

S O L M A R I N A D E L A R O S A

C O N S U L T O R A L E G A L

Bogotá, D.C. 23 de noviembre de 2023

Doctor:

NICOLAS SILVA CORTES

Director Ejecutivo

COMISION DE REGULACION DE COMUNICACIONES

Mail to: medidasmoviles@crcom.gov.co

Bogotá | Colombia

Asunto: Comentarios al proyecto y en especial a las intervenciones realizada en el Foro sobre el Proyecto Regulatorio: Revisión de Medidas Regulatorias Aplicables a Servicios Móviles

Respetado doctor Silva:

En mi calidad de abogada, académica y docente de vieja data, con amplia trayectoria en el estudio y ejercicio en el Derecho Público Colombiano y en especial en el Derecho Administrativo, en los presentes comentarios quiero referirme a los efectuados por mi colega y excelente abogado **JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO**, a quien personalmente admiro y reconozco su valía en el campo del derecho público y que en el foro indicado en el Asunto, en el cual, representaba, a mi juicio y al parecer, los intereses de COMCEL S.A.¹

1. Sobre el procedimiento adelantado en relación con el Proyecto Revisión de Medidas Regulatorias Aplicables a Servicios Móviles

1.1. Primera Interacción:

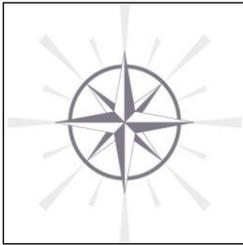
¹ Video disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=KBuPAYraMAo&t=11s> y la intervención se encuentra a partir del minuto 2:24:49 del mismo.

**DERECHO PUBLICO, COMERCIAL, REGULACIÓN, ENERGÍA Y
TELECOMUNICACIONES**

Calle 87 No. 19 C - 41 Interior 404. Código Postal 110221. Bogotá D.C.

Calle 5 Sur No. 25-130. Int. 811. Código Postal 050022. Medellín (Ant.)

Teléfonos 3155061645 y 3214519357



S O L M A R I N A D E L A R O S A

C O N S U L T O R A L E G A L

Mediante la Resolución CRC 5108 de 2017 la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en adelante simplemente, la CRC, definió el mercado minorista de “Servicios Móviles²” como mercado relevante, susceptible de regulación ex ante, debido a que se identificaron problemas de competencia que no se esperaba fueran superados de manera orgánica por el mercado mediante competencia potencial, ni a través de la aplicación del derecho de la competencia.

Así mismo, mediante una actuación administrativa de carácter particular que gozó de las garantías del debido proceso, expidió las Resoluciones CRC 6146 de 2021 y 6380 de 2021³, mediante las cuales, constató y ratificó la posición dominante del proveedor de redes y servicios móviles COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. (COMCEL) en el mercado de “Servicios Móviles”

En agosto de 2023, la CRC elaboró el documento⁴ denominado “Revisión del mercado relevante Servicios móviles”. Este documento le dio origen a un Proyecto regulatorio cuyo objetivo expreso fue el de evaluar **la pertinencia de establecer medidas regulatorias aplicables al mercado relevante “Servicios Móviles”, y modificar o complementar aquellas previstas en la regulación respecto de los servicios de voz o datos móviles**, a fin de mitigar las causas asociadas a la falta de competencia efectiva en el mercado “Servicios Móviles” y de esta manera promover la competencia en ese mercado, propendiendo por el bienestar de los usuarios.

En dicho documento se ocupó de analizar varias circunstancias y realidades en dicho mercado, dentro de los cuales podemos mencionar, entre otros, las condiciones estructurales del mercado, las barreras de entrada, la inelasticidad de la demanda y los servicios sustitutos, las asimetrías de información relacionadas con prácticas de retención y recuperación de usuarios, la no replicabilidad de las ofertas empaquetadas de ciertos operadores y por supuesto, las decisiones adoptadas en los actos administrativos de contenido particular contenidos en las Resoluciones CRC 6146 de 2021 y 6380 de 2021 precitadas y que constataron la posición dominante de COMCEL en el mercado relevante “Servicios Móviles” y sus eventuales consecuencias, que junto con otras consideraciones y propuestas, dispuso para comentarios de los agentes, empresas, instituciones y personas interesadas en el tema.

En esa oportunidad, participaron con comentarios y observaciones, los siguientes proveedores:

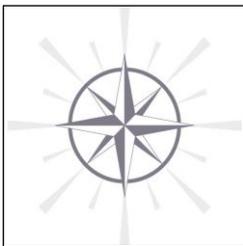
² Los “Servicios Móviles” corresponden a un paquete que incluye los servicios de Internet móvil, voz saliente móvil y la originación de SMS y MMS.

³ Disponibles en <https://www.crcom.gov.co/es/normatividad/resolucion-6146> y <https://www.crcom.gov.co/es/normatividad/resolucion-6380>

⁴ Disponible en: <https://www.crcom.gov.co/es/proyectosregulatorios/2000-38-2-3>

DERECHO PUBLICO, COMERCIAL, REGULACIÓN, ENERGÍA Y
TELECOMUNICACIONES

Calle 87 No. 19 C - 41 Interior 404. Código Postal 110221. Bogotá D.C.
Calle 5 Sur No. 25-130. Int. 811. Código Postal 050022. Medellín (Ant.)
Teléfonos 3155061645 y 3214519357



S O L M A R I N A D E L A R O S A

C O N S U L T O R A L E G A L

- CLARO (marca comercial que integra a los servicios prestados por los proveedores de redes y servicios Comcel y Telmex Telecomunicaciones), con tres documentos; Documento de observaciones generales, específicas y conclusiones, Anexo de Análisis de las dinámicas del mercado y las condiciones de competencia actuales y prospectivas en los mercados relevantes minoristas de “Voz Saliente Móvil” y “Servicios Móviles” en Colombia, elaborado por los consultores *E-Concept* y *On.Point* en colaboración y el documento Análisis de los mercados de Servicios Móviles en Colombia, elaborado por la consultora *Analysys Mason*.
- ETB
- FIDE PARTNERS CONSULTORES ESTRATEGICOS
- Operadores Móviles Virtuales
- Partners Telecom Colombia S.A.S. (tres documentos), uno de observaciones generales, otro suscrito por Bacca Medina Abogados y otro de complementación
- Colombia Telecomunicaciones S.A., E.S.P.
- Colombia Móvil TIGO
- Superintendencia de Industria y Comercio

1.2. Segunda Interacción

El 8 de septiembre de 2023, la CRC sometió a discusión sectorial el documento de formulación del problema de este proyecto regulatorio en el cual se señaló que el problema a resolver consiste en la Ausencia de competencia efectiva en el mercado relevante minorista “Servicios Móviles”, se identificaron las causas y consecuencias de la problemática identificada, los objetivos del proyecto y los grupos de valor interesados

Con posterioridad, el 8 de noviembre, la CRC publicó el documento contiene el soporte de la propuesta regulatoria, el cual se dividió en trece secciones. En esa oportunidad la Comisión consideró adecuado que el proyecto a adelantar **evaluara la pertinencia de establecer medidas regulatorias aplicables a servicios móviles, y modificar o complementar aquellas ya previstas en la regulación respecto, para mitigar las causas asociadas a la falta de competencia efectiva en el mercado de “Servicios Móviles”** para promover la competencia en ese mercado, acompañado de un Proyecto de Resolución *“Por la cual se adoptan medidas para la promoción de la competencia, se modifican algunas disposiciones de la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones”*

En este proyecto se propuso la adopción de las siguientes medidas:

1. Modificación de los plazos para efectuar trámites de Portabilidad Numérica Móvil:

DERECHO PUBLICO, COMERCIAL, REGULACIÓN, ENERGÍA Y
TELECOMUNICACIONES

Calle 87 No. 19 C - 41 Interior 404. Código Postal 110221. Bogotá D.C.
Calle 5 Sur No. 25-130. Int. 811. Código Postal 050022. Medellín (Ant.)
Teléfonos 3155061645 y 3214519357



S O L M A R I N A D E L A R O S A

C O N S U L T O R A L E G A L

2. Condiciones para el desarrollo de gestiones comerciales tendientes a recuperar el cliente portado durante el Proceso de Portación, así como dentro de los tres (3) meses siguientes a la culminación de dicho proceso:
3. Obligación de publicar e identificar en la página web los planes tarifarios y promociones que hacen parte de los programas de fidelización, retención y recuperación de usuarios:
4. Obligación de atención física a los usuarios en ciudades capitales cuando no se alcancen o se excedan los valores objetivo de calidad de datos móviles 4G:
5. Obligación de reportar información a la CRC sobre infraestructura pasiva:
6. Modificación de las condiciones de aplicación de la tarifa regulada de remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional (RAN) en los servicios de voz y datos para los PRSTM establecidos
7. Obligación de reportar información a la CRC sobre ofertas conjuntas:
8. Modificación de la definición de Operador Móvil Virtual.
9. Aclaración de obligaciones frente al acceso a la instalación esencial de RAN en zonas geográficas que no han sido solicitadas por el proveedor de red de origen (PRO).
10. Actualización del Anexo 4.8 del Título Anexos Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, en relación con la actualización de los municipios listados en el Anexo 4.8 del Título Anexos Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016.

Este proyecto tiene como fecha limite para efectuar comentarios el 24 de noviembre de 2023

Previo a esta fecha de cierre, la CRC convocó para el pasado 20 de noviembre de 2023 un Foro sobre este proyecto regulatorio “Medidas regulatorias aplicables a servicios móviles”, con libre inscripción previa, en el cual participaron múltiples expositores, la mayoría representantes de Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones, en el cual se dio la exposición jurídica a la cual me refiero.

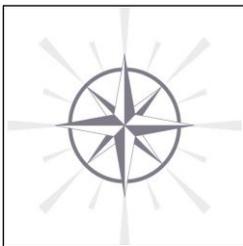
2. Cuestionamientos del doctor Esguerra Portocarrero

En su presentación, el doctor Esguerra planteó que las siguientes objeciones a la forma como la CRC ha abordado y desarrollado procedimentalmente el proyecto, a su juicio con violación del debido proceso frente a COMCEL.:

- 2.1. El procedimiento para la expedición del acto administrativo se ha adelantado como si se tratara de un acto administrativo de carácter general, cuando se refiere directamente a uno de los actores del mercado, COMCEL, en especial los artículos 7,8, 15, 16, y 17 del proyecto de Resolución
- 2.2. Comcel no ha podido participar con la solicitud y aporte de Pruebas

**DERECHO PUBLICO, COMERCIAL, REGULACIÓN, ENERGÍA Y
TELECOMUNICACIONES**

**Calle 87 No. 19 C - 41 Interior 404. Código Postal 110221. Bogotá D.C.
Calle 5 Sur No. 25-130. Int. 811. Código Postal 050022. Medellín (Ant.)
Teléfonos 3155061645 y 3214519357**



S O L M A R I N A D E L A R O S A

C O N S U L T O R A L E G A L

2.3. Siendo un acto de contenido general, no se le darán recursos para impugnarlo en sede administrativa.

2.4. No podrá, en principio acceder a la Justicia Contencioso Administrativa para su impugnación.

3. Nuestras consideraciones y fundamentos jurídicos y jurisprudenciales

El acto administrativo o Resolución “*Por la cual se adoptan medidas para la promoción de la competencia, se modifican algunas disposiciones de la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones*”, es un acto administrativo de contenido general a ser dictada por la CRC, como órgano colegiado “y en su motivación se encuentran expresas apreciaciones bastante completas sobre los fundamentos y antecedentes normativos. la evolución del proyecto regulatorio y la profusa participación sectorial, empresarial, de firmas de consultoría y de la comunidad en general, además de la SIC en su función de Abogacía de la Competencia.

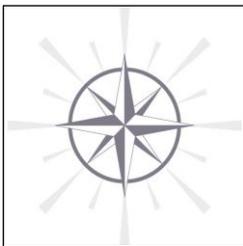
En la actuación de la Administración y sobre todo en su función de intervención económica, como es esta, es frecuente la necesidad de hacer apreciaciones sobre hechos pasados o bien sobre consecuencias futuras de una medida determinada, basada en sus análisis propios, sectoriales, aportados por los eventuales regulados y en general en elementos técnicos o determinar las consecuencias de un acto cuando también sean elementos y análisis técnicos, económicos y de mercado que le permiten estimar la situación a ser regulada y las consecuencias de la regulación a adoptar, como ocurre en el caso de expedición de medidas de carácter económico, dentro de las cuales, como es apenas obvio, se encuentran el comportamiento individual y/o colectivo de el mercado a ser regulado y en estos casos el antecedente de una actuación administrativa importante como fu la que culmino con las decisiones de contenido particular contenidas en las Resoluciones CRC 6146 de 2021 y 6380 de 2021 es una de ellas.

A diferencia de lo planteado por el doctor Esguerra, el contenido de la propuesta de artículos 7, 8, 15, 16 y 17 no son normas de contenido individual, sino general, independientemente de que se esté de acuerdo o no con la propuesta regulatoria. Veamos:

- Los artículos 7 y 8 del proyecto, están dirigidos a proscribir prácticas de recuperación del cliente portado que en general se enmarcan en el respeto a la voluntad del usuario y a facilitarle el cumplimiento de esa voluntad, permitiéndole conocer las prestaciones y ventajas ofrecidas por el usuario a quien se porta y que en estricto sentido, son manifestaciones de buena fe comercial, pues se dirigen a impedir una recuperación de clientes que aún no han experimentado la experiencia en otro prestador de servicios libremente escogido por el mismo. Además, y lo más importante, están dirigidos a la generalidad de los distintos proveedores de servicios de telecomunicaciones.

DERECHO PUBLICO, COMERCIAL, REGULACIÓN, ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES

Calle 87 No. 19 C - 41 Interior 404. Código Postal 110221. Bogotá D.C.
Calle 5 Sur No. 25-130. Int. 811. Código Postal 050022. Medellín (Ant.)
Teléfonos 3155061645 y 3214519357



S O L M A R I N A D E L A R O S A

C O N S U L T O R A L E G A L

- Por su parte los artículos 15 y 16 del proyecto propuesto hace relación a la remuneración de RAN en los servicios de voz, SMS y datos y esta también dirigido o son sujetos pasivos de dicha disposición los *“proveedores con posición dominante, individual o conjunta, en el mercado “Servicios Móviles”,* es decir, de los que ya han sido declarados con posición de dominio (que en la actuación administrativa particular tuvieron todas las garantías del debido proceso administrativo y de su impugnación tanto en vía administrativa como jurisdiccional) o de aquellos que serían declarados así, en forma individual y aún en forma conjunta.
- Finalmente, el artículo 17 introduce en la regulación general de Telecomunicaciones, el Capítulo 11 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, en relación a “la compartición de infraestructura pasiva (torres, mástiles, monopolos, espacio en piso y servicios adicionales) sobre la cual tengan la propiedad, posesión, o control del acceso a cualquier título⁵ y su ámbito de aplicación lo constituyen los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones *“(…) que ostenten la propiedad, la posesión o la tenencia de infraestructura susceptible de ser utilizada de manera compartida como soporte físico para el despliegue de redes móviles.”*

“(…) a cualquier persona natural o jurídica a quien, en vigencia del presente capítulo, los PRSTM⁶ que tengan posición dominante, individual o conjunta, en el mercado “Servicios Móviles”, transfieran, a cualquier título, la propiedad, posesión, tenencia o control de la infraestructura pasiva sobre la que recaen las obligaciones aquí previstas.

También se aplica a los PRSTM que requieran acceder y hacer uso de la infraestructura pasiva a la que se ha hecho referencia para la prestación de servicios móviles.

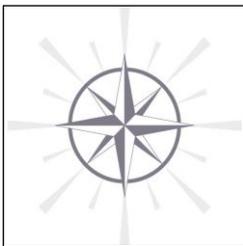
- Finalmente, COMCEL a lo largo del mencionado proyecto y en las diferentes interacciones del mismo, ha participado directamente y a través de varios abogados, empresas y asociaciones, las cuales han defendido su postura frente al proyecto en mención.

⁵ Sobre la obligación de compartir infraestructura física de soporte además existen claras normas superiores (Comunidad Andina, Leyes y otras resoluciones de la misma CRC) sobre su obligatoriedad y posibilidad de ser impuestas mediante servidumbres adoptadas mediante actos administrativos de contenido particular y previo un procedimiento administrativo dentro de una actuación ídem.

⁶ Proveedores de redes y servicios móviles

**DERECHO PUBLICO, COMERCIAL, REGULACIÓN, ENERGÍA Y
TELECOMUNICACIONES**

Calle 87 No. 19 C - 41 Interior 404. Código Postal 110221. Bogotá D.C.
Calle 5 Sur No. 25-130. Int. 811. Código Postal 050022. Medellín (Ant.)
Teléfonos 3155061645 y 3214519357



S O L M A R I N A D E L A R O S A

C O N S U L T O R A L E G A L

Así las cosas, se desvirtúa la apreciación del doctor Esguerra en el sentido de que el proyecto respectivo no constituye un acto administrativo de contenido general y de la aportación de documentos que pretenden probar las afirmaciones de COMCEL.

Pero aún en el evento de que sea considerada un Acto Administrativo general, pero con consecuencias exclusivamente particulares frente a Comcel y/o algunos de sus destinatarios, a continuación exponemos algunas consideraciones y fundamentos sobre el control judicial de los actos administrativos generales con efectos particulares mediante los cuales COMCEL tendría la posibilidad de controvertir el acto en sede judicial, pues así lo dispone el CPACA en el artículo 138 e inclusive, efectuar una solicitud de Revocatoria Directa del Acto en sede administrativa, según el artículo 93 del CPACA

3.1. Fundamento legal. La redacción del artículo 138 del CPACA dispone explícitamente la posibilidad de solicitar la nulidad y el restablecimiento de derechos cuando esta se cause por un acto administrativo general.

«ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

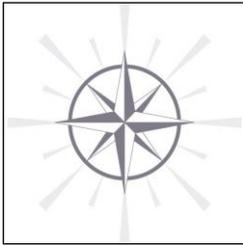
Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

3.2. Así como un acto general puede ser objeto de control por nulidad y restablecimiento por producir daños particulares, un acto particular puede ser objeto de nulidad simple de acuerdo con la teoría de los «móviles y finalidades».

- Se trata de una doctrina que es objeto de debate de antaño. En vigencia de la Ley 167 de 1941 la naturaleza del acto era la que determinaba la acción pertinente, y aún así esa afirmación fue matizada por jurisprudencia del Consejo de Estado y nació la «teoría de los móviles y finalidades» (Sentencia del 10 de agosto de 1961 con Ponencia del Magistrado Carlos Gustavo Arrieta).

**DERECHO PUBLICO, COMERCIAL, REGULACIÓN, ENERGÍA Y
TELECOMUNICACIONES**

Calle 87 No. 19 C - 41 Interior 404. Código Postal 110221. Bogotá D.C.
Calle 5 Sur No. 25-130. Int. 811. Código Postal 050022. Medellín (Ant.)
Teléfonos 3155061645 y 3214519357



S O L M A R I N A D E L A R O S A

C O N S U L T O R A L E G A L

- La misma doctrina fue interpretada con alcances distintos en la Sección Segunda, Primera y Tercera. El asunto fue unificado en Sentencia del 10 de agosto de 1996 con ponencia de Daniel Suárez. Allí se definió los supuestos para aplicar esta doctrina. Estos mismos se legislaron en el artículo 137 del CPACA.
- El artículo 84 (nulidad simple) del CCA fue declarado exequible en la C-426 de 2002, que resuelve:

«Así, cuando una persona con interés directo pretenda demandar un acto de contenido particular y concreto, podrá alternativamente acudir al contencioso de anulación por dos vías distintas. Invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (C.C.A. art. 85), caso en el cual lo hace motivada por el interés particular de obtener el restablecimiento del derecho o la reparación del daño antijurídico como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto. En la medida en que esta acción no se intente o no se ejerza dentro de los cuatro meses de que habla la ley (C.C.A. art. 136-2), quien se considere directamente afectado o un tercero, podrán promover la acción de simple nulidad en cualquier tiempo (C.C.A. arts. 84 y 136-1), pero única y exclusivamente para solicitar de la autoridad judicial la nulidad del acto violador, dejando a un lado la situación jurídica particular que en éste se regula, para entender que actúan por razones de interés general: la de contribuir a la integridad del orden jurídico y de garantizar el principio de legalidad frente a los excesos en que pueda incurrir la Administración en el ejercicio del poder público».

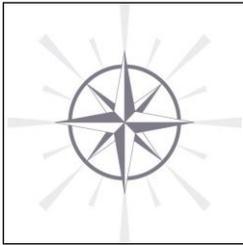
3.3. Ejemplo. El control de actos generales por nulidad y restablecimiento no está en debate. Véase un antecedente un jurisprudencial

CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 4 de marzo de 2022. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

Supuesto: RCN demanda a la Comisión Nacional de Televisión en nulidad y restablecimiento del derecho por la expedición del Acuerdo 004 de 19 de octubre de 2005 “Por el cual se reglamenta la publicidad de cigarrillo, tabaco y bebidas con contenido alcohólico en televisión”. El acto, en resumen, prohíbe la publicidad, y RCN solicita que se le indemnizen los perjuicios económicos y que se declare la nulidad del acto general por suplantar el legislador y carecer de competencia.

**DERECHO PUBLICO, COMERCIAL, REGULACIÓN, ENERGÍA Y
TELECOMUNICACIONES**

Calle 87 No. 19 C - 41 Interior 404. Código Postal 110221. Bogotá D.C.
Calle 5 Sur No. 25-130. Int. 811. Código Postal 050022. Medellín (Ant.)
Teléfonos 3155061645 y 3214519357



S O L M A R I N A D E L A R O S A

C O N S U L T O R A L E G A L

Decisión. La Sección confirmó al Tribunal de Cundinamarca y denegó las pretensiones de la demanda.

Ratio: La entidad sí era competente para imponer restricciones a la publicidad del tabaco.

3.4. Una precisión necesaria e importante es la de la caducidad pues, aunque el acto administrativo sea general, las pretensiones de condena o indemnizatorias, si van a ejercerse, están sometidas a una caducidad de 4 meses desde la ejecutoriedad del acto.

Atento saludo,

SOLMARINA DE LA ROSA

C.C. 32529617 de Medellín

T.P. 39247 C.S.J.

**DERECHO PUBLICO, COMERCIAL, REGULACIÓN, ENERGÍA Y
TELECOMUNICACIONES**

Calle 87 No. 19 C - 41 Interior 404. Código Postal 110221. Bogotá D.C.

Calle 5 Sur No. 25-130. Int. 811. Código Postal 050022. Medellín (Ant.)

Teléfonos 3155061645 y 3214519357