



RESOLUCIÓN No. **6155** DE 2021

*"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en contra de la Resolución CRC 6089 de 2020"*

LA SESIÓN DE COMISIÓN DE COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, y especialmente la que le confiere el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019 y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CRC 6089 del 14 de octubre de 2020, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC resolvió una solicitud de solución de controversias presentada por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** (en adelante "**COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**") respecto de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** (en adelante "**COMCEL**"), por la falta de acuerdo en los valores de remuneración por el acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional -RAN- para los servicios de voz, datos y SMS, aplicables en aquellos municipios donde el proveedor solicitante del acceso haya desplegado para la prestación de sus servicios en conjunto más de tres sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN) o 4G.

La Resolución CRC 6089 de 2020 fue notificada a través de medios electrónicos a las partes el 15 de octubre de 2020, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020. Dentro del término concedido para el efecto, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** interpuso recurso de reposición en contra del anotado acto administrativo, mediante escrito del 28 de octubre de 2020 con radicado 2020812890¹, en tanto que **COMCEL** interpuso recurso de reposición a través del escrito con radicado 2020812980² del 29 de octubre de 2020.

Teniendo en cuenta que los recursos de reposición interpuestos por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y **COMCEL** cumplen con lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, esta Comisión deberá admitirlos a fin de proceder a su estudio de fondo.

Es de mencionar que, en la medida en que el recurso interpuesto por **COMCEL** fue acompañado con una prueba documental, a saber, una carta remitida por la representante legal de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** a la representante legal de **COMCEL**, por medio del radicado de salida 2020521456³ del 5 de noviembre de 2020 y en consonancia con lo establecido en el artículo 79 del CPACA, la CRC le trasladó a **COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES** el documento descrito, a fin de que se pronunciara, si a bien lo tenía, dentro de los cinco (5) días siguientes.

¹ Expediente administrativo 3000-32-13-1. Folios 80 – 85.

² Expediente administrativo 3000-32-13-1. Folios 87 – 105.

³ Expediente administrativo 3000-32-13-1. Folio 108.

El 12 de noviembre de 2020, a través del radicado 2020813473⁴, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** descorrió el traslado de la prueba documental aportada por **COMCEL** con su recurso de reposición.

Finalmente, debe indicarse que, dado que en el presente asunto se está ante la interposición de recursos de reposición en contra de la resolución que resolvió una controversia surgida entre **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y **COMCEL** -asunto que debe resolverse por vía de un acto administrativo de carácter particular y concreto-, la CRC no debe informar a la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC sobre esta actuación, pues se configura una de las excepciones a dicho deber, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 2.2.2.30.4 del Decreto 1074 de 2015.

2. EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR COLOMBIA TELECOMUNICACIONES

En su recurso de reposición, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** formuló cuatro cargos los cuales serán resueltos de la siguiente manera.

2.1. Sobre el proceder subjetivo de la CRC al adoptar la resolución recurrida

Señala **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** que la CRC, al abstenerse de aplicar al caso concreto el mismo modelo aplicado en la Resolución CRC 5848 de 2019⁵, acude a un criterio subjetivo y discrecional según el cual el modelo debe correrse en función del mayor o menor tráfico de un proveedor de servicios, y discrecionalmente considera que el modelo allí empleado solo opera para el proveedor AVANTEL S.A.S., como si la regulación sectorial fuera diferente para ese agente.

Califica de subjetiva y sin fuerza para modificar la Ley e inaplicar la regulación sectorial la utilización del citado criterio, pues, agrega, esta Comisión debe atenerse al principio general conforme con el cual la administración tiene funciones y competencias regladas. Afirma que la discrecionalidad administrativa que pretende usar la CRC debe ser razonable y apegada a la normatividad vigente, y no como, a su juicio, lo expresó la Comisión en la resolución recurrida al argumentar que su conducta no le está determinada previamente por la ley.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

Sea lo primero señalar que la recurrente incurre en evidente contradicción cuando afirma que la administración tiene funciones y competencias regladas, y al mismo tiempo que la discrecionalidad administrativa que pretende ejercer la CRC debe ser razonable y apegada a la normatividad vigente.

Debe recordarse al recurrente que la administración pública ostenta dos tipos de competencias: las regladas y las discrecionales, que son diametralmente opuestas, por lo que mal puede señalarse que la CRC sólo ostenta facultades regladas (lo cual no es cierto), pero que debe ejercer razonablemente sus competencias discrecionales.

Como lo afirma el profesor Dromi, las *"facultades de un órgano administrativo están regladas cuando la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración debe seguir. Es decir, que la actividad administrativa es reglada cuando se determinan su contenido y su forma. La ley sustituye por anticipado el criterio del órgano administrativo, predeterminando qué es lo conveniente al interés público. (...)"*⁶.

Por su parte, *"hay poder discrecional cuando en determinadas circunstancias de hecho, la autoridad administrativa tiene libertad de decidir y de tomar cuál o tal medida. En otros términos, cuando el derecho no le ha impuesto por anticipado un comportamiento a seguir."*⁷

Ha señalado también la jurisprudencia que *"dentro de la facultad discrecional el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más*

⁴ Expediente administrativo 3000-32-13-1. Folios 109 – 110.

⁵ *"Por la cual se resuelve la solicitud de solución de controversias entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y AVANTEL S.A.S."*

⁶ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. 5ª edición 1996 Pág 444 y s.s.

⁷ Ibidem.

adecuado y justo a la decisión concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho.”⁸

Puede entonces afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no esté previamente determinada por la ley. Contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinados supuestos de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas⁹. Ciertamente, la mayoría de las competencias legales atribuidas a la CRC por la Ley son de naturaleza discrecional, por lo que no resulta acertado señalar que esta Comisión sólo ostenta competencias regladas.

En lo que respecta al presente caso, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** solicitó a la CRC resolver una controversia originada en el desacuerdo acerca del valor de remuneración por el uso que hace **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** de la instalación esencial de RAN de **COMCEL** para el servicio de voz, SMS y datos, en aquellos municipios donde **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** haya desplegado para la prestación de sus servicios de voz y SMS, en conjunto, más de 3 sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN) o para el servicio de datos, más de 3 sectores de tecnología 4G, habida consideración de que no existe un valor fijado a través de regulación ex ante en esos eventos.

En la medida en que ni la Ley ni el reglamento determinan el contenido del acto administrativo que resuelve la controversia antes de la situación fáctica que la originó, es claro que existe allí un margen de decisión con el que cuenta la CRC para resolver la controversia con base en criterios objetivos y razonables, que no es nada distinto a lo que se conoce como discrecionalidad administrativa.

Ahora bien, se equivoca el recurrente cuando señala que el solo hecho de que la resolución recurrida sea producto del ejercicio de la discrecionalidad administrativa supone una decisión subjetiva de la autoridad, precisamente porque, como lo ha señalado el Consejo de Estado, la discrecionalidad administrativa se entiende como *"el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico.”¹⁰ (SFT)*. Y es eso lo que ocurrió precisamente en la decisión que se recurre, pues la CRC de manera clara y expresa y dentro de los límites propios del ejercicio de funciones discrecionales, estableció criterios objetivos y razonables sobre los cuales edificó la decisión, en los siguientes términos:

*"En atención a las consideraciones expuestas, de cara a las finalidades regulatorias, y considerando las particulares condiciones de uso de RAN de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, la decisión invocada por dicho proveedor para ser replicada en el caso bajo análisis, no constituye un precedente que pueda ser aplicado al caso concreto, por lo que la CRC aplicará la siguiente fórmula para el cálculo del factor en la relación de RAN de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y **COMCEL** para la determinación del valor por el uso de tal instalación esencial para los servicios de voz y SMS en aquellos municipios en que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** ha desplegado, en conjunto, más de 3 sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN), y para el servicio de datos en aquellos municipios en que ha desplegado más de 3 sectores de tecnología 4G:*

$$\text{Tarifa CRC} = \text{Tarifa Regulada} \times (1 + \alpha)$$

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", sentencia de siete (7) de junio de dos mil uno (2001) Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 88001-23-31-000-1999-0027-01(0132-2001), Actor: Luis Román Ardila Medina. En idéntico sentido *vid.* la sentencia de la CORTE CONSTITUCIONAL C-031/95 Expediente No. D-676, actor Alexandre Sochamandou, Magistrado ponente, Hernando Herrera Vergara; también la sentencia C-525/95. Ref: Expediente D-942. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-525/95. Ref: Expediente D-942. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰ 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)

$$\alpha = \begin{cases} 15\% & \text{para } \frac{\text{Tráfico Total en RAN}}{\text{Tráfico Total del operador}} \leq 15\% \\ \frac{\text{Tráfico Total en RAN}}{\text{Tráfico Total del operador}} & \text{para } \frac{\text{Tráfico Total en RAN}}{\text{Tráfico Total del operador}} > 15\% \end{cases}$$

La metodología determina que el valor a fijar corresponde al valor regulado incrementado en un factor α . A su vez, el factor α depende de la participación del tráfico cursado en RAN por el PRO, en este caso **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, dentro del tráfico total del mismo proveedor. Este factor se calcula mediante una fórmula en dos partes, de tal manera que para participaciones del tráfico total en RAN dentro del tráfico total del operador que sean menores o iguales al 15%, el valor de remuneración se incrementará en 15%. Por su parte, para participaciones del tráfico total en RAN dentro del tráfico total del operador mayores al 15%, el valor de remuneración se incrementa de manera proporcional a dichas participaciones, de manera que para participaciones del tráfico de RAN dentro del tráfico total superiores al 15%, el valor a fijar se incrementa en la medida en que el operador haga mayor uso de RAN. Así las cosas, la fórmula en dos partes permite para los rangos de uso bajo de RAN (igual o menor al 15% del tráfico total) la aplicación de un factor α que incorpora incentivos al despliegue de infraestructura y uso moderado del RAN, a la vez que para usos medios y altos (superior al 15%) los incentivos se maximizan, en tanto el factor crece en la medida en que el uso de RAN sea mayor.

Para el cálculo del factor α se utilizarán como fuentes de información, respectivamente, el tráfico RAN reportado por el operador en el formato 3.7¹¹ y el tráfico total contenido en el formato 1.9¹² de la Resolución CRC 5050 de 2016. Para el tráfico RAN, se extraerá el tráfico del último trimestre reportado en el Formato 3.7. De igual manera, el tráfico total se obtendrá de la suma del total del tráfico cursado durante los tres meses que hagan parte del mismo trimestre utilizado para calcular el tráfico RAN.

La mencionada fórmula en dos partes se aplica en este caso por cuanto **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** ha tenido un patrón bajo de consumo de RAN tanto en datos como en voz. Es así como este operador durante el periodo comprendido entre el tercer trimestre de 2017 y el primer trimestre de 2020 tuvo participaciones del uso de RAN de datos dentro del tráfico total trimestral que fueron inferiores al 0,4%; así mismo, en el caso de voz, las participaciones del tráfico de RAN dentro del tráfico total trimestral de voz de este operador fueron todas inferiores al 0,8% en el periodo comprendido entre el cuarto trimestre de 2016 y primer semestre de 2020. Este caso es diferente al de AVANTEL S.A.S., cuyo uso de RAN como proporción del tráfico total de datos se mantuvo en un rango de entre el 16% y el 20% en el periodo comprendido entre el segundo trimestre de 2017 y el cuarto trimestre de 2018.

En este sentido, al tener **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** una tendencia de uso bajo del RAN tanto en datos como en voz, la aplicación en este caso, de manera idéntica, de la fórmula utilizada en la Resolución CRC 5848 de 2019, además de resultar en un valor prácticamente igual al valor regulado, iría en contravía del criterio de fijación de un factor α que incentive a los operadores a desplegar su propia infraestructura en los municipios donde tienen más de tres sectores en tecnologías 4G implementados en datos y más de tres sectores en tecnologías 2G y 3G en voz, y, en consonancia, a hacer uso mesurado del RAN. Lo anterior se basa en el concepto de eficiencia dinámica¹³ económica, bajo el cual, en vez de un equilibrio estático, la innovación se convierte en un factor que permite alcanzar niveles de producción más eficientes, lo que permite un aumento de frontera de posibilidades de producción como consecuencia de la inversión (Abel et al. 1986). De esta manera, al basarse en el concepto de eficiencia dinámica, la fórmula incentiva una mayor innovación e inversión tanto para el proveedor de RAN como para el operador que hace uso del mismo: para el proveedor de RAN porque le permite obtener un mayor ingreso que puede dedicar a inversiones orientadas a mayor innovación, y para el operador que hace uso del RAN porque le incentiva al despliegue de su propia red para aprovechar economías de alcance no presentes en el uso de RAN, y por esta vía ofrecer productos diferenciados con mayor innovación.

Ahora bien, en relación con el valor de 15%, utilizado en la fórmula de dos partes como factor α para usos bajos de RAN (menos de 15%), la CRC considera que este valor es adecuado y razonable por las siguientes razones. En primer lugar, un porcentaje inferior a dicho valor (15%) generaría un incremento de muy baja magnitud de la tarifa regulada, lo que iría en detrimento del cumplimiento de los fines de la regulación de carácter general y abstracto. Al respecto, cabe anotar que este factor de aumento (o mark-up) del 15% se encuentra en el límite inferior de los mark-ups generalmente utilizados en las prácticas regulatorias internacionales de regulación de valores

¹¹ ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL.

¹² ACCESO MÓVIL A INTERNET.

¹³ Eficiencia dinámica: capacidad de ajuste de los mercados en que el objetivo no es alcanzar la curva de posibilidades máxima de producción, sino desplazarla a la derecha como consecuencia de la competencia entre los agentes, la constante creatividad y la búsqueda de oportunidades de ganancia.

de acceso¹⁴. Y, en segundo lugar, en línea con el concepto de eficiencia dinámica, este valor hace que la remuneración sea superior al valor regulado, lo que permite la incorporación de incentivos al despliegue de infraestructura propia tanto para el PRO como para el PRV¹⁵, así como incentivos al uso medido del RAN por parte del PRO, al tiempo que para usos bajos de RAN (menor al 15%) minimiza eventuales efectos de alza en precios minoristas¹⁶."

De esa manera, es claro que la decisión recurrida no incurre en la subjetividad alegada por el recurrente; todo lo contrario, la misma fue adoptada con fundamento en las competencias otorgadas por el legislador a la CRC dentro del margen de libertad decisonal derivado de la falta de regulación de contenido general vigente en la materia específica, que se tradujo en el diseño de una fórmula aplicable al supuesto fáctico particular puesto de presente dentro del trámite administrativo, con base en criterios objetivos y razonables que no sólo se corresponden con los fines previstos en la Ley sino que alejan cualquier asomo de arbitrariedad en la solución de la controversia.

Lo que sí es inadmisibles para esta Comisión es que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** ataque la fórmula aplicada en su caso concreto como un ejercicio de subjetivismo por parte de este regulador solamente porque no conviene a sus intereses particulares, pero le parezca perfecta la fórmula aplicada en la Resolución CRC 5848 de 2019, porque se ajusta a ellos, cuando en ambos casos se trató del ejercicio de la misma competencia discrecional ejercida ante la falta de regulación ex ante en la materia. En otras palabras, es inaceptable para la CRC que la fórmula utilizada en la Resolución CRC 5848 le parezca objetiva porque le sirve financieramente, pero la que no le sirve, no obstante su justificación objetiva, le parezca subjetiva e inválida, considerando que en ambos casos la CRC actuó con base en criterios objetivos y razonables.

Es por lo expuesto que el cargo no ha de prosperar.

2.2. Sobre la vulneración de los principios previstos en el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009

Afirma **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** que, con la motivación contenida en el acto administrativo recurrido, la CRC da a entender que los principios de acceso igual-cargo igual, de promoción de la libre competencia, de evitar el abuso de posición dominante y de precios basados en utilidad razonable, contenidos en el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, no son generales, impersonales y abstractos, sino que, a su juicio, resultan flexibles y de aplicación selectiva, "*casi que dependiendo del agente de mercado que los invoca*".

Añade que, con su decisión, la CRC omite absolutamente la interpretación útil y finalística del principio de igualdad relacionado con el principio de acceso igual, cargo igual y la aplicación del principio de costos más utilidad razonable o principio de remuneración a costos eficientes, consagrados en el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009 y desarrollados en la Resolución CRC 3101 de 2011 en su artículo 4, por lo cual considera que, de existir un apego a tales disposiciones, la decisión del regulador no podría ser otra que la de establecer la misma tarifa de remuneración que en el caso de la Resolución CRC 5848 de 2019, por el uso de la red de **COMCEL** por parte de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**.

El recurrente alega que esa vulneración del principio de igualdad también se evidencia en el tratamiento diferente que, a su juicio sorprendentemente, lleva a cabo la CRC cuando se trata de conflictos impetrados por AVANTEL S.A.S. frente a los que interpone esta compañía, pues a pesar de que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** solicitó la aplicación de los mismos criterios tenidos

¹⁴ Wall Communications (2012), en un estudio preparado para la Comisión Canadiense de Radio-Televisión y Telecomunicaciones -CRTC- señala que en Estados Unidos los mark-ups definidos por los reguladores estatales de telecomunicaciones para definir precios de acceso e interconexión generalmente se encuentran en un rango de entre 15% y 35%, y que ocasionalmente se han aprobado mark-ups superiores. De hecho, Sandbach (2009) desarrolla un modelo teórico para calcular el precio de óptimo competitivo de roaming nacional para el caso en el que el incumbente (red visitada) está restringido a una tecnología específica (GSM 900) mientras que el entrante solicitante despliega su red con una tecnología diferentes en bandas superiores (WCDMA 2.1 GHz); bajo esta configuración, el autor encuentra que el precio competitivo óptimo de roaming nacional se encontraría 38% por encima del costo medio de la red del incumbente. Según el autor, bajo las condiciones específicas consideraras en la simulación, un precio de roaming de este orden (38% superior al costo medio) garantizaría la neutralidad competitiva entre las redes y generaría señales para la inversión eficiente por parte del incumbente y del entrante.

¹⁵ De acuerdo con Sanbach (2009) en el caso de roaming nacional los dos operadores (incumbente y entrante) "*invertirán en más cobertura geográfica cuando el precio de roaming nacional es mayor: el incumbente lo hará debido al ingreso extra que recibe de los precios de roaming, mientras que el entrante lo hará con el objetivo de evitar pagar los precios de roaming al incumbente*".

¹⁶ Escenario conservador (en la medida que considera el objetivo de eficiencia dinámica y minimiza posibles distorsiones de mercado).

en cuenta para la determinación de la tarifa negociada de RAN para el servicio de datos que desarrolló la CRC en la Resolución CRC 5848 de 2019 para AVANTEL S.A.S., en opinión de esta Entidad no aplican dichos criterios para la recurrente a pesar de tratarse del mismo RAN negociado, con el argumento subjetivo de que al diseñar la fórmula para calcular el factor α de AVANTEL S.A.S. el tráfico era alto y con tendencia decreciente, en tanto que en el caso de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, por el contrario, el patrón de consumo de RAN de voz y datos en proporción a su tráfico total, es inverso al de AVANTEL S.A.S., por cuanto dicho patrón de consumo ha sido bajo y con tendencia creciente.

Concluye que la intervención regulatoria para el proveedor "AVANTEL -FIJACIÓN DE PRECIOS EFICIENTES-" que ha quedado en firme mediante la Resolución CRC 5871 de 2019¹⁷, debe abarcar a la totalidad de redes y proveedores interconectados.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

El cargo propuesto parte de la premisa de que la única manera en que la CRC no habría infringido el principio de igualdad relacionado con el principio de acceso igual - cargo igual, el principio de promoción de la libre competencia, y el principio de costos más utilidad razonable o principio de remuneración a costos eficientes, era aplicando, a la presente controversia, la fórmula prevista en las resoluciones CRC 5848 y 5871 de 2019, mediante las cuales la CRC resolvió la controversia entre AVANTEL S.A.S. y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, por el uso de la instalación esencial de RAN de esta por parte de aquella para los servicios de voz, SMS y datos en aquellos municipios donde AVANTEL S.A.S. hubiera desplegado para la prestación de sus servicios de voz y SMS, en conjunto, más de 3 sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN) o para el servicio de datos, más de 3 sectores de tecnología 4G.

¿Tendría que haber aplicado la CRC a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, como usuario mayorista de la instalación esencial de RAN de **COMCEL**, la misma fórmula que aplicó a AVANTEL S.A.S. en las resoluciones CRC 5848 y 5871 de 2019 como usuario mayorista de la instalación esencial de RAN de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**? Es la convicción de esta Comisión que no.

En efecto, ha de tenerse claro que, en la resolución recurrida, la CRC explicó con claridad la lógica en la que se inspiró la solución adoptada en las resoluciones CRC 5848 y 5871 de 2019:

"Al respecto debe considerarse, en primer lugar, que la lógica económica involucrada en el párrafo de los artículos 4.7.4.1. y 4.7.4.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016, adicionados por la Resolución CRC 5107 de 2017, que excluyen de la regulación de carácter general la remuneración por el uso de RAN para el servicio de voz, datos y SMS en aquellos municipios donde el PRO haya desplegado para la prestación de sus servicios de voz y SMS, en conjunto, más de 3 sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN), o más de 3 sectores de tecnología 4G para el servicio de datos, atiende a la finalidad de incentivar el despliegue adicional de red propia en los municipios de mayor densidad poblacional del país, que son precisamente aquellos en los que, por sus características socioeconómicas, los proveedores habían desplegado, al momento de la entrada en vigencia de la citada resolución, más de 3 sectores de tecnologías 2G, 3G y 4G.

La explicación es apenas natural: los proveedores están en mejores condiciones de lograr el retorno de sus inversiones en ese tipo de municipios, en los que de hecho centran su esfuerzo inversor en el corto y mediano plazo, razón por la cual el principio de promoción de la competencia efectiva desaconsejaba la regulación general de valores de RAN al mismo nivel de aquellos municipios con menor densidad poblacional, en los que, por sus características socioeconómicas, los proveedores habían desplegado 3 o menos sectores de tecnologías 2G, 3G y 4G, o no habían desplegado ninguno, para los cuales el principio de promoción de la competencia efectiva aconsejaba incentivar la compartición de infraestructura activa, sujetando a regulación general el valor de uso de RAN, fuera a costos incrementales (para el caso de los proveedores entrantes) o a costos medios (para el caso de los proveedores establecidos).

En otras palabras, no resultaba adecuado incentivar el uso de RAN estableciendo en la regulación general los valores de remuneración para aquellos municipios en los que, en razón de su mayor densidad poblacional, los proveedores habían desarrollado ya un nivel sustancial de despliegue de red, a partir de más de 3 sectores de tecnologías 2G, 3G y 4G, motivo por el cual, a la luz de lo dispuesto en el párrafo de los artículos 4.7.4.1. y 4.7.4.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016, el valor de remuneración por el uso de la instalación esencial de RAN en tales municipios

¹⁷ "Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por AVANTEL S.A.S. contra la Resolución CRC 5848 de 2019, expediente No. 3000-86-42".

debería ser, en principio, producto de la negociación directa entre el PRO y el PRV, y por defecto, fruto de la regulación de carácter particular proveniente de la CRC en sede de solución de controversias.

*Puestos en el escenario excepcional de la regulación propia de la solución de controversias, las anteriores consideraciones conducen a una segunda conclusión: ante el desacuerdo entre el PRO y el PRV, el valor de remuneración por el uso de la instalación esencial de RAN en aquellos municipios donde el PRO hubiere desplegado para la prestación de sus servicios de voz y SMS, en conjunto, más de 3 sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN), o más de 3 sectores de tecnología 4G para el servicio de datos, **no puede ser igual al valor regulado** para municipios donde el PRO hubiere desplegado para la prestación de sus servicios de voz, SMS y datos, menos de 3 sectores de tecnologías 2G, 3G, o 4G, pues ello supondría no sólo frustrar la finalidad inmersa en el párrafo de los artículos 4.7.4.1. y 4.7.4.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016, sino terminar aplicando dos disposiciones normativas, como aquellas que adoptan regulación de carácter general respecto de los valores remuneración por el acceso a RAN para voz y SMS¹⁸ y para datos¹⁹, a una situación fáctica expresamente excluida del supuesto de hecho al cual ellas resultan aplicables.*

*Fue desde esa perspectiva que, con base en el principio de eficiencia dinámica, la CRC adoptó, en la Resolución CRC 5848 del 18 de septiembre de 2019, la metodología que arrojaría **un valor sustancialmente mayor** que el regulado en los artículos 4.7.4.1. y 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016 por el uso de la instalación esencial de RAN de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** por parte de AVANTEL, en aquellos municipios donde ésta había desplegado más de 3 sectores de tecnología 4G para el servicio de datos, bajo la siguiente fórmula:*

$$\text{Tarifa CRC} = \text{Tarifa Regulada} \times (1 + \alpha)$$

Como se observa, la metodología incorpora un factor α que considera específicamente el uso agregado de RAN de AVANTEL en comparación con su tráfico total:

$$\alpha = \frac{\text{Tráfico Total en RAN}}{\text{Tráfico Total del operador}}$$

Dicha metodología determinaba incrementar la tarifa regulada en el factor α , de tal manera que, en la medida en que AVANTEL hiciera mayor uso de RAN, mayor sería el valor que tendría que pagar.

El factor α en el caso de AVANTEL, a partir de la información reportada por ésta a la CRC conforme la Resolución CRC 5050 de 2016, correspondió al 16.94%, por lo cual el resultado de la aplicación de la fórmula fue el siguiente:

$$\text{Precio ex post CRC} = \$12,00 \text{ (MB)} \times (1 + 16,94\%)$$

$$\text{Precio ex post CRC} = \$14,03^{20}$$

En otras palabras, la fórmula aplicada en las resoluciones CRC 5848 y 5871 de 2019, en consistencia con la lógica económica inmersa en el párrafo de los artículos 4.7.4.1. y 4.7.4.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016, estaba orientada a determinar un valor de RAN sustancialmente superior a los valores regulados ex ante en aquellos municipios donde el Proveedor de Red de Origen -PRO- hubiera desplegado para la prestación de sus servicios de voz y SMS, en conjunto, más de 3 sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN), o más de 3 sectores de tecnología 4G para el servicio de datos, que por tratarse precisamente de municipios con mayor densidad poblacional, posibilitaban un mayor y más rápido retorno de la inversión en redes propias, con el incentivo al despliegue adicional de red que ello supone.

A esos efectos, las resoluciones CRC 5848 y 5871 de 2019 adoptaron una metodología que incorporaba un factor α que consideraba específicamente el patrón de uso de RAN de AVANTEL S.A.S. sobre su tráfico total, y que daba como resultado un incremento de la tarifa regulada en el factor α , de tal manera que, en la medida en que AVANTEL S.A.S. hiciera mayor uso de RAN, mayor sería el valor que tendría que pagar, correspondiendo el factor α , que en el caso de AVANTEL S.A.S., equivalía a 16.94%.

¹⁸ Resolución CRC 5050 de 2016 artículo 4.7.4.1.1.

¹⁹ Resolución CRC 5050 de 2016 artículo 4.7.4.1.2.

²⁰ Valor en pesos corrientes a actualizarse conforme al literal b) del numeral 1) del Anexo 4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

Al analizar la eventual aplicación de la misma fórmula a la presente controversia, esta Comisión constató que no se cumplían ni los supuestos, ni la lógica económica ni los fines en que aquella se inspiró. Dijo así la resolución recurrida:

*"En el presente caso **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** pretende que la CRC resuelva la controversia con **COMCEL** aplicando de manera idéntica la fórmula utilizada en la Resolución CRC 5848 del 18 de septiembre de 2019, cuyos resultados serían los siguientes, según se desprende de la oferta final de aquella:*

Servicio	Valor regulado	Factor α	Valor comercial
Datos (MB)	\$12,92	0,23%	\$12,95
SMS (Mensaje)	\$1,09	8,89%	\$1,19
Voz (minuto) saliente	\$19,96	0,41%	\$20,04
Voz (minuto) entrante	\$12,44	0,41%	\$12,49

Sin embargo, dicha pretensión no es jurídica y tampoco económicamente admisible, por varias razones. En primer lugar, porque, considerando los fines a que se orientaba la regulación de carácter general y abstracto, en la Resolución CRC 5848 la Comisión, al diseñar la fórmula, consideró específicamente el patrón de consumo de RAN de AVANTEL (que era alto) en relación con su tráfico total, de manera que el valor regulado en dicho acto administrativo de carácter particular refleja el valor -sustancialmente mayor al previsto en la regulación de carácter general- que debe pagar un proveedor con un patrón de uso intensivo de RAN como AVANTEL, cuando pretende, en calidad de proveedor establecido, seguir haciendo uso de tal instalación esencial inclusive en aquellos municipios en los que ha desplegado más de 3 sectores de tecnología 4G y en los que las condiciones socioeconómicas le permiten estar en mejores condiciones de obtener el retorno de las inversiones en red que pudiere realizar.

En efecto, el patrón de consumo de RAN de datos de AVANTEL S.A.S. en proporción a su tráfico total, considerado al diseñar la fórmula para calcular el factor α , era alto y con tendencia decreciente, con valores trimestrales superiores al 16% durante el periodo comprendido entre el segundo trimestre de 2017 y el cuarto trimestre de 2018, como se ilustra de la siguiente manera:

Periodo	AVANTEL		
	Tráfico total en RAN de datos (MBytes)	Tráfico total de datos del operador (MBytes)	Proporción tráfico RAN en tráfico total de datos (%)
Trimestre 2 2017	570.299.031	2.794.676.759	20,4%
Trimestre 3 2017	712.666.564	4.005.727.263	17,8%
Trimestre 4 2017	799.144.314	4.756.652.169	16,8%
Trimestre 1 2018	1.068.327.946	5.647.663.052	18,9%
Trimestre 2 2018	1.242.178.068	7.069.608.622	17,6%
Trimestre 3 2018	1.433.304.874	8.701.503.895	16,5%
Trimestre 4 2018	1.681.599.798	9.928.644.703	16,9%

Fuente: Información reportada en Formatos 1.9 y 3.7

*Por el contrario, el patrón de consumo de RAN de voz y datos de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en proporción a su tráfico total, es inverso al de AVANTEL, por cuanto dicho patrón de consumo ha sido bajo y con tendencia creciente. Así, los valores trimestrales de esta proporción durante el periodo comprendido entre el tercer trimestre de 2017 y el primer trimestre de 2020 pasaron del 0,01% al 0,27%, y han sido todos inferiores al 0,4%:*

Periodo	COLOMBIA TELECOMUNICACIONES		
	Tráfico total en RAN de datos (MBytes)	Tráfico total de datos del operador (Mbytes)	Proporción tráfico RAN en tráfico total de datos (%)
Trimestre 3 2017	2.169.705	23.480.728.733	0,01%
Trimestre 4 2017	1.969.882	25.711.080.565	0,01%

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES			
Periodo	Tráfico total en RAN de datos (MBytes)	Tráfico total de datos del operador (Mbytes)	Proporción tráfico RAN en tráfico total de datos (%)
Trimestre 1 2018	3.210.398	25.716.764.810	0,01%
Trimestre 2 2018	18.699.795	27.238.747.566	0,07%
Trimestre 3 2018	50.926.164	33.743.549.015	0,15%
Trimestre 4 2018	92.371.506	39.106.588.135	0,24%
Trimestre 1 2019	155.151.902	42.322.365.975	0,37%
Trimestre 2 2019	173.616.509	46.896.334.010	0,37%
Trimestre 3 2019	171.224.057	53.613.747.069	0,32%
Trimestre 4 2019	122.795.657	56.461.558.062	0,22%
Trimestre 1 2020	162.412.264	60.309.841.429	0,27%

Fuente: Información reportada en Formatos 1.9 y 3.7

Así las cosas, en la medida en que el patrón de consumo de RAN de voz, SMS y datos de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en relación con su tráfico total es inverso al de AVANTEL (es bajo y con tendencia creciente), la lógica económica con la que se diseñó la fórmula en el caso de la Resolución CRC 5848 de 2019 es inaplicable a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**.

En segundo lugar, y precisamente por la consideración que se acaba de exponer, la aplicación a la presente controversia de la fórmula para determinar el factor α , tal y como se diseñó en la Resolución CRC 5848 de 2019, conduciría, como se desprende de la oferta final de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** y de los argumentos expuestos por **COMCEL**, a una situación en la que el valor por el uso de la instalación esencial de RAN en aquellos municipios en los que aquella ha desplegado más de 3 sectores de tecnología 2G, 3G y 4G, es virtualmente el mismo valor determinado en la regulación general para el uso de RAN en aquellos municipios en los que el PRO ha desplegado 3 o menos sectores en tales tecnologías, lo que no sólo sería absurdo sino que implicaría que lo dispuesto en el parágrafo de los artículos 4.7.4.1. y 4.7.4.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016 perdiera cualquier efecto útil, pues sería prácticamente lo mismo para el PRO hacer uso de RAN en un grupo de municipios que en otro, aunque el régimen jurídico de valores sea diferente para ambos.

En tercer lugar, pero no menos importante, la pretensión de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** es jurídica y económicamente inadmisibles porque frustra por completo la finalidad a la que se orientó la CRC al excluir de la regulación de carácter general la remuneración por el uso de RAN para el servicio de voz, SMS y datos y SMS en aquellos municipios donde el PRO hubiere desplegado más de 3 sectores de tecnología 2G, 3G y 4G para la prestación de sus servicios, cual era incentivar el despliegue adicional de red del PRO en los municipios de mayor densidad poblacional del país, a la vez que efectuar un uso moderado de RAN en esos municipios so pena de pagar un valor sustancialmente mayor al previsto en la regulación general.

Fueron tales finalidades las que, bajo las particulares condiciones de uso de RAN de AVANTEL, y en el seno de un trámite de carácter particular en el que se analizaron dichas especificidades que, determinaron el diseño de la fórmula para calcular el factor α , que en el caso de la Resolución CRC 5848 de 2019 arrojó un valor de 16.94%, mientras su aplicación a la presente controversia, dadas las particulares condiciones de uso de RAN de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, resultaría a un factor α del 0.27% para el RAN de datos y en 0.66% para el RAN de voz, valores que determinan una diferencia virtualmente inexistente entre el valor del RAN fijado en la regulación general para los municipios en los que el PRO ha desplegado 3 o menos sectores en tecnologías 2G, 3G y 4G, y el valor del RAN regulado en sede de solución de controversias para los municipios en los que el PRO ha desplegado más de tres sectores de tales tecnologías."

Así las cosas, resulta absurdo pretender la aplicación de una fórmula inspirada en el patrón de consumo de RAN de voz, SMS y datos de AVANTEL S.A.S. en relación con su tráfico total, a un caso en que el patrón de consumo de RAN de voz, SMS y datos de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, en relación con su tráfico total, es inverso al de AVANTEL S.A.S. Ello evidencia que se trata de situaciones fácticamente diferentes, que por ende imposibilitan el trato idéntico que la recurrente reclama.

También resulta absurdo pretender la aplicación de dicha fórmula en la presente controversia cuando, en el caso de AVANTEL S.A.S., ella tenía como efecto un aumento sustancial de los precios de RAN para los municipios involucrados en la controversia, mientras en esta el aumento producido, de haberse aplicado, sería cercano a cero. Mientras el factor α en el caso de la Resolución CRC 5848 de 2019 arrojó un valor de 16.94%, su aplicación a la presente controversia habría resultado en un factor α del 0.27% para el RAN de datos y en 0.66% para el RAN de voz. En otras palabras, la aplicación de la fórmula prevista en la Resolución CRC 5848 de 2019 a un supuesto diametralmente opuesto al que la inspiró, conllevaría a un efecto contrario al perseguido al diseñar aquella.

Pero, adicionalmente, mientras la aplicación de la fórmula a la controversia prevista en las Resoluciones CRC 5848 y 5871 de 2019 era consistente con el fin previsto por la regulación general cuando excluyó del tope tarifario el uso de RAN en aquellos municipios donde el PRO hubiere desplegado más de 3 sectores de tecnología 2G, 3G y 4G para la prestación de sus servicios²¹, su aplicación a la presente controversia hubiese resultado contraria a dicho fin. Ciertamente, en la medida en que el aumento del precio hubiese sido cercano a cero, no se incentivaría el despliegue adicional de red del PRO en los municipios de mayor densidad poblacional del país ni se promovería el uso moderado de RAN en esos municipios, sino precisamente todo lo contrario, dado que el PRO no tendría en realidad que pagar un valor sustancialmente mayor al previsto en la regulación general pese a su decisión empresarial de seguir haciendo uso de tal instalación esencial, en calidad de proveedor establecido, inclusive en aquellos municipios en los que ha desplegado más de 3 sectores de tecnologías 2G,3G y 4G, y en los que las condiciones socioeconómicas le permiten estar en mejores condiciones de obtener el retorno de las inversiones en red que pudiere realizar.

En consecuencia, no podría la CRC haber aplicado una fórmula diseñada para una realidad económica distinta, bajo unos supuestos específicos y para determinados fines, a una controversia que se separa sustancialmente de esos supuestos y que contraría tales fines, por lo que mal puede la recurrente edificar en la inaplicación de dicha fórmula al caso concreto la supuesta vulneración del principio de igualdad relacionado con el principio de acceso igual - cargo igual, el principio de promoción de la libre competencia, y el principio de costos más utilidad razonable o principio de remuneración a costos eficientes.

Por lo descrito, el cargo no tiene vocación de prosperar.

2.3. Sobre la existencia de actos de abuso de posición dominante permitidos por la decisión de la CRC

Indica el recurrente que, teniendo en cuenta la posición de mercado que tendría **COMCEL** en la relación vertical de provisión de RAN entre agentes, la decisión adoptada por la CRC, conforme con la cual se permite la aplicación de una tarifa diferencial, a su juicio discriminatoria para **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, contrariando las normas citadas en líneas anteriores, conlleva igualmente a la tolerancia o permisividad de una conducta por parte de **COMCEL** "que se puede enmarcar dentro de los tipos prohibitivos contenidos en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992".

Lo anterior, afirma el recurrente, toda vez que el marco normativo vigente en materia de libre competencia económica prohíbe "[l]a 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", así como también "[l]a 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."

Por consiguiente, reconociendo las dinámicas de mercado, las relaciones verticales y horizontales de competencia entre **COMCEL** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, mantener una decisión como la contenida en la resolución recurrida daría lugar, según el recurrente, a que el regulador sectorial esté tolerando o permitiendo la realización de prácticas restrictivas de la competencia, y contrariando, en consecuencia, ese marco normativo.

²¹ Cual era incentivar el despliegue adicional de red del PRO en los municipios de mayor densidad poblacional del país, a la vez que efectuar un uso moderado de RAN en esos municipios so pena de pagar un valor sustancialmente mayor al previsto en la regulación general.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

Debe empezarse por señalar que la recurrente no describe, en términos concretos, de qué manera la resolución recurrida permitiría o conduciría a que **COMCEL** incurra, en la provisión de RAN, en las conductas de abuso de posición dominante previstas en los numerales 2 y 4 el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. En otras palabras, la recurrente no explica ni sustenta cuál sería el mercado relevante sobre el cual **COMCEL** ostentaría posición de dominio, en razón del análisis bajo qué criterios la recurrente edifica la posición dominante de **COMCEL** en dicho mercado relevante, en qué consistiría la conducta anticompetitiva del mencionado y en cuál mercado tendría efectos, y las razones por las cuales la resolución recurrida constituiría un elemento *sine qua non* para la realización de dicha conducta.

Todo lo contrario, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** se limita simplemente a señalar que, teniendo en cuenta la posición de mercado que tendría **COMCEL** en la relación vertical de provisión de RAN entre agentes y reconociendo las dinámicas de mercado, la decisión adoptada por la CRC, en tanto "*permite la aplicación de una tarifa diferencial*", conlleva a la tolerancia o permisión de hipotéticas conductas por parte de **COMCEL**, que podrían enmarcarse dentro de los tipos prohibitivos contenidos en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. De ahí que, el cargo formulado, en términos tan abstractos y someros, dificulte para esta Comisión revisar la decisión recurrida en orden a constatar, a la luz del cargo, si debe revocarla, confirmarla o aclararla. Sin perjuicio de lo anterior, se ponen de presente las razones por las que la afirmación del recurrente es contraria a la realidad, en los siguientes términos:

En primer lugar, la decisión recurrida se limita a resolver, por solicitud de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, una controversia acaecida con **COMCEL** y originada en el desacuerdo sobre la remuneración por el uso de la instalación esencial de RAN en aquellos municipios en los que aquella ha desplegado más de 3 sectores de tecnologías 2G, 3G y 4G, mediante la fijación de un precio tope para el uso de dicha instalación en tales municipios, producto del ejercicio de una competencia atribuida por la Ley materialmente comprendida en las funciones de regulación de la prestación de los servicios públicos²².

En consecuencia, no es admisible señalar, como lo hace el recurrente, que tal decisión, en sí misma, infrinja el derecho de la competencia por tolerar, permitir o conducir a que **COMCEL** incurra en el futuro en cualquier abuso de posición de dominio-

En segundo lugar, aunque íntimamente relacionado con lo que se acaba de señalar, el hecho de que el precio tope fijado no satisfaga las expectativas que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** tenía al solicitar a la CRC la solución de la controversia, no significa que la decisión tolere, permita o conduzca a que **COMCEL** incurra en el futuro en prácticas discriminatorias constitutivas de abuso de posición de dominio, pues si tal proveedor fuese dominante en el mercado relevante al que concurre a ofrecer dicho servicio mayorista, siempre estaría, por su propio poder de mercado, en capacidad de proveerlo de manera discriminatoria, sin consideración al nivel del precio fijado en la resolución recurrida.

Dicho de otra forma, no puede sostenerse que el valor de remuneración adoptado en la decisión recurrida permitiría, como dice **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, que **COMCEL** incurra en prácticas discriminatorias en la provisión de RAN, pero que si el precio adoptado hubiera sido el que el recurrente deseaba, entonces ahí la decisión de la CRC no habría permitido a **COMCEL** incurrir en prácticas discriminatorias. En efecto, en la hipótesis abstracta que formula el recurrente, lo que conferiría a **COMCEL** el poder de discriminar no sería el nivel del precio fijado por esta Comisión, sea cual fuere, sino la dominancia misma del proveedor de RAN en el mercado relevante pertinente, que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** ni siquiera describe, y mucho menos intenta probar.

En tercer lugar, no escapa a esta Comisión que el Consejo de Estado ha reconocido que las autoridades, al expedir actos administrativos de intervención económica, tienen la obligación de reconocer la existencia del derecho de la competencia, respetarlo y actuar bajo sus efectos, para lo cual, remitiéndose a la jurisprudencia y doctrina francesas, ha acudido a la figura del "*abuso automático de la posición dominante*", que expone en los siguientes términos:

"El concepto de abuso automático de la posición de poder ha sido desarrollado por la jurisdicción administrativa francesa. El Consejo de Estado francés, considerando que las normas de

²² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1120 de 2005.

competencia del derecho comunitario y del derecho interno son aplicables a los actos administrativos que puedan tener efecto anticoncurrencia²³, si éstas tienen como consecuencia poner a un operador en situación de abusar de la posición dominante que el acto le confiere.

Siguiendo este criterio, el abuso de posición dominante se presume y no es necesario constatarlo efectivamente y el acto administrativo que induce estos comportamientos abusivos puede ser mirado, en sí mismo, como un abuso de posición dominante.

(...)

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, es incompatible con el respeto a las disposiciones relativas a la competencia una reglamentación que genere una posición dominante y conduzca a la explotación de esa posición de manera abusiva²⁴.

(...)

El fundamento del Consejo de Estado Francés para adoptar esta teoría del abuso automático de la posición dominante se funda en que el principio de libre competencia es oponible a los actos administrativos.

De esta manera el Consejo de Estado Francés ha dado a las reglas de competencia un lugar importante dentro del bloque de normas respecto de las cuales se juzgan las decisiones de las autoridades administrativas. (...)

El abuso automático de la posición dominante es la hipótesis más característica de violación de las normas de competencia. Sin embargo no es necesario que la administración sea responsable del origen de un abuso de posición dominante, pues ella puede decidir simplemente favorecer o reforzar un abuso de posición dominante preexistente y directamente imputable a un operador en el mercado.

La aplicación del derecho de la competencia al juzgar actos administrativos se predica en relación con aquellos actos en que los efectos anticoncurrenciales son directamente imputables a la administración. Esos actos no necesariamente ponen a un operador en el mercado en situación de abusar de una posición dominante, pero producen los mismos efectos que el abuso de dicha posición.²⁵ (SFT)

Según esta doctrina, también conocida como la presunción de abuso, y originada en realidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Estados Miembros de la Unión, a través de las medidas que adopten, "no deben colocar a los operadores en un mercado en una situación en la que necesariamente se vean inducidos a abusar de una situación de monopolio o de derechos exclusivos o especiales."²⁶. (SFT)

La teoría del abuso automático de una posición dominante, que se deriva del derecho europeo, permite a los tribunales administrativos anular las disposiciones que son "estructuralmente abusivas", es decir que la anulación de la medida implica que el operador en cuestión tiene una posición dominante en un mercado y, sobre todo, "que se demuestre que es la propia medida, y no el comportamiento del operador en el mercado, lo que conduce al abuso de una posición dominante."²⁷

Las consideraciones anteriores son suficientes para enervar cualquier imputación a la resolución recurrida en relación con la violación al derecho de la competencia por tolerar, permitir o causar abusos de posición dominante, inclusive en los términos del Consejo de Estado, pues ciertamente ella se limita a fijar el precio tope por el uso que la recurrente hace de la instalación esencial de RAN de **COMCEL** en un grupo de municipios del país, pero en manera alguna crea o incentiva una

²³ David Katz "Juge administratif et Droit de la Concurrence" Presses Universitaires D'Aix-Marseille Université Paul Cézanne Faculté de Droit et de Science Politique Collection Institut de Droit des Affaires 2004.

²⁴ Braut Dominique "Politique et pratique du droit de la concurrence en France" Paris, L.G.D.J.-E.J.A. 2004 Pág 419

²⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015) Radicación número: 11001-03-24-000-2009-00493-00.

²⁶ PAPANAVAS, P. Transcription de l'intervention de M. le juge Savvas Papanavas à l'occasion de la visite de l'European Federation of Energy Law Associations à la Cour de justice de l'Union européenne 1, le lundi 25 juin 2018. Disponible en http://www.efela.eu/images/Downloads/Savvas_Papanavas.pdf (traducción libre).

²⁷ L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Décision n° 17-D-17 du 27 septembre 2017 relative à des pratiques mises en oeuvre par la Française des Jeux dans le secteur des jeux de grattage. Disponible en <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/17d17.pdf> (traducción libre).

posición dominante de **COMCEL** en mercado relevante alguno, ni confiere derechos exclusivos para la provisión de RAN, ni mucho menos compele o necesariamente induce a dicho proveedor a abusar de una hipotética posición dominante en un hipotético mercado relevante, como tampoco favorece o refuerza un abuso de posición dominante preexistente por parte del mismo ni, en general, produce los mismos efectos que el abuso de la posición dominante por parte de un agente de mercado, que es a lo que en últimas se le denomina en la doctrina francesa "abuso automático" de la mencionada posición.

En ese sentido, el acto recurrido no genera ningún efecto anticompetitivo directamente imputable a la Administración, esto es, no es "estructuralmente abusiva", pues no sería la propia medida sino el comportamiento del operador en el mercado, que puede ocurrir o no, lo que conduciría al abuso de una posición dominante, aspecto este último que, por lo demás, escapa del objeto de la presente actuación. En efecto, evidentemente, en este caso se está ante un trámite de solución de controversias y no ante una actuación que busque determinar si un operador es dominante en un mercado, y mucho menos tiene el propósito de averiguar si un proveedor ha abusado de esa posición dominante.

Nótese, finalmente, que el acto recurrido tiene por objeto y como efecto fijar un tope tarifario por encima del cual **COMCEL** no puede cobrar a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** por el uso de RAN en los municipios objeto de la medida, situación en ausencia de la cual **COMCEL** estaría, en cualquier caso, en libertad de cobrar lo que a bien tuviere a quien quisiera para ese grupo de municipios por inexistencia de regulación ex ante, estando por sí misma en posición de incurrir, potencialmente, en abusos de posición dominante, por lo que no existiría, en últimas, nexo causal alguno entre la resolución recurrida y una potencial e hipotética conducta anticompetitiva de **COMCEL**.

En otras palabras, si se considera el escenario contra-fáctico, esto es, la posición de **COMCEL** como proveedor de RAN verticalmente integrado en ausencia de regulación ex post que fije el precio tope de RAN para los municipios objeto de la medida, habría necesariamente que concluir que en tal escenario **COMCEL** estaría, por sí misma, en situación potencial de abusar de una posición dominante en un mercado relevante, si es que la tuviere, por lo que la situación hipotética que describe **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en su recurso no sería imputable a la CRC ni, por ende, puede afirmarse, como equivocadamente lo señala el recurrente, que el regulador sectorial esté tolerando o permitiendo la realización de prácticas restrictivas de la competencia, y contrariando, en consecuencia, el derecho de la competencia.

Por lo demás, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** no está obligada a hacer uso de la instalación esencial de RAN provista por **COMCEL**, inclusive si este proveedor incurriera en un hipotético abuso de una hipotética posición de dominio en un hipotético mercado relevante, pues puede perfectamente ampliar la cobertura de su propia red en aquellos municipios en los que ya ha desplegado más de 3 sectores de tecnología 2G, 3G y 4G para la prestación de sus servicios, por lo que mal puede imputarse a esta Comisión haber puesto a **COMCEL** en posición de abusar de una hipotética posición de dominio al proveer RAN a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en condiciones discriminatorias.

Es así como el cargo no prospera.

2.4. Sobre la falta de competencia de la CRC al haber fijado una tarifa para el RAN de mensajes de texto por encima del valor ofertado por COMCEL

Manifiesta la recurrente que **COMCEL** ofertó, al responder el conflicto, los valores de remuneración que constituyen su oferta final para SMS (Mensaje) \$1,36, valor que según el mismo **COMCEL** es el valor comercial, el cual oferta con el pleno conocimiento de su negocio y de los costos y no obstante lo anterior la CRC fijó el valor de \$1,39 por SMS, por encima del valor ofertado.

A pesar de que el modelo arrojó dicho valor no podía la CRC desconocer el valor de la oferta final, como en su momento lo consideró la misma CRC en la Resolución CRC 5156 del 8 de junio de 2017, por la cual se resolvió el conflicto entre REDEBAN y COLOMBIA MÓVIL por el valor de los servicios adicionales, donde, a pesar de que el modelo desarrollado por la CRC para esos servicios adicionales arrojó un valor de \$1,55 por SMS, la CRC consideró que no podía fijar dicho valor en consideración a que el mismo COLOMBIA MOVIL, con pleno conocimiento de su negocio y de los costos, había considerado como valor por este servicio un peso con diez centavos \$1,10.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

Una vez revisado lo expuesto por el recurrente, debe mencionarse que coincide esta Comisión con las consideraciones expuestas por el mismo y en consecuencia se repondrá la resolución recurrida en relación con el valor para el RAN para SMS en el marco de su relación con **COMCEL**.

3. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR COMCEL

COMCEL formuló tres cargos en su recurso de reposición, los cuales serán resueltos conforme se expone a continuación.

3.1. Sobre la remuneración del servicio de Voz por minuto en RAN

COMCEL inicia mencionando que la Resolución CRC 4112 de 2013, compilada en la Resolución CRC 5050 de 2016, estableció el valor de remuneración de la instalación esencial de RAN, y que dicha remuneración fue modificada mediante el artículo 6 de la Resolución CRC 5107 de 2017. Señala que, mediante la Resolución CRC 5107 de 2020, la Comisión adoptó una senda decreciente para la remuneración de los servicios de voz de RAN, la cual iniciaba en febrero de 2017 en \$28,67 por minuto, hasta alcanzar el valor objetivo de \$11,43 por minuto en enero de 2022, y que la CRC dispuso que esta tarifa aplicara únicamente donde el Proveedor de la Red Origen (PRO) hubiese desplegado 3 o menos sectores en tecnología 2G y 3G (para voz y SMS) o no hubiese desplegado ningún sector.

Menciona también que con la entrada en vigencia de la Resolución CRC 5827 de 2019, a partir del 1 de agosto de 2019, la tarifa regulada por el uso de la instalación esencial de RAN para el tráfico terminado en la red de Proveedor de la Red Visitada (PRV), deberá ser remunerado por el PRO al valor de los cargos de acceso móviles, y señala que, según la regulación, esta condición aplica únicamente para el tráfico cursado en los municipios donde el PRO tenga desplegado para la prestación de sus servicios en conjunto tres (3) o menos sectores en tecnología 2G y 3G.

Con respecto a la senda decreciente definida en la Resolución CRC 5050 de 2016 y modificada mediante la Resolución CRC 5107 de 2017, **COMCEL** cita la explicación dada por la CRC en la resolución objeto del recurso, en el sentido que la exclusión de la regulación de carácter general de la remuneración por el uso de RAN en municipios donde el PRO haya desplegado más de 3 sectores de tecnologías 2G y 3G para servicios de voz y SMS, o más de 3 sectores de tecnología 4G para el servicio de datos, atiente a la finalidad de incentivar el despliegue adicional de red propia en los municipios de mayor densidad poblacional del país, que son precisamente aquellos en los que, por sus características socioeconómicas, los proveedores habían desplegado, al momento de la entrada en vigencia de la resolución, más de 3 sectores de tecnologías 2G, 3G y 4G. Así mismo, cita a la CRC en la explicación dada en la misma resolución sobre que *"los proveedores están en mejores condiciones de lograr el retorno de sus inversiones en ese tipo de municipios, en los que de hecho centran su esfuerzo inversor en el corto y mediano plazo, razón por la cual el principio de promoción de la competencia efectiva desaconsejaba la regulación general de valores de RAN al mismo nivel de aquellos municipios con menor densidad poblacional, en los que, por sus características socioeconómicas, los proveedores habían desplegado 3 o menos sectores de tecnologías 2G, 3G y 4G, o no habían desplegado ninguno, para los cuales el principio de promoción de la competencia efectiva aconsejaba incentivar la compartición de infraestructura activa, sujetando a regulación general el valor de uso de RAN, fuera a costos incrementales (para el caso de los proveedores entrantes) o a costos medios (para el caso de los proveedores establecidos)"*.

De otra parte, la recurrente cita a la CRC en relación con que la modificación en la remuneración del tráfico entrante en RAN, introducida por la Resolución CRC 5827 de 2019, buscaba eliminar una diferencia en el insumo de terminación para los proveedores que hacen uso de RAN, con respecto de aquellos que hacen uso de la modalidad de acceso de OMV, a pesar de que en los dos casos la red de acceso móvil pertenece a otro operador móvil. Por esta razón, menciona la recurrente, la Resolución CRC 5827 de 2019 fijó, para el tráfico terminado en el PRV donde el PRO tenía 3 o menos sectores de tecnología 2G y 3G, una remuneración de aplicación inmediata orientada a costos eficientes, en lugar de una senda decreciente como la contemplada en la Resolución CRC 5107 de 2017.

De esta manera, **COMCEL** afirma que, entendiendo que en el presente conflicto opera la "discrecionalidad administrativa" para determinar la metodología de cálculo de la remuneración que ha de fijarse a falta de acuerdo entre las partes, corresponde analizar cuál de los siguientes dos referentes regulatorios atienden mejor la finalidad de incentivar el despliegue de red propia: (i) la tarifa regulada contemplada en la regulación general (Resolución CRC 5107 de 2017), expresada, según la recurrente, como una senda decreciente que atiente a la finalidad de incentivar el despliegue adicional de red propia en los municipios de mayor densidad del país; o (ii) la tarifa regulada adoptada mediante la Resolución CRC 5827 de 2019 que busca eliminar la diferencia en el insumo de terminación para los proveedores que hacen uso de RAN, con respecto de aquellos que hacen uso de la modalidad de acceso de OMV.

Al respecto, **COMCEL** señala que la CRC, en el documento de respuestas que dio origen a la Resolución CRC 5827 de 2019, "*estableció que la remuneración para el tráfico entrante en RAN solamente puede ser exigible para el PRO que haya desplegado tres (3) o menos sectores*" y soporta esta afirmación en la respuesta dada por la CRC a un comentario de TIGO-UNE, en la que la CRC anotó que "*los precios máximos regulados en RAN solo pueden ser exigibles cuando el Proveedor de Red Origen haya desplegado para la prestación en 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 la (SIC) tecnologías citadas*".

Finalmente, con base en las anteriores consideraciones, **COMCEL** concluye que, con el fin de incentivar el despliegue adicional de red propia en los municipios de mayor densidad poblacional del país, y en ejercicio de la discrecionalidad administrativa mencionada en la resolución objeto del recurso, la CRC debe considerar únicamente la tarifa regulada contemplada en los numerales 4.7.4.1.1. y 4.7.4.1.2. de la Resolución CRC 5050 modificada por la Resolución CRC 5107 de 2017 y, en este sentido, fijar el valor del RAN de voz tanto para el tráfico entrante como saliente, y sobre esta tarifa simétrica, aplicar el correspondiente factor de ajuste. Según **COMCEL**, la adopción de esta metodología realmente incentiva el despliegue de infraestructura propia en los municipios en que el PRO haya desplegado red, y utiliza el RAN para evitar ampliaciones de cobertura o capacidad necesarias para atender sus propios usuarios.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

Sea lo primero señalar que, con respecto a la finalidad perseguida por el regulador en el párrafo primero del artículo 4.7.4.1 y párrafo único del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, adicionados por la Resolución CRC 5107 de 2017 y por la Resolución 5827 de 2019, en relación con la exclusión de la regulación de carácter general de la remuneración por el uso del RAN para el servicio de voz, datos y SMS en aquellos municipios donde el PRO haya desplegado más de 3 sectores de tecnologías 2G y 3G para servicios de voz y SMS, o más de 3 sectores de tecnología 4G para el servicio de datos, el recurrente cita fuera de contexto un texto de la CRC en la resolución objeto del recurso. Así, esta citación sobre la finalidad de la norma se presenta pretendiendo dar a entender que la única finalidad de dicha norma ha sido la de incentivar el despliegue adicional de red propia en los municipios de mayor densidad poblacional del país. Al respecto, valga aclarar que dicha afirmación de la CRC respecto de la finalidad de la norma, se realizó con el objetivo de hacer énfasis en la racionalidad económica que explica la necesidad de definir un valor de RAN sustancialmente superior a los valores regulados *ex ante* en aquellos municipios donde el PRO hubiera desplegado para la prestación de sus servicios de voz y SMS, en conjunto, más de 3 sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN), o más de 3 sectores de tecnología 4G para el servicio de datos, que por tratarse precisamente de municipios con mayor densidad poblacional, posibilitan un mayor y más rápido retorno de la inversión en redes propias, con el incentivo al despliegue adicional de red que ello supone.

Sobre el particular, cabe mencionar que señalar la finalidad de incentivar el despliegue adicional de red propia en los municipios de mayor densidad del país, no implica, como lo pretende hacer entender **COMCEL**, que la única finalidad de la regulación de acceso a RAN sea la relacionada con el incentivo a la inversión. En verdad, esta es una de las finalidades de la regulación de RAN, pero la regulación también busca: (i) la promoción de la competencia por vía de tarifas contestables; (ii) el uso eficiente de la infraestructura; y la (iii) maximización del bienestar del usuario por vía de mayores opciones de servicios, paquetes, precios y cobertura²⁸. En este sentido lo mencionó la CRC

²⁸ CRC. (2017). *Revisión y actualización de las condiciones para el Roaming Automático Nacional*. Documento de Respuesta a Comentarios.

en el documento de respuesta a comentarios de la Resolución CRC 5107 de 2017, en los siguientes términos:

"[S]i bien uno de los objetivos del RAN es incentivar el despliegue de infraestructura por parte de todos los operadores, también lo es que estos despliegues deban realizarse de modo tal que se optimicen los recursos invertidos, se promueva la competencia y se maximice el bienestar de los usuarios en términos de planes, paquetes, servicios, tarifas, calidad y cobertura, todo lo cual se corresponde con lo dispuesto en la Ley. A este delicado equilibrio aporta sustancialmente la compartición de infraestructura pasiva y activa, y dentro de esta última, el RAN, puesto que prestar servicios por parte de otro proveedor haciendo uso de la facilidad de RAN permite incrementar óptimamente el uso de la infraestructura instalada, con la consecuente remuneración de la misma, beneficiando claramente al usuario final. (...) De esta forma se logra que los usuarios tengan acceso a los servicios en zonas adicionales a las de la cobertura de red o servicios propia del proveedor con el cual ha suscrito sus servicios, maximizando su bienestar, y optimizando el despliegue y uso de la infraestructura, al complementar las coberturas de los diferentes proveedores, en beneficio de los servicios prestados a los usuarios"²⁹.

De esta manera, en línea con las finalidades de la regulación de acceso a RAN, que incluye los artículos 4.7.4.1 y 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, adicionados por la Resolución CRC 5107 de 2017, así como la Resolución CRC 5827 de 2019, la metodología y los valores de remuneración de RAN de la Resolución CRC 6089 de 2020 fueron definidos en atención, no solo al objetivo de incentivar el despliegue adicional de red propia en los municipios de mayor densidad poblacional del país -finalidad que explica la definición de valores sustancialmente mayores a los valores regulados-, sino también a los objetivos de uso eficiente de la infraestructura -que incluye uso moderado del RAN-, promoción de la competencia y la maximización del bienestar del usuario. Esto implica que en la definición de dichos valores la CRC ha perseguido un equilibrio, amparado en la Ley, entre el objetivo de incentivar el despliegue de infraestructura de un lado, y la promoción de la competencia y la maximización del bienestar de los usuarios, de otro. Es en este sentido que si bien en la resolución recurrida se ha definido un valor sustancialmente mayor a los valores regulados, se ha prestado también atención en que este valor, que incluye un *mark-up* definido según la metodología para usos de RAN bajos -como es este el caso de acuerdo con la intensidad de uso de RAN del PRO en voz y datos al primer trimestre de 2020-, no sea demasiado alto para no afectar así la competencia, ni los precios finales a los usuarios.

En el mismo orden de ideas, **COMCEL** también cita a la CRC en una mención que esta Comisión realizó sobre la finalidad de la modificación en la remuneración del tráfico entrante de RAN introducida en la Resolución CRC 5827 de 2019, específicamente sobre que dicha modificación buscó eliminar *"una diferencia en el insumo de terminación para los proveedores que hacen uso de RAN, con respecto de aquellos que hacen uso de la modalidad de acceso de OMV, a pesar de que en los dos casos la red de acceso móvil pertenece a otro operador móvil"*³⁰. Al respecto, si bien es cierto que dicha modificación se realizó en atención a la finalidad mencionada, esto no quiere decir que la remuneración definida para el tráfico entrante de voz no atienda a los objetivos generales de los artículos 4.7.4.1 y 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, adicionados por la Resolución CRC 5107 de 2017, que incluyen, la promoción de la competencia por vía de tarifas contestables, el uso eficiente de la infraestructura, el despliegue de redes y la maximización del bienestar del usuario.

De esta manera, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones sobre la finalidad de los artículos 4.7.4.1 y 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, adicionados por la Resolución CRC 5107 de 2017, así como de la modificación en la remuneración del tráfico entrante en RAN introducida en la Resolución CRC 5827 de 2019, resulta en una sobre-simplificación la afirmación de la recurrente sobre que la decisión de regulación *ex post* de la CRC en este caso corresponde a la escogencia entre "dos referentes regulatorios" con dos finalidades diferentes: el primero consistente en la tarifa regulada contemplada en la regulación general -Resolución CRC 5107 de 2017- expresada como una senda decreciente que únicamente *"atiende a la finalidad de incentivar el despliegue adicional de red propia en los municipios de mayor densidad del país"*, y el segundo que resulta ser la tarifa regulada adoptada mediante la Resolución CRC 5827 de 2019, que sólo busca eliminar la diferencia en el insumo de terminación para los proveedores que hacen uso del RAN, con respecto a aquellos que hacen uso de la modalidad de acceso de OMV. En verdad, los dos "referentes regulatorios" mencionados por la recurrente obedecen a los mismos objetivos superiores los cuales son, como se mencionó, la promoción de la competencia por vía de tarifas contestables, el uso eficiente de la

²⁹ CRC. (2017). *Revisión y actualización de condiciones para el Roaming Automático Nacional*. Documento de Respuesta a Comentarios. Páginas 62 y 63.

³⁰ CRC. (2020). *Ajustes a las Resoluciones CRC 5107 y 5109 de 2017*. Documento de respuesta a comentarios. Página 18.

infraestructura -incluido el uso moderado del RAN, el despliegue de redes y la maximización del bienestar del usuario.

De lo anterior se deduce que resulta sesgada la afirmación que hace **COMCEL** sobre que, según la CRC, la remuneración para el tráfico entrante en RAN solamente puede ser exigible para el PRO que haya desplegado 3 o menos sectores, y por lo tanto ésta no debe usarse como insumo en la metodología definida en la resolución recurrida. Bajo este racional, la tarifa definida en la regulación general y expresada como una senda decreciente -Resolución CRC 5107 de 2017- tampoco podría ser utilizada en la resolución recurrida, pues como lo estipulan los párrafos de los artículos 6 y 7 de dicha resolución, los valores regulados para voz y datos contemplados en la regulación general también aplican únicamente a los municipios donde el PRO que haya desplegado 3 o menos sectores en tecnologías 2G y 3G o 4G. Resulta en una contradicción entonces la recurrente al rechazar el uso como parámetro en la regulación *ex post* de un valor -el de la Resolución CRC 5827 de 2019- que en la regulación *ex ante* solo aplica a los municipios donde el PRO ha desplegado 3 o menos sectores en tecnologías 2G y 3G, a la vez que el mismo recurrente sugiere el uso de otro valor -el de la senda decreciente de la Resolución CRC 5107 de 2017- que igualmente en la regulación *ex ante* solo aplica a los municipios donde el PRO ha desplegado 3 o menos sectores en tecnologías 2G y 3G.

Cabe anotar adicionalmente que en caso de usarse como insumo el valor de remuneración para el tráfico de voz de la Resolución CRC 5107 de 2017, en vez del valor vigente para el tráfico de voz entrante, definido por la Resolución CRC 5827 de 2019, dicha utilización resultaría en la definición en este caso, para el tráfico entrante de voz, de una tarifa que excedería el valor regulado vigente en más del 15%, lo que iría en contravía de la fórmula definida en la resolución recurrida, la cual estipula que para los servicios de voz -tanto entrante como saliente-, SMS y datos, el mark-up sobre el valor regulado debe ser 15% en todos los casos en los que la intensidad de uso de RAN por parte del PRO sea igual o inferior al 15%, por las razones expuestas en la resolución y recurrida y en este acto administrativo. Lo descrito en la práctica implicaría una modificación sustancial a la metodología definida en la Resolución CRC 6089 de 2020.

De esta manera, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y en especial la interpretación sesgada de la recurrente sobre finalidad de los artículos 4.7.4.1 y 4.7.4.2 de la Resolución 5050 de 2016, adicionados por la Resolución CRC 5107 de 2017, y de la modificación introducida en la Resolución CRC 5827 de 2019, e igualmente considerando la contradicción en que incurre la recurrente al rechazar el uso como parámetro en la fórmula de la Resolución CRC 6089 de 2020 de un valor regulado -la tarifa para voz entrante de la Resolución CRC 5827 de 2019-, por una razón que también aplica al valor sugerido -la tarifa de voz de la Resolución CRC 5107 de 2017-, razón que consiste en que el valor objetado solo aplica a municipios donde el PRO ha desplegado 3 o menos sectores en tecnologías 2G y 3G, esta Comisión concluye que carece de sustento la solicitud de **COMCEL** consistente en considerar, para el cálculo de la remuneración de RAN para servicios de voz, únicamente la tarifa regulada contenida en el numeral 4.7.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

Así, el cargo no puede prosperar.

3.2. Sobre las condiciones contractuales establecidas entre las partes

La recurrente empieza señalando que el 10 de febrero de 2014 **COMCEL** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** suscribieron un contrato para la provisión de la instalación esencial de RAN con el objetivo de establecer los derechos y obligaciones de orden jurídico, técnico, operacional, administrativo, financiero y económico que rigieran la provisión de RAN para los servicios de voz, SMS y datos, el cual fue modificado el 13 de mayo de 2016 en lo que respecta a los valores de remuneración aplicables en aquellos municipios donde el proveedor solicitante haya desplegado en conjunto 3 o más sectores de tecnologías 2G, 3G o 4G.

Específicamente, señala que mediante Otrosí No. 2, las partes acordaron las siguientes tarifas: (i) para el servicio de Voz en aquellos municipios donde el PRO haya desplegado más de tres (3) sectores de tecnologías 2G y 3G, las partes acordaron una remuneración de \$36,40 por cada minuto real entrante y saliente, a precios de 2017; (ii) para el servicio de Datos, acordaron una remuneración de \$16,6 por Mbyte, a precios de 2017, y (iii) para el servicio de SMS, en aquellos municipios donde el PRO haya desplegado más de tres (3) sectores de tecnologías 2G y 3G, las partes acordaron una remuneración de \$1,27 por SMS entrante o saliente, a precios de 2017. De esta manera, la recurrente señala que, si bien es cierto que dicho contrato se terminó por vencimiento de términos y por decisión de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** de no renovarlo, también lo es que las partes adoptaron

una remuneración de RAN simétrica que no diferenciaba el concepto de entrante y saliente para el tráfico del servicio de voz.

COMCEL también cita un texto de la resolución recurrida en el que la CRC afirma que para **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** el único punto de divergencia con **COMCEL** es la definición del valor de remuneración de RAN para los servicios de voz, SMS y datos en aquellos municipios en los que haya desplegado en conjunto más de tres sectores de tecnologías 2G y 3G o 4G, así: "*Para COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, dada la necesidad de continuar con la prestación del servicio para sus abonados, es menester mantener la relación material de acceso a RAN con COMCEL, de modo que, en su criterio, la única divergencia que existe sobre la materia concierne al valor de remuneración por el acceso a dicha instalación esencial para los servicios de voz, SMS y datos en aquellos municipios en los que haya desplegado en conjunto más de tres sectores de tecnologías 2G y 3G o 4G*". Así mismo, cita otro texto de la resolución que va en igual sentido: "*COLOMBIA TELECOMUNICACIONES enfatiza que el único punto de divergencia que tiene con COMCEL atañe al valor de remuneración por el servicio de RAN en aquellos municipios en los que este debe ser negociado por los operadores, el cual aplicaría a partir del 10 de junio de 2020*".

Adicionalmente, **COMCEL** señala que desde el vencimiento del contrato de RAN y hasta la fecha, las partes de mutuo acuerdo han venido aplicando un esquema tarifario para el acceso a RAN donde el PRO tiene más de tres (3) sectores 2G y 3G para voz y SMS o más de tres (3) sectores de 4G para datos, consistente en un valor simétrico para el tráfico de voz entrante y saliente. Señala también que, en adición a la simetría entre las tarifas de voz entrante y saliente, las tarifas negociadas superan con creces el 15% utilizado en la resolución recurrida. En el mismo sentido, **COMCEL** cita una comunicación remitida por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** el 16 de junio de 2020, en donde este proveedor señala que "*en consideración a la advertencia hecha por COMCEL S.A. en su comunicación del 11 de junio, según la cual continuará con la prestación del servicio de RAN solo en caso que éste se remunere conforme a la tarifa pretendida por sociedad, so pena de proceder con la desconexión; Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, de manera provisional, realizará el pago del servicio de RAN, de acuerdo con la siguiente tabla, con el fin de evitar cualquier tipo de afectación a nuestros usuarios, advirtiendo que estas tarifas son transitorias mientras la CRC resuelve el conflicto*". Así mismo, el recurrente presenta una tabla con las siguientes tarifas señaladas por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**: \$27,69 por minuto de voz saliente, \$1,36 por SMS, \$17,65 por datos (Mbyte) y \$27,69 por minuto de voz entrante.

En conclusión, a partir de los argumentos descritos anteriormente, **COMCEL** solicita a la CRC que modifique su decisión y determine una tarifa simétrica para el RAN de voz para el tráfico entrante y saliente. Así, para este Proveedor, la metodología de la resolución recurrida no solo desincentiva la inversión y despliegue de infraestructura propia en los municipios de mayor densidad poblacional, sino que también desconoce el acuerdo entre las partes de aplicar un esquema único y simétrico para la remuneración del servicio de voz en RAN, independientemente de que se trate de minuto saliente o minuto entrante.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

La CRC no comparte que la existencia de acuerdos previos en los que las partes adoptaron una remuneración simétrica para el uso de RAN para voz, que no diferenciaba el concepto de tráfico entrante y saliente, limite la discrecionalidad regulatoria, en un nuevo escenario en que no existe acuerdo entre las partes, para la fijación del valor de remuneración por el uso de la instalación esencial de RAN para voz, en aquellos municipios en que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** ha desplegado más de 3 sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN).

Si bien en el escenario de regulación *ex ante*, determinado por las resoluciones CRC 5107 de 2017 y 5827 de 2019, las consideraciones de la Comisión para diferenciar las remuneraciones del servicio RAN para voz -en virtud de si el tráfico es entrante o saliente- no eran aplicables para las partes en los municipios donde el PRO ha desplegado más de 3 sectores de tecnologías 2G y 3G, ya que en estos municipios las partes podían definir la remuneración por el uso de RAN para voz mediante mutuo acuerdo, al existir un nuevo contexto en el que no existe acuerdo entre las partes, el escenario regulatorio deja de ser *ex ante* y pasa a ser *ex post*³¹. En este nuevo escenario regulatorio, la CRC

³¹ Al respecto, el profesor Montero Pascual (2007) expone que uno de los aspectos más relevantes en torno a las funciones de los reguladores es el relativo a su capacidad de intervención *ex post*. En efecto, dice el doctrinante en cita, a la par de las funciones de regulación *ex ante*, las autoridades en la materia disponen de mecanismos de intervención *ex post*, los cuales se reflejan, por ejemplo, en el ejercicio de las competencias asociadas a la resolución de conflictos. En ese mismo

debe entrar a definir las condiciones para la prestación de la instalación esencial de RAN entre las partes, incluida la remuneración por el uso de RAN para voz, y para esto la CRC considera procedente utilizar una lógica diferente a la de los acuerdos previos entre las partes, lógica diferente que consiste en que las remuneraciones por el uso de RAN se calculan con base en tarifas reguladas existentes y unos *mark-ups* sobre las mismas, de acuerdo con la metodología presentada y descrita en la Resolución CRC 6089 de 2020, metodología que obedece a los objetivos regulatorios de promoción de la competencia, uso eficiente de la infraestructura -incluido el uso moderado del RAN-, promoción de la inversión y maximización del bienestar del usuario. Bajo esta lógica de la regulación *ex post*, las tarifas reguladas aplicables para el cálculo de las remuneraciones por el uso de RAN para Voz, SMS y Datos -cálculo que se realiza con base en la metodología descrita en la Resolución CRC 6089 de 2020- son las tarifas reguladas existentes a la fecha para estos servicios, y por lo tanto corresponden a aquellas definidas tanto en la Resolución CRC 5107 de 2017 para en uso de RAN para los servicios de voz (tráfico saliente), SMS y Datos, como las estipuladas en la Resolución CRC 5827 de 2019 para el uso de RAN para el servicio de voz (tráfico entrante).

Adicionalmente, el hecho de que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** haya afirmado previamente que el único punto de divergencia entre las partes es el valor de remuneración por el servicio de RAN en aquellos municipios en los que éste debe ser negociado por los proveedores, en nada afecta la discrecionalidad regulatoria que tiene la CRC para, bajo un escenario de regulación *ex post* ante la inexistencia de acuerdo entre las partes, fijar unos valores de remuneración por el uso de RAN para voz, SMS y datos que se calculen con base en las tarifas reguladas existentes. Más aún, con respecto a la afirmación previa de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** sobre que el único punto de divergencia es la definición del valor de remuneración, cabe anotar que en el oficio de solicitud de solución de conflicto por no acuerdo en las tarifas negociadas, remitido por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** el 10 de junio de 2020, este mismo operador incluye una oferta final que, en el caso del servicio de RAN para voz, discrimina entre el tráfico saliente y el entrante.

De esta manera, no puede **COMCEL** afirmar que la CRC, al definir valores diferentes de remuneración del servicio de RAN para voz según el tráfico sea entrante o saliente, desconoce el acuerdo entre las partes, pues precisamente la CRC hace esta definición en un escenario de regulación *ex post* motivado en el hecho de que ha dejado de existir acuerdo entre las partes. En últimas, la CRC no puede estar desconociendo un acuerdo entre las partes que no existe.

Es por lo anotado que el cargo no prospera.

3.3. Sobre la fórmula definida por la CRC

COMCEL argumenta que la metodología adoptada por el regulador para la remuneración del RAN en el escenario en que procede la tarifa "negociada" puede ser mejorada dado que esta metodología no atiende la finalidad de incentivar el despliegue de infraestructura propia en los municipios de mayor densidad poblacional. Específicamente, este Proveedor presenta observaciones sobre el valor del 15% incluido en la fórmula para el cálculo de la remuneración de RAN, definida en la resolución recurrida.

En primer lugar, **COMCEL** señala que considera necesario que la CRC justifique las razones jurídicas y económicas por las cuales se adopta un *mark-up* o margen adicional del 15% para remunerar el uso del RAN en municipios donde el PRO tiene más de tres (3) sectores de cobertura. Según **COMCEL**, dicho porcentaje no es adecuado para remunerar las inversiones adicionales o marginales que el operador de red debe hacer para recibir ese tráfico adicional como costo de oportunidad por dejar de recibir su propio tráfico, y tampoco es adecuado para incentivar la inversión, tanto del PRV para ampliar su capacidad y recibir tráfico de RAN, como para el PRO para hacer el despliegue de infraestructura propia y continuar utilizando el RAN como un "agente parasitario".

En segundo lugar, **COMCEL** menciona que la definición de un *mark-up* no puede estar circunscrita a un solo estudio o análisis de condiciones en un país como Estados Unidos, según se detalla en el pie de página 18 de la resolución recurrida. Afirma que para la definición de dicho *mark-up* debería existir "al menos un estudio más profundo y poblado de cuál es el *mark-up* ideal promedio de varios casos de uso, así como la definición del *mark-up* debería acercarse a la media en un valor cercano al 25%, al menos para voz y mensajería".

sentido véase John (2009), Bacache-Beauvallet y Perrot (2017) y la decisión del 16 de julio de 2009 en el caso Hutchison 3G UK Ltd v The Office of Communications & Anor [2009], resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales.

En tercer lugar, **COMCEL** señala que, tal y como se menciona en el pie de página señalado, no debería establecerse un *mark-up* único para voz, mensajería y datos, pues como se menciona con respecto al documento de Sandbach (2009)³² en la nota de pie, "*el precio competitivo óptimo de roaming internacional se encontraría 38% por encima del costo medio de la red del incumbente. Según el autor, bajo las condiciones específicas consideradas en la simulación, un precio de roaming de este orden (38% superior al costo medio) garantizaría la neutralidad competitiva entre las redes y generaría señales para la inversión eficiente por parte del incumbente y del entrante*". De esta manera, **COMCEL** afirma que previendo que los operadores van a hacer uso del RAN sobre la futura infraestructura de 700 Mhz que desplieguen los incumbentes, y "*que el modelo de costos del servicio de datos es un modelo basado en costos medios que no pueden ser costos incrementales, debido a las nuevas inversiones que se deben hacer tanto a nivel del pago del espectro que habilita el uso de 700 MHz, como de las inversiones asociadas al despliegue comercial del espectro y las obligaciones de cobertura asociadas a la adjudicación*", el *mark-up* que se debe aplicar para el acceso a RAN para datos debe ser del 38% al que hace referencia Sandbach. De lo contrario, según **COMCEL**, el proveedor visitante no se vería motivado a hacer despliegue de infraestructura para el mercado de datos, dados los altos costos de inversión relacionados con el despliegue de 700MHz.

Así mismo, **COMCEL** hace referencia al estudio de *Wall Communications* (2012)³³ para la Comisión Canadiense de Radio, Televisión y Comunicaciones (CRTC), mencionado en la resolución recurrida, el cual menciona que la FCC recomendó a las agencias reguladoras estatales utilizar márgenes porcentuales sobre los costos directamente atribuibles que generalmente caen entre el 15% y el 35%, lo que indica, según este proveedor, que las tarifas, cuando había lugar a regular, se encontraban ajustadas dentro del rango del 15% al 35%, "*de cara a los márgenes de ganancia que dejaban de recibir los operadores que prestaban su red*".

A partir de lo anterior, **COMCEL** solicita a la CRC adoptar un *mark-up* que por lo menos se acerque más a la media del rango indicado, y que se ubique en el entorno del 25% y no en el "cuartil" inferior, con el fin, según este proveedor, de generar un verdadero incentivo a la inversión y despliegue de infraestructura propia en los municipios de mayor densidad del país. Al respecto, señala igualmente que, en relación con la posible alza de precios minoristas señalado por la CRC en la resolución recurrida, el total de tráfico de RAN de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** con respecto al total cursado tanto en voz (0,66%) como en datos (0,27%), no afectaría la tarifa minorista. Agrega que la tarifa de RAN no limita el ofrecimiento de planes atractivos a los usuarios, como se evidencia en el surgimiento de los "planes agresivos" en los que incluyen datos por parte de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**.

En cuarto lugar, **COMCEL** menciona que en la resolución recurrida el valor del volumen de tráfico total de voz de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** (8.874.621.663 minutos), utilizado en la fórmula para el cálculo de la proporción de tráfico total de RAN en voz con respecto al tráfico total, corresponde exclusivamente al tráfico saliente cursado en el primer semestre de 2020, y no al tráfico total para el mismo semestre, que según **COMCEL** es de 15.727.963.041 minutos; por lo tanto, el porcentaje real del tráfico de RAN de voz sobre el total debería corresponder a 0.37%. Así mismo, **COMCEL** expone que, en atención a que la CRC indica que el cálculo se hace con la información del último trimestre disponible reportada en los Formatos 3.7 y 1.9, la misma CRC deberá asegurar el tiempo y sitio de publicación, y deberá tener en cuenta que los formatos son reportados por los operadores de manera trimestral en unos casos, y con unos días de posterioridad al trimestre a reportar.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

En primer lugar, cabe anotar que **COMCEL** afirma que la metodología definida en la Resolución CRC 6089 de 2020 "*puede ser mejorada*" lo que indica que el recurrente reconoce que la metodología adoptada es pertinente para la solución del conflicto entre **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** Y **COMCEL**, aunque es claro que también señala que en su concepto dicha metodología puede mejorarse en el sentido en que, según la recurrente, esta no atiende la finalidad de incentivar el despliegue de infraestructura propia en los municipios de mayor densidad poblacional. Sobre este último argumento es que la CRC concentrará su respuesta en esta sección.

³² Sandbach J. (2009). *National Roaming Pricing in Mobile Networks*.

³³ Wall Communications. (2012). *A study of wholesale costing methodologies in selected countries*. Prepared for the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission.

Como se mencionó, lo primero que señala la recurrente es que, en su concepto, la CRC debe justificar la adopción del *mark-up* del 15% en la metodología implementada, y que este porcentaje no es adecuado para remunerar las inversiones adicionales del PRV, ni para incentivar el despliegue de infraestructura propia por parte del PRV y por parte del PRO. Al respecto, de una parte, cabe señalar que, en la Resolución CRC 6089 de 2020, la Comisión justificó ampliamente las razones jurídicas y económicas para la definición de una metodología que incluye un *mark-up* que, a diferencia de la forma como lo presenta el recurrente, no es un *mark-up* constante del 15%, sino es uno que es definido según un rango que empieza en 15% para usos bajos de RAN por parte del PRO y que crece de manera proporcional a la intensidad de uso de RAN, en la medida en que dicha intensidad va aumentando, en caso que esto ocurra, todo ello de conformidad con lo disertado en el acto recurrido.

Igualmente, con respecto a la selección del valor de 15% como límite inferior para el *mark-up*, el cual aplica para usos bajos de RAN (menos del 15% del tráfico total del PRO), como el que a primer semestre de 2020 tenía **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, la CRC tuvo en cuenta las siguientes razones, las cuales fueron mencionadas en la resolución recurrida:

*“En primer lugar, un porcentaje inferior a dicho valor (15%) generaría un incremento de muy baja magnitud de la tarifa regulada, lo que iría en detrimento del cumplimiento de los fines de la regulación de carácter general y abstracto. Al respecto, cabe anotar que este factor de aumento (o mark-up) del 15% se encuentra en el límite inferior de los mark-ups generalmente utilizados en las prácticas regulatorias internacionales de regulación de valores de acceso³⁴. En segundo lugar, en línea con el concepto de eficiencia dinámica, este valor hace que la remuneración sea superior al valor regulado, lo que permite la incorporación de incentivos al despliegue de infraestructura propia tanto para el PRO como para el PRV³⁵, así como incentivos al uso medido del RAN por parte del PRO, al tiempo que para usos bajos de RAN (menor al 15%) minimiza eventuales efectos de alza en precios minoristas. En tercer lugar, con este valor, la tarifa a fijar es similar al valor que el mismo operador -**COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**- recibe por el suministro de RAN de datos al proveedor AVANTEL, con lo que, en este caso, el operador **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** paga como PRO un valor que es prácticamente igual al valor que el mismo operador recibe como PRV en otras relaciones de acceso a RAN, en aquellos municipios donde se ha desplegado más de 3 sectores en tecnología 4G. En cuarto lugar, con dicho valor, la tarifa a fijar es similar al valor que paga AVANTEL por el uso de RAN de datos en municipios donde éste ha desplegado más de 3 sectores en tecnología 4G, lo que evita la incorporación de asimetrías artificiales en el mercado producto del arbitraje regulatorio”.*

Así las cosas, en resumen, para definir el límite inferior del *mark-up* determinado en la metodología de la Resolución CRC 6089 de 2020 (15% para usos bajos de RAN), que en el caso del presente conflicto corresponde al *mark-up* a aplicar para voz (tanto saliente como entrante) y datos en virtud de los datos de tráfico de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** del primer semestre de 2020, la CRC consideró diferentes criterios jurídicos y económicos con el fin de buscar un equilibrio entre las finalidades de la regulación, que incluyen, como se mencionó, el incentivo a la inversión en infraestructura propia, así como la promoción del uso medido del RAN y la promoción de la competencia. Los criterios considerados fueron: (i) la incorporación del concepto de “eficiencia dinámica”, mediante un *mark-up* sobre la tarifa regulada que haga que la remuneración sea superior (no igual) al valor regulado; (ii) la minimización de posibles efectos de aumentos en los precios minoristas de voz y datos que pagan los usuarios; (iii) la definición de un valor que no incorpore distorsiones en el mercado, pues con dicho valor, la tarifa en datos a fijar es similar al valor que paga AVANTEL por el uso de RAN de datos en municipios donde éste ha desplegado más de 3 sectores en tecnología 4G; (iv) la definición de un valor que debe pagar el PRO **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES**, el cual es coherente con el valor que este mismo operador recibe por la

³⁴ Wall Communications (2012), en un estudio preparado para la Comisión Canadiense de Radio-Televisión y Telecomunicaciones -CRTC- señala que en Estados Unidos los mark-ups definidos por los reguladores estatales de telecomunicaciones para definir precios de acceso e interconexión generalmente se encuentran en un rango de entre 15% y 35%, y que ocasionalmente se han aprobado mark-ups superiores. De hecho, Sandbach (2009) desarrolla un modelo teórico para calcular el precio de óptimo competitivo de roaming nacional para el caso en el que el incumbente (red visitada) está restringido a una tecnología específica (GSM 900) mientras que el entrante solicitante despliega su red con una tecnología diferentes en bandas superiores (WCDMA 2.1 GHz); bajo esta configuración, el autor encuentra que el precio competitivo óptimo de roaming nacional se encontraría 38% por encima del costo medio de la red del incumbente. Según el autor, bajo las condiciones específicas consideradas en la simulación, un precio de roaming de este orden (38% superior al costo medio) garantizaría la neutralidad competitiva entre las redes y generaría señales para la inversión eficiente por parte del incumbente y del entrante.

³⁵ De acuerdo con Sanbach (2009) en el caso de roaming nacional los dos operadores (incumbente y entrante) “invertirán en más cobertura geográfica cuando el precio de roaming nacional es mayor: el incumbente lo hará debido al ingreso extra que recibe de los precios de roaming, mientras que el entrante lo hará con el objetivo de evitar pagar los precios de roaming al incumbente”.

provisión de RAN a **AVANTEL**; y, adicionalmente, (v) la definición de un valor acorde con el rango de *mark-up* utilizado en prácticas regulatorias internacionales.

De esta manera, contrario a lo que afirma el recurrente, la definición del *mark-up* incorporado en la metodología de la Resolución CRC 6089 de 2020 no estuvo circunscrita a un sola referencia o estudio. Dicha definición obedeció a un conjunto de criterios económicos y jurídicos, los cuales fueron descritos previamente, que, como se mencionó, buscan alcanzar un equilibrio entre los diferentes objetivos regulatorios definidos en la Ley, a partir de los cuales se propende por la promoción del uso mesurado del RAN y el incentivo al despliegue de infraestructura propia, de un lado, y la promoción de la competencia por vía de tarifas contestables así como la maximización del bienestar del usuario por vía de mayores opciones de servicios, paquetes, precios y cobertura, del otro.

De otra parte, en relación con el argumento de **COMCEL** sobre que el 15% no es adecuado para remunerar las inversiones adicionales del PRV, ni para incentivar el despliegue de infraestructura propia por parte del PRV y por parte del PRO, conviene señalar, en primer lugar, que, a diferencia de lo que intenta hacer entender **COMCEL**, el *mark-up* de 15% aplica solo para usos bajos de RAN (menos de 15% del tráfico total) por parte del PRO. En la medida en que el PRO aumente su uso de RAN en una proporción superior al umbral del 15%, el *mark-up* crecerá en la misma proporción y podrá, eventualmente si el uso de RAN del PRO crece hasta ese punto, alcanzar los porcentajes sugeridos por **COMCEL**, como el 25%. En segundo lugar, el valor del 15%, que corresponde al menor *mark-up* definido en la metodología, se aplica como un valor adicional a unas tarifas reguladas que son definidas con base en costos eficientes y que prevén el despliegue de infraestructura 2G, 3G y 4G, por lo que no es acertado señalar que dicho valor no remunerará las inversiones adicionales del PRV. En tercer lugar, dicho *mark-up* permite que, en su menor valor posible, la remuneración por el uso de RAN sea superior a la tarifa regulada, lo que permite incorporar incentivos al despliegue de infraestructura propia tanto para el PRO como para el PRV. Adicionalmente, como se ha mencionado, la definición del 15% como límite inferior para el *mark-up* de la metodología citada y de acuerdo con lo determinado en el acto objeto de impugnación, es también coherente con prácticas internacionales regulatorias, pues, como se menciona en la resolución recurrida, en Estados Unidos los *mark-ups* definidos por los reguladores estatales de telecomunicaciones para definir precios de acceso e interconexión generalmente se encuentran en un rango de entre 15% y 35%³⁶.

En este sentido, la CRC considera que el *mark-up* definido, que con la información del tráfico de RAN y tráfico total de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** corresponde al 15%, pero que deberá revisarse trimestralmente, es un *mark-up* que al agregarse a las tarifas reguladas resulta en una remuneración adecuada y suficiente para lograr el equilibrio entre las diferentes finalidades de la regulación, las cuales incluyen la incorporación de incentivos al despliegue de infraestructura propia en municipios de mayor densidad poblacional, así como el uso mesurado del RAN, y que igualmente atiende a los objetivos de promoción de la competencia en los mercados por vía de tarifas contestables, y maximización del bienestar de los consumidores por vía de mayores opciones de servicios, paquetes, precios y cobertura. Adicionalmente, de más está decir que **COMCEL** no aporta evidencia alguna para soportar que esta finalidad específica mencionada no se cumple con la metodología definida en la Resolución CRC 6089 de 2020.

En relación con el argumento de **COMCEL** consistente en que el *mark-up* para datos debería ser el mismo porcentaje sugerido por *Sandbach* en su documento de 2009 (38%), y que de lo contrario el PRV no se vería motivado a hacer despliegue de infraestructura para el mercado de datos, dados los altos costos de inversión relacionados con el despliegue de 700 Mhz, la CRC tiene las siguientes consideraciones: En primer lugar, efectivamente como lo menciona **COMCEL**, la tarifa regulada de RAN para datos está basada en costos medios, en vez de costos marginales o incrementales de largo plazo, como sí está basado el valor de la tarifa regulada para SMS y el valor objetivo de la tarifa regulada para voz, en la senda decreciente definida para esta tarifa. Eso hace que, de por sí, la tarifa regulada de datos ya incluya un valor adicional al que remuneraría estrictamente los costos directamente atribuibles a la prestación del servicio de RAN. En este sentido, con la metodología de la Resolución CRC 6089 de 2020, para el servicio de RAN de datos, los PRV reciben una remuneración que excede los costos directamente atribuibles a la prestación del servicio de RAN, y este valor adicional es inclusive mayor al *mark-up* definido en la metodología, pues incluye dos componentes: (i) la diferencia entre la tarifa regulada a costo medio (\$11,8 por MByte a pesos de 2017) y el costo marginal (\$6,4 por MByte a pesos de 2017), que de por sí ya implica una remuneración 84% superior al costo marginal, y, adicionalmente, (ii) el *mark-up*, que para usos de RAN bajos por parte del PRO

³⁶ Wall Communications (2012).

es del 15% pero puede ser superior en la medida en que el PRO aumente su uso de RAN en proporción a su tráfico total, por encima del umbral del 15% de uso de RAN.

En segundo lugar, cabe anotar que el modelo de costos “*empresa eficiente móvil 2016*” utilizado por la CRC para el cálculo de la tarifa regulada en voz y datos, considera redes de acceso 2G y 3G e incorpora una red 4G completamente funcional. Este modelo costea de manera eficiente la infraestructura de acceso de 2G/3G/4G, transmisión, red núcleo, entre otras, e inversiones administrativas, necesarias para el funcionamiento de la red móvil en cada una de las zonas de cobertura en el territorio nacional y que soporte el tráfico demandado, así como los recursos humanos y de operación de la empresa. Con esto, se permite determinar el costo total de largo plazo de la empresa eficiente, y con ello, obtener los costos medios de los servicios, así como el costo incremental de largo plazo por servicio³⁷. En este sentido, los costos medios y marginales calculados por este modelo, que sirvieron como referencia para la definición de las tarifas reguladas de RAN para los servicios de voz, SMS y datos, ya incluyen las previsiones para la remuneración de despliegues de infraestructura asociados a asignaciones de espectro 4G, como la reciente asignación de frecuencias en las bandas de 700 Mhz. Adicionalmente, resulta pertinente señalar que, a diferencia de las bandas altas de espectro, la banda de 700 MHz, al ser una banda baja, presenta menores requerimientos de infraestructura para alcanzar coberturas similares a las logradas en bandas altas, por lo que los costos medios de despliegue a través de esta banda deben ser menores con respecto a otras bandas asignadas previamente como los son AWS (1.700 MHz -2.100 MHz), 1.900 Mhz y 2.500 MHz.

De esta manera, al definir la metodología de la Resolución CRC 6089 de 2020 una remuneración de RAN de datos que excede de manera suficiente los costos directamente atribuibles a la prestación del servicio de RAN -por la existencia de una tarifa regulada superior al costo incremental y adicionalmente un *mark-up* de al menos 15%- , y al estar basada la tarifa regulada en un modelo de costos que reconoce despliegues de infraestructura asociados a una red 4G completamente funcional, queda sin sustento el argumento de **COMCEL** sobre que el *mark-up* para el servicio de RAN de datos no incentiva el despliegue de infraestructura dados los -denominados por la recurrente- “*altos costos*” de inversión relacionados con el despliegue de 700 MHz.

Adicional a lo anterior, en relación con la solicitud de **COMCEL** sobre que el *mark-up* de datos debería ser el mismo sugerido por Sandbach (38%), cabe anotar que el citado documento se mencionó en la Resolución CRC 6089 de 2020, únicamente como una referencia para evidenciar que, bajo ciertas condiciones, los *mark-up* definidos para remunerar el servicio de RAN pueden ser inclusive superiores al 15%, magnitud que resulta posible en la metodología definida en la resolución recurrida, en casos en que el tráfico de RAN del PRO como proporción del tráfico total crezca hasta alcanzar dicho porcentaje (38%). Por lo demás, el documento de Sandbach (2009) corresponde a un ejercicio teórico que aporta elementos para el entendimiento de las implicaciones de la definición de la remuneración de RAN, pero que no se basa en el caso colombiano, ni reconoce ni analiza sus particularidades, por lo que sus conclusiones no son directamente extrapolables ni al mercado colombiano de RAN, ni al presente conflicto. En este sentido se pronunció la Comisión en el documento de respuesta a comentarios de la Resolución CRC 5107 de 2017³⁸ de la siguiente manera:

"Por otra parte, en el artículo de Sandbach (2009) citado por COMCEL en sus comentarios, el valor del 38% es calculado con ciertos supuestos no necesariamente extrapolables a la situación colombiana. Es más, el valor del precio de roaming calculado por dicho autor, para el caso particular del 38%, se debe, más que a los supuestos de distribución tráfico, a que se supone que el costo de despliegue por kilómetro cuadrado del entrante es mucho mayor, debido a que hace el despliegue en 2100 MHz y el incumbente en 900 MHz, y por otra parte supone que el costo de largo plazo de llevar un minuto de tráfico de voz sobre la red incumbente en 900 MHz es mayor que sobre la red de 2100 MHz. Por lo tanto, sólo con base en el supuesto que el costo de llevar un minuto de comunicación para el incumbente es mayor, resulta directo llegar a las conclusiones presentadas por el autor en el caso aplicado, sin que el trabajo teórico que aporta el modelo matemático que plantea el autor desmerezca. Finalmente, es necesario recalcar que las condiciones expuestas en el trabajo de Sandbach (2009) no guardan ninguna relación con el caso del roaming en Colombia, donde las condiciones entre los operadores distan de las presentadas por el autor. Es más, en algunos de los supuestos los costos podrían tener justamente el sentido contrario a los expresados por Sandbach (2009). En virtud de lo anterior es que la Comisión opta por contar, con modelos de costos que permitan obtener los costos de

³⁷ CRC. (2016). *Revisión de los mercados de servicios móviles*. Documento Soporte.

³⁸ CRC. (2017). *Revisión y actualización de condiciones para el Roaming Automático Nacional*. Documento de Respuesta a Comentarios. Página 36.

prestación del servicio bajo diferentes modalidades, y no al uso de benchmarks internacionales o valores expuestos en la literatura”.

De otra parte, **COMCEL**, como se mencionó, hace también referencia al estudio de *Wall Communications* (2012) para la Comisión Canadiense de Radio, Televisión y Comunicaciones (CRTC), citado en la resolución recurrida, el cual menciona que en la definición de precios de acceso e interconexión la FCC recomendó a las agencias reguladoras estatales utilizar márgenes porcentuales sobre los costos directamente atribuibles que generalmente caen entre el 15% y el 35%, lo que indica, según **COMCEL**, que las tarifas, cuando había lugar a regular, se encontraban ajustadas dentro del rango del 15% al 35%, “*de cara a los márgenes de ganancia que dejaban de recibir los operadores que prestaban su red*”. Al respecto, de una parte, conviene anotar que la mención al estudio de *Wall Communications* (2012) en la Resolución CRC 6089 de 2020 se incluyó con el propósito de ilustrar que la adopción de *mark-ups* sobre costos para definir tarifas reguladas de acceso e interconexión es una práctica común de regulación a nivel internacional, y que en el caso de la regulación de valores de acceso e interconexión en Estados Unidos, los *mark-ups* definidos por los reguladores estatales generalmente se encuentran en un rango entre 15% y 35%. No obstante, en el caso específico de la regulación de valores de acceso e interconexión en Estado Unidos, según *Wall Communications* (2012), estos *mark-ups*, antes que incorporarse para reconocer la ganancia que dejan de recibir los incumbentes, se orientan a la asignación de costos no directamente atribuibles (costos comunes y compartidos con otros servicios) para la definición de la tarifa regulada, así como a la obtención de una utilidad razonable. Así mismo, con respecto a los márgenes de ganancia del PRV mencionados por **COMCEL**, debe tenerse en cuenta que las tarifas reguladas que sirven de insumo en la metodología de la Resolución recurrida para el cálculo de las remuneraciones por el uso de RAN han sido calculadas mediante un modelo de costos que incluye el reconocimiento de una tasa de costo de capital apropiada para la industria. En este sentido se pronunció la Comisión en el documento de respuesta a comentarios de la Resolución CRC 5107 de 2017³⁹, de la siguiente manera:

“[D]e acuerdo con la teoría económica y las prácticas comúnmente aceptadas, los precios regulados deben involucrar la así llamada “utilidad justa y razonable” del inversionista, como uno de los elementos básicos de costos a recuperar mediante dichos precios. En esta (sic) orden de ideas, la CRC ha aplicado en sus diferentes modelos de costos para la definición de precios regulados, tasas de costo de capital apropiadas para las industrias que regula, lo cual no ha sido la excepción para el modelo de costos “Empresa eficiente móvil 2016”, desarrollado por Dantzig Consultores. De hecho, el modelo incorporó una tasa ponderada de costos de capital equivalente al 10,36%, el cual se estimó en el marco del proyecto de “Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso a Internet a través de redes inalámbricas””.

Igualmente, con respecto al argumento de **COMCEL** sobre los márgenes de ganancia que, según este operador, dejan de recibir los operadores que prestan su red, la CRC a su vez se pronunció en el citado documento de respuesta a comentarios de la Resolución CRC 5107 de 2017, y señaló que este no necesariamente es el caso⁴⁰, afirmando que: “*frente al comentario de COMCEL en relación con que se le debe permitir recuperar el costo de oportunidad de vender a través de RAN un minuto que él deja de vender, ya se ha indicado previamente que el mismo operador reconoce contar con capacidad instalada excedentaria y en ese sentido para vender un minuto en RAN no tendría que dejar de vender un minuto a su usuario; todo lo contrario, se reduciría la capacidad ociosa, permitiéndole al operador adquirir mayores eficiencias.*”.

En relación con el argumento de **COMCEL** sobre que el tráfico de RAN de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** con respecto al tráfico total cursado es bajo y por eso no afectaría la tarifa minorista, y que la tarifa de RAN no limita el ofrecimiento de planes atractivos a los usuarios, debe tenerse en cuenta que la existencia de un bajo tráfico de RAN con respecto al tráfico total de este PRO es una situación que corresponde al tráfico de RAN del PRO durante el primer semestre de 2020 y que puede, o no, cambiar a futuro. La definición de un *mark-up* mínimo de 25% o de 38%, como lo sugiere **COMCEL**, sí podría inducir al alza las tarifas minoristas en la medida en que el PRO aumente su intensidad de uso de RAN. En este sentido, la CRC considera adecuado mantener el rango inferior del *mark-up*, asociado a usos bajos de RAN por parte del PRO, en el límite inferior (15%) que es acorde con prácticas internacionales en la definición de *mark-ups*, y que adicionalmente, entre otras razones previamente mencionadas, evita distorsiones en el mercado con

³⁹ CRC. (2017). *Revisión y actualización de condiciones para el Roaming Automático Nacional*. Documento de Respuesta a Comentarios. Página 37.

⁴⁰ CRC. (2017). *Revisión y actualización de condiciones para el Roaming Automático Nacional*. Documento de Respuesta a Comentarios. Página 37.

respecto al valor que paga por RAN otro PRO en municipios donde este ha desplegado más de 3 sectores 4G.

Con base en todo lo anterior, la CRC no encuentra sustento en la solicitud de **COMCEL** de adoptar un *mark-up* que "*por lo menos se acerque más a la media del rango indicado, y que se ubique en el entorno del 25% y no en el "cuartil" inferior*", con el fin, según este Proveedor, de generar un verdadero incentivo a la inversión y despliegue de infraestructura propia en los municipios de mayor densidad del país. Como se ha señalado, esta Comisión considera que la metodología definida en la Resolución CRC 6089 de 2020 cumple con la finalidad de la regulación de RAN, basada en la Ley, y en este sentido se orienta al logro de un equilibrio entre los objetivos de (i) promoción de la competencia por vía de tarifas contestables, (ii) uso eficiente de la infraestructura, que incluye uso medurado del RAN, (iii) despliegue de redes y promoción de la inversión en infraestructura propia en zonas de mayor densidad poblacional, y (iv) maximización del bienestar del usuario por vía de mayores opciones de servicios, paquetes, precios y cobertura.

Así, esta Comisión considera que la metodología citada cumple con la finalidad de la norma y de la regulación de acceso a RAN, incluido el incentivo a la inversión y despliegue de infraestructura propia en zonas de mayor densidad poblacional, por las razones que se han expuesto, entre las que se incluyen: (i) que el *mark-up* incorporado por la metodología no es únicamente del 15% como valor fijo, sino que corresponde a un rango cuyo límite inferior -asociado a usos bajos de RAN por parte del PRO- sí es 15%, pero que puede ser mayor al 15% en la medida en que el PRO **-COLOMBIA TELECOMUNICACIONES-** haga un mayor uso de RAN con respecto a su tráfico total, por encima de este porcentaje (15%); (ii) que el *mark-up* definido en la metodología, incorpora el concepto de "eficiencia dinámica" pues hace que la remuneración sea superior (no igual) al valor regulado para todos los posibles porcentajes de uso de RAN sobre el tráfico total del PRO, y adicionalmente, hace que esta remuneración crezca de manera proporcional a la intensidad de uso de RAN del PRO, para intensidades de uso superiores al 15% del tráfico total, lo que incorpora incentivos de eficiencia dinámica tanto en el corto, como en el mediano y largo plazo; (iii) que el valor del *mark-up* definido para usos bajos de RAN (menos de 15% del tráfico total), que es el que aplica en este caso según la información de uso de RAN con respecto al tráfico total de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en el primer semestre de 2020, minimiza también posibles efectos de aumentos en los precios minoristas de voz y datos que pagan los usuarios, en los casos en el que el uso actual de RAN es bajo; (iv) que el valor del *mark-up* definido para usos bajos de RAN (menos de 15% del tráfico total), y que aplica en este caso según la información de uso de RAN con respecto al tráfico total de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en el primer semestre de 2020, no incorpora distorsiones en el mercado producto del arbitraje regulatorio, pues con dicho valor, la tarifa a fijar es similar al valor que paga AVANTELE por el uso de RAN de datos en municipios donde éste ha desplegado más de 3 sectores en tecnología 4G, y (v) que el valor del *mark-up* definido para usos bajos de RAN (menos de 15% del tráfico total), y que aplica a este caso, es coherente con las prácticas regulatorias internacionales.

Finalmente, como se mencionó, **COMCEL** anota que en la resolución recurrida el valor del volumen de tráfico total de voz de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** (8.874.621.663 minutos), utilizado en la fórmula para el cálculo de la proporción de tráfico total de RAN en voz con respecto al tráfico total, corresponde exclusivamente al tráfico saliente cursado en el primer semestre de 2020, y no al tráfico total para el mismo semestre, que según **COMCEL** es de 15.727.963.041 minutos, y en este sentido, según este operador, el porcentaje real del tráfico de RAN de voz sobre el total debería corresponder a 0.37%. Al respecto, la CRC acoge parcialmente la anotación realizada por la recurrente, pues el valor del denominador debe corresponder al tráfico total del PRO. Así las cosas, teniendo en consideración que el valor del tráfico total de voz de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** en el primer trimestre de 2020, no es el señalado por **COMCEL** (15.727.963.041 minutos) sino 12.539.207.665 minutos, el porcentaje real del tráfico de RAN de voz sobre el tráfico total correspondería a 0,47%. No obstante lo anterior, en aplicación de la metodología definida, al tenerse una relación entre el tráfico total el RAN con respecto al tráfico total del operador del 0,47% -inferior igualmente al 15%- este ajuste no afecta los valores de remuneración por el uso de RAN para el servicio de voz saliente y entrante estipulados en la Resolución CRC 6089 de 2020.

En virtud de lo expuesto, la CRC

RESUELVE

ARTÍCULO 1. Admitir los recursos de reposición interpuestos por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**

ARTÍCULO 2. Denegar las pretensiones formuladas por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en los recursos de reposición, y confirmar la resolución recurrida en todas sus partes, con excepción de la relacionada con el valor de remuneración para uso de RAN para el servicio de SMS; en consecuencia, modificar el artículo 2 de la Resolución CRC 6089 de 2020, el cual quedará así:

*"ARTÍCULO 2. Ordenar que la remuneración que debe reconocer **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** por el uso de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional para el servicio de SMS, en los municipios donde **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** haya desplegado para la prestación de sus servicios de SMS, en conjunto, más de tres (3) sectores de tecnologías 2G (GRAN, GERAN) y 3G (UTRAN), corresponde al valor de \$1,36 por SMS, de conformidad con la oferta final de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.***

***PARÁGRAFO:** El valor de remuneración está expresado en pesos constantes de enero de 2020. Este valor aplicará para el cuarto trimestre de 2020. A partir del primer trimestre de 2021 se actualizará de manera trimestral, de acuerdo con la metodología presentada en la presente Resolución, y conforme a la información del último trimestre disponible reportada en los Formatos 3.7 y 1.9, así como al último valor de tarifa regulada publicado por la CRC."*

ARTÍCULO 3. Notificar la presente Resolución a los representantes legales de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, advirtiéndoles que contra la misma no procede ningún recurso.

Dada en Bogotá D.C. a los **15 días del mes de febrero de 2021**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



SERGIO MARTÍNEZ MEDINA
Presidente



CARLOS LUGO SILVA
Director Ejecutivo

Expediente 3000-32-13-1
C.C.C. 25/01/21 Acta 1281
S.C.C. 12/02/21 Acta 406

Revisado por: Lina María Duque del Vecchio – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias
Elaborado por: Víctor Andrés Sandoval Peña