado políticamente activo, continuamente monitoreaban el uso y el impacto de compuestos químicos y frecuentemente prohibían o restringían el uso de dichos compuestos por razones de salud o ambientales. De hecho, el mercado mismo para el MTBE en los Estados Unidos fue un resultado de ese proceso regulatorio. [...] Methanex entró a los Estados Unidos con conocimiento y participación activa en este proceso. No entró al mercado de los Estados Unidos porque se le hubieran hecho promesas especiales"*<sup>1346</sup>.

Otro ejemplo es el caso *Saluka v. República Checa*, en que se consideró si la toma de posesión de un banco, por parte del Banco Central Nacional, constituía una expropiación. El tribunal arbitral consideró que no lo era, debido a que la decisión del Banco Central estaba *"plenamente motivada"*, y porque el Banco Central *"tenía justificaciones, bajo el derecho checo, para imponer la administración forzosa"* del banco. El tribunal consideró adicionalmente que el Banco Central *"tomó en consideración hechos que, para el Tribunal, era razonable que considerara. Luego aplicó la legislación checa pertinente a dichos hechos—de nuevo, en una forma que el tribunal considera razonable."* Por lo tanto, la decisión del Banco Nacional fue una *"acción regulatoria legal y permisible por parte de la República Checa, dirigida al bienestar general del Estado, y no entra dentro del ámbito de alguna de las excepciones a la licitud de la acción regulatoria que reconoce el derecho internacional consuetudinario."*<sup>1347</sup>

En el caso *Tecmed v. Mexico*, el tribunal arbitral consideró que la resolución que no renovó la autorización para continuar operando un confinamiento de residuos peligrosos era, en virtud de sus efectos sobre la inversión, *"una medida asimilable a una expropiación"*, ya que *"destruyó de manera irreversible todo valor económico o comercial directa o indirectamente asociado con tal operación y actividad y con los bienes afectados e indisolublemente ligados a ella"*<sup>1348</sup>. Sin embargo, el tribunal agregó, que además del efecto de la medida, debía considerarse *"la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente"*

<sup>1345</sup> *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 de agosto de 2005, pg. 278.

<sup>1346</sup> *Ibid.*: *"Methanex entered a political economy in which it was widely known, if not notorious, that governmental environmental and health protection institutions at the federal and state level, operating under the vigilant eyes of the media, interested corporations, nongovernmental organizations and a politically active electorate, continuously monitored the use and impact of chemical compounds and commonly prohibited or restricted the use of some of those compounds for environmental and/or health reasons. Indeed, the very market for MTBE in the United States was the result of precisely this regulatory process. [...] Methanex entered the United States market aware of and actively participating in this process. It did not enter the United States market because of special representations made to it."*

<sup>1347</sup> *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award, 17 de marzo de 2006, párr. 271-275: *"As will be seen, the CNB's decision is fully motivated. [...] In reaching its decision, it took into consideration facts which, in the opinion of the Tribunal, it was very reasonable for it to consider. It then applied the pertinent Czech legislation to those facts – again, in a manner that the Tribunal considers reasonable. [...] The CNB's decision is, in the opinion of the Tribunal, a lawful and permissible regulatory action by the Czech Republic aimed at the general welfare of the State, and does not fall within the ambit of any of the exceptions to the permissibility of regulatory action which are recognised by customary international law."* En este laudo, como en otros, se hace referencia al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, no es claro que el derecho consuetudinario establezca una prohibición de la expropiación regulatoria. Los distintos laudos que hasta ahora se han pronunciado sobre la materia, lo han hecho siempre aplicando los términos de un tratado de protección de las inversiones. Los laudos arbitrales y sentencias en que se ha revisado la expropiación bajo el derecho internacional consuetudinario, se han ocupado de acciones expropiatorias directas del Estado, como ocurrió en el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, y no de acciones regulatorias que, por sus efectos, se consideran equivalentes a una expropiación.

<sup>1348</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 116.



*tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad*<sup>1349</sup>. En el caso concreto, el tribunal observó que el ambiente de oposición política al confinamiento jugó el rol principal en la decisión, y no el incumplimiento de las condiciones legales por parte del inversionista, por lo cual consideró que la medida de no renovar la autorización había sido desproporcionada.

Estos ejemplos reflejan al menos dos aproximaciones distintas a la interpretación de las cláusulas de expropiación en los tratados de protección de la inversión. En una primera aproximación, se revisan exclusivamente los efectos sobre el inversionista, mientras que en otra, también se revisa la justificación pública de la medida e incluso su proporcionalidad. Para efectos de analizar el argumento de **COMCEL** relacionado con la expropiación, es suficiente tener en cuenta que, bajo el derecho internacional de protección de las inversiones, una reclamación por expropiación indirecta tiene una carga argumentativa y probatoria alta. Si se aplica la línea jurisprudencial en la cual solo se tienen en cuenta los efectos, se deberá demostrar un efecto "equivalente" a una expropiación (en el sentido de que al propietario se le prive totalmente, o de una manera significativa, del beneficio económico de su inversión), mientras que si se aplica la jurisprudencia que tiene en cuenta también los propósitos de la medida y que pondera con el interés público, adicionalmente se deberá demostrar la arbitrariedad (en el sentido de que la decisión sea irrazonable y haya tenido en cuenta criterios prohibidos o no previstos por la legislación o regulación) o la falta de proporcionalidad de la medida (en el sentido de que los beneficios de la medida para el público sean claramente superados por el perjuicio causado al inversionista).

Al respecto, Faya Rodríguez señala:

*"De una revisión de la literatura, práctica de los Estados y decisiones arbitrales, concluimos que la expropiación indirecta reúne las siguientes características mínimas:*

- 1) Es un acto atribuible al Estado.*
- 2) Implica una interferencia sobre derechos de propiedad, de tal magnitud que deja dichos derechos inútiles, evitando su uso, goce o disposición.*
- 3) A pesar de que el dueño permanezca con la propiedad legal o posesión del bien.*<sup>1350</sup>

En ese sentido, no es admisible señalar, como lo hace **COMCEL**, que la regulación de un precio de una instalación esencial mayorista, reconociendo los costos en que incurriría un operador eficiente al proveerla más una utilidad razonable, le priva de cualquier utilidad sobre las inversiones realizadas, o le impide ejercer el control, gestión, y operación de éstas, o hace inútiles sus derechos sobre ellas, o destruye la empresa, o pone en riesgo su integridad financiera, o constituye una medida que está por fuera de la normalidad.

De hecho, debe recordarse una vez más que el retorno de las inversiones de **COMCEL** no se efectúa exclusivamente con cargo a los precios de RAN, pues lo que éstos persiguen es que el proveedor pueda recuperar los costos eficientes **de proveer la instalación esencial de RAN**, y no la totalidad de las inversiones, cuyo retorno se obtiene con cargo a los ingresos de TODOS los servicios minoristas y mayoristas, regulados y no regulados, de **COMCEL**, máxime cuando los costos de RAN no son exclusivamente causados por este servicio, sino que son costos comunes a los demás servicios de comunicaciones móviles que **COMCEL** presta a través de sus redes. De otra parte, aun considerando el aumento de tráfico asociado a la disminución del precio regulado de RAN que se estudia en la presente resolución, los ingresos de **COMCEL** por este concepto son marginales si se comparan con el agregado de ingresos por los demás servicios de telecomunicaciones que presta sobre sus redes.

Ahora bien, las menciones al derecho estadounidense y al derecho internacional de protección de las inversiones sirven como contraejemplos para ilustrar el alcance de la protección de la propiedad privada en la Constitución colombiana. El artículo 58 de la Constitución no menciona la expropiación indirecta, como sí lo hacen los tratados de protección de la inversión, y la

<sup>1349</sup> *Ibíd.*, párr. 122.

<sup>1350</sup> FALLA RODRÍGUEZ, A. ¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo. DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/8.pdf>

jurisprudencia de la Corte Constitucional tampoco se ha referido a la expropiación indirecta, como sí lo ha hecho de manera prolija la Corte Suprema de Estados Unidos.

La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre los tratados de libre comercio y los acuerdos bilaterales de protección de inversiones, ha dicho de manera reiterada que las normas sobre expropiación indirecta, si bien son compatibles con la Constitución, no se fundamentan en el artículo 58 de la misma. En la sentencia C-031 de 2009, al revisar el TLC entre Colombia y Chile, la Corte consideró a fondo el alcance de la expropiación indirecta y las controversias que plantea ese concepto. En ese proceso de constitucionalidad, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo había propuesto que el artículo 58 de la Constitución regula tanto la expropiación directa como la indirecta. La Corte no acogió esa interpretación:

*"Así las cosas, en materia de expropiaciones indirectas no sólo está de por medio la protección de la propiedad privada y la primacía del interés general sobre el particular, como sucede en materia de expropiación directa, sino además el ejercicio de las facultades regulatorias estatales, encaminadas a la protección de intereses legítimos como son la salud pública, la seguridad y el medio ambiente. La pregunta que surge entonces es hasta qué punto esta figura del derecho internacional económico se enmarca en los principios del artículo 58 Superior o si, por el contrario, su fundamento se haya en otras disposiciones constitucionales.*

*Al respecto, la Corte considera que la interpretación planteada en su intervención por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en el sentido de estimar que el artículo 58 Superior, al no distinguir entre expropiación directa e indirecta, abarcaría ambas, no es de recibo por cuanto en la historia del constitucionalismo colombiano la figura de la expropiación ha comportado, desde siempre, la transferencia del derecho de dominio de un particular al Estado, característica que se encuentra ausente en la expropiación indirecta."*

Lo anterior, para la Corte, no quería decir que la protección contra la expropiación indirecta fuera contraria a la Constitución, sino que esta debía fundamentarse en un principio constitucional distinto:

*"Así las cosas, la expropiación indirecta encuentra un fundamento constitucional en el principio de la confianza legítima. [...]Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación.*

[...]

*En este orden de ideas, estima la Corte que las condiciones establecidas en el tratado para que un acto estatal pueda ser calificado en términos de expropiación indirecta, y en consecuencia, ser indemnizable, son razonables, conformes con los postulados de la confianza legítima, y no limitan de manera desproporcionada las competencias regulatorias estatales en temas sensibles como la salud pública, el medio ambiente y la seguridad. Con todo, aclara la Corte que la aplicación de la figura de la expropiación indirecta debe hacerse de manera estricta, previo cumplimiento de absolutamente todas las condiciones y supuestos establecidos en el tratado internacional, so pena de atentar contra las facultades regulatorias estatales y la preservación del interés general."*

Estas consideraciones han sido reiteradas por la Corte en distintas ocasiones en que ha tenido la oportunidad de revisar la constitucionalidad de cláusulas de expropiación indirecta, como lo hizo en relación con el TLC con Canadá<sup>1351</sup>, el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico<sup>1352</sup>, y el TLC con Corea del Sur<sup>1353</sup>.

Así pues, bajo el derecho público colombiano, las circunstancias que **COMCEL** describe como una "expropiación" tienen en el derecho colombiano una connotación diferente, sólo evaluables en el marco del principio de protección de la confianza legítima frente a cambios bruscos e inesperados por parte de las autoridades. Lo anterior se debe a que las medidas regulatorias que propuso la CRC al iniciar la actuación particular, no implican la transferencia del derecho de dominio de un particular al Estado, sino, en el caso más extremo, la eventual disminución de las utilidades de

<sup>1351</sup> Corte Constitucional, sentencia C-608 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>1352</sup> Corte Constitucional, sentencia C-620 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>1353</sup> Corte Constitucional, sentencia C-184 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

**COMCEL** en comparación con las que recibiría si no se adoptaran las medidas, y ello si no ocurriera que en realidad recibiera más ingresos bajo los precios regulados que los que recibiría bajo libertad de precios, considerada la elasticidad precio de la demanda.

Adicional a lo anterior, la jurisprudencia de Estados Unidos sobre las expropiaciones o sobre la prohibición de tarifas confiscatorias, tampoco podría trasladarse a Colombia. El derecho estadounidense es claramente más favorable a las reclamaciones de particulares que se sienten perjudicados por regulaciones de carácter general y concede indemnizaciones por toda suerte de intervenciones estatales, que en Colombia no se entienden como expropiaciones y normalmente no causan un deber de indemnizar, como la imposición de zonas de cesión en los planes de ordenamiento territorial o la declaración de un inmueble como bien de interés cultural. En materia urbanística, donde la Corte Suprema de Estados Unidos es más restrictiva con las facultades regulatorias, nuestras altas cortes han llegado a sostener, incluso, que las licencias de construcción no generan derechos adquiridos<sup>1354</sup>. Estos asuntos, que en Estados Unidos son los casos más claros de expropiación, en Colombia son los casos más claros de facultades de intervención del Estado para el logro del bien común. Esto se explica por diversos factores, principalmente debido a las diferencias en los textos constitucionales, ya que en Estados Unidos no hay una cláusula constitucional de intervención estatal en la economía, así como por los diferentes entendimientos de lo que abarca el derecho de propiedad y de sus funciones en la sociedad.

Este contraste puede observarse, especialmente, si se revisan las tres sentencias que **COMCEL** cita en apoyo de su argumento de expropiación indirecta. La sentencia C-295 de 1993 se pronunció sobre la imposición de zonas de cesión en materia urbanística, y señaló que *"no hay duda de que en virtud de su función social urbanística la propiedad está sometida a una serie de limitaciones legales que afectan básicamente su uso, dentro de las cuales se encuentran las denominadas cesiones obligatorias gratuitas"*. La Corte consideró, por ese motivo, que *"las cesiones obligatorias gratuitas por razones de urbanismo a que aluden los artículos 1, 2 y 7 inciso primero de la ley 9 de 1989 y la obligación de incluirlas dentro de los planes de desarrollo o planes de desarrollo simplificado, no violan el derecho de propiedad consagrado en el artículo 58 de la ley suprema, ni ningún otro precepto del mismo ordenamiento"*. Este pronunciamiento puede contrastarse con los casos *Nollan*<sup>1355</sup> y *Dolan*<sup>1356</sup>, en los cuales se considera que una exacción parcial de tierra, por medio de una regulación de usos del suelo, constituyen expropiaciones.

Algo semejante puede decirse de la Sentencia C-189 de 2006, en la cual la Corte declaró exequible la norma que prohíbe la venta de tierras en predios pertenecientes a parques naturales. La Corte dijo en este caso que *"la disposición acusada se ajusta integralmente al Texto Constitucional, en cuanto permite realizar la función ecológica que le asiste a la propiedad privada, en aras de garantizar el principio de primacía del interés general sobre el interés privado del propietario"*. Esta conclusión puede contrastarse con el caso *Lucas*<sup>1357</sup>, en el cual se consideró que una imposibilidad de desarrollo urbanístico en una propiedad cercana al mar implicaba la privación completa del uso económico de la misma, y por lo tanto ameritaba una indemnización.

Los anteriores dos pronunciamientos, citados por **COMCEL** en su memorial, permiten hacer dos contrastes importantes entre el derecho colombiano y el estadounidense. En primer lugar, nuestra Constitución admite mayores limitaciones a la propiedad, debido al reconocimiento explícito de su función social y ecológica. En segundo lugar, la jurisprudencia nacional es más reacia que la estadounidense a clasificar una intervención regulatoria por razones de interés general como una "expropiación". Las cortes estadounidenses podrían no dudar en clasificar la imposición de una zona de cesión o la prohibición de venta como una expropiación regulatoria, mientras la Corte Constitucional colombiana concibe este tipo de normas como limitaciones legítimas del derecho de propiedad para que cumpla su función, pero no como casos de expropiación, categoría que en Colombia se encuentra limitada a los casos de transferencia del derecho de dominio.

La jurisprudencia estadounidense relacionada con tarifas confiscatorias tampoco puede trasplantarse al ordenamiento jurídico colombiano. En Estados Unidos, el margen de acción de las autoridades federales y estatales solo aparece limitado constitucionalmente por el derecho de propiedad y por el debido proceso del sujeto regulado. En Colombia, a diferencia de Estados

<sup>1354</sup> Sentencia C-191 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>1355</sup> *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987).

<sup>1356</sup> *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374 (1994).

<sup>1357</sup> *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992).

Unidos, existe un deber afirmativo del Estado de intervenir en la economía y de prevenir el abuso de la posición dominante.

Dicho deber explícito de intervención incluye, entre otras herramientas, la facultad de regular la conducta de proveedores de servicios de telecomunicaciones y de fijar tarifas. En la sentencia C-150 de 2003, la Corte declaró exequible la norma de la Ley 142 de 1994 que fijó, como uno de los factores en la determinación de las tarifas, el propósito de "*remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable*". En este caso la norma fue cuestionada, no porque remunerara de manera insuficiente a los accionistas—como se cuestionaron las tarifas en los casos *Duquesne* y *Verizon* en Estados Unidos—sino por el contrario, por la posibilidad de que la inclusión de ese factor vulnerara el deber de asegurar los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, incluidos los de menores ingresos.

La Corte Constitucional adoptó un punto medio, indicando que los particulares que prestan servicios públicos tienen un derecho a una utilidad, pero que esta debe ser la que se derive de un mercado competitivo, y no uno monopólico u oligopólico:

*"La autorización que contiene la Carta para que los particulares puedan prestar los servicios públicos en desarrollo del derecho a la iniciativa privada, supone la posibilidad de que los particulares obtengan por medio de dicha actividad los efectos que motivan tal iniciativa privada, uno de los cuales es la obtención de utilidad, siempre que ésta sea la propia de un mercado competitivo, en los términos previstos en la Constitución, y no la que se genera en condiciones ineficientes, como sucede cuando la provisión monopólica u oligopólica carece de un adecuado ejercicio de la función de regulación.*

*Por ello, el criterio que fija el legislador para que las respectivas comisiones de regulación determinen el factor para cuantificar la remuneración del patrimonio de los accionistas, toma como referencia la utilidad que podría obtener una empresa similar en una situación de mercado competitivo y sujeta a los riesgos propios de su actividad. Adicionalmente, la Corte observa que, de acuerdo con la definición que se analiza, la ley no indica cuáles son las tarifas ni prevé que éstas sean señaladas caso por caso por las comisiones de regulación. La ley prevé que las tarifas serán el resultado de la aplicación de las fórmulas que para el efecto fije la respectiva comisión. Así pues, las empresas sujetas al régimen de libertad regulada tienen cierto ámbito de libertad para obtener niveles de eficiencia superiores a los que contempla la fórmula —lo cual implica una mayor utilidad— aunque también se encuentran sujetas al riesgo de no alcanzar los parámetros establecidos —con lo cual se reduce la utilidad o, incluso, se genera pérdida.*

*En este orden de ideas, el criterio que establece el legislador consiste en que la fórmula tarifaria que fijen las respectivas comisiones de regulación, cuente con unas características tales que para un inversionista sea "igualmente" atractivo e "igualmente" riesgoso invertir en una empresa prestadora de servicios públicos sujeta a la regulación estatal o en una de similares características, pero en condiciones eficientes de libre competencia.*

*En el mismo sentido, el criterio que contiene la ley para la remuneración del patrimonio supone que corresponde a los usuarios pagar tarifas iguales a las que les correspondería pagar si el servicio pudiera ser ofrecido en un mercado competitivo, sin perjuicio de los mecanismos que, en concreto, consagra la ley para garantizar el principio de solidaridad.*

*En este orden de ideas, si la norma dispusiera un factor de remuneración del patrimonio inferior al del mercado, la empresa privada no se vería motivada a participar de esta actividad, con lo cual la prescripción del artículo 365 de la Carta, en el sentido de que los particulares podrán ser prestadores de servicios públicos, carecería de aplicación real. En sentido contrario, si la norma estipulara que un factor de remuneración del patrimonio para las empresas particulares encargadas de la prestación de los servicios públicos superior a la que tendría una empresa similar en condiciones y bajo riesgos de mercado, se estaría vulnerando el principio de eficiencia respecto de la prestación de los servicios públicos, igualmente consagrado en el artículo 365 de la Carta.*

*En conclusión, esta Corporación encuentra que la afirmación del actor en el sentido de que el criterio de costos conlleva a una protección de los intereses de los propietarios de las empresas prestadoras de servicios públicos en perjuicio de los derechos de los usuarios, carece de fundamento".*

Ahora bien, incluso si se tuvieran en cuenta las doctrinas del derecho estadounidense que permiten impugnar medidas regulatorias por su efecto confiscatorio, el argumento de **COMCEL** tendría que cumplir con una exigente carga argumentativa y probatoria. Incluso en Estados Unidos, donde se protege en mayor grado la propiedad privada, se admiten como legítimas las medidas regulatorias que reducen la utilidad de las empresas reguladas, y que no indemnizan el

costo histórico de la inversión, como se explicó arriba, y hasta se han admitido explícitamente las metodologías tarifarias que calculan los costos eficientes y no los que realmente ha incurrido la empresa en cuestión.

Adicionalmente, debe advertirse que la afirmación de **COMCEL** según la cual las medidas propuestas no son eventuales sino definitivas no puede ser más equivocada, pues de acuerdo con el objeto de la presente actuación, primero debe agotarse un análisis respecto de si existe o no posición dominante de **COMCEL** en el mercado "Servicios Móviles", el cual, en caso de resultar positivo, es seguido de otro estudio consistente en determinar si alguna o varias de las medidas propuestas en la Resolución CRC 5110 de 2017 deben ser adoptadas, pues no necesariamente implica que se vaya a aplicar una o la totalidad de aquellas.

El hecho de que exista un catálogo de medidas de las cuales eventualmente se pueda escoger una o varias, simplemente obedece al respeto al derecho fundamental al debido proceso, y específicamente el derecho de defensa de **COMCEL**, en el sentido de que pueda conocer de antemano las medidas que podrían llegársele a imponer en caso de constatarse una posición dominante en el mercado "Servicios Móviles".

Con todo, si en ánimo de discusión se aceptase la posición de **COMCEL**, no es este el escenario para discutir los efectos de una supuesta expropiación de hecho, ni si las medidas son definitivas o eventuales, pues ello deberá decidirlo un juez administrativo en un escenario distinto al que aquí se presenta.

No puede desconocerse que la Comisión tiene el mandato legal de tomar las medidas necesarias con el propósito de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas. Por tanto, no hay lugar a aceptar que el ejercicio de las funciones otorgadas a la CRC encaminadas a lograr estos objetivos, pueda ser visto como una acción confiscatoria; todo lo contrario, se está ante medidas preventivas que propenden por la consecución de un mercado sano y competitivo.

Agréguese, por último, que al momento de iniciar la presente actuación se tenía la hipótesis según la cual el establecimiento de un valor de remuneración diferenciado por el acceso a la instalación esencial de RAN respecto de **COMCEL**, podía contribuir en el enfrentamiento de su posición dominante, en caso de que esta fuera constatada. No obstante, dados los cambios que se presentaron en el mercado luego de 2017 y que se señalan en la sección 8.2.3.1.1, se evidenció que la medida en el sentido indicado, a la fecha de expedición del presente acto administrativo, no contribuye de manera efectiva en la labor de dinamización de la competencia en el mercado de "Servicios Móviles". El hecho de que deba descartarse esta medida, sumado a la necesidad de enfrentar los problemas de competencia del mercado, es una de las razones que fundamenta la imperiosa necesidad que esta Comisión tiene de, en ejercicio de sus funciones legales, requerir información a los proveedores que compiten en el anotado mercado, a fin de evaluar si en el futuro se deben tomar medidas y, asimismo, con el propósito de vigilar el comportamiento de **COMCEL**, a efectos de evitar que este abuse de la posición dominante acá constatada. El monitoreo en mención servirá para tomar las decisiones regulatorias a las que haya lugar, y se desarrollará aplicando las mejores prácticas en materia de análisis de competencia teniendo en consideración la información que periódicamente reportan los operadores y aquella que mediante requerimientos particulares la Comisión pueda solicitar, en ejercicio de sus funciones.

### iii) **Las condiciones de calidad de servicio**

**COMCEL** afirma que las condiciones en las cuales debe permitir el acceso y uso de su infraestructura por parte de los demás operadores repercutirán en una degradación de los servicios que viene prestando a sus usuarios y a los terceros, toda vez que **COMCEL** no tendrá acceso a más espectro –además de contar con menos espectro por usuario que los demás operadores–, requerirá de cuantiosas inversiones en la ampliación de su red para las cuales supuestamente no existe ningún tipo de compromiso o garantía respecto de las proyecciones que sirven como base para hacer las respectivas adecuaciones para acoger a los demás operadores, y no puede asignar una calidad diferencial de servicio dependiendo de si el usuario es propio o hace uso de su red en virtud del RAN que pueda estar prestándole a otro operador.

Al respecto, basta con recordar, como se indicó en el documento que soporta el inicio de la presente actuación administrativa, en lo que tiene que ver con la cantidad de espectro IMT

asignada a **COMCEL**, que la asignación de dicho recurso en el país obedece a unos topes fijados por la Entidad competente, que habrían sido duplicados en la asignación de espectro en bandas altas por parte del Gobierno Nacional -en el año 2013-. Con ello, para el momento del inicio de la Actuación Particular, en Colombia se tenían 355 MHz asignados en bandas IMT, pero luego de la adjudicación de espectro en las bandas de 700 Mhz y 1900, realizada en febrero de 2020, tal asignación aumentó a 485 Mhz<sup>1358</sup>, tal como se señaló en la Tabla 12, por lo que el argumento relativo a la cantidad de espectro asignado ya no puede ser óbice para que la CRC limite, suspenda o postergue el desarrollo de las actividades regulatorias encomendadas por la Ley.

Adicionalmente, y aunque como ya se mostró, el Perito Juan Carlos Calderón no logró demostrar ninguna afectación de calidad de servicio, la Comisión de Regulación de Comunicaciones ha seguido un procedimiento para la posible adopción de alguna medida, sustentado en un riguroso análisis técnico de la infraestructura 2G, 3G y 4G de **COMCEL**, así como de sus niveles de tráfico, espectro radioeléctrico disponible y de la forma como este recurso es administrado por **COMCEL** y distribuido entre los diferentes tipos de tecnologías que este operador tiene desplegadas en su red de acceso, concluyendo que el operador no demostró impedimento técnico alguno para proveer RAN a los precios y en los municipios a los que hace referencia la Resolución CRC 5110 de 2017. Adicionalmente, se debe mencionar que, si bien entre el cuarto trimestre de 2018 y el cuarto trimestre de 2019 el tráfico de RAN sobre la red de **COMCEL** se incrementó en el 30,5%, los indicadores de calidad del año 2019 de este operador, en general no presentaron desmejora con respecto a los resultados de 2018, tal como se puede apreciar en las cifras de indicadores de calidad presentadas en la sección 8.1.8.2 del presente acto administrativo.

También, en lo que tiene que ver con la inexistencia de compromisos o garantías respecto de las proyecciones que sirven como base para hacer las respectivas adecuaciones en su red para acoger a los demás operadores, debe recordarse a **COMCEL** que tales instrumentos se encuentran definidos en el régimen de acceso e interconexión, el cual resulta aplicable a la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional. Así mismo, cabe recordar que la provisión de la instalación esencial de RAN atiende al principio de costos eficientes, con lo cual **COMCEL** debe recibir una remuneración adecuada por su provisión -que incluye una utilidad razonable y costos de oportunidad-, y que le permitiría, de ser necesario, efectuar las inversiones en infraestructura que identifique necesarias para soportar las obligaciones a su cargo, sin perjuicio de las obligaciones de cobertura que deba cumplir cada asignatario de espectro en los términos definidos por el Gobierno Nacional.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la imposibilidad para asignar una calidad diferencial de servicio dependiendo de si el usuario es propio o hace uso de su red en virtud del RAN que pueda estar prestándole a otro operador, es necesario hacer énfasis en que, en efecto, esta práctica se encuentra proscrita en el marco de la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, lo cual, además, es consistente con el trato no discriminatorio que garantiza el régimen de protección al usuario, de acuerdo con la Ley 1341 de 2009 (modificada por la Ley 1978 de 2019).

**8.2.4. Abogacía de la competencia sobre el Proyecto de Resolución "Por la cual se decide una actuación administrativa de carácter particular y concreto en la que se constata la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. en el mercado susceptible de regulación ex ante 'Servicios Móviles', y se establece una medida regulatoria particular respecto del mismo" : Concepto y otros comentarios y recomendaciones en relación con la medida mayorista particular a imponer por la CRC**

Tal como se anunció en la sección 8.1.9 del presente acto administrativo, en este acápite se relacionarán los comentarios, recomendaciones y observaciones que la Superintendencia de Industria y Comercio formuló en su Concepto de Abogacía de la Competencia específicamente en relación con la medida particular propuesta en el proyecto de regulación remitido a dicha autoridad.

<sup>1358</sup> Previamente mediante el Decreto 2194 de 2017 el MINTIC había modificado los topes de espectro radioeléctrico aplicables a operadores de servicios móviles. La modificación consistió en aumentar los topes máximos en 5MHz para bandas altas, alcanzando un total de 90 MHz. Para las bandas bajas el incremento fue de 15MHz, dejando el tope en 45 MHz.

- **Sobre la sección 3.2 del Concepto "Respecto de la Medida Particular adoptada por la CRC".**

**Concepto de la SIC:**

En la primera parte de la sección 3 del Concepto, la SIC señala que "*De las respuestas dadas por la CRC al cuestionario de abogacía de la competencia, se colige que, la medida debe permitir corregir la posibilidad de determinación unilateral de las condiciones de mercado, que afirma la CRC ostenta COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL, así como el traslado de usuarios receptores del servicio de voz móvil al servicio de datos móviles en razón del empaquetamiento que por razones técnicas, tiene la prestación de servicios móviles de voz y datos a través de una misma SIM-CARD por parte de un operador*".

En la sección 3.2 del concepto de Abogacía de la Competencia, la SIC indica que parte de la base que la medida de carácter particular debe ser razonable, proporcional (por lo mismo conducente), y temporal, con el fin de procurar soluciones a la(s) falla(s) de mercado identificada(s), y explica que en ese entendido, la medida particular debería pretender generar los incentivos para evitar un abuso de la posición de dominio (en el evento de constatarse la dominancia del operador), y resolver la circunstancia derivada del apalancamiento y el empaquetamiento de "Servicios Móviles" por parte del operador sobre el que se concluye ostenta posición de dominio; de lo contrario, la medida no cumpliría su objeto.

La SIC señala que la CRC no aporta el soporte suficiente a través del cual se sustente la imposición de la medida particular a **COMCEL** por las razones antes aducidas, ni tampoco, cómo la medida particular propuesta en el Proyecto procura una solución a las fallas de mercado identificadas por la CRC.

Posteriormente, la SIC indica que no es claro el efecto que producirá sobre el consumidor la aplicación de la medida particular y argumenta que no hay soportes efectivos y suficientes que denoten razonablemente que los competidores se han visto forzados a no participar en el mercado relevante en determinadas zonas del país, como efecto de la presencia de un operador con eventual posición de dominio.

Menciona la SIC que la CRC no revisó en detalle las posibles externalidades negativas de la aplicación de la medida particular como efecto de una posible congestión de las redes de **COMCEL**, en 2G y 3G, y cómo ello puede impactar en los niveles de calidad del servicio y del bienestar de los usuarios.

Luego, la SIC señala que no es claro cómo opera la fórmula indicada en la parte resolutive del proyecto de resolución, dado que no se indica, por un lado, de qué depende que el valor de "t" en la fórmula (aplicación del intervalo de 2 a 5 años) y, adicionalmente, no es claro el criterio utilizado para determinar la tarifa máxima de COP\$6.40 por Mbyte aplicable a **COMCEL** durante el primer año tras la firmeza del acto administrativo, ni tampoco, cuál es la razón para que se aplique la última tarifa dispuesta en el numeral 4.7.4.1.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, y cómo la medida particular se aplica de forma armónica con otras disposiciones de dicha resolución, tal como sería la actualización de tarifas, por citar tan solo un ejemplo.

La SIC también indica que no es clara la temporalidad de la medida particular y menciona que este es uno de los atributos inherentes a cualquier intervención regulatoria que pretenda intervenir un mercado con tan alta innovación e importantes cambios como lo representa cualquiera de los mercados ligados al sector de telecomunicaciones.

Adicionalmente, en la sección 4 del Concepto de la SIC, en relación con la medida particular del proyecto de resolución, la SIC formula las siguientes recomendaciones:

- "(...)
- *Antes de emitir cualquier medida particular que pudiera resultar innecesaria, **revisar y soportar** debidamente, el impacto de lo dispuesto en la Resolución CRC 5107 de 2017, referente a los cargos de acceso RAN en todo el territorio nacional, respecto del comportamiento y situación de mercado de todos los operadores prestadores de Servicios Móviles, incluyendo, a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.*

- **Revisar y soportar** debidamente la temporalidad de la medida particular contenida en el Proyecto. Ello, por cuanto no encuentra esta Superintendencia, el plazo máximo durante el cual la CRC pretende aplicarla.
- **Revisar y soportar** debidamente las razones que justifican específicamente la medida particular contenida en el Proyecto, es decir, porqué (sic) una aceleración decreciente en tres (3) años en la remuneración de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. en la tarifa de acceso RAN para el servicio de voz en redes 2G y 3G en poblaciones con menos de 100.000 habitantes es la más conveniente respecto de otras eventuales alternativas con las que cuenta el regulador.
- **Revisar y soportar** debidamente las razones que justifican específicamente la medida particular contenida en el Proyecto para servicios de datos, es decir, porqué (sic) una tarifa de COP\$6,40 por Mbyte para el primer año, y luego, una senda de remuneración creciente con base en la fórmula planteada en la parte resolutive del Proyecto, resulta ser la alternativa regulatoria más conveniente respecto de otras eventuales opciones con las que cuenta el regulador para resolver las aducidas fallas. (...)"

### Consideraciones de la CRC

Respecto de los comentarios expuestos por la SIC en esta sección de su Concepto, es pertinente recordar que la CRC, siguiendo el patrón regulatorio de 2009 y 2012, y en concordancia con la Resolución CRT 2058 de 2009, al iniciar la actuación particular indicó que, en el análisis preliminar de dominancia, incluiría, además de los factores de concentración, participación y barreras de entrada, los de falla de mercado y conducta de la firma.

En relación con una de las fallas de mercado encontradas, la CRC planteó la teoría del apalancamiento estratégico, vía empaquetamiento, a partir de la oferta comercial conjunta de los servicios móviles de voz, Internet y SMS, así como la limitación técnica de poder elegir diferentes proveedores de servicios móviles a través de una sola SIM y un solo terminal móvil, lo cual configuró el vehículo principal para que **COMCEL** trasladara su participación del servicio de voz móvil al servicio de datos, apalancando, a través de su dominancia en el mercado de "Voz Saliente Móvil", su posición en el mercado de "Servicios Móviles".

En la conducta de la firma, por su parte, la CRC mostró, a partir de datos del mercado, cómo efectivamente **COMCEL** materializó en el mercado de "Servicios Móviles" una práctica de apalancamiento estratégico, vía empaquetamiento que se explica ampliamente en la sección 8.1.7. Valga decir que, aunque en el proyecto se analicen como dos aspectos diferentes, tanto la sección de falla de mercado<sup>1359</sup>, como la de conducta de la firma<sup>1360</sup> se refieren a un mismo aspecto: el apalancamiento estratégico. Mientras que la primera explica la identificación del apalancamiento estratégico como falla, la segunda muestra las evidencias de que la práctica de apalancamiento existió y trasladó problemas de competencia, lo que convirtió esta conducta en falla al ser desplegada por **COMCEL**, que como ya se concluyó en la sección 8.1.6., es dominante en el mercado de "Servicios Móviles", al considerar su tamaño relativo, tamaño absoluto, las barreras de entrada a este mercado en particular y realizar un análisis prospectivo de la competencia en el mismo.

En todo caso, con el objeto de mejorar el conducto argumentativo que explica estas dos dimensiones de la segunda falla de mercado identificada, la CRC en la presente resolución modificó y reforzó la estructura de las subsecciones correspondientes a efectos de dar mayor claridad, como lo sugiere la SIC, tal como se aprecia en los apartados correspondientes de las secciones 8.1.7 y 8.1.8. Es importante resaltar, que del capítulo de falla de mercado se excluyó la dominancia toda vez que esta es cubierta en la sección 8.1.6 que trata de las conclusiones de dominancia. Por otro lado, se incluyó el ejercicio realizado en el desarrollo de la Resolución CRC 5108 de 2017, en donde se demostró que los servicios de voz y datos no son sustitutos sino complementarios y que se unen en un mercado clúster. Por último, se explicó de manera más detallada e incluso incluyendo las cifras separadas de los segmentos de demanda y suscripción de Internet móvil, que COMCEL no fue el proveedor con el ingreso promedio por GB más bajo del mercado, sino que incluso en el segmento de demanda en la mayor parte del periodo analizado fue el proveedor con el ingreso promedio por GB más alto.

<sup>1359</sup> Sección 8.1.7 Apalancamiento estratégico desde el mercado de "Voz Saliente Móvil" hacia el mercado de "Servicios Móviles.

<sup>1360</sup> Sección 8.1.8 Conducta de la firma.



En consecuencia, como ya se mencionó, **la primera y principal conclusión es** que **COMCEL** es dominante en el mercado de "Servicios Móviles", y que por ende existe una falla debido al poder sustancial de mercado asociado a la dominancia (como expresión económica de la dominancia). **COMCEL**, entonces, tiene hoy la capacidad de determinar directa e indirectamente las condiciones del mercado, esto es, el poder de influir en los precios del mercado, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los servicios ofrecidos en el mercado. **La segunda conclusión** es que la información producto de los Autos de prueba del 8 de diciembre de 2017, 18 de junio y 10 de septiembre de 2018, y 19 de junio de 2020, es consistente con la teoría económica del apalancamiento vía empaquetamiento, conducta que **COMCEL** realizó mientras materializaba su dominancia en el mercado de "Servicios Móviles", y que puede tener efectos negativos en la dinámica competitiva del mercado en razón a que es él, con su tamaño y características y con el poder significativo de mercado que entraña la dominancia, el que despliega dicha conducta.

De ahí que, como lo sugiere la SIC, la medida particular debe estar efectivamente orientada a resolver la circunstancia "*derivada del apalancamiento y el empaquetamiento de "Servicios Móviles"*", porque precisamente la circunstancia derivada del mencionado apalancamiento, vía empaquetamiento, es el afianzamiento de la dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles". Es innegable entonces que la consolidación de la dominancia fue coadyuvada por el apalancamiento estratégico que se constituyó como el vehículo principal para trasladar los problemas de competencia desde el mercado de voz móvil al mercado de "Servicios Móviles". Por lo anterior, es que el remedio regulatorio propuesto en el proyecto de acto efectivamente se orientaba a promover la competencia de manera integral en el mercado, y con ello evitar el abuso de la posición dominante, cuidando que no se desincentivara el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura, lo anterior en la medida en que podrían generar presiones competitivas sobre el operador dominante en el mercado relevante de "Servicios Móviles".

Ahora bien, comparte la CRC el entendimiento de la SIC según el cual "*la medida particular debería generar los incentivos para evitar un abuso de la posición de dominio (en el evento de constatarse la dominancia del operador), y resolver la circunstancia derivada del apalancamiento y el empaquetamiento de "Servicios Móviles"*", en el entendido que la Ley 1341 de 2009 (modificada por la Ley 1978 de 2019) confiere a la CRC potestades regulatorias: por una parte, "*promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.*"<sup>1361</sup>, y por otra, "*Garantizar el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura.*"<sup>1362</sup>

Por lo demás, la SIC parece entender que, por el hecho de que la CRC analizó el apalancamiento estratégico, y lo califica como falla de mercado en el análisis de dominancia, debe existir una medida específica orientada a superarla. Ese entendimiento desconoce **i)** que el objeto de la actuación era constatar la dominancia -lo cual se constató-; **ii)** que el apalancamiento como falla de mercado ya se constató, y de acuerdo con los análisis realizados es la explicación más lógica para la consolidación de la dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles", lo que confirma que fue el vehículo principal para que **COMCEL** transfiriera su dominancia de un mercado a otro; y **iii)** que esa conducta, en términos generales, ya materializó sus efectos en el mercado de "Servicios Móviles" con el traslado de los problemas de competencia desde el mercado de "Voz Saliente Móvil"<sup>1363</sup> y, por ende, la falla de mercado a la que debe orientarse la medida regulatoria es la posición dominante de **COMCEL**, a través de la generación de condiciones que permitan promover la competencia.

Ahora bien, que como parte de los análisis adelantados por la CRC al momento de determinar las posibles medidas para corregir o mitigar los efectos de las dos fallas de mercado encontradas (dominancia y apalancamiento estratégico) cabe señalar que una eventual prohibición a **COMCEL** del empaquetamiento como vehículo de apalancamiento: **i)** no fue una medida potencial anunciada al inicio de la actuación, luego su adopción sería violatoria del debido proceso, la buena fe y el principio de confianza legítima; y **ii)** que nunca fue la intención de la CRC prohibir el empaquetamiento, precisamente porque a) los análisis preliminares mostraban que había sido un vehículo para transferir dominancia, y que por ende la medida debía dirigirse a corregir o mitigar la dominancia y no el empaquetamiento; b) era una medida extrema, cuyos potenciales beneficios

<sup>1361</sup> Ley 1341. Art. 4 Num. 5.

<sup>1362</sup> Ley 1341. Art. 4 Num. 6.

<sup>1363</sup> De acuerdo con los datos del mercado, dicha conducta fue desplegada con mayor intensidad entre el 2º trimestre del año 2012 y el 2º trimestre del 2014.

no eran mayores a los perjuicios que para los usuarios supondría el aumento de precios como consecuencia de la prohibición a **COMCEL** de empaquetar, y c) los usuarios perciben beneficios asociados a la reducción de costos de transacción derivados del empaquetamiento.

Adicionalmente, respecto de la consideración de la SIC según la cual *"no se revisan en detalle por parte de la CRC, las posibles externalidades negativas con la aplicación de la medida particular como efecto de una posible congestión de las redes de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL, y cómo ello puede impactar en los niveles de calidad del servicio y del bienestar de los usuarios"*, la CRC estima pertinente resaltar que dentro del proyecto de acto remitido, es evidente que, en la sección 8.2.3.1.4, se analiza con toda la robustez del caso la capacidad de las redes de **COMCEL**, lo que permite establecer que la medida propuesta, en manera alguna, causa congestión en éstas, ni por ende impacta los niveles de calidad del servicio y del bienestar de los usuarios.

Finalmente, esta Comisión, teniendo en cuenta los análisis presentados en la sección 8.2.3.1 del presente acto administrativo, decidió no implementar la reducción acelerada de la remuneración de la instalación esencial de RAN para servicios de voz, y la implementación de una senda creciente de remuneración de la instalación esencial de RAN para servicios de datos. Lo anterior sin perjuicio de que la CRC en el ejercicio de sus funciones de monitoreo de los mercados, evidencie la necesidad de imponer medidas regulatorias, para lo cual, además, será necesario realizar requerimientos de carácter particular a efectos de poder monitorear el comportamiento del mercado y la conducta de **COMCEL**.

En todo caso, como ya se anunció, la medida mayorista no será impuesta mediante la presente actuación administrativa, razón por la cual no es necesario entrar a analizar las observaciones específicas sobre las características temporales de la medida, su articulación con la regulación general, o su factor demográfico de aplicación producto de la ponderación de la misma.

## **8.2.5. Intervención regulatoria minorista**

### **8.2.5.1. Test de Replicabilidad Económica – TRE**

Sobre este punto, **COMCEL** manifiesta que la medida propuesta podría frenar la dinámica comercial del mercado de forma innecesaria y excesiva, pues por un lado prevendría el lanzamiento oportuno de las ofertas por parte del operador regulado, y por otro la CRC se cargaría excesivamente con la revisión de dichas ofertas, ralentizando el proceso de lanzamiento de las mismas. En su concepto, esto afectará la competencia y la libre concurrencia, y con ello a los usuarios finales.

Los puntos en los cuales se basa para hacer dichas afirmaciones pueden resumirse de la siguiente manera: (i) la medida carece de justificación objetiva pues no se ha demostrado la necesidad de regular procesos competitivos de determinación de precios en mercados competidos, que funcionan libremente y de manera eficiente; (ii) la eventual medida introduce un control de precios implícito que atenta contra la libre competencia y la eficiencia del mercado. Además, subvenciona la ineficiencia de los competidores de **COMCEL** y elimina la búsqueda de eficiencia de cada competidor; (iii) la eventual medida puede facilitar la colusión entre operadores; (iv) se reducirá el bienestar de los consumidores finales, pues se incrementarán los precios y se reducirá la diferenciación de ofertas; (v) el test es una barrera artificial a la competencia; y (vi) la metodología propuesta para llevar a cabo la revisión no es transparente.

Para **COMCEL**, en concordancia con lo que ha manifestado la Comisión Europea, no debe regularse el mercado minorista, y mucho menos regularse en conjunto con el mayorista.

Además, afirma que no existen países en la Unión Europea que hayan aplicado un test de replicabilidad *ex ante* para el mercado minorista de "Servicios Móviles", pues se limitan al mercado fijo y mayorista. Por ende, en su entender no es válida la experiencia internacional utilizada por la CRC para justificar la imposición de esta medida.

Informa que, de los países miembro de la OCDE, solo dos cuentan con algún tipo de test de replicabilidad económica para el mercado minorista, Corea y México, y en todo caso lo hacen de manera *ex post*.

En opinión de **COMCEL**, la imposición de la medida configuraría un caso de sobrerregulación, pues los fines que busca atender ya fueron alcanzados en su momento por la Ley 155 de 1959, *"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas"*.

En virtud de la norma mencionada, la SIC ya cuenta con herramientas suficientes para vigilar las prácticas que se pretenden evitar con la imposición de la medida sin generar una afectación innecesaria en el mercado o la competencia.

Adicionalmente, la Ley 1341 de 2009 establece mecanismos para prevenir comportamientos anticompetitivos.

Para **COMCEL** este tipo de medidas disminuye los incentivos de los operadores a competir vía tarifas con el potencial de mermar la rentabilidad y las inversiones productivas que generarían mayores niveles de desarrollo en el mercado.

Lo que se propone es regular a priori situaciones que ya tienen la forma de ser vigiladas y corregidas vía regulación ex post en cabeza de la autoridad de competencia, generando además un impacto negativo relevante en el referido mercado, y pudiendo desplazar además el marco normativo ya existente en la materia.

Los efectos de la sobrerregulación también pueden derivar en un excesivo control sobre las tarifas de operadores, que puede distorsionar el desarrollo de la red modificando los incentivos que los operadores tienen para desarrollar sus propias infraestructuras y distorsionar la entrada de otros operadores potenciales.

Por último, reitera que la Comunidad Europea recomienda que se abstengan de regular los mercados minoristas, cita como ejemplos a Francia e Italia como países en los que se eliminó la obligación al operador incumbente de comunicar o pre-notificar sus tarifas a la respectiva entidad regulatoria, partiendo del hecho de que ya existían entidades encargadas de velar por la competencia en los mercados.

En palabras de **COMCEL**, *"[A]l garantizar que cualquier operador, por ineficiente que sea, va a ser capaz de replicar los servicios del operador regulado, ningún operador tiene incentivos a invertir en su red, a alcanzar economías de escala o a mejorar su eficiencia o innovar"*.

También afirma que el control de precios que propone la CRC puede inducir la entrada o expansión de competidores que en condiciones de un mercado libre no habrían podido proveer eficientemente los servicios que buscan suministrar.

Manifiesta que TIGO y MOVISTAR, siendo operadores establecidos y de gran escala, al igual que **COMCEL**, pero que a diferencia de este último tienen una participación accionaria pública, no necesitan subsidios y/o subvenciones por parte de la CRC para desarrollar su actividad comercial.

Para **COMCEL** la eventual medida impone un límite implícito a la tarifa promedio ponderada de las canastas de servicios de telecomunicaciones que ofrece el operador afectado y límites particulares a subconjuntos de dichas canastas.

Adicionalmente, *"la eventual propuesta de regulación no explica a qué se refiere específicamente con la prohibición de que el operador regulado ofrezca tarifas por paquetes de servicios que no puedan ser replicadas por otros operadores. Esta situación genera condiciones de incertidumbre económica que afectan al operador regulado y del (sic) mercado en general"*.

También aduce **COMCEL** que se podría generar un piso artificial que limitaría la capacidad del operador de competir vía tarifas, además de reducir los incentivos económicos de los demás operadores para incurrir en disminuciones tarifarias propias.

No solo eso, sino que *"[U]n efecto económico directamente relacionado con generar cautela del operador regulado a disminuir sus precios, difícilmente es compatible con la promoción de una sana competencia entre los diferentes prestadores de servicios a fin de ofrecer servicios con mejores precios o lograr mayores niveles de competitividad. Ello abre la posibilidad de que un competidor no pueda competir vía reducciones tarifarias con los demás operadores de forma efectiva"*.

Manifiesta que a pesar de que ninguna de las ofertas debería estar sujeta a un test como el que se propone, hay algunas para las cuales es más claro que no deberían someterse a tal test, como son las ofertas comparables con las de competidores que hayan sido resultado de una respuesta a un lanzamiento a priori por parte de ellos, así como promociones y descuentos, y cualquier oferta cuyo costo mayorista venga definido a través de un modelo Retail Minus que garantiza la replicabilidad.

Hace énfasis en que el hecho de que todos los competidores dispongan de la información relativa a ofertas y tarifas que el operador regulado pretende introducir al mercado, podría llevarlos a coludirse para lanzar ofertas que estén justo por debajo del precio piso de aquél.

Además, que todas las ofertas tenderían al mismo precio ya que ningún operador tendría incentivo a bajar sus precios, y que dichas situaciones de intercambio indebido de información entre competidores puede solucionarse vía regulación ex post, como se ha hecho en Estados Unidos por parte del Departamento de Comercio.

En opinión de **COMCEL**, la eventual medida generaría un letargo intrínseco y asimétrico por la necesidad de tener que agotar un proceso de aprobación de tarifas minoristas antes de poderlas lanzar al mercado, lo cual se traduciría en una ventaja competitiva para cualquier operador.

Con la eventual medida, afirma **COMCEL**, la CRC está apostando a favor de su propia habilidad de predecir o anticiparse a patrones de consumo, tráfico, así como predecir costos de tecnologías actuales y futuras, lo que podría verse reflejado en un alto al dinamismo del proceso de formación de paquetes y disminución de precios a usuarios finales.

**COMCEL** se refiere a la literatura económica, en particular a un documento titulado "*Declaration of economists and antitrust scholars on behalf of Radiomóvil Dispa S.A. de C.V. (Telcel)*", el cual fue presentado en un caso ante la Comisión Federal de Competencia de México, para afirmar que lo que se va a lograr con la eventual medida es que se organice un cartel de precios gestionado por el gobierno que aumentará los precios a los usuarios, pues se genera un incentivo perverso en cabeza del operador regulado de subir los precios al usuario final para garantizarles a los demás competidores un margen alto.

En este punto, **COMCEL** afirma que la medida propuesta se contrapone a los lineamientos que prevalecen en más de uno de los ordenamientos relacionados con competencia económica, en términos de eficiencia y capacidad de innovación.

Dice también que la medida podría generar beneficios a los demás operadores pues se incrementaría su utilidad, pero que ello no necesariamente se verá reflejado en mayor inversión por parte de los mismos, como sucedió con la medida de "*cargos de acceso asimétricos*".

En cuanto a la supuesta disminución tarifaria que podría darse frente a los usuarios, manifiesta que la misma, contrario a lo que pretende la CRC, "*proviene del proceso competitivo, mismo que en el caso de las telecomunicaciones se deriva directamente de la cantidad, calidad y efectividad de las inversiones productivas que lleven a cabo los rivales del operador que en éste (sic) caso se pretende regular. Son estas inversiones, su ritmo y productividad, las que determinan a través del libre mercado, las disminuciones que pueden ocurrir en las tarifas por concepto de incrementos en productividad, y no la intervención de una fórmula regulatoria de restricción a las disminuciones tarifarias*".

Adicionalmente, para **COMCEL** es claro que al no existir diferenciación de productos la competitividad se queda sin base económica, y que se hace necesario fomentar la inversión en infraestructura y nuevas tecnologías para garantizar el beneficio del usuario en el largo plazo.

En opinión de **COMCEL**, el análisis de la información por parte de la CRC en ejecución de esta medida requerirá tomar toda una gama de decisiones metodológicas y sobre supuestos técnicos y económicos que difícilmente se pueden confirmar con seguridad, y que estarán sujetos a un amplísimo margen de error e impugnabilidad teórica, metodológica y empírica, dado el extraordinario dinamismo de las preferencias de los consumidores.

Existirán problemas para determinar la representatividad de la oferta comercial, pues existen demasiados factores a tener en cuenta para ello. Incluso si se opta por una revisión paquete a

paquete o caso a caso, puede incurrirse en varios errores, pues no es sencillo tener una clasificación adecuada de segmentos, tráficos e insumos requeridos.

Para **COMCEL** *"la primera gama de errores potenciales constituyen todas aquellas omisiones que llevaría a cabo la CRC en su proceso de revisión, y que evitaría la salida, publicación o comercialización de planes cuyas características comerciales fuesen compatibles con la competitividad del mercado, pero que podrían verse truncados en virtud de la aplicación de criterios indefinidos o abiertamente incorrectos (...) Un regulador no puede suponer que su margen de error para evitar la salida de planes que a su criterio puedan ser riesgosos sea efectivamente de cero. Parte de los efectos nocivos que puede traer una medida como la propuesta, incluyen la alta incertidumbre derivada de la discrecionalidad que necesita la CRC para concretar la autorización de miles de planes y paquetes con distintas características comerciales"*.

Según **COMCEL**, la alta discrecionalidad que se desprende de la medida propuesta se refleja en la imposibilidad de definir un conjunto exhaustivo de parámetros que permitan evaluar un plan o paquete con base en criterios puramente objetivos.

Aduce que es un problema que se determine el precio mínimo de una oferta con base en valores de cargo de acceso para voz y SMS, y el valor de remuneración de RAN para datos aplicable a entrantes, que a su vez derivan de un modelo de costos al cual no ha tenido acceso.

En su opinión, lo mejor sería aplicar el costo real de los operadores no regulados para determinar si ellos en realidad pueden o no replicar la oferta definida, y concluye que la medida no está totalmente definida y quedan muchas variables sobre las cuales precisa mayor detalle para realizar un análisis completo de la misma.

Por último, aduce **COMCEL** que la intención regulatoria con esta medida pareciera ser la de revisar las tarifas una por una y paquete por paquete, lo cual puede ser contraproducente si se tiene en cuenta el elevado número de ofertas que este operador lanza al mercado, ya que *"[A]nalizar este volumen de ofertas con el rigor que requiere la medida propuesta, destruiría el dinamismo del mercado, y generaría una carga administrativa que afectaría a la capacidad competitiva del operador regulado"*.

**COMCEL** cierra este aparte de su escrito (de abril de 2017) con las siguientes tres frases: (i) se solicita la eliminación de la eventual medida por los efectos negativos que pueda tener en el buen funcionamiento del mercado; (ii) si la CRC decide imponer la medida, **COMCEL** sugiere que sea impuesta ex post para minimizar el impacto en la dinámica competitiva del mercado; (iii) el test debería aplicarse a planes empaquetados que sean representativos del mercado teniendo en cuenta los consumos reales de cada uno de ellos.

En sus alegatos de conclusión, **COMCEL** señala que el objetivo de la regulación debería ser incrementar la competencia efectiva y el bienestar de los usuarios finales, y que la regulación no debe favorecer a un determinado competidor sino a los usuarios finales, siempre actuando dentro de un marco legal, y considera que nada de esto se observa en los efectos que producirá la eventual medida propuesta por la CRC en el corto, mediano y largo plazo.

Señala que el estrechamiento de márgenes se presenta cuando el margen entre el precio de un proveedor para la venta de insumos esenciales a un rival y su precio minorista es tan estrecho que el rival no puede sobrevivir o competir eficazmente. Es decir, cuando la diferencia entre el precio minorista fijado por el operador y el precio de los servicios mayoristas regulados necesarios para competir en el servicio final no es suficiente para recuperar los costos de las actividades de red minorista necesarios para prestar dicho servicio. Argumenta entonces que la justificación de la medida para evitar un supuesto "estrechamiento de margen" carece de sustento alguno, teniendo en cuenta que con la expedición de las resoluciones CRC 5107 y 5108 de 2017, la CRC reguló los precios de los servicios mayoristas tanto para PRST como para OMV; con esta normativa, el riesgo de un supuesto estrechamiento de margen desaparece al contar los potenciales competidores con costos mayoristas regulados, desapareciendo el riesgo de tener un costo de insumo que ubique fuera del mercado al precio minorista que puede ofrecer un competidor.

**COMCEL** reitera que si la medida propuesta pretende buscar la promoción de la sana competencia entre los diferentes prestadores de servicios con mejores precios, diversidad y calidad; fomentar el desarrollo eficiente del sector telecomunicaciones; y lograr mayores niveles

de competitividad, difícilmente se logrará estableciendo medidas de replicabilidad que equivalen a pisos tarifarios, impidiendo la disminución efectiva de precios; este tipo de medidas disminuyen los incentivos de los operadores a competir vía tarifas. Agrega que, bajo el principio de replicabilidad, el reporte previo de las ofertas y tarifas que el operador regulado pretende introducir al mercado podría llevar a una colusión (advertida o inadvertida) entre operadores. Al definir el nivel de precio mínimo a que estaría limitado **COMCEL** por obligaciones de replicabilidad, los otros operadores tienen incentivos a comercializar ofertas justo debajo de este precio piso, para maximizar sus beneficios y cuotas de mercado. Todas las ofertas tenderían al mismo precio ya que ningún operador tendría incentivo a bajar sus precios, perjudicando al usuario final.

**COMCEL** alude a la inspección oficial de páginas web realizada por la CRC a diferentes reguladores, en donde se habría evidenciado que algunos de los países objeto de revisión no cuentan con la implementación del test ex ante para servicios minoristas móviles.

Agrega que la Perito Meléndez llama la atención sobre la inconveniencia de esta medida, pues considera que esta forma de intervención se plantea como una alternativa a la regulación de cargos de acceso, incluyendo dentro de este concepto la regulación tarifaria del RAN, y que si una de ellas opera bien, la otra es innecesaria, por lo que le resulta curioso que la CRC proponga actuar en los dos frentes de manera simultánea.

Finalmente, **COMCEL** afirma que la imposición de esta medida parece responder a peticiones de los competidores: MOVISTAR, en el documento de respuesta a la Consulta pública "*Revisión de los mercados de Servicios Móviles*" propone la siguiente medida específica: "aprobación de nuevas tarifas del operador dominante por parte de la CRC para que el organismo regulador asegure que existan condiciones y márgenes adecuados para los competidores". Así mismo, en los comentarios al mismo documento, TIGO - UNE propone: "Implementar medidas urgentes y eficaces para aprobación previa de planes tarifarios, previa evidencia de falla".

Aunado a lo anterior, dentro de las pruebas aportadas en el proceso se encuentran dos peritajes -el de Marcela Meléndez y el de Mauricio Santamaría- que se refieren de manera expresa a la medida bajo análisis en este aparte.

Mauricio Santamaría afirma que la variable clave en el TRE es que el operador sea igualmente eficiente que **COMCEL**, de lo contrario la medida resulta en un subsidio a operadores menos eficientes y competitivos, que nuevamente, perjudica al usuario que no podrá recibir menores precios. Por su parte, Marcela Meléndez -como ya lo dijera **COMCEL** en sus alegatos de conclusión- afirma que esta forma de intervención se plantea como una alternativa a la regulación de cargos de acceso donde si una de ellas opera bien, la otra es innecesaria.

Si es necesario y confirma el mérito de intervenir, la Perito considera que debe elegirse una de las dos rutas, la regulación de cargos de acceso o el TRE, pero que no imponga las dos formas de regulación de manera simultánea.

En su opinión, debe valorarse con cuidado si existe la capacidad institucional para adoptar esta forma de regulación sin paralizar la actividad de la industria. Una alternativa razonable es dejar este tipo de pruebas como herramientas para el control ex post cuando se presente algún problema en el mercado, más en el espíritu de una prueba de estrechamiento de márgenes.

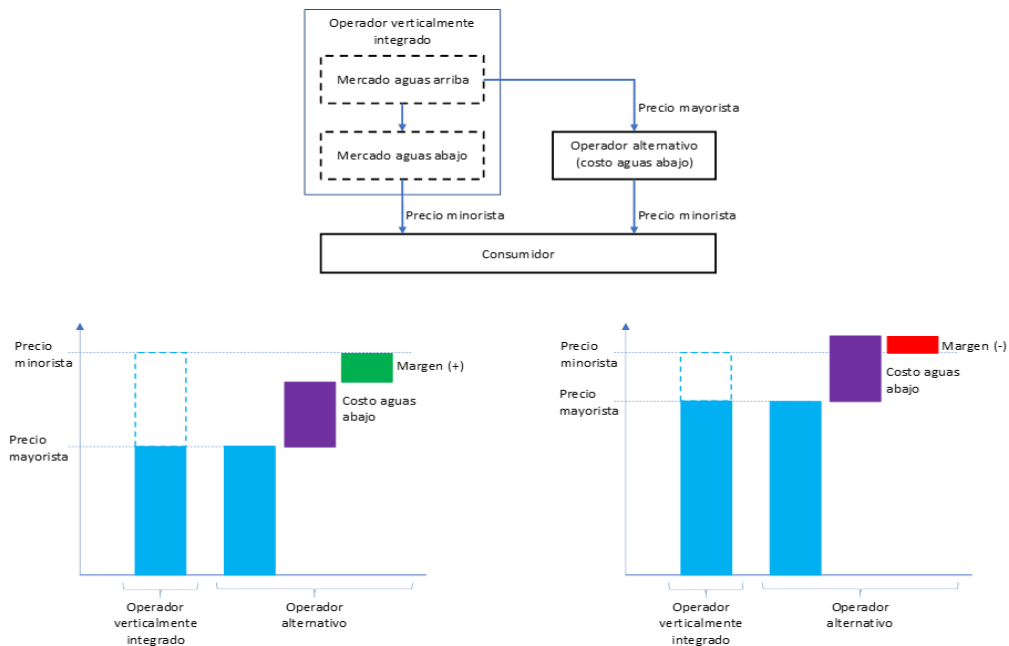
#### **Consideraciones de la CRC:**

El test de replicabilidad económica (TRE) se ha implementado por distintos reguladores como una medida regulatoria con el fin de prevenir o corregir el denominado estrechamiento de márgenes que puede implementar un operador verticalmente integrado y generalmente denominado dominante. El estrechamiento de márgenes ocurre cuando un operador dominante verticalmente integrado cobra a quienes son sus competidores en el mercado minorista, un precio por el producto en el mercado mayorista que, comparado con el precio que cobra en el mercado minorista, no permite que un competidor eficiente pueda operar de manera rentable en el mercado minorista de manera continua.

En la Figura 9 se presenta la manera en que un operador verticalmente integrado, al reducir la diferencia entre el precio minorista y el precio mayorista, genera un estrechamiento de margen en el operador alternativo debido a que el precio mayorista por los insumos aguas arriba más los

costos aguas abajo son superiores al precio minorista, generando un margen negativo en dicho operador alternativo. Bajo estas condiciones, el operador alternativo no puede replicar la oferta económica del operador verticalmente integrado.

**Figura 9. Estrechamiento de márgenes**



**Fuente:** Elaboración propia

A nivel internacional las autoridades han abordado el tema del estrechamiento de márgenes desde dos perspectivas. Por una parte, las autoridades de competencia evalúan, ex post, si un operador dominante ha estrechado los márgenes de sus competidores en el mercado minorista, configurando un abuso de dicha posición<sup>1364</sup>.

A su turno, las autoridades regulatorias, específicamente en materia de telecomunicaciones, y como una medida para promover la competencia efectiva en los mercados de redes y servicios de telecomunicaciones, han utilizado el TRE con el objeto de determinar si los operadores que hacen uso mayorista del acceso a la red de un operador dominante pueden replicar económicamente las ofertas minoristas de dicho operador, de manera que puedan competir de manera efectiva y rentable con el dominante<sup>1365</sup>.

<sup>1364</sup> European Commission, 21 May 2003, Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Deutsche Telekom; Hungarian Competition Office (Gazdasági Versenyhivatal), 22 January 2004, Case Vj-100/2002/72; Danish competition authority, Song Network A/S, 28 April 2004; Italian Competition Authority (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), 16 November 2004, Case n° A351, Provvedimento n° 13752, Chiusura istruttoria, Comportamenti abusivi di Telecom Italia; Commission for the Protection of Competition (Epitropi Prostatias Antagonismou), 30 May 2005, CYTA, Case 11.17.25/2004; Antimonopoly Office of the Slovak Republic (Rozhodnutie Protimonopolného úradu Slovenskej republiky), 14 December 2005, Decision n° 2005/DZ/2/1/133, Slovak Telekom a.s.; Commission for the Protection of Competition (Epitropi Prostatias Antagonismou), 20 January 2006, Areeba Ltd. / Cyprus Telecommunications Authority (CYTA); European Commission, 4 July 2007, Case COMP/38.784, Wanadoo España / Telefónica; Slovak Competition Authority (Protimonopolný úrad Slovenskej republiky), 3 November 2008, Slovak Telekom; Hellenic Telecommunications and Post Commission (EETT), 23 February 2009, Decision n° 512/63, Organismós Tilepikoinonión tis Elládos A.E. (Hellenic Telecommunications Organization); Belgian Competition Council (Raad voor de Mededinging / Conseil de la concurrence), 26 May 2009, Case n° CONC-P/K-05/0065, Decision n° 2009-P/K-10, Base / BMB; Swiss Competition Commission (Wettbewerbskommission (WEKO) / Commission de la concurrence (COMCO) / Commissione della concorrenza (COMCO)), 19 October 2009, Preispolitik Swisscom ADSL (32-0198); Italian Competition Authority (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), 9 May 2013, Decision n° 24339 in case A428, Wind - Fastweb / Telecom Italia; European Commission (Brussels), Slovak Telekom a.s. and Deutsche Telekom AG, IP-14-1140, October 15, 2014; Spanish Competition Authority, Nokia, 8 June 2017, file S/DC/0557/15; Italian Competition Authority, Vodafone, n° A500A, 13 December 2017

<sup>1365</sup> ERG, Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework (2003); BEREC, Report on the Discussion on the application of margin squeeze tests to bundles (2009); 'Commission Recommendation of 20th September 2010 on regulated access to Next Generation Access Networks' SEC (2010); European Commission (2013) Commission Recommendation of 11 September 2013 on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment (2013/466/EU); BEREC Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test (i.e. ex-ante/sector specific margin squeeze tests) (2014).

En aplicación del derecho de la competencia, las autoridades de la materia han aplicado a los casos de estrechamiento de márgenes el test de Operador Igualmente Eficiente (Equally Efficient Operator -EEO- test<sup>1366</sup>), en el que se utilizan los costos del operador dominante, a efectos de considerar abusivo exclusivamente el estrechamiento de márgenes a un competidor al menos tan eficiente como aquel. Tal estándar se ha fijado sobre la base de que, en la medida en que la política de competencia se ocupa principalmente de la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, la aplicación del derecho de la competencia para proteger a competidores menos eficientes que el dominante sería perjudicial tanto para la una como para el otro<sup>1366</sup>.

La política regulatoria, por el contrario, tiene por objeto promover la competencia efectiva en mercados monopolísticos o que presenten posición dominante individual o conjunta, y por ende se aplica en condiciones económicas y de mercado muy diferentes a la política de competencia. Por esa razón, en el TRE se ha aplicado el test del "Operador Razonablemente Eficiente" (Reasonably Efficient Operator -REO-): mientras el test del operador igualmente eficiente evalúa si la diferencia entre el precio de los insumos ascendentes y el precio minorista descendente cubre los costos de la empresa dominante, en el test del competidor razonablemente eficiente se examina si el margen cubre los costos de un competidor con estas características de eficiencia.

Para estimar el margen de un competidor razonablemente eficiente, las autoridades regulatorias pueden i) construir un operador hipotéticamente eficiente con base en un modelo de costos bottom-up, ii) utilizar los costos y datos reales de los competidores del dominante, iii) ajustar los costos y las condiciones económicas del dominante para tener en cuenta las desventajas de escala de sus competidores<sup>1367</sup>.

El propósito del test de replicabilidad económica es garantizar la competencia en casos donde no se impone regulación sobre los precios mayoristas del operador dominante, lo cual se da porque operadores alternativos dependen de manera frecuente de los servicios mayoristas de operadores dominantes. Al fijar precios mayoristas o minoristas (o ambos), el operador dominante que en un principio (pero no necesariamente) puede estar integrado verticalmente, puede definir el espacio (margen) entre el nivel de precios mayorista y minorista. Un TRE es un medio para identificar dicha situación. De esta manera, el TRE define una distancia mínima entre un precio minorista y un precio mayorista (o entre dos precios mayoristas en diferentes etapas de la cadena de valor respectivamente).

Una falta de replicabilidad económica existe si el precio minorista fijado por el dominante no es replicable por los operadores alternativos a los cuales el dominante les ha cobrado un precio mayorista. En estos casos se dice que el TRE falla, lo que hace que se puedan provocar distorsiones económicas que frenen realmente la dinámica del mercado en el sentido que competidores eficientes puedan ser excluidos del mismo, se desestime la entrada de nuevos competidores o se pueda poner en desventaja a los operadores rivales de manera tal que ellos decidan no competir de forma tan agresiva. En cada uno de estos casos -cuando el test de replicabilidad económica falla- se distorsiona la competencia en detrimento de los usuarios finales.

En términos generales, el TRE es aplicado cada vez que una oferta comercial -producida usando un insumo mayorista que se vende a los otros operadores- es lanzada al mercado por parte del operador dominante. De igual forma, el test es aplicado si el operador dominante intenta cambiar el precio del insumo mayorista en caso de una modificación técnica que tenga impacto sobre el margen entre el insumo mayorista y la oferta comercial a nivel minorista. El test resulta concluyente si se demuestra que un operador eficiente, o un operador tan eficiente como el dominante, efectivamente podría obtener un margen de utilidad compitiendo contra el precio minorista fijado por el dominante, considerando el precio mayorista que le paga a éste. En aquellos casos en los que se aplica el TRE y el resultado del mismo indica una situación de estrechamiento de márgenes, la oferta comercial analizada no puede entrar en vigor. En dicho caso, el operador dominante es libre de introducir inmediatamente una nueva oferta comercial para realizar un nuevo test de replicabilidad económica, el cual claramente debe establecer que sobre la nueva oferta comercial no ocurre una situación de estrechamiento de márgenes.

<sup>1366</sup> CADMAN, R. Margin squeeze: defining a reasonably efficient operator\*. Is this the biggest challenge in telecom margin squeeze? *Intermedia*. Volume 39 Issue 1 (2011)

<sup>1367</sup> GAUDINY, G, & SAAVEDRA, C. Ex-ante Margin Squeeze Tests in the Telecommunications Industry: What is a Reasonably Efficient Operator? December 20, 2012.



Como alternativa a la aproximación descrita anteriormente e inicialmente propuesta por la CRC en la Resolución CRC 5110 de 2017, en la revisión de experiencias internacionales realizada se encontró que existe la posibilidad de requerir al operador dominante para que realice un TRE cada vez que el precio (o ciertos elementos del precio) de una oferta comercial relevante vaya a ser cambiado. Este mecanismo proporciona mayor flexibilidad de precios al operador dominante y es más eficiente en términos de costos de la regulación.

En tales circunstancias, no es admisible señalar que la aplicación del TRE frenaría la dinámica del mercado y prevendría el lanzamiento oportuno de ofertas, como quiera que para su aprobación es suficiente con que la respectiva oferta no estreche el margen de un operador razonablemente eficiente.

Tampoco es cierto que, tal y como lo manifiesta **COMCEL**, este tipo de medidas disminuya los incentivos de los operadores a competir vía tarifas con el potencial de mermar la rentabilidad y las inversiones productivas que generarían mayores niveles de desarrollo en el mercado, ya que la mayor flexibilidad que proporciona el test al operador dominante, que por sus economías de escala y alcance logra menores costos marginales, le permitirá seguir siendo competitivo en sus tarifas mientras que se protege la competencia en el mercado.

En relación con los argumentos de **COMCEL** según los cuales la experiencia internacional citada por la CRC sobre la materia no es válida, vale la pena mencionar que la citada es la recomendación de la Comisión Europea<sup>1368</sup> que establece el concepto de test de replicabilidad económica. En ese sentido, desde un punto de vista práctico, el test puede ser considerado como un tipo específico de test *ex ante* de estrechamiento de márgenes, el cual ya se aplica tanto desde la práctica actual de los reguladores a nivel nacional de los países de la Unión Europea, como en forma *ex post* (en principio) por parte de autoridades de competencia. Vale la pena recordar a **COMCEL** que, de acuerdo con estudios adelantados por el grupo de reguladores europeo (BEREC), los TRE *ex ante* son actualmente usados por la mayoría de los reguladores a nivel nacional en Europa, y en específico, cerca del 60% de los países miembros de este grupo ha impuesto al menos una vez un test de tales características. Los reguladores a nivel nacional en Europa han justificado la aplicación *ex ante* del test como mecanismo para hacer posible una competencia sostenible, con la garantía de que operadores alternativos pueden ser capaces de competir en el mercado y del mismo modo evitar la exclusión del mercado, además de garantizar la no discriminación. En ese sentido, es falso que, tal y como lo argumenta **COMCEL**, la regulación *ex ante* es innecesaria y que solo la aplicación de medidas *ex post* sería suficiente para vigilar las prácticas que se quieren evitar.

De igual forma, en el caso de México, el regulador de telecomunicaciones (Instituto Federal de Telecomunicaciones - IFT) ha usado la metodología para evaluar la replicabilidad económica de las tarifas en diferentes segmentos de mercado. En ese país, el test de replicabilidad económica busca garantizar que los operadores puedan competir al nivel minorista usando los servicios mayoristas regulados del operador dominante en el mercado de telecomunicaciones. Los segmentos cubiertos por los test propuestos incluyen servicios móviles, servicios de voz fija, servicios de internet fijo y servicios dedicados. El objetivo de los test aplicados en México es evitar el estrechamiento de márgenes que se da en situaciones donde el operador dominante fija los precios mayoristas y minoristas a niveles que no son rentables, para que operadores alternativos (que dependen de los servicios mayoristas del operador dominante) entren al mercado, o lo hagan en un modo en el cual puedan competir efectivamente con el dominante. El test se desarrolla de manera *ex post* para los servicios móviles, telefonía fija y enlaces dedicados, y de manera *ex ante* y *ex post* para los servicios de banda ancha.

En opinión de **COMCEL**, la eventual medida generaría un letargo intrínseco y asimétrico por la necesidad de tener que agotar un proceso de aprobación de tarifas minoristas antes de poderlas lanzar al mercado, lo cual se traduciría en una ventaja competitiva para cualquier operador. En este punto es importante poner de presente el entorno dinámico del mercado de "Servicios Móviles". Teniendo en cuenta dicha situación, cualquier metodología de TRE propuesta debe ser lo suficientemente flexible en términos del costo frente al cual se estima el precio minorista, para acomodarse a cambios dentro del espacio de ofertas comerciales y tarifas. Por lo tanto, el modelo usado se ajustaría rápidamente a la dinámica del mercado para impedir que se generara un letargo en la aprobación de las ofertas comerciales tal y como lo afirma **COMCEL**.

<sup>1368</sup> Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02).

Respecto de los comentarios de **COMCEL**, según los cuales una medida como el test de replicabilidad económica frenaría el libre desarrollo de la competencia, ya que se reducirían los incentivos de los operadores de competir a través de las tarifas, lo que a su vez llevaría a que se disminuya la rentabilidad y el incentivo a invertir, es preciso recordar que, en caso de darse un estrechamiento de márgenes en el mercado, esto es, una forma de comportamiento anticompetitivo que puede llevar a i) que la competencia en el mercado no se desarrolle de manera efectiva, ii) que se fuerce la salida de competidores, iii) desalentar la entrada y desestimular la expansión y iv) crear desventajas para los rivales, haciendo que estos compitan menos agresivamente. En cada uno de estos casos, un estrechamiento de márgenes distorsiona la competencia en detrimento de los usuarios finales.

En ese sentido, los TRE están diseñados para prevenir el apalancamiento vertical, esto es, una situación que se da cuando se extiende una posición dominante en un mercado mayorista hacia un mercado minorista correspondiente. Para evitar el apalancamiento indebido de poder de mercado, los competidores deben ser capaces de replicar el precio minorista del operador designado como dominante. Por lo tanto, no puede olvidar **COMCEL** que, en su esencia fundamental, el TRE está dirigido a promover la competencia contribuyendo a un campo de juego nivelado que se refiere a un entorno económico en el cual todos los competidores, sin importar su tamaño o fortaleza financiera, tienen las mismas oportunidades de competir.

En lo referente al argumento de **COMCEL** sobre la generación de un piso artificial que limitaría la capacidad del operador de competir vía tarifas, además de reducir los incentivos económicos de los demás operadores para incurrir en disminuciones tarifarias propias, es importante precisar que de la experiencia de los reguladores nacionales en la Unión Europea es claro que una prohibición de estrechamiento de márgenes a través de un TRE tendría como efecto fijar los precios en un nivel competitivo tal que se promueva la entrada y la expansión de los demás operadores. Por lo tanto, no es cierto que se reduzcan los incentivos de los demás operadores a competir eficientemente en el mercado, o que se promueva la entrada de operadores ineficientes, tal y como lo manifiesta **COMCEL**. Nuevamente, es importante recordar a este operador que en aquellos casos en que no se pasa el TRE, el operador dominante estaría incurriendo en distorsiones de la competencia que pueden excluir y frenar la entrada de otros operadores al mercado.

Argumenta **COMCEL** que todas las ofertas tenderían al mismo precio ya que ningún operador tendría incentivos para bajar sus precios, y que la CRC está apostando a favor de su propia habilidad de predecir o anticiparse a patrones de consumo y tráfico, así como predecir costos de tecnologías actuales y futuras, lo que podría verse reflejado en un alto al dinamismo del proceso de formación de paquetes y disminución de precios a usuarios finales. En este aspecto también se equivoca **COMCEL**, ya que el supuesto fundamental detrás del test es que el entorno competitivo esté caracterizado por la no discriminación a nivel mayorista. Por lo tanto, es importante que la fijación de precios a nivel mayorista sea transparente y que los precios sean conocidos antes de que cualquier oferta a nivel minorista sea introducida. Bajo este escenario, el TRE produce resultados que son suficientes para generar un campo de juego nivelado y una planeación financiera y técnica eficiente, sin que sea necesario acudir a predicciones de costos de tecnologías actuales y futuras como aquellas a las que se refiere **COMCEL**.

En cualquier caso, el TRE es aplicado bajo el supuesto de que los productos minoristas del operador dominante son técnicamente replicables por operadores alternativos sobre la base de insumos mayoristas proporcionados por dicho operador. Cualquier problema o preocupación de replicabilidad técnica tiene que ser manejado en el contexto de las ofertas de referencia de los productos mayoristas, y de acuerdo con conceptos de eficiencia en los insumos.

En opinión de **COMCEL**, el análisis de la información por parte de la CRC en ejecución de esta medida requerirá tomar toda una gama de decisiones metodológicas y sobre supuestos técnicos y económicos que difícilmente se pueden confirmar con seguridad, y que estarán sujetos a un amplísimo margen de error e impugnabilidad teórica, metodológica y empírica, dado el extraordinario dinamismo de las preferencias de los consumidores. En este punto, una vez más se equivoca **COMCEL**, ya que la referencia estándar para un TRE es un mercado minorista con competencia efectiva. Esto también implica que el punto de referencia de un TRE es una empresa hipotética que está compitiendo en dicho mercado minorista con una operación eficiente. En este sentido, no se deben tomar decisiones metodológicas o supuestos técnicos y económicos sujetos

a un margen de error, ya que por construcción el TRE recoge todos los aspectos relevantes del mercado. No obstante, la CRC reconoce que para que el test logre sus objetivos depende crucialmente de un diseño detallado del mismo, los parámetros usados, su implementación y un elemento fundamental como lo es un marco de monitoreo robusto.

Por otro lado, es importante manifestar que un test de replicabilidad económica no restringe la flexibilidad del dominante en la fijación de precios, ya que este aún puede ensayar diferentes paquetes promocionales y conducir estrategias de fijación de precios apropiadas. El objetivo del test es garantizar que el operador dominante no abuse de esta flexibilidad en la fijación de precios para poder excluir competidores del mercado. Adicionalmente, la definición dinámica y la aproximación seguida por el test garantizan que las ofertas comerciales que ganan participación de mercado rápidamente y se vuelven relevantes -y por lo tanto son representativas para el mercado minorista- tienen que ser ofrecidas libres de estrechamiento de márgenes.

En lo referente al argumento de **COMCEL** según el cual existirán problemas para determinar la oferta comercial -ya sea que se opte por una revisión de paquetes de planes o de caso a caso- ya que se incurrirá en varios errores tales como clasificación inadecuada de segmentos, tráficos, entre otros, debe señalarse a ese operador que la experiencia internacional muestra que no es necesario determinar a qué nivel se agregarían las ofertas comerciales en la implementación del TRE, pues se puede hacer para ofertas comerciales individuales o para un portafolio de ofertas comerciales previamente identificadas. En el caso de Europa, el organismo de reguladores para comunicaciones electrónicas (BEREC) ha identificado que la mayoría de los reguladores a nivel nacional aplican tanto una aproximación de oferta por oferta, como una aproximación de portafolio (agregación de ofertas). En la evaluación de ambas aproximaciones, BEREC reconoce que pueden existir ganancias de eficiencia que pueden ser logradas a través de una aproximación de portafolio porque esta proporciona más flexibilidad en la fijación de precios para el dominante a nivel minorista. De otro lado, una aproximación de oferta por oferta garantiza que cada producto minorista es replicable y no solo el portafolio de ofertas comerciales como un todo. BEREC no favorece o excluye una u otra aproximación. De hecho, considera que es apropiado para cada regulador a nivel nacional determinar qué nivel apropiado de agregación debería ser implementado cuando se desarrolla el TRE a la luz de la evaluación de los problemas de competencia identificados en el análisis de mercado.

En lo referente al comentario de Mauricio Santamaría relacionado con que el operador alternativo deba ser igualmente eficiente que **COMCEL**, cabe aclarar que en los test de replicabilidad se utilizan tres niveles de eficiencia a saber: el operador igualmente eficiente al dominante (el que menciona Mauricio Santamaría se debió escoger), el operador razonablemente eficiente (el previsto por la CRC) y el operador similarmente eficiente. En este punto se le aclara a **COMCEL** que el modelo utilizado por la CRC está construido bajo el supuesto de un operador razonablemente eficiente genérico (alternativo).

En relación con los comentarios de Marcela Meléndez sobre que esta forma de intervención se plantea como una alternativa a la regulación de cargos de acceso, pues si una opera bien, la otra es innecesaria, es importante recordar que los reguladores nacionales a nivel europeo justifican el uso del TRE como herramienta regulatoria complementaria a otras medidas regulatorias (nuevas o existentes) y como mecanismo para promover la competencia e incentivar la inversión en el mercado. En ese sentido, resulta equivocado afirmar, tal como lo hace Marcela Meléndez, que la CRC debería elegir una de las dos rutas -la regulación de cargos de acceso o el TRE-, pero no imponer las dos medidas regulatorias simultáneamente. De hecho, en muchos casos de estrechamiento de márgenes sancionados como abuso por las autoridades de competencia, como por ejemplo Deutsche Telekom o Telefónica de España, los precios mayoristas estaban sujetos a regulación, e inclusive previa aprobación de los reguladores sectoriales, lo cual no impidió que los dominantes estrecharan los márgenes de sus competidores en los mercados aguas abajo.

Ahora bien, para verificar los posibles desarrollos e implementación del test de carácter ex ante para servicios minoristas móviles, la CRC ejecutó, mediante las herramientas del Laboratorio Forense de la SIC, inspección oficial de las páginas web de las siguientes autoridades regulatorias, dejando constancia en acta de la mismas: Estados Unidos de Norteamérica – Federal Communications Commission, Bélgica – Belgian Institute for Postal Services and Telecommunications (BIPT), Argentina – Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), Chile – Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile (STC), México – Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), Costa Rica – Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) y la

Comisión Europea, en donde se encontró, tal como se mencionó anteriormente, que México ha usado esta metodología en el mismo mercado relevante.

Así pues, a pesar de que a **COMCEL** no le asiste razón en sus argumentos en contra de la implementación del TRE, y sus posibles efectos negativos sobre el desarrollo de la competencia en el mercado, la CRC considera que no es procedente en este momento la implementación de una medida como el TRE. Lo anterior en la medida en que a la fecha la CRC no cuenta con evidencia sobre problemas de competencia en el mercado basadas en situaciones que involucren el estrechamiento de márgenes en relaciones verticales, sumado al tipo de prácticas anticompetitivas sobre determinado tipo de servicio en las que se han enfocado medidas de esta clase de acuerdo con la información recabada. No obstante, la CRC monitoreará de manera cercana las condiciones de competencia del mercado de "Servicios Móviles" lo cual puede implicar la solicitud de información amplia, exacta, veraz y oportuna a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones que compiten en el mencionado mercado -adicional a la requerida en los reportes generales de información- para el desarrollo de los respectivos análisis, con fundamento en el numeral 19 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019, para que en caso de considerarlo pertinente se evalúe nuevamente una intervención tal como un test de replicabilidad económica y se pueda intervenir oportunamente para proteger el desarrollo de la libre competencia, lo que a su vez redunde en beneficios para el usuario final.

#### **8.2.5.2. Prohibición de discriminación tarifaria por razón geográfica y/o tipo de usuario**

Argumenta **COMCEL** que la prohibición de poder discriminar tarifas ya sea por área geográfica o tipo de usuario está en contravía de las recomendaciones internacionales, la sana competencia y el beneficio del usuario final. Para **COMCEL** esta medida le impide hacer una diferenciación geográfica cuando es claro que la competencia es distinta por zonas geográficas.

Afirma que la medida no tiene relación alguna con el problema identificado, y tampoco tiene conexión alguna con el supuesto problema de competencia identificado en el mercado de "Servicios Móviles". En términos de **COMCEL**, se le debería mantener su derecho a diferenciar ya que por el alcance y número de usuarios que tiene por áreas, sus costos de provisión de servicios son distintos por zonas geográficas.

Según **COMCEL** la única justificación que tiene la CRC para la introducción de esta medida es la de un comentario hecho por TIGO-UNE en el documento titulado "*Revisión de los mercados de Servicios Móviles*" en el cual propone que el operador dominante debe establecer una tarifa única nacional. De igual forma, señala **COMCEL** que esta medida lo limita en la capacidad de reaccionar a las ofertas de sus competidores y de lanzar ofertas personalizadas con base en el gusto y preferencias de los usuarios. Por último, para **COMCEL** la medida es innecesaria ya que el Decreto 2153 de 1992 establece que las prácticas discriminatorias son consideradas como abuso de posición de dominio cuando la intención de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en una zona específica del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

En este punto **COMCEL** defiende su derecho a hacer perfilamiento de usuarios ya que si no pudiera hacerlo estaría en una desventaja competitiva frente a sus competidores. Justifica su punto **COMCEL** argumentado que la eliminación de la diferenciación tiene efectos negativos para el bienestar de los consumidores, ya que a través de la personalización de ofertas se promueve la innovación que a su vez le permite al usuario disfrutar de menores precios y mayor calidad.

**COMCEL** cita la experiencia de Alemania donde los operadores siguieron estrategias de regionalización en contra del incumbente. De igual forma, se cita el caso de Estados Unidos país en el cual no existe prohibición alguna que impida a los operadores lanzar ofertas personalizadas o regionales.

**COMCEL** afirma que, producto de la portabilidad, los operadores han lanzado al mercado muchas ofertas, y que la implementación de la medida se traducirá en la imposibilidad de lanzar sus propias ofertas de portabilidad y retención, reduciendo la innovación en paquetes y la imposibilidad de personalización, todo en detrimento del bienestar del usuario.

Además, menciona que la limitación a un operador de lanzar ofertas geográficas y/o por tipos de usuarios puede llegar a afectar poblaciones vulnerables y de menores recursos, ya que deberá reconsiderar sus planes de inversión.

Según **COMCEL**, la eventual medida fomentaría conductas anticompetitivas de colusión involuntarias entre el resto de los operadores pues el operador regulado simplemente podría lanzar ofertas a nivel nacional, aun cuando a esa escala la misma no fuese costeable.

En este punto, **COMCEL** manifiesta que las condiciones de mercado que buscaría modificar la medida son comunes cuando existe un oligopolio, como es el caso colombiano, y así lo ha expresado Tirole, quien es el autor en cuyas teorías se basa la CRC para la propuesta regulatoria de la Resolución CRC 5110.

En sus propios términos, *"[C]on la medida propuesta el operador regulado al decidir contestar las ofertas geográficas de sus competidores, debe hacerlo a través de ofertas nacionales, resultando inevitablemente en un race-to-the-bottom, donde se arriesga la capacidad de inversión e innovación de todos los operadores y en su supervivencia"*.

**COMCEL** solicita que esta eventual medida sea suprimida, por su introducción injustificada, su falta de necesidad y los efectos negativos que tendrá.

En sus alegatos de conclusión, **COMCEL** indica que varios académicos han argumentado que la eliminación de la diferenciación de productos tiene un impacto negativo para los consumidores. Menciona que Gregory Sidak ha dicho que la capacidad de diferenciación en un mercado es la base de la competencia. Al tratar de personalizar sus ofertas para atraer a diferentes tipos de clientes, los operadores siguen innovando en sus ofertas y mejorando en dimensiones tales como la atención al usuario, la diferenciación de productos, etc. Esto permite al consumidor disfrutar de precios más bajos, mayor diversidad y mejor calidad en los servicios. Por su parte, Jean Tirole expone que la eliminación de la discriminación puede ser particularmente peligrosa si implica el cierre de algún mercado y la intervención regulatoria en la definición de precios lineales, afectaría a los consumidores, dado que la empresa puede dejar de servir a los consumidores con demandas bajas y el nivel de producción puede disminuir.

También afirma que estos riesgos son advertidos por los Peritos Santamaría y Meléndez, los cuales señalan respectivamente que la propuesta de impedir que **COMCEL** retenga a sus usuarios con ofertas más competitivas sólo actúa en detrimento del usuario, y que obligar a la unificación de precios entre zonas geográficas y grupos de población, además del riesgo de sacar a algunos consumidores del mercado, tiene uno adicional que es propiciar la entrada de operadores con menores niveles de productividad.

Aduce que la eventual medida carecería de justificación objetiva, pues la CRC no ha demostrado la necesidad - a todas luces inexistente - de prohibir solamente para un operador la discriminación tarifaria, y únicamente parece responder a peticiones de los competidores.

En su peritaje, Mauricio Santamaría señala que la propuesta de impedir que **COMCEL** retenga a sus usuarios con ofertas más competitivas sólo actúa en detrimento del usuario. Adicionalmente, considera que esta política busca promover la transferencia de usuarios a operadores distintos a **COMCEL** sin tener en cuenta el bienestar del usuario.

En relación con lo anterior, propone que los operadores deberían estar obligados a comunicar sus mejores ofertas mes a mes. De esta manera, el usuario tiene una mejor información para decidir si cambiarse o no. Afirma que con esta medida se evitaría la discriminación de precios a través de simetría de la información. Adicionalmente, señala que limitar las contraofertas en tarifas sólo reduce el incentivo de la competencia para realizar mejores ofertas a los consumidores que intenta atraer, sabiendo que estas no podrán ser contestadas.

Marcela Meléndez, por su parte, manifiesta que no es claro cuál es el problema que se busca solucionar, y que este tipo de prohibiciones deben evitarse porque los costos asociados con ellas suelen ser más altos que los beneficios para la sociedad.

Afirma que para el derecho es condenable toda diferencia en precios que no esté directamente asociada con una diferencia en costos y que, en cambio, la literatura económica reconoce un

lugar a la discriminación de precios -incluso en ausencia de diferencias en costos- como herramienta para conseguir la participación en el mercado de grupos de consumidores que en su ausencia no participarían. Al discriminar precios, la firma con poder de mercado aumenta su beneficio, pero también aumenta el bienestar de la sociedad por cuenta del beneficio que reciben los consumidores que ahora no quedan excluidos del mercado.

Concluye que obligar a la unificación de precios entre zonas geográficas y grupos de población, además del riesgo de sacar a algunos consumidores del mercado, tiene un riesgo adicional que es propiciar la entrada de operadores con menores niveles de productividad, pues el precio suele unificarse por lo alto cuando se está frente a este tipo de regulación.

**Consideraciones de la CRC:**

En términos generales, se puede decir que existe discriminación de precios cuando dos productos "similares" que se producen al mismo costo marginal son vendidos por una firma a precios diferentes. Esta práctica es con frecuencia muy controversial en términos de su impacto tanto en consumidores como en rivales.

En otras palabras, la discriminación de precios ocurre cuando a consumidores en diferentes mercados se les cobran diferentes precios por el mismo bien o servicio, por razones no relacionadas con el costo. La discriminación de precios es efectiva para la competencia y el bienestar social solo si los consumidores no pueden de manera rentable revender los bienes o servicios a otros consumidores. La discriminación de precios puede tomar muchas formas, incluyendo la fijación de precios para diferentes grupos de edad, diferentes ubicaciones geográficas, y diferentes tipos de usuarios (tales como residenciales vs. empresariales).

En términos amplios, existen tres principales razones por las cuales la regulación debe preocuparse por la discriminación de precios. En primer lugar, una firma dominante puede "explotar" a los consumidores finales mediante la discriminación de precios, con el resultado de que el excedente total y/o el excedente del consumidor se vean reducidos. En segundo lugar, considerando que el mercado en cuestión se ha definido como un único mercado relevante geográfico de alcance nacional, podría decirse que en la medida en que es un solo mercado, una firma puede no fijar precios diferenciales en función de las regiones que cubre este mercado "individual". De igual forma, se previene que las firmas segmenten mercados con el propósito de implementar estrategias de discriminación de precios. En tercer lugar, puede existir la posibilidad de que la discriminación de precios sea usada por una firma dominante para "excluir" (o debilitar) rivales actuales o potenciales.

Para el caso particular, la discriminación geográfica representa la habilidad de una firma de cobrar diferentes precios a los consumidores ubicados en diferentes locaciones geográficas. La discriminación geográfica es posible en mercados en los cuales las firmas están geográficamente diferenciadas. En tales mercados, un productor observa la ubicación de cada uno de sus consumidores y puede condicionar un precio específico al consumidor en dicha ubicación. La discriminación geográfica también es posible en mercados en los cuales los productores venden bienes diseñados según especificaciones particulares de sus consumidores. En tales mercados un productor personaliza su producto para satisfacer los requerimientos de cada uno de sus consumidores y puede condicionar su precio en tales requerimientos.

En el caso de discriminación geográfica de precios, la existencia de diferencias tarifarias entre distintos mercados geográficos sugeriría que las condiciones de competencia en ciertas áreas del país no son homogéneas, y que por lo tanto los mercados relevantes geográficos deberían tener una segmentación acorde con tal hecho. En este caso, este argumento carece de sentido, en razón a que como bien lo definió la Resolución CRC 5108 de 2017 la caracterización geográfica del mercado de "Servicios Móviles" en Colombia es de carácter nacional y, por lo tanto, la discriminación geográfica es eliminada por el mismo mercado en el sentido que la potencial reventa de servicios o productos en regiones de bajo precio haría que se igualen los precios con regiones donde los precios por los mismos servicios o productos sea alta, promoviendo de esta manera la integración del mercado.

De manera más específica, el mercado delineado por la mencionada resolución fue determinado usando la aproximación económica estándar. En ese sentido, la determinación del mercado relevante económico involucra la identificación de un grupo de vendedores y un correspondiente grupo de oferentes cuyas compras y decisiones de producción determinan el precio de equilibrio.

Adicionalmente, esos grupos deben estar delineados tanto en el espacio geográfico como en el espacio de producto. En otras palabras, la definición de mercado requiere la identificación de los límites geográficos y de producto que separan compradores y vendedores cuyas acciones influyen el precio de los compradores de vendedores cuyas decisiones no influyen el precio. La definición del mercado es uno de los aspectos más importantes de la regulación, ya que después de tal delimitación es posible iniciar análisis sobre la presencia de agentes con poder de mercado.

En muchas industrias, las firmas se diferencian en su espacio geográfico, y los costos de transporte son altos. Estas condiciones pueden suavizar la intensidad de la competencia, facilitar márgenes de ganancia por encima de costos marginales, e inducir a las firmas a discriminar entre consumidores basados en su ubicación. De igual forma, una discriminación de precios geográfica implicaría que se tuviera que definir mercados a nivel regional, lo cual sería posible si las condiciones de competencia fueran distintas en cada región y existieran costos de transporte significativos que facilitaran el ejercicio de poder de mercado focalizado en unos mercados, pero no en otros. Sin embargo, como se mostró en el documento soporte de la Resolución CRC 5108 de 2017, las condiciones de competencia son homogéneas a nivel nacional, lo que llevó a que se definiera un único mercado relevante geográfico el cual tiene alcance nacional.

No obstante, la CRC entiende que si el mismo mercado no evita la discriminación geográfica de precios, el operador dominante podría reaccionar a diferencias regionales en la demanda y en la intensidad de la competencia, y podría por lo tanto explotar su poder de mercado a nivel local. A pesar de lo anterior, no existen incentivos económicos para que un operador implemente estrategias de fijación geográfica de precios, ya que esto tiene la desventaja para los operadores al generar un desarrollo de la oferta de planes tarifarios bastante costoso, especialmente porque se tendría que adquirir información sobre las diferencias regionales en elasticidades de precios para los diferentes servicios móviles. De igual forma, las diferencias en los planes tarifarios podrían aumentar los costos en el mercadeo y publicidad de los planes. Sin embargo, en caso de que existiera el incentivo para implementar prácticas de discriminación geográfica de precios, el Decreto 2153 de 1992 establece que vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país, y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción, debe ser considerado como una práctica anticompetitiva que debe ser sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

En ese sentido, no se hace necesario tener una medida que prohíba la discriminación de precios geográfica o por tipo de usuario ya que las mismas condiciones de mercado, en particular que este sea un único mercado relevante geográfico de alcance nacional, hacen que cualquier diferencia en precio entre regiones se elimine fácilmente a través del arbitraje que podrían realizar los usuarios al adquirir planes a precios bajos en una región para consumirlos en regiones donde los mismos planes se venden a un precio más alto.

**8.2.6. Conclusiones en relación con la revisión y análisis de las eventuales medidas regulatorias enunciadas en el artículo 1 de la Resolución CRC 5110 de 2017.**

Luego de la revisión y de los análisis desarrollados, en las secciones previas, a las eventuales medidas regulatorias enunciadas en el artículo 1 de la Resolución CRC 5110 de 2017, esta Comisión encuentra que éstas deben ser descartadas en la presente actuación administrativa por las siguientes razones:

- A pesar de los efectos positivos en la promoción de la competencia en el mercado, que potencialmente tendrían las medidas correspondientes a la reducción acelerada de la remuneración de la instalación esencial de RAN para servicios de voz y la implementación de una senda creciente de remuneración de la instalación esencial de RAN para servicios de datos, en las condiciones que fueron formuladas al inicio de la presente actuación, los análisis adelantados en la sección 8.2.3.1 indican que, debido a los cambios presentados en el mercado luego de 2017 y el tiempo transcurrido desde que fueron planteadas, dichos efectos

no se materializarán, por cuanto se observó que: (i) el diferencial entre los precios mayoristas y minoristas que se pretendía establecer, con el fin de promover la competencia en el mercado de "Servicios Móviles", se ha reducido en magnitud y tiende a desaparecer en el corto plazo, (ii) La diferencia entre el precio que tendría que ofrecer **COMCEL**, por la provisión del RAN de voz móvil, y tarifa de RAN general (aplicable para incumbentes) para ese mismo servicio mayorista se redujo del 60% al 23% entre 2017 y 2020 y desaparecerá a partir de enero de 2022, y (iii) el ingreso promedio por minuto del servicio de voz registrado por este operador en el primer trimestre de 2020 indica que su costo marginal es inferior al valor tope RAN para voz móvil que se pretendía fijar, por tanto, la ventaja en costos que tiene **COMCEL** frente a sus competidores, en razón a sus economías de escala y alcance, ahora no sería atenuada por la medida de RAN planteada al inicio de la actuación administrativa. Por tanto, es claro que la medida mayorista de RAN, a la fecha de expedición del presente acto administrativo, bajo las condiciones mencionadas, no contribuye de manera efectiva en la labor de dinamización de la competencia en el mercado de "Servicios Móviles", razón por la cual debe ser descartada su implementación.

- La medida correspondiente a la aplicación del TRE se descarta en razón a la ausencia de evidencia sobre problemas de competencia en el mercado basadas en situaciones que involucren el estrechamiento de márgenes en relaciones verticales. Sin embargo, la CRC monitoreará de manera cercana las condiciones de competencia para que, en caso de considerarlo pertinente, se evalúe nuevamente una regulación tal como un TRE y se pueda intervenir oportunamente para proteger el desarrollo de la libre competencia.
- La medida correspondiente a la prohibición de discriminación tarifaria por razón geográfica y/o tipo de usuario se descarta debido a que es innecesaria en razón a que las mismas condiciones de mercado, en particular que este sea un único mercado relevante geográfico de alcance nacional, hacen que cualquier diferencia en precio entre regiones se elimine fácilmente a través del arbitraje que podrían hacer los consumidores al adquirir planes a precios bajos en una región para hacer uso del servicio en las regiones donde los mismos planes se venden a un precio más alto. Adicionalmente, las prácticas de discriminación geográfica de precios son consideradas una práctica anticompetitiva, según lo establecido en el Decreto 2153 de 1992, las cuales deben ser sancionadas por la SIC.
- El descarte de las medidas descritas se efectúa sin perjuicio de que, en ejercicio de la competencia descrita en el numeral 19 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019, la CRC adelante un monitoreo del mercado relevante "Servicios Móviles", en el que se solicite información amplia, exacta, veraz y oportuna a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones que compiten en dicho mercado, adicional y complementaria a la requerida dentro del Régimen de Reporte de Información, con el fin de identificar y prevenir potenciales situaciones de afectación de la competencia por parte del proveedor **COMCEL**. Tal monitoreo, se reitera, se llevará a cabo siguiendo las mejores prácticas en materia de análisis de competencia.

De esta manera quedan resueltos los fundamentos, motivaciones y análisis que llevan a esta Comisión a descartar en esta actuación las medidas regulatorias mayoristas y minoristas anunciadas en la Resolución CRC 5110 de 2017. Sin embargo, se considera que a través de los proyectos regulatorios que tienen relación con los mercados de comunicaciones móviles y que se han previsto desarrollar tanto en la Agenda Regulatoria 2021 – 2022, como en la hoja de ruta de simplificación normativa y la hoja de ruta de acceso e interconexión, se pueden identificar, evaluar e implementar medidas regulatorias para promover la competencia en el mercado, teniendo en cuenta que previamente se tiene probada la existencia de un proveedor con posición dominante en el mercado "Voz Saliente Móvil" y mediante este acto administrativo en el mercado "Servicios Móviles".

Reitérese en todo caso que, en cumplimiento del mandato legal de promover la competencia y evitar el abuso de posición dominante establecido en el artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019, y con base en las funciones otorgadas en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019, en



especial, aquellas especificadas en los numerales 2, 3, 4, 11 y 19, se considera necesario que la CRC adelante un monitoreo del mercado relevante "Servicios Móviles", en el que se solicite información amplia, exacta, veraz y oportuna a los proveedores de redes y servicios de comunicaciones que compiten en dicho mercado, adicional y complementaria a la requerida dentro del Régimen de Reporte de Información, con el fin de identificar y prevenir potenciales situaciones de afectación de la competencia por parte del proveedor **COMCEL**. El mencionado monitoreo se efectuará a partir de las mejores prácticas en materia de análisis de competencia. Al respecto es menester resaltar que, tal y como ha sido expuesto en diversos acápite del presente acto administrativo, le corresponde a la CRC promover la competencia en los mercados, evitar el abuso de la posición dominante y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas; ello a su vez apareja que esta Comisión deba seguir atenta al comportamiento del mercado en el que se constata la dominancia de **COMCEL** en la presente resolución, con miras a definir, en el marco de sus competencias, las medidas regulatorias a las que haya lugar<sup>1369</sup>.

Del mismo modo, en concordancia con el monitoreo en mención, y sin perjuicio de las funciones otorgadas a la CRC y de las medidas que en ejercicio de las mismas se puedan adoptar, transcurridos dos (2) años desde la ejecutoria del presente acto administrativo, esta Comisión elaborará un informe sobre las condiciones de competencia del mercado de "Servicios Móviles", de manera que este sirva de insumo para el ejercicio de las funciones a su cargo.

Finalmente, en atención a lo establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio en el Concepto de Abogacía de la Competencia 18-339645- -13-0, rendido dentro de la presente actuación administrativa, el cual indica textualmente "[e]sta Superintendencia agradece a la CRC que, al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita copia de la misma", una vez ejecutoriada la presente resolución, se remitirá una copia a la referida autoridad administrativa.

La presente resolución fue aprobada en el Comité de Comisionados de la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la CRC del 6 de noviembre y del 22 de diciembre de 2020, según consta en las actas 1266 y 1275, respectivamente. Así mismo, el presente acto administrativo fue aprobado por la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la CRC en Sesión realizada el 28 de enero de 2021, según consta en el acta 405.

En virtud de lo expuesto,

## RESUELVE

**ARTÍCULO 1.** Constar que la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** tiene posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* denominado "Servicios Móviles (2.5. del ANEXO 3.1.)" definido en el Anexo 3.2. del TÍTULO DE ANEXOS de la Resolución CRC 5050 de 2016.

**ARTÍCULO 2.** Abstenerse de imponer alguna de las medidas regulatorias particulares enunciadas en el artículo 1 de la Resolución CRC 5110 de 2010 y explicadas en el numeral 6 del documento denominado "Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios móviles"", remitidos a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** mediante radicado de salida número 2017537286 del 24 de febrero de 2017, por las razones expuestas en el aparte considerativo de la presente Resolución.

**ARTÍCULO 3.** Sin perjuicio de las funciones otorgadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones y de las medidas que en ejercicio de las mismas se puedan adoptar, transcurridos dos (2) años desde la ejecutoria del presente acto administrativo, esta Comisión elaborará un informe sobre las condiciones de competencia del mercado de "Servicios Móviles", de manera que este sirva de insumo para el ejercicio de las funciones a su cargo, de conformidad con lo expuesto en el aparte considerativo de esta Resolución.

<sup>1369</sup> Así mismo, corresponderá a la Superintendencia de Industria y Comercio estar atenta la conducta del proveedor cuya dominancia se constata en este acto administrativo a fin de sancionar, en el marco de sus competencias, toda conducta que se erija como un abuso de su posición dominante.

**ARTÍCULO 4.** Notificar personalmente la presente Resolución al Representante Legal de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** o a quien haga sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de reposición, el cual se debe interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

Dada en Bogotá D.C. a los **28 días del mes de enero de 2021.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NICOLÁS SILVA CORTÉS**  
Presidente



**CARLOS LUGO SILVA**  
Director Ejecutivo

Expediente 2000-74-18-1-1

S.C.C. 28/01/2021 Acta 405

C.C.C 06/11/2020 Acta 1266; 22/12/2020 Acta 1275.

Elaborado por: Yeison Loaiza, Guillermo Velásquez, Víctor Sandoval, Carlos Humberto Ruiz

Revisado por: Alejandra Arenas Pinto - Coordinadora de Diseño Regulatorio /Lina María Duque – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias