



RESOLUCIÓN No. **7155** DE 2023

"Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa presentada en contra de los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022"

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

En ejercicio de sus facultades legales, y especialmente las 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, el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

El 14 de diciembre de 2022, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) expidió la Resolución CRC 7007 del mismo año *"Por la cual se modifican las condiciones de remuneración de los servicios móviles definidas en los capítulos III, VII y XVI del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones"*.

En el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022, la Comisión determinó lo siguiente:

"Artículo 5. *Modificar el artículo 4.16.2.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual quedará así:*

"ARTÍCULO 4.16.2.1. REMUNERACIÓN POR EL ACCESO A LAS REDES MÓVILES BAJO LA FIGURA DE OPERACIÓN MÓVIL VIRTUAL. *La remuneración del acceso a las redes móviles bajo la figura de operación móvil virtual se definirá de la siguiente manera:*

4.16.2.1.1. Las condiciones de remuneración por el acceso a las redes móviles para la provisión de servicios por parte del OMV al OMR, serán libremente negociadas entre las partes.

4.16.2.1.2 Ante la ausencia de acuerdo entre las partes, los precios que el OMR cobrará al OMV, por el acceso a su red, no podrán ser superiores a los siguientes valores:

Servicio	A partir del 1° de enero de 2024
<i>Voz (Pesos / Minuto)</i>	<i>3,51</i>
<i>Datos (Pesos/ MB)</i>	<i>3,19</i>
<i>SMS</i>	<i>2</i>

Nota: Valores expresados en pesos constantes de enero de 2022. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará, a partir del 1° de enero de 2023, conforme al literal b) del numeral 1 del Anexo 4.2 del Título de Anexos o aquella que la modifique o sustituya.

El tráfico entrante de voz y SMS no generará ni ingresos ni costos para el OMV comprador de la oferta mayorista.

Cuando el OMV se beneficie de los acuerdos de acceso RAN del OMR deberá reconocer, en caso de que exista, el valor diferencial entre la tarifa de acceso del OMV y la tarifa de acceso RAN correspondiente, siempre que esta última sea mayor."

Así mismo, en los artículos 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022, la Comisión dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 11. TRANSICIÓN. *Mientras entra en vigor el artículo 5 de la presente resolución, la remuneración de que trata el numeral 4.16.2.1.2 del artículo 4.16.2.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016, corresponderá al doble del valor del cargo de acceso para la terminación de SMS del numeral 4.3.2.10.1 del artículo 4.3.2.10 de la mencionada resolución.*

ARTÍCULO 12. VIGENCIAS. *Las disposiciones previstas en la presente resolución empezarán a regir a partir del 1° de enero de 2023, salvo lo dispuesto en el artículo 5 que entrará en vigor el 1° de enero de 2024."*

2. LA SOLICITUD DE REVOCACIÓN DIRECTA

Mediante escrito radicado el 14 de abril de 2023, bajo los números 2023805417 y 2023805419¹, **JAIME ANDRÉS PLAZA FERNÁNDEZ**, en calidad de ciudadano interesado, solicitó la revocatoria parcial de la Resolución CRC 7007 de 2022, específicamente respecto de los artículos 5, 11 y 12 de la mencionada resolución.

El peticionario inicia su solicitud a través de un acápite de hechos, en el que relata –a grandes rasgos– los antecedentes del proyecto regulatorio que dio lugar a la expedición de la Resolución CRC 7007 de 2022, precisando que la Comisión "*nunca publicitó, comunicó o puso a consideración de los OMV para comentarios, en ninguno de los documentos que hicieron parte del trámite regulatorio, las razones o propuestas específicas que lo llevaron a adoptar la medida incluida en el artículo 5 de la Resolución 7007*". Adicionalmente, manifiesta que la decisión adoptada por la Comisión en el artículo en comento "*no hizo parte del análisis de impacto normativo*".

A partir de lo anterior, solicita aplicar "*la revocatoria directa de los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución 7007 de 14 de diciembre de 2022*", para lo cual invoca el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), y, en este sentido, resalta que los artículos 5, 11 y 12 del citado acto administrativo deben ser objeto de revocatoria por su manifiesta oposición a la Constitución Política y a la ley, y por no estar conformes con el interés público, específicamente los intereses y derechos de los consumidores ni con la política gubernamental de acceso a Internet.

En este sentido, indica que la decisión adoptada por la Comisión mediante la Resolución CRC 7007 de 2022 es contraria a la Constitución Política, porque –a juicio del peticionario– en el trámite regulatorio que dio lugar a su expedición se desconocieron los siguientes principios: (i) transparencia en las actuaciones administrativas; (ii) participación; y (iii) debido proceso y derecho de contradicción de los Operadores Móviles Virtuales (OMV).

¹ Se trata del mismo escrito el cual fue radicado dos (2) veces.

Sobre el particular, el solicitante señala que la medida que se incluyó en el texto definitivo del artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022 no fue objeto de *"previa revisión, redacción, deliberación, consulta o comentarios de parte de los OMV o de cualquier agente interesado"*², por lo que se vulneró el principio de transparencia, en perjuicio directo de los OMV y de los usuarios que, en últimas, podrían verse afectados por las potenciales decisiones o medidas de mercado que dichos operadores estarían forzados a adoptar para garantizar su viabilidad comercial y la del negocio.

El peticionario manifiesta que la CRC desconoce el principio de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de la administración, así como la propia estrategia de la Comisión en la que refiere a que *"los usuarios están accediendo a más datos a menor precio"*³. Así, señala que no evidencia que la medida regulatoria contenida en el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022 haya sido incluida por la Comisión como una alternativa regulatoria en los documentos publicados durante el trámite del proceso regulatorio, ni que haya dado explicación alguna de las razones para adoptarla ni de los fundamentos técnicos que la respaldan. En este sentido, según afirma el peticionario, los OMV no tuvieron oportunidad para manifestar su opinión sobre la medida, antes de ser expedida, y en particular no les fue dada la oportunidad para analizar las posibles consecuencias económicas y operativas que esa decisión puede generar en el mercado de servicios de operación móvil virtual.

El peticionario afirma que la revisión de un escenario regulatorio en el que se fija un techo tarifario, la eliminación de descuentos para los OMV y el establecimiento de tarifas adicionales de redes utilizadas por el Operador Móvil de Red (OMR) para la cobertura integral a sus usuarios (tarifa adicional de Roaming Automático Nacional (RAN)), no consta en ninguno de los documentos, mesas de trabajo o escenarios a los que comparecieron los OMV, por lo que –a su juicio– se trató de una medida sorpresiva vulnerando con ello los principios de transparencia, participación y debido proceso de estos agentes.

Adicionalmente, el peticionario señala que la decisión adoptada mediante la Resolución CRC 7007 de 2022 es contraria al principio constitucional de libre competencia, y a las normas que prohíben las prácticas anticompetitivas porque propician que los actores del mercado incurran en prácticas discriminatorias. Así, afirma que si bien la CRC tiene la facultad de promover y regular la libre competencia, prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas a través de resoluciones de carácter general, para maximizar el bienestar social de los usuarios, la decisión contenida en el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022 promueve que las empresas que concurren a la prestación de estos servicios adopten decisiones comerciales que generan restricciones a la competencia, minimizan el bienestar de los usuarios ya que podrían verse expuestos a tarifas más altas y a menos oferta de servicios. De otra parte, el solicitante manifiesta que la decisión en comento se aleja del propósito gubernamental de promover la conectividad a los servicios de Internet.

Aunado a lo anterior, el solicitante reitera que la medida objeto de discusión fue adoptada por la CRC sin informar el sustento técnico que se tuvo en cuenta para preferir esa opción sobre las otras, que se habían discutido en el transcurso del proceso regulatorio. Así mismo, indica que la decisión mencionada fue adoptada sin que se hubiera detectado un problema de competencia o falla en el mercado que tuviera que ser corregido con una intervención regulatoria.

El peticionario también manifiesta que la decisión de la CRC parte de un supuesto *"totalmente"* errado al creer que se propiciará *"(...) una mayor libertad de negociación entre las partes, a su vez se remunerarían las redes de los OMR y generaría un margen de ganancia para el OMR"*, pues –a su juicio– los OMR asumirán el techo tarifario como la

² Página 6 de la solicitud de revocatoria directa

³ <https://www.crcom.gov.co/es/noticias/comunicado-prensa/usuarios-estan-accediendo-mayores-capacidades-internet-movil-por-menos>

definición tarifaria que aplicarán a los OMV. Lo anterior, teniendo en cuenta el desequilibrio negocial y contractual entre las partes, que traerá como consecuencia que no se adelante una negociación en términos de igualdad, como lo pretende la CRC.

El solicitante reitera que, al establecer un tope tarifario, es previsible que los OMR busquen generar un cambio en las condiciones contractuales que tienen pactadas con los OMV, ya que las relaciones comerciales, técnicas y financieras entre estos agentes no son similares, ni compatibles con una relación de interconexión entre operadores de red, por lo que esa desigualdad negocial ocasionará la terminación anticipada de los contratos existentes, para que se acoja el tope tarifario. Adicionalmente, indica que en el caso de que no se terminen anticipadamente los contratos, una vez finalizados los mismos, los OMR buscarán que las renovaciones de contrato acojan el precio regulado.

De otra parte, el peticionario indica que la adopción de un modelo de costos como el establecido en el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022 puede restringir la libre competencia, en lugar de estimularla, y conmina a los actores del mercado a determinar los precios al usuario final basado en consideraciones distintas de la eficiencia en la prestación de los servicios. A su juicio, puede ocurrir que los OMR continúen vendiendo servicios a sus usuarios finales al mismo precio que ahora, mientras que cobran a los OMV, por el mismo tráfico de datos, una tarifa que será establecida al valor tope. Esta circunstancia, según indica, ocasiona una afectación al mercado pues limita la sana dinámica de formación de tarifas finales a los usuarios y se produce una restricción de la competencia. Al respecto, señala que debe tenerse en cuenta que –a la fecha– el IPROM presenta una clara tendencia a la baja y es muy inferior al valor para el tráfico de datos establecido en el acto administrativo en comento, de \$3.19.

El solicitante manifiesta que los OMV verán sus márgenes de ganancia reducidos, impactando la tarifa que estos agentes cobran a sus usuarios y propiciando, al mismo tiempo, su "*previsible*" salida del mercado. De esta manera, en su criterio, se presenta una afectación en el mercado, ya que se restringe la competencia y la sana dinámica de formación de tarifas finales a los usuarios se modifica.

En este contexto, el señor **JAIME ANDRÉS PLAZA FERNÁNDEZ** sostiene que, como consecuencia de la decisión de la Comisión, el 6% de los usuarios del mercado móvil⁴ tendrían un incremento en las tarifas de Internet móvil y que ese porcentaje de usuarios estaría abiertamente discriminado y perjudicado; paralelamente, ese incremento de tarifas –dice– hace que los planes ofrecidos por los OMV dejen de ser competitivos frente a las tarifas de los OMR. En este punto, el peticionario hace énfasis en que, de acuerdo con las cifras del Data Flash de Portabilidad Numérica Móvil publicado por la CRC en febrero de 2023, todos los OMV presentan portabilidades numéricas negativas, con lo cual solo está creciendo la base de usuarios de los OMR.

Finalmente, el solicitante reitera que además del indeseable efecto sobre los precios y las tarifas, que termina afectando a los usuarios finales del servicio, la Resolución CRC 7007 de 2022 también genera un escenario en el que los OMV se vean conminados a salir del mercado, menguándose la oferta disponible al público, propiciando situaciones de concentración de mercado y posición de dominio, con todas las consecuencias que esto acarrea.

3. CONSIDERACIONES DE LA CRC

3.1. DE LA PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE REVOCACIÓN

El artículo 94 del CPACA establece que la revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo 93 del mismo Código,

⁴ Boletín de las TIC publicado por el MinTIC en febrero de 2023.

cuando el peticionario haya interpuesto los recursos correspondientes, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

A partir de lo anterior, la CRC verificó que, aun cuando el peticionario sustentó su solicitud de revocación, entre otras, en la causal prevista en el citado numeral 1 del artículo 93, lo cierto es que, de una parte, la Resolución CRC 7007 de 2022 –cuya revocatoria se solicita– no es susceptible de recursos, dado que es un acto administrativo de carácter general⁵; y, de otra parte, a la par se observa que, para el momento en que se solicitó la revocación directa, aún no había operado la caducidad para el control judicial del acto administrativo mencionado.

Al no identificarse la configuración de alguna de las causales de improcedencia de la revocación, procede esta Comisión a resolverla de fondo.

3.2. DE LA REVOCACIÓN DIRECTA

Corresponde a la CRC determinar si bajo las consideraciones expuestas por el peticionario se configura alguna de las causales –mencionadas por este– que hacen factible la revocación directa de los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022.

Lo primero que resulta conveniente precisar es que la revocación se concibe como una herramienta de autocontrol de la que puede hacer uso la Administración, con el objetivo de hacer desaparecer con efectos hacia el futuro⁶, sus propios actos administrativos⁷. Es así como la revocación *“le permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, o de derechos fundamentales”*⁸. Tal revocación está precedida de la configuración de algunas de las causales previstas en el artículo 93 del CPACA, a saber: (i) *“[c]uando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley”*; (ii) *“[c]uando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él”*; o (iii) *“[c]uando con ellos se cause agravio injustificado a una persona”*.

Dicho lo anterior, cabe advertir, a partir de los argumentos esbozados por el peticionario, que este fundamenta su solicitud en la invocación de las causales primera y segunda del artículo 93 del CPACA para efectos de sustentar la procedencia de la revocación de los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022, toda vez que, de un lado, los acusa de transgredir manifiestamente derechos de orden superior, y de otro, esgrime que las disposiciones no están conformes con el interés público o social. Así pues, a partir de las causales en comento –a continuación– se abordará el estudio concreto de la solicitud:

3.3. Los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022 no se oponen a la Constitución ni a la Ley.

Es de recordar que, bajo una interpretación normativa literal, respaldada por el artículo 27 del Código Civil⁹, la oposición manifiesta de un acto administrativo a la Constitución o a la

⁵ Artículo 75 del CPACA. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.

⁶ Sobre el particular, la Subsección B, de la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó lo siguiente en sentencia de 15 de agosto de 2013 (rad. 2166-07): *“Tal como lo sostiene, en forma mayoritaria, la doctrina y la jurisprudencia, la revocatoria directa de un acto administrativo no puede proyectar sus efectos de manera retroactiva, esto es, hacia el pasado, ex tunc, en primer lugar, porque el acto revocatorio, o a través del cual se revoca, tiene el carácter constitutivo de nuevas situaciones jurídicas, lo que implica que sus efectos se producen a partir de su existencia, esto es, hacia el futuro y, en segundo lugar, porque en virtud del principio de legalidad no hay duda de que el acto administrativo ha cumplido sus efectos, a lo que se suma su ejecutividad y ejecutoriedad, entendidas éstas como la eficacia que el acto comporta de cara a su cumplimiento, así como la capacidad que tiene la administración para hacerlo cumplir sin necesidad de la intervención de autoridad distinta”*.

⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, sentencia del 21 de mayo de 2009, rad. 2222-07

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, sentencia del 23 de febrero de 2011, rad. 4893-05

⁹ Código Civil. ARTICULO 27. INTERPRETACION GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Ley, como primera causal de la revocación de los actos administrativos, demanda de la Administración un ejercicio de comparación normativa que le permita establecer si su decisión es abierta, palmaria, ostensible o flagrantemente contraria a la Constitución o a la Ley, pues el calificativo de manifiesto implica que tal contrariedad debe ser patente o clara¹⁰. En este sentido se pronunció recientemente el Tribunal Administrativo de Boyacá, al señalar que la primera causal del artículo 93 mencionado hace referencia a "*[q]ue se evidencie una manifiesta oposición entre el acto respectivo y la Constitución o la ley, esto es, que la oposición sea grosera, de bulto, es decir, cualitativamente similar a la que da lugar a la suspensión*"¹¹.

En ese orden de ideas, es claro que no cualquier inconformidad que se tenga con el contenido de un acto o cualquier presunta transgresión del ordenamiento jurídico superior da lugar a que se materialice la causal de revocación prevista en el numeral 1 del artículo 93 del CPACA. Solo una evidente y ostensible oposición entre el acto y la normativa constitucional y legal abre paso a la revocación directa de un acto administrativo.

Bajo las premisas expuestas, procede esta Comisión a analizar los argumentos planteados por el solicitante en relación con la configuración de la causal de revocación prevista en el numeral 1 del artículo 93 ya citado, con el objetivo de identificar si los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022 son manifiestamente contrarios a los principios y normas que el solicitante invoca.

3.3.1. Sobre los principios de participación, publicidad y transparencia de los OMV

El artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa está –entre otras– al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En línea con la disposición constitucional mencionada, el artículo 3 del CPACA determina que, en virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público y, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal. En lo que respecta al principio de publicidad, la misma disposición indica que las autoridades darán a conocer al público de forma sistemática y permanente, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información.

Aunado a lo anterior, el numeral 8 del artículo 8 del CPACA dispone que las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, sobre los siguientes aspectos: "(...) 8. *Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.*" (Destacado fuera de texto)¹².

Ahora bien, el artículo 3º del CPACA, ya mencionado, y el artículo 2º de la Carta Política, reconocen expresamente el principio de participación, el cual es inherente al Estado

¹⁰ (<https://dle.rae.es/manifiesto>)

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 26 de enero de 2023, radicación: 15001-3333-009-2019-00217-01.

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291). "Por su parte, si la expresión "proyectos específicos de regulación" se determina a la luz del sentido general del término regulación, debe concluirse que dichos proyectos hacen referencia a la propuesta de norma jurídica que busca expedir la autoridad administrativa, sin que se limite o restrinja únicamente a la regulación económica-social."

democrático y hace posible la intervención de los ciudadanos en los procesos de deliberación y formulación de la gestión pública¹³.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁴ y del Consejo de Estado¹⁵ ha resaltado que los principios de transparencia y publicidad –en el campo de la producción normativa– permiten a los ciudadanos conocer y controlar la actividad de la administración en su ejercicio regulatorio o reglamentario, evitar el abuso del poder y participar en la toma de decisiones. El principio de participación ciudadana, a su turno, permite enfrentar las principales problemáticas que padece la configuración de las normas que profiere la administración, como lo son, la falta de intervención de diferentes actores y la no consideración de las preocupaciones de estos en el proceso de determinación de las disposiciones jurídicas¹⁶. Así, si bien el Estado conserva la facultad de decidir de manera autónoma y unilateral cuál es la regulación que promueve el interés general, y las opiniones de quienes participaron en el proceso de su elaboración y adopción en ningún caso son obligatorias para el regulador, esa información y opiniones de quienes conocen el sector son un insumo importante para la calidad de la regulación, su impacto y su eficaz implementación¹⁷.

En este contexto, las mismas instancias han determinado que los principios mencionados justifican la adopción e implementación de instrumentos encaminados a permitir la participación de los ciudadanos, a través de procedimientos justos, accesibles y abiertos, ya que se requiere garantizar, por lo menos, que: *"(i) reciban la información correspondiente sobre el contenido proyectado de la futura regulación de manera oportuna; (ii) que puedan presentar propuestas; (iii) que las propuestas que presenten sean consideradas por la comisión de regulación competente en cada caso; y (iv) que dicha comisión responda motivadamente las propuestas que se le formulen en relación con la regulación que por su especial trascendencia despertó el interés de los usuarios"*¹⁸.

A partir de lo mencionado, esta Comisión considera relevante resaltar que los principios de participación, transparencia y publicidad tienen por objeto que la Administración reciba de los diferentes agentes del sector observaciones, información y datos adicionales que le sirvan como insumos para tomar la decisión que, en el marco de la Ley, mejor sirva al interés general y a los fines previstos en ella¹⁹. Tales principios, entonces, en ningún caso buscan obligar a la autoridad administrativa a acoger los comentarios recibidos, *"sino que simplemente se busca que el servidor público responsable de la decisión cuente con el mayor número de insumos técnicos con el fin de que adopte la mejor decisión"*²⁰. Adicionalmente, los referidos principios tampoco imponen a la autoridad administrativa el

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291).

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291).

¹⁶ Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda -Subsección A. Sentencia de 14 de octubre de 2021. Expediente: 11001032500020180030200 (1046-2018). C.P. William Hernández Gómez; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Expediente: 11001-03-24-000-2010-00329-00. C.P. Guillermo Vargas Ayala; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 15 de febrero de 2016. Expediente: 11001-03-27-000-2016-00008-00. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, entre otros. En las providencias mencionadas, el Consejo de Estado se ha referido a la importancia y trascendencia del citado principio, en los siguientes términos: "[...] (ii) El derecho a la participación es especialmente importante en el ámbito de los procedimientos administrativos de expedición de regulaciones, entre ellas, las de contenido económico. En estos escenarios aunque la intervención estatal por supuesto responde a finalidades superiores de interés general, es importante conceder a los interesados que mejor conocen del tema espacios de participación para que expresen ante las autoridades sus opiniones y aporten sus conocimientos en la materia respectiva, en orden a enriquecer el proceso de construcción de las regulaciones estatales que se vayan a adoptar." (Destacado fuera de texto).

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Expediente: 11001-03-24-000-2010-00329-00. C.P. Guillermo Vargas Ayala.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 25 de febrero de 2003.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Bogotá, D.C., 2 de marzo de 2023. Expediente: 11001-03-24-000-2023-00045-00. *"En este orden de ideas, el deber de garantizar a plenitud la participación ciudadana, así como el respeto a los principios de transparencia y eficacia, propios de la actuación administrativa y asociados a la regulación contenida tanto en el artículo 8 -numeral 8º- del CPACA como el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, resultan determinantes para efectos de predicar la validez de la actuación administrativa."*

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 071 de 1994.

deber de redactar la norma conjuntamente con los administrados ni de esperar a que los administrados redacten la norma o estén totalmente de acuerdo con ella, puesto que, como se ha dicho, estos realmente establecen el deber de generar o contar con mecanismos o herramientas a través de los cuales los ciudadanos puedan conocer la actividad administrativa y puedan participar brindando información o haciendo comentarios y observaciones, como ocurre a través del mecanismo de consulta²¹.

En ese sentido, es de resaltar que el mecanismo de consulta ha sido calificado positivamente por la jurisprudencia nacional²², en la medida en que, entre otras cosas:

"i) promueve la participación entre diversos grupos, ii) constituye un mecanismo de control al proceso de decisión y iii) otorga legitimación a la decisión. Organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) han promovido la adopción de políticas regulatorias adecuadas por parte de los Estados, políticas que se ubican dentro del concepto de "gobernanza regulatoria". En este sentido, el documento de la OCDE "Recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria"²³, sugirió a los Estados: "Adherirse a los principios de gobierno abierto, considerando la transparencia y la participación en el proceso regulatorio a fin de asegurar que la regulación se encuentre al servicio del interés público y esté informada de las necesidades legítimas de aquellos a quienes concierne y afecta. Esto conlleva ofrecer oportunidades significativas (incluso en línea) para que el público contribuya al proceso de preparar borradores de propuestas regulatorias y a la calidad del análisis de apoyo. Los gobiernos deben asegurarse de que las regulaciones sean comprensibles y claras y de que las partes puedan entender fácilmente sus derechos y obligaciones".

Específicamente, para el sector de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), los artículos 2.2.13.3.1. y 2.2.13.3. del Decreto 1078 de 2015²⁴ determinan, entre otras, que las Comisiones harán público en su página web, con antelación no inferior a treinta (30) días a la fecha de su expedición, todos los proyectos de resoluciones de carácter general que pretendan adoptar²⁵ y que el término para la recepción de las observaciones, reparos o sugerencias –por parte de los interesados– no podrá ser menor a diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en que se haga pública la propuesta regulatoria, plazo que podrá prorrogarse por solicitud de parte u oficiosamente. Adicionalmente, las disposiciones normativas mencionadas disponen que el Comité de Expertos deberá elaborar el documento final que servirá de base para la toma de la decisión, el cual contendrá las razones por las cuales se aceptan o rechazan las propuestas formuladas.

De este modo, respecto de la propuesta regulatoria que finalmente concluyó con la expedición de la Resolución CRC 7007 de 2022, acto administrativo de carácter general y abstracto, la CRC adelantó las siguientes actuaciones²⁶:

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

²³ Disponible en <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>

²⁴ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291). "La participación ciudadana en el proceso de formulación de las normas proferidas por la administración, puede adelantarse a través de distintos mecanismos. Entre los más importantes se encuentra el de la consulta, la cual puede surtirse a través de la publicación de un proyecto de norma y la recepción de comentarios a través de correos electrónicos o la página web de la entidad estatal".

²⁶ <https://www.crcom.gov.co/es/proyectos-regulatorios/2000-38-3-2>.

- **15 de julio de 2021:** La Comisión publicó para comentarios del sector el documento de formulación del problema²⁷. Comentarios que podían presentarse entre la fecha de publicación del documento mencionado y el 17 de agosto de 2021.
- **22 de septiembre de 2021:** Esta entidad publicó los comentarios al documento de formulación del problema presentados por los diferentes agentes del sector, entre los que se destacan, Avantel S.A.S. en reorganización, Comunicación Celular S.A., Colombia Móvil S.A. E.S.P, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. BIC, Partners Telecom Colombia S.A.S. y Virgin Mobile S.A.S.
- **12 de octubre de 2021:** La CRC publicó para comentarios del sector el documento de alternativas regulatorias²⁸. Los comentarios podían presentarse hasta el 5 de noviembre de 2021. Dentro del término establecido, la Comisión recibió comentarios al documento de alternativas regulatorias por parte de Colombia Móvil S.A. E.S.P., Comunicación Celular S.A., Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. Partners Telecom Colombia S.A.S., Suma Móvil S.A.S, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y de diferentes OMV: Virgin Mobile Colombia S.A.S., Logística Flash Colombia, Almacenes Éxito Inversiones S.A.S., Eztalk Mobile S.A.S., Lov Telecomunicaciones S.A.S. y Liwa S.A.S.
- **29 de diciembre de 2021:** La Comisión publicó el proyecto de resolución “*Por la cual se modifica la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones*” con su respectivo documento soporte que contiene los análisis realizados por esta Entidad²⁹. Los comentarios correspondientes podían ser presentados entre el 29 de diciembre de 2021 y el 11 de febrero de 2022. Dentro del periodo mencionado, la CRC recibió comentarios de los siguientes agentes: Consejo de Empresas Americanas, Colombia Móvil S.A. E.S.P. Colombia Telecomunicaciones S.A E.S.P.BIC, Comunicación Celular S.A., Almacenes Éxito Inversiones S.A.S., Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., Logística Flash Colombia S.A.S., Suma Móvil S.A.S., Setroc Mobile Group S.A.S., Lov Telecomunicaciones S.A.S., Eztalk Mobile S.A.S., Liwa S.A.S., Redeban Multicolor S.A. y Partners Telecom Colombia S.A.S. Por fuera del periodo mencionado, la Comisión también recibió comentarios de los siguientes agentes: Colombia Móvil S.A. E.S.P., Comunicación Celular S.A., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. BIC y Suma Móvil S.A.S.
- **28 de junio de 2022:** Se llevó a cabo el conversatorio “*Mercado Mayorista Móvil*” en la Universidad Externado de Colombia, al que asistieron representantes de los siguientes agentes: Avantel S.A.S. en reorganización, Colombia Móvil S.A. E.S.P., Comunicación Celular S.A., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. BIC, Suma Móvil S.A.S., Lov Telecomunicaciones S.A.S., Eztalk Mobile S.A.S., Logística Flash Colombia S.A.S., Partners Telecom Colombia S.A.S., Virgin Mobile Colombia S.A.S., Liwa S.A.S., Plintron Colombia S.A.S., ASOMÓVIL y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.
- **9 de noviembre de 2022:** La CRC llevó a cabo una mesa de trabajo específica con diferentes OMV, en la que participaron –entre otros– Suma Móvil S.A.S., la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. (ETB), Almacenes Éxito Inversiones S.A.S., Lov Telecomunicaciones S.A.S. y Virgin Mobile Colombia S.A.S.

²⁷ Disponible en https://www.crcom.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-2/Propuestas/documento_de_formulacion_revision_de_los_esquemas_de_remuneracion_movil_y_del_mercado_minorista_voz_saliente_movil.pdf

²⁸ Disponible en https://www.crcom.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-2/Propuestas/alternativas_rmmvm_vpublicado_0.pdf

²⁹ Disponibles en https://www.crcom.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-2/Propuestas/proy_res_remuneracion.pdf y https://www.crcom.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-2/Propuestas/doc_amarillo_rmmvm.pdf

- **14 de diciembre de 2022:** Se expidió la Resolución CRC 7007 de 2022 "*Por la cual se modifican las condiciones de remuneración de los servicios móviles definidas en los capítulos III, VII y XVI del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones*"³⁰.
- **15 de diciembre de 2022:** La Resolución CRC 7007 de 2022 fue publicada en el Diario Oficial No. 52.249.
- **16 de diciembre de 2022.** La CRC publicó el documento de respuestas a los comentarios recibidos a la propuesta regulatoria³¹.

De conformidad con lo expuesto, es claro que la CRC cumplió con lo exigido en el Decreto 1078 de 2015, no sólo por publicar –con la debida antelación– la propuesta regulatoria y el documento que la soporta en su página web, sino por otorgar el plazo correspondiente para efectuar observaciones y comentarios a estos documentos y brindar una respuesta oportuna a los mismos. En este punto, debe resaltarse que la Comisión publicó la propuesta regulatoria en diciembre de 2021 y adoptó la decisión correspondiente en diciembre de 2022, lo cual muestra que la CRC publicó, para comentarios del sector, el proyecto de resolución que pretendía adoptar con una antelación mucho mayor a treinta (30) días. Adicionalmente, la CRC brindó –a través de su documento de respuesta a comentarios– una respuesta oportuna y de fondo a los comentarios recibidos.

En línea con lo mencionado, es de destacar que la CRC, de conformidad con lo previsto en el inciso final³² del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, agotó la metodología de Análisis de Impacto Normativo (AIN)³³, esto es, un proceso que involucra diferentes etapas a saber³⁴, identificación del problema, definición de los objetivos, identificación de alternativas, análisis y evaluación de alternativas, presentación de conclusiones y selección de la alternativa, presentación de información sobre implementación y monitoreo, así como, una consulta pública. Lo anterior implica agotar todo un ciclo³⁵, que comienza –generalmente– con el establecimiento de la agenda regulatoria a partir de las problemáticas manifestadas por los agentes del sector o identificadas por la misma CRC y culmina –en principio– con una evaluación ex post cuyo objetivo es analizar los resultados observados de las decisiones regulatorias y compararlos con los objetivos esperados, tanto para aquellos casos en los que la decisión regulatoria fue expedir una medida, como en los que se decide no intervenir. Cabe advertir que, al ser un proceso cíclico, de los resultados que arroje la evaluación ex post se puede identificar un nuevo problema por resolver, con el cual se daría inicio a un nuevo ciclo³⁶.

En consecuencia, para la Comisión es claro que en desarrollo del proyecto regulatorio que dio lugar a la expedición de la Resolución CRC 7007 de 2022 no se vulneraron los principios constitucionales de participación, transparencia y publicidad; por el contrario, estos fueron debidamente garantizados pues –se reitera– se dio estricta aplicación al procedimiento previsto en el Decreto 1078 de 2015 y en la Ley, se publicaron los documentos elaborados

³⁰ Disponible en <https://www.crcom.gov.co/sites/default/files/normatividad/00007007.pdf>

³¹ Disponible en <https://www.crcom.gov.co/system/files/Biblioteca%20Virtual/Documento%20de%20respuesta%20-%20Revisi%C3%B3n%20de%20los%20esquemas%20de%20remuneraci%C3%B3n%20m%C3%B3vil/documento-de-respuesta-remuneracion-movil.pdf>

³² "La expedición de la regulación de carácter general y el ejercicio de la función regulatoria por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones se hará con observancia de criterios de mejora normativa en el diseño de la regulación, lo que incluye la aplicación de las metodologías pertinentes, entre ellas, el análisis de impacto normativo para la toma de decisiones regulatorias."

³³ AIN es "*una herramienta y un proceso que sirve para mejorar la toma de decisiones de política pública o de regulaciones sobre si es necesario intervenir y cómo hacerlo, con el fin de alcanzar los objetivos concretos*". OECD. Colombia: Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo: DNP, 2016. p.13.

³⁴ Se hace referencia al AIN Completo, reconociendo que también existe el AIN Simple, el cual puede tener menos etapas que el que aquí se plantea. COLOMBIA. DNP. Guía Metodológica para la Elaboración del Análisis de Impacto Normativo (AIN) – Versión 2.0: Bogotá, D.C., marzo de 2021. p. 17-20.

³⁵ Política de mejora regulatoria de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Disponible en <https://www.crcom.gov.co/sites/default/files/webcrc/noticias/documents/documento-politica-mejora-regulatoria-crc.pdf>

³⁶ CRC. Diseño y aplicación de metodología para simplificación del marco regulatorio de la CRC. Documento metodológico. Septiembre de 2018. [en línea]. Bogotá, Colombia. Fecha de consulta: 23 junio 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3OYL1BR>.

en desarrollo del proyecto regulatorio, se abrieron espacios de consulta respecto de cada documento publicado, se analizaron los comentarios y observaciones recibidas, se plantearon diferentes alternativas regulatorias, se evaluaron estas alternativas y se explicaron las razones por las cuales se escogió una de ellas.

En adición a lo señalado, es de resaltar que –tal como se mostró– los OMV participaron activamente en el procedimiento que dio lugar a la expedición de la Resolución CRC 7007 de 2022, por lo que no es cierto que la decisión adoptada en ese acto administrativo haya sido sorpresiva para estos agentes, máxime no solo si se tiene en cuenta que la propuesta regulatoria fue revisada y ajustada –por parte de la CRC– con base en los comentarios recibidos durante la etapa de publicación correspondiente³⁷, sino que, como se ha precisado, el procedimiento previsto en el Decreto 1078 de 2015 y en la Ley no exige una “doble” publicación de la propuesta regulatoria. En todo caso, es de indicar que mediante el artículo 11 de la resolución mencionada, la CRC fijó un periodo de transición para que los OMV se adaptaran a unas nuevas condiciones regulatorias, por lo que, mediante la decisión cuya revocatoria se solicita, la Comisión actualizó la regulación a partir de un análisis sustentado, que a su vez fue publicado, y otorgó un periodo de transición para que los OMV se adapten a una nueva situación.

En este punto, resulta oportuno señalar que el solicitante parte de la premisa según la cual *“si publicada una propuesta regulatoria, y como consecuencia de los comentarios recibidos por parte de los agentes del sector, la autoridad administrativa debe efectuar ajustes, esto es, debe modificar algunos de los artículos o la parte motiva previamente socializada, es obligatorio publicar nuevamente la propuesta regulatoria con los ajustes realizados, y así sucesivamente hasta que nadie más tenga qué comentar o se logre un acuerdo sobre la medida a adoptar”*. Ello, evidentemente, no es cierto, en la medida en que la naturaleza misma del procedimiento previsto para garantizar los principios de publicidad, participación y transparencia en el sector TIC, como se ha descrito, no supone que el texto inicial de la propuesta regulatoria corresponda en todos los casos con el texto final que adopte la Comisión. Lo anterior, por cuanto los comentarios y la valoración que sobre el particular realiza la autoridad administrativa puede dar lugar a la modificación del borrador del acto administrativo o propuesta regulatoria, pues de otra manera carecería de todo sentido hacer la mencionada publicación ya que no se podrían tener en cuenta los comentarios que se reciben respecto del borrador publicado.

³⁷ Es de resaltar que los OMV - LOGÍSTICA FLASH, SUMA MÓVIL, SETROC MOBILE, LOV TELECOMUNICACIONES, EZTALK MOBILE, LIWA / CEA / ÉXITO- en sus comentarios a la propuesta regulatoria señalaron lo siguiente: *“este “precio piso” implica un elevado incremento de uno de los principales costos de los OMV, en perjuicio de los OMV y a favor y en beneficio evidente para los OMR. (...) La remuneración del acceso a la red móvil del OMR debe estar atada a la metodología del Retail Minus y no al valor del cargo de acceso entre redes, ni a la remuneración del RAN. De esta forma, tampoco se puede hablar de un precio piso, en razón a que, con el fin de mantener una libre competencia, el valor a remunerar por el acceso depende totalmente de la realidad de las ofertas vigentes en el mercado. (...) Estamos de acuerdo en que los valores de remuneración se deben regular para estimular y proteger la competencia. Sin embargo, en este proyecto regulatorio vemos con gran preocupación el impacto negativo y las consecuencias negativas que tendría para los OMV como competidores de los OMR. Por lo tanto, sugerimos de manera respetuosa a esta Comisión, replantear este proyecto, teniendo en cuenta lo antes mencionado y la posición que la misma CRC ha tenido en los informes emitidos permanentemente, en los que indican que con sus acciones se pretende estimular y proteger la competencia del mercado TIC colombiano. Así mismo, no se debe desconocer que los OMR al bajar continuamente las tarifas a sus usuarios, obligan a los OMV a reaccionar de manera inmediata, pero con esta propuesta regulatoria se incrementa en consecuencia para los OMV uno de sus principales costos, el acceso que remunera al OMR. Esto genera claramente una situación anticompetitiva, de inseguridad jurídica y de desequilibrio económico, que hace inviable financieramente el modelo OMV, desestimula la inversión en el sector y condena a su desaparición a las Operaciones Móviles Virtuales, ocasionando un mercado poco dinámico y un impacto al usuario final, que queda sin la posibilidad de recibir los beneficios propios de su nicho, ya que con la modificación regulatoria que se pretende establecer, abandonarán por sus costos las ofertas de los OMV y migrarán a la oferta prepago de los OMR. Respecto a los OMV que estamos en proceso de implementación, hemos pospuesto nuestro lanzamiento al mercado que estaba programado para finales de enero, hasta el mes de marzo, porque en el evento de implementarse el precio piso de esta propuesta regulatoria, preferimos cancelar el proyecto”*. De otra parte, SUMA MÓVIL, señaló lo siguiente *“Solicitamos, en ese sentido, que la CRC reconsidere el mecanismo propuesto, eliminando el piso tarifario. Se puede mantener de forma consistente una orientación RETAIL MINUS, o se puede adoptar de forma consistente una orientación COSTO PLUS”* y *“Abogamos por un mercado de acceso mayorista móvil ampliamente liberalizado”*.

Sobre el particular, tal como se ha mencionado, el Consejo de Estado ha señalado que precisamente los comentarios y observaciones de los interesados permiten a la Administración contar con más información dentro del proceso de producción normativa³⁸.

En este orden de ideas, no puede afirmarse, como lo hace el peticionario, que, porque el contenido de la propuesta regulatoria inicialmente publicada y el texto de la Resolución CRC 7007 de 2022 tienen diferencias, se habría producido un desconocimiento –mucho menos manifiesto– de los principios de publicidad, transparencia y participación. Aceptar una afirmación en ese sentido equivaldría a dejar sin eficacia y sin utilidad el procedimiento de publicidad previa, ya que si se tuviera que mantener idéntico el texto propuesto –como lo señala indirectamente el peticionario en su solicitud–, esto implicaría que los comentarios del sector fueran desconocidos por la Comisión, pues esta entidad no tendría la oportunidad de robustecer ni mejorar la propuesta regulatoria publicada a partir de los análisis que sobre estos comentarios efectúa. Además, si la CRC tuviera el deber de publicar a comentarios cada modificación que pretenda introducir a una propuesta regulatoria publicada, el procedimiento de expedición se tornaría interminable, lo cual es contrario a los principios de la función administrativa de eficacia, celeridad y economía contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política y en el CPACA³⁹.

Lo previsto en el ordenamiento jurídico tiene por propósito que los actos administrativos definitivos –de carácter general y abstracto⁴⁰– se enriquezcan a partir de los comentarios que sobre el particular se reciben y de los análisis que la Comisión realiza respecto de estos, fruto de lo cual pueden surgir modificaciones frente a lo que fue inicialmente propuesto en el borrador de acto administrativo publicado para comentarios de los agentes del sector, al punto que en la mayoría de los casos el acto administrativo definitivo no es idéntico al inicialmente publicado. Por tanto, se reitera, no es admisible señalar que cuando la Administración decide modificar la propuesta regulatoria en algún aspecto con ocasión del proceso de participación y publicación surtido, debe volver a empezar de nuevo este proceso, una y otra vez, de manera indefinida, pues las iniciativas regulatorias no podrían culminar atentando contra otros principios constitucionales y legales como son, los de eficiencia, celeridad y economía⁴¹.

En el caso concreto, los documentos publicados para comentarios dan cuenta, entre otros, de la necesidad de revisar las condiciones de remuneración que resultaban aplicables a los

³⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 4 de febrero de 2016, proceso con radicado 11001-0324-000-2010-00329-00, C.P.: Guillermo Vargas Ayala, Sección Primera.

³⁹ Respecto a la publicidad de las propuestas regulatorias, el Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta Civil, radicado número 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291), también ha señalado lo siguiente “*De otra parte, el plazo para recibir observaciones de los ciudadanos no debe, en aras de garantizarse una actuación pronta de la administración, implicar la pérdida de los beneficios que para la democracia y la actividad estatal se derivan de la transparencia y la participación ciudadana*212. Sin embargo, dicho término tampoco puede llevar a la inmovilización de las autoridades. En esta dirección, en la fijación del referido plazo debe buscarse una ponderación para que la participación ciudadana sea la más amplia posible, pero sin que se afecte indebidamente el ejercicio de las funciones de la administración ni se retarde de forma excesiva la toma de decisiones”

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. 14 de octubre de 2021. “*una interpretación que incluyera también a los de contenido particular y concreto haría ineficaz e ineficiente la actividad de la administración, toda vez que implicaría que todos los actos administrativos, aun los que corresponden a una situación concreta o particular, tendrían que ser publicados y sujetos a un periodo de observaciones antes de su promulgación definitiva, lo cual haría irrazonablemente lenta la actividad estatal. Para el efecto, las normas del CPACA consagran expresas disposiciones para que en la actuación de la administración de contenido particular sean citadas las personas que puedan verse afectadas por la futura decisión, con el fin de garantizar sus derechos.*”

⁴¹ La postura acá planteada tiene suficiente respaldo jurisprudencial, entre otras, en las siguientes providencias: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B, auto del 18 de octubre de 2017, radicado 2017-01321-00; TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B, auto del 31 de enero de 2018, radicado 2017-01321-00. Así mismo, en auto del 10 de septiembre de 2018 (radicado 2017-00194-00), al estudiar una solicitud de suspensión provisional de un acto administrativo expedido por la CRC, bajo el argumento del solicitante según el cual se generó una diferencia entre el primer texto publicado para comentarios y el definitivamente adoptado en desarrollo de un proyecto regulatorio, la Sección Primera del Consejo de Estado tuvo ocasión de señalar que: “[...] *el Despacho, en un primer examen preliminar, observa que la supuesta diferencia entre el primer texto publicado y el último aprobado, además de que corresponden [sic] a una consecuencia lógica de analizar e implementar los distintos comentarios recibidos al proyecto de regulación, no estructuran per se el cargo de violación por falta de publicación, que torne procedente el decreto de la medida cautelar de la suspensión de los efectos del acto.*”

OMV⁴², así como de los fundamentos o razones por las cuales se adoptó la decisión contenida en la Resolución CRC 7007 de 2022⁴³. Así, es de indicar que en aplicación de la metodología de Análisis de Impacto Normativo (AIN)⁴⁴, luego de agotadas las etapas de formulación del problema e identificación de alternativas, la CRC señaló, en la propuesta regulatoria y en el documento soporte correspondiente, entre otras cosas, lo siguiente⁴⁵:

"Que, ahora bien, frente a la remuneración del acceso a OMV, los análisis realizados permitieron establecer la necesidad de mantener las reglas de remuneración actualmente definidas en los numerales 4.16.2.1.1 y 4.16.2.1.2 del artículo 4.16.2.1 del Título IV de la Resolución CRC 5050, pero incluyendo un piso tarifario para que los valores de remuneración no sean inferiores a los que resulten de la aplicación de la metodología de LRIC Puro para este tipo de acceso en el modelo de costos actualizado.

(...)

Que teniendo en cuenta las solicitudes de aclaración sobre el alcance de la obligación que tienen los proveedores de red móviles de proveer acceso OMV, la CRC consideró pertinente, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4.16.1.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016 y en el numeral 4.16.1.2.3 del artículo 4.16.1.2 de la misma Resolución, precisar la obligación del OMR de permitir al OMV hacer uso de la facilidad de RAN que tenga contratada con otros proveedores de red, así como también el reconocimiento del OMV al OMR de los valores diferenciales que se podrían presentar entre el valor que paga por el uso de RAN el OMR y valor que recibe por concepto del acceso OMV."

Posteriormente, tanto la Superintendencia de Industria y Comercio, como algunos agentes del sector hicieron comentarios a la propuesta mencionada, por lo que, la CRC, luego del análisis de esos comentarios, en los que se solicitaba –a grandes rasgos– “dejar la remuneración a libre negociación” y se manifestaba que la “regla propuesta hace inviable el negocio de estos [OMV] y que debería eliminarse”, la CRC, tal como consta en el documento de respuesta a comentarios⁴⁶, procedió a realizar una nueva evaluación de alternativas dentro del análisis multicriterio, incluyendo dos alternativas adicionales y sin modificar los criterios y subcriterios que se habían definido en la propuesta regulatoria. Esta

⁴² Sin perjuicio de lo señalado en la parte motiva de la Resolución CRC 7007 de 2022, en el documento de formulación del problema, la CRC indicó entre otras que “(...) Como se puede observar, la regulación ha permitido que el precio mayorista para acceso OMV sea inferior al ingreso promedio de cada servicio móvil, incluso ahora que este último se ha equiparado con cargo de acceso por uso en telefonía móvil y se encuentra por debajo de la tarifa regulada de acceso RAN para datos móviles. Esto indica que existe un importante incentivo regulatorio para el ingreso de nuevos OMV al mercado. Sin embargo, en este punto es importante recordar que los modelos de negocio de un OMV van desde la reventa, donde el virtual provee su marca y el operador de red proporciona la infraestructura y operación completa de la red, hasta el OMV completo, donde el operador de red únicamente provee la infraestructura de red de acceso (estaciones base) y el virtual provee el resto de infraestructura”. En el mismo sentido, en el documento de respuesta a comentarios a la propuesta regulatoria publicada en diciembre de 2021, la CRC señaló entre otras lo siguiente: “(...) la actual regla mayorista definida en la regulación para la remuneración por parte de los OMV a los OMR por el acceso se encuentra en función del Ingreso Promedio de este último, y que al aplicar la regla del minus (descuento que va desde el 23% hasta 30% dependiendo del tráfico cursado por el OMV) los valores estarían por debajo de los costos eficientes, teniendo en cuenta los cargos de acceso y del uso del RAN vigentes, los cuales se encuentran desactualizados, por lo que nos son eficientes. En las Ilustraciones 7 y 8 se observa que, para la regla actualmente vigente tanto para los servicios de voz como de datos, la remuneración estaría por debajo de los costos eficientes, representados por la línea discontinua de color gris, y, por lo tanto, en caso de aceptarse esta situación, la CRC estaría yendo en contravía de los principios de remuneración definidos en la ley y en la misma regulación.”

⁴³ En el documento de respuestas a comentarios a la propuesta publicada, la CRC indicó que “a partir de los comentarios tanto de los OMR, donde solicitan que se debe dejar la remuneración a libre negociación, como de los OMV, que indican que la regla propuesta hace inviable el negocio de estos y que debería eliminarse, la CRC procedió a realizar nuevamente la evaluación de alternativas dentro del análisis multicriterio, incluyendo dos adicionales y sin modificar los criterios y subcriterios que se definieron en la propuesta regulatoria”. Adicionalmente, en la parte motiva de la Resolución CRC 7007 de 2022, consta el sustento correspondiente.

⁴⁴ La Comisión aplica la metodología de Análisis de Impacto Normativo (AIN) como criterio de mejora normativa en el diseño de su regulación.

⁴⁵ Disponible en https://www.crc.com.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-2/Propuestas/proy_res_remuneracion.pdf

⁴⁶ Disponible en <https://www.crc.com.gov.co/system/files/Biblioteca%20Virtual/Documento%20de%20respuesta%20-%20Revisi%C3%B3n%20de%20los%20esquemas%20de%20remuneraci%C3%B3n%20m%C3%B3vil/documento-de-respuesta-remuneracion-movil.pdf>

evaluación dio lugar a que en la Resolución CRC 7007 de 2022, los valores definidos en el artículo 5 del proyecto de resolución publicado, se referenciaran como un tope, lo que a la postre permite una mayor libertad de negociación entre las partes, y a su vez garantiza que se remuneren a costos eficientes las redes de los OMR.

En este contexto, tanto en la decisión adoptada como en el documento de respuesta a comentarios, la CRC señaló, entre otras, que:

"Finalmente, en relación con la décima primera recomendación, en la que se solicita sustentar el valor del piso tarifario en el mercado de los OMR para evaluar la conveniencia de la medida propuesta y que esta no inviabilice económicamente dicha figura, la CRC señala que las medidas regulatorias propuestas en el marco de este proyecto surgen a partir de la aplicación de la metodología de AIN que cuenta dentro de sus primeras etapas con una definición del problema¹⁹ del cual se desprendían las consecuencias asociadas a la no compatibilidad entre las dinámicas de los mercados de servicios móviles y las condiciones de remuneración mayoristas vigentes. Dentro de estas consecuencias se identificó la problemática relacionada con los precios mayoristas regulados para la remuneración de las redes móviles y el limitado desarrollo de los modelos de negocio OMR, problemas que demandaban intervención regulatoria y no eran resolubles con la normativa vigente y el estado de competencia, según fue medido luego de la valoración de alternativas regulatorias que se presentaron al sector con la publicación del "Documento de Alternativas Regulatorias"²⁰, el cual incluía la opción de no intervención o Statu quo. En ese orden de ideas, la evaluación de alternativas implicó descartar el Statu quo y optar por las intervenciones regulatorias propuestas en este proyecto evidenciando que la no acción implicaría la profundización de las problemáticas delimitadas.

En todo caso, en atención a las preocupaciones manifestadas por los PRSTM en cuanto al impacto financiero que les podría representar la reducción inmediata de los cargos de acceso y de los valores regulados de RAN, se evaluaron diferentes escenarios para la migración de los valores vigentes hacia los valores objetivos que arrojó el modelo de costos "Empresa Eficiente Móvil 2021", identificando que para el caso de los cargos de acceso para la terminación de llamadas y los valores para el uso de RAN para la provisión del servicio de voz es pertinente la fijación de una senda que inicia en enero de 2023 y termina en enero de 2025, con reducciones relativas iguales frente al periodo previo. En lo que respecta al valor regulado para el uso de RAN para la provisión del servicio de datos se identificó pertinente fijar una senda, con cuatro valores decrecientes, que inicia en enero de 2023 y termina en mayo de 2025, con reducciones relativas iguales frente al periodo previo. En lo que corresponde a los valores regulados para el acceso OMR, se consideró pertinente otorgar un periodo de transición, no inferior a un año, para que los operadores móviles virtuales contaran con el tiempo suficiente para adaptarse al cambio regulatorio.

(...)

Frente a la remuneración del acceso OMR, la CRC establece un tope tarifario, buscando una mayor libertad de negociación entre las partes y a su vez, remunerar las redes de los OMR de acuerdo con los principios regulatorios y legales aplicables. Adicionalmente, la Comisión señaló que esta disposición entra en vigor en enero de 2024, para que los operadores cuenten con el tiempo suficiente para adaptarse al cambio regulatorio. Sin embargo, para el caso de la remuneración del tráfico de SMS por parte de los OMR, el valor actualizado aplica desde la fecha de publicación de la presente resolución, para lo cual se incluye un artículo transitorio. Lo anterior, con el fin de que este valor esté acorde con la entrada en vigencia de los cargos de acceso de terminación de SMS."

De esta manera, si bien la Comisión publicó una propuesta regulatoria que no es igual a la decisión adoptada mediante Resolución CRC 7007 de 2022, lo cierto es que esta última presentó algunos ajustes considerando los comentarios u observaciones de los diferentes agentes del sector, incluidos los propios OMV. Tal circunstancia, como se ha indicado, no vulnera los principios de transparencia, publicidad y participación de los OMV ni de ningún agente de valor. Es de destacar que, en su momento, los OMV y los OMR manifestaron no estar de acuerdo con la propuesta regulatoria y brindaron información adicional, por lo que la CRC analizó sus planteamientos y procedió a reformular la propuesta inicial.

En línea con lo mencionado, y puntualmente respecto de los argumentos del peticionario relacionados con la supuesta falta de sustento técnico de la medida contenida en el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022, así como la falta de inclusión de esa medida como una de las alternativas regulatorias de los documentos publicados, la CRC reitera que todo el análisis realizado consta en los documentos del proyecto regulatorio que desembocó en la expedición de dicho acto, como lo son, el de formulación del problema, el documento soporte, la decisión regulatoria y el documento de respuesta a comentarios, entre otros. Adicionalmente, se reitera que la decisión adoptada surgió a partir de los análisis realizados por la CRC y de los comentarios del sector, todos publicados por la entidad, por lo que no existe ninguna vulneración a los principios constitucionales objeto de discusión de ningún OMV ni de ningún otro sujeto.

Finalmente, respecto de la afirmación del peticionario referida a que lo relacionado con el reconocimiento del diferencial entre la tarifa RAN de acceso OMV y de acceso RAN del OMR tampoco fue publicado con anterioridad a la expedición de la Resolución CRC 7007 de 2022, resulta oportuno precisar que en la propuesta regulatoria y en el documento soporte correspondiente, documentos publicados para comentarios del sector, consta la inclusión de esta medida. Al respecto, la Comisión señaló lo siguiente:

*"Que teniendo en cuenta las solicitudes de aclaración sobre el alcance de la obligación que tienen los proveedores de red móviles de proveer acceso OMV, la CRC consideró pertinente, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4.16.1.1. de la Resolución CRC 5050 de 2016 y en el numeral 4.16.1.2.3 del artículo 4.16.1.2 de la misma Resolución, precisar la obligación del OMR de permitir al OMV hacer uso de la facilidad de RAN que tenga contratada con otros proveedores de red, **así como también el reconocimiento del OMV al OMR de los valores diferenciales que se podrían presentar entre el valor que paga por el uso de RAN el OMR y valor que recibe por concepto del acceso OMV.**"*
⁴⁷(Destacado fuera de texto).

3.3.2. Sobre la violación al debido proceso de los OMV

Teniendo en cuenta lo acreditado en el aparte 3.3.1 de esta resolución, es evidente que, dado que se garantizaron los principios constitucionales y legales de transparencia, publicidad y participación, por haberse agotado el procedimiento previsto en el Decreto 1078 de 2015 y en la Ley para la expedición de los actos administrativos de carácter general, abrir espacios de consultas y analizar cada uno de los comentarios recibidos, también, bajo esa misma lógica, se ha garantizado el debido proceso de los OMV.

Debe subrayarse, en este punto, cuál es el contenido del que jurisprudencialmente se ha dotado al debido proceso en materia administrativa. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

*"5.3. Dentro de ese marco conceptual, la Corte se ha referido el debido proceso administrativo como "(i) **el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia***

⁴⁷ Propuesta regulatoria disponible en https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-2/Propuestas/proy_res_remuneracion.pdf

de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal⁴⁸. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"⁴⁹

5.4. Así entendido, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a "actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción"^{50 51} (NFT)

En este orden de ideas, es claro que las autoridades deben garantizar los siguientes derechos respecto de los particulares a los que se dirigen sus decisiones: **(i)** a ser oídos en el trámite de la actuación administrativa en curso; **(ii)** a la notificación o publicidad del acto administrativo bajo el cumplimiento de los preceptos legales; **(iii)** a un trámite administrativo sin dilaciones; **(iv)** a permitir la participación desde el principio de la actuación; **(v)** a que la actuación se adelante ante el funcionario competente y bajo el cumplimiento de las disposiciones legales; **(vi)** a gozar de la presunción de inocencia; **(vii)** al ejercicio del derecho de defensa y contradicción; **(viii)** a solicitar, aportar y controvertir las pruebas que sean necesarias; y, **(ix)** a impugnar las decisiones y promover las acciones pertinentes para solicitar la nulidad por la vulneración del debido proceso⁵².

Tal como se ha descrito, la CRC permitió la participación de los OMV en desarrollo del proyecto regulatorio que dio lugar a la expedición de la Resolución CRC 7007 de 2022, a tal punto que estos agentes presentaron comentarios en las diferentes etapas previstas para el efecto, inclusive desde la etapa de formulación del problema⁵³. Adicionalmente, la Comisión abrió espacios de discusión y participación como el conversatorio llevado a cabo en la Universidad Externado de Colombia y la reunión del 9 de noviembre de 2022. Por su parte, la CRC publicó la propuesta regulatoria con la antelación exigida en el procedimiento establecido en el Decreto 1078 de 2015 y la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019 y respondió los comentarios y observaciones recibidas. Adicionalmente, solicitó información a los involucrados.

Agotado el procedimiento correspondiente, el 15 de diciembre de 2022, la CRC publicó la Resolución CRC 7007 de 2022 en el Diario Oficial, en la que consta que esta entidad es la competente para expedir dicho acto administrativo⁵⁴. Es de aclarar que, en todo caso, la competencia de la Comisión para regular lo referente a la remuneración por el acceso a las redes móviles bajo la figura de OMV, no es un aspecto que el peticionario haya cuestionado.

Así pues, cabe precisar, a la luz de la jurisprudencia en cita, que el contenido del debido proceso en materia administrativa no refleja regla alguna que se haya omitido por parte de esta entidad y según la cual la Comisión deba resolver favorablemente la petición planteada por el señor **JAIME ANDRÉS PLAZA FERNÁNDEZ**. Tampoco resulta factible sostener, como lo hace el peticionario, que durante el trámite del proyecto regulatorio que dio lugar a la expedición de la Resolución CRC 7007 de 2022, la Comisión haya vulnerado los derechos al debido proceso y de defensa de los OMV, pues como se ha mencionado, lo cierto es que esta entidad garantizó en debida forma su participación al abrir espacios de

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-796 de 2006.

⁴⁹ Sentencia ibidem.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-653 de 2006.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-980 de 2010.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 de 2019.

⁵³ Disponibles en <https://www.crcom.gov.co/es/proyectos-regulatorios/2000-38-3-2>

⁵⁴ Página 1 y 2 de la Resolución CRC 7007 de 2022.

consulta y hacer las publicaciones en las condiciones previstas en el Decreto 1078 de 2018 y en la Ley , así como, al justificar y sustentar suficientemente la decisión adoptada.

Cuestión distinta es que el solicitante manifiesta una inconformidad con el contenido y alcance de la medida contenida en el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022, lo cual en sí mismo no configura la causal prevista en el numeral 1 del artículo 93 del CPACA, referente a la manifiesta oposición a la Constitución y a la Ley.

3.3.3. Sobre el principio y derecho a la libre competencia, así como, sobre las normas que prohíben prácticas competitivas

El derecho y principio a la libre competencia económica ha sido definido por el Consejo de Estado en sus diferentes pronunciamientos, desde una perspectiva particular⁵⁵, como una atribución propia del agente económico que participa en el mercado, y desde una perspectiva pública⁵⁶, como el derecho que propugna por la defensa del mercado, de la libertad de oferta y demanda en sí, con los límites y restricciones correspondientes a la iniciativa particular. Por su parte, la Corte Constitucional⁵⁷, al determinar el alcance del artículo 333 de la Constitución Política de conformidad con el artículo 13 de la misma, acentúa el hecho de que todos aquellos con interés en acudir a un mercado, se encuentran en igualdad de condiciones, proscribiéndose, en consecuencia, prácticas o actuaciones que puedan generar desigualdad o que puedan beneficiar de manera injustificada y desleal a uno de los actores del mercado en detrimento de otros, por lo que dicha instancia ha señalado que la libre y leal competencia es la garantía de la igualdad jurídica entre los competidores⁵⁸.

Según la jurisprudencia constitucional⁵⁹, esta libertad comprende al menos las siguientes tres prerrogativas: *"(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros"*.

De esta manera, la promoción de la competencia no se circunscribe únicamente a garantizar la concurrencia de diferentes agentes en un mercado sino al establecimiento de condiciones, pautas o reglas generales que permitan propiciar la existencia de mercados libres⁶⁰; de ahí que las autoridades administrativas no busquen solamente –a través de sus

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Bogotá, D.C., 24 de agosto de 2001, Radicación: 54001-23-31-000-2000-1749-01(AP-124), Actor: Orlando Rueda Vera; demandado: Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta y otros, C.P. Darío Quiñónez Pinilla. *"La libre competencia económica es la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, con libertad de decidir cuándo entrar y salir de un mercado" sin que exista nadie que pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio"*.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Bogotá, D.C., 22 de septiembre de 2005, Radicación: 66001-23-31-000-2003-00452-01(AP), Actor: Asociación de Empresas de Transporte Urbano – Asemu y otros; C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. *"La libre competencia económica ha de entenderse no en un sentido absoluto o total sino atemperado o enmarcado dentro de los límites del bien común, de la prevalencia del interés colectivo o general, y de los principios de proporcionalidad y racionalidad"*.

⁵⁷ Sobre la noción de libre competencia la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones entre otras, con las siguientes sentencias: Sentencia C-623 de 2004, Sentencia C-516 de 2004, Sentencia C-1035 de 2003, Sentencia C-654 de 2003, Sentencia C-150 de 2003, Sentencia C-815 de 2001, Sentencia C-1262 de 2000, Sentencia SU-182 de 1998.

⁵⁸ Ibidem

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535/97: *"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados. La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundando en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas*

medidas— aumentar el número de agentes de un mercado, sino generar condiciones que permitan una completa y efectiva participación en este.

En este contexto, es de señalar que la presunta vulneración manifiesta del principio o derecho de libre competencia planteada por el solicitante, no se basa en la estricta confrontación de los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022 y las normas que fundamentan la libre competencia, sino en supuestos o hipótesis que impiden identificar una ostensible vulneración de dicho principio, los cuales se sintetizan de la siguiente manera: **(i)** los OMR no llevarán a cabo los procesos de negociación previstos por la CRC, sino que se sujetarán a las tarifas reguladas; **(ii)** los OMR terminarán los contratos vigentes con los OMV para aplicar la tarifa regulada y si estos contratos no se terminan, los nuevos contratos que suscriban con los OMV se sujetarán a la tarifa regulada; **(iii)** los OMV aumentarán los precios a sus usuarios finales como consecuencia de la Resolución CRC 7007 de 2022; y, **(iv)** los OMV saldrán del mercado.

Si bien, el peticionario en su solicitud refiere al artículo 46 del Decreto 2153 de 1992⁶¹, modificado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009⁶², la supuesta afectación a la sana dinámica de formación de las tarifas finales a los usuarios y la consecuente, restricción de la competencia que enuncia, se sustenta en la supuesta falta de flexibilidad de las negociaciones entre los OMR y los OMV que implica que se deba acoger —en todo momento— la tarifa dispuesta mediante el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022.

Sobre el particular, resulta oportuno precisar que el legislador le otorgó a la Comisión facultades para promover la competencia, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios. Aunado a lo anterior, el legislador también le otorgó a la CRC la facultad para expedir toda la regulación de carácter general y particular referida al *“régimen de competencia, los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y el acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión; así como la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo; el régimen de acceso y uso de redes (...); y en materia de solución de controversias”*⁶³ y para *“regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, hacia una regulación por mercados”*⁶⁴.

De esta manera, la labor regulatoria de esta Comisión tiene como objetivo promover la inversión y la calidad de los servicios, proteger a los usuarios, garantizar la simplificación regulatoria, la neutralidad de la red, e incentivar la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019⁶⁵. Así pues, la CRC está facultada para regular diferentes aspectos de los mercados de los servicios de comunicaciones sin tener que esperar necesariamente a que se presente un *“problema de competencia”* que requiera su intervención, como lo insinúa el peticionario.

A partir de lo descrito, es de recordar que, en ejercicio de sus facultades, la CRC revisó las condiciones de remuneración mayoristas en garantía de los principios de remuneración definidos en la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, y en la misma regulación, circunstancia que conlleva establecer un mercado en el que las reglas de juego

innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores”.

⁶¹ Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”.

⁶² Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

⁶³ Numeral 3 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019.

⁶⁴ Numeral 4 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019.

⁶⁵ Tercer inciso del artículo 19 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 15 de la Ley 1978 de 2019.

no otorguen ventajas en favor de uno o varios agentes en perjuicio de los demás, y por lo tanto, se maximice el bienestar de los usuarios de los servicios de comunicaciones.

Tal como consta en los documentos publicados a lo largo del proyecto regulatorio, la CRC orientó la remuneración mayorista a costos eficientes más utilidad razonable pues la regla definida en la regulación –hasta antes de la entrada en vigor del artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022– para la remuneración por parte de los OMV a los OMR por el acceso para los servicios de voz y datos se encuentra establecida en función del Ingreso Promedio de estos últimos. Así, se aplicaba la regla del *minus* (descuento entre el 23% y hasta el 30% dependiendo del tráfico cursado por el OMV) a ese Ingreso Promedio. De esta manera, la tarifa establecida mediante el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022 no se fijó por debajo de costos eficientes, sino que fue fruto de la actualización de un modelo de costos que ha venido siendo usado por la Comisión.

Al respecto, es de recordar que la CRC actualizó el modelo de costos de redes móviles publicado en 2017⁶⁶, a través del diseño y simulación de la red eficiente de una empresa que ofrece servicios móviles, para manejar los tráficos provenientes de otros proveedores de telecomunicaciones, desagregando los elementos de red utilizados por cada uno de ellos, y teniendo en cuenta la infraestructura de acceso, transmisión, red núcleo, entre otras, e inversiones administrativas, necesarias para el funcionamiento de la red móvil en las zonas de cobertura en el territorio nacional y que soporte el tráfico demandado, así como los recursos humanos y la operación de la empresa. Por consiguiente, dentro de esta actualización se tuvieron en cuenta diferentes aspectos en la oferta de tecnología de la red de acceso, así como la información del mercado.

Así mismo, la CRC también tuvo en cuenta que la fórmula tarifaria a revisar para determinar el precio tope del acceso OMV no discriminaba por categoría de operador⁶⁷, es decir que tal tope aplicaba por igual para un OMV que provee poca o nula infraestructura de red de núcleo como para un OMV que cuente con toda esa infraestructura. De esta manera, los potenciales OMV que fueran ingresar al mercado no encontraban suficientes incentivos en la regulación para formular un plan de negocio diferente al OMV Revendedor, por lo que, la CRC consideró que, dada la dinamicidad del mercado en los últimos años era posible crear estímulos para que los potenciales OMV que quisieran ingresar al mercado realizaran inversión en infraestructura de núcleo de red, de tal manera que tuvieran menor dependencia del OMR a la que tiene un OMV revendedor o comercializador puro, y así, pudieran ejercer una efectiva presión competitiva en el nicho de mercado que pretendan atender.

Como consecuencia de la actualización, la CRC fijó los esquemas de remuneración correspondientes basados –siempre– en costos eficientes. Para el caso de los OMV y OMR, la CRC dio prevalencia a la libre negociación entre las partes, priorizando precisamente la voluntad de estas, por lo que la aplicación de los valores regulados solo se presentará en los casos en que dichas partes no lleguen a ningún acuerdo. En otras palabras, previo a la aplicación de los valores regulados, las partes deberán adelantar o agotar estrictamente un proceso de negociación.

Bajo este entendido, la actuación de la CRC se orientó a garantizar justamente la libre competencia, al evitar la estructuración de situaciones que favorecieran a unos pocos agentes en detrimento de otros y al otorgar incentivos para permitir la entrada al mercado de otras categorías de OMV, todo sustentado en un análisis de costos eficientes.

De cualquier modo, es de precisar que si bien las tarifas minoristas dependen de las mayoristas, la prevalencia a la libre negociación con un tope tarifario –a partir de lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022– permitirá que los OMV

⁶⁶ Dicho modelo puede consultarse en la web de la CRC en <https://crcm.gov.co/es/proyectos-regulatorios/2000-38-3-2>

⁶⁷ La Resolución CRC 5108 de 2017 incorporó algunas categorías de OMV que se definen en el Título I de la Resolución CRC 5050 de 2016: OMV revendedor, OMV completo y OMV híbrido.

puedan llegar a diferentes acuerdos con los OMR, por lo que, cada operador, según el modelo de negocio que desarrolle, podrá continuar conformando libremente su oferta comercial, esto es, fijando sus tarifas conforme a la sana dinámica del mercado. En este sentido, no puede señalarse que la modificación incluida en el artículo mencionado implique –de plano– una limitación a los OMV para la fijación de tarifas minoristas. En todo caso, cualquier aumento de esas tarifas que se llegue a presentar con posterioridad a la entrada en vigor del artículo 5 cuya revocatoria se solicita, no podría atribuírsele a la decisión adoptada por la CRC, pues esta Entidad –reitera– está privilegiando la libre negociación. Adicionalmente, al regulador no le corresponde viabilizar un negocio en particular, sino disponer de reglas puntuales para que los diferentes agentes del mercado compitan adecuadamente.

A partir de todo lo mencionado, la decisión adoptada mediante la disposición contenida en el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022, no reduce la posibilidad de concurrir al mercado, ya que se dio preponderancia a la libre negociación y se garantizó la remuneración a costos eficientes para que –se reitera– los OMV que quieran ingresar al mercado realicen inversión en infraestructura y puedan ejercer una efectiva presión competitiva en el nicho de mercado que pretendan atender. De no haberse puesto ese límite con el valor regulado, los OMR hubieran podido cobrar cualquier monto –superior al valor establecido por la CRC– a los OMV por concepto de remuneración. Adicionalmente, la medida mencionada tampoco limita la posibilidad de ofrecer condiciones y ventajas comerciales que los OMV estimen oportunas, ni les limita la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario, ya que estos agentes son libres de estructurar su modelo de negocio según las condiciones existentes en el mercado en el que participan pues, como se ha señalado, los OMR están obligados a abrir espacios de negociación con los OMV en los que reconozcan la dinámica del mercado y sólo en el caso de no lograrse un acuerdo, podrán aplicar los valores establecidos en la regulación, que son eficientes según la actualización de un modelo de costos para la remuneración de redes móviles.

De esta manera, esta Comisión no contrarió ninguna de las tres prerrogativas que comprende el principio y derecho a la libre competencia, definidas por la Corte Constitucional; de ahí que no haya lugar a señalar que la decisión adoptada mediante los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022, vulnera ese derecho y principio.

En todo caso, es de resaltar que el peticionario no probó ninguna vulneración al derecho de la libre competencia, y únicamente planteó sus inconformidades con la decisión adoptada por la CRC, las cuales de ninguna manera demuestran una manifiesta u ostensible afectación del principio de libre competencia. Tal como se señaló, los parámetros objetivos definidos en el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022 para la remuneración por el acceso a las redes móviles bajo la figura de operación móvil, no impiden o afectan la posibilidad de los OMV o interesados en concurrir al mercado, ni coarta la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que le son inherentes. Por el contrario, la CRC establece condiciones que permiten que los agentes económicos disputen de manera libre e igual la preferencia de los consumidores o usuarios y así garantizar a la comunidad los beneficios que se derivan de un mercado competitivo.

Finalmente, frente a las supuestas conductas anticompetitivas que se presentaran con posterioridad a la entrada en vigor de la referida medida, debe señalarse que cuando algún OMR obre anticompetitivamente en el mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles, se deberá informar lo correspondiente a la Superintendencia de Industria y Comercio, que en ejercicio de sus funciones indagará si la conducta de los OMR supone una práctica restrictiva de la competencia.

A partir de lo expuesto, para la CRC es claro que no se configura la causal 1 del artículo 93 del CPACA, por lo que no hay lugar a revocar los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022 con fundamento en la referida causal.

3.4. Los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022 no atentan contra el interés público o social

El numeral 2 del artículo 93 del CPACA dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

[...]

2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.

[...]".

Frente a la causal establecida en el numeral 2 del artículo 93 del CPACA, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que la misma hace referencia a que el acto administrativo en cuestión no consulte o contraríe los intereses generales, así:

*"El principio de interés público o interés general ha de ser el objetivo que anime siempre la actividad de la administración; por lo tanto los actos que lo lesionen o simplemente no armonicen con él, deben ser revocados"⁶⁸. Por su parte, la doctrina ha precisado que dicha causal se configura *cuando no están conformes con el interés público o social o atenten contra él*". Esta causal se concreta en que el acto administrativo deja satisfacer el interés general como consecuencia de la verificación de cambios en las condiciones en las circunstancias de hecho o de derecho, o de cambios en las interpretaciones de las mismas. En este numeral se consagra, entonces, la revocación por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia. Al respecto debe señalarse, además, que esta causal será aplicable únicamente respecto de los actos administrativos discrecionales, pues en relación con los actos administrativos reglados, según la jurisprudencia, en cambio de circunstancia no permite la revocación sino que da lugar a la pérdida de ejecutoria de los mismos"⁶⁹.*

Al respecto, el señor **JAIME ANDRÉS PLAZA FERNÁNDEZ** señala que las medidas adoptadas por la Comisión a través de los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022 afectarán a los usuarios, ya que verán aumentos de precios en los servicios y dejarán de contar con diferentes ofertas de servicios, pues los OMV estarán obligados a subir sus tarifas minoristas y posiblemente saldrán del mercado. Adicionalmente, el peticionario manifiesta que el acto administrativo en comento es contrario a las políticas del Gobierno Nacional relacionadas con conectividad y acceso a Internet.

Sobre el particular, es necesario recordar que, conforme a lo establecido por la Corte Constitucional, el derecho a la libre competencia supone también una garantía para los consumidores o usuarios, quienes en virtud de esa libertad pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros⁷⁰.

De esta manera, como se ha planteado a lo largo del presente acto administrativo, teniendo en cuenta que las medidas adoptadas en la Resolución CRC 7007 de 2022 se encuentran

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, mediante sentencia proferida el 13 de mayo de 2009 dentro del radicado número 25000-23-26-000-1998-01286-01(27422).

⁶⁹ José Luis Benavides, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, comentado y concordado. Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Página 215.

⁷⁰CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-032 de 2017.

debidamente sustentadas, y contrario a lo manifestado por el solicitante, las mismas buscan promover la competencia, no puede afirmarse que exista o se presente una afectación de los usuarios. De hecho, la CRC, en ejercicio de sus funciones, está garantizando que la remuneración mayorista se sustente en costos eficientes, y que existan o participen múltiples agentes en el mercado.

Esto, sumado al hecho de que el peticionario no aportó prueba alguna de sus afirmaciones, en tanto sustentó este cargo en consideraciones futuras relacionadas con un supuesto aumento en los precios y la salida del mercado de los OMV como una consecuencia "previsible" de los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022, aspecto que hace que no se evidencie la supuesta afectación al interés público o social como supuesto de revocación de lo allí decidido por este regulador. En todo caso, no debe perderse de vista, que como se ha mencionado, el último paso en la aplicación del AIN es la evaluación *ex post*, cuyo objetivo es analizar los resultados observados de las decisiones regulatorias y compararlos con los objetivos esperados, tanto para aquellos casos en los que la decisión regulatoria fue expedir una medida, como en los que se decide no intervenir. A partir de lo anterior, la CRC podrá realizar dos tipos de evaluaciones: de impacto o de seguimiento de resultados. Estas últimas se basan en métodos cuantitativos y cualitativos que buscan, como bien indica su nombre, realizar un seguimiento de variables o indicadores de interés que pretendían ser afectados por la decisión regulatoria⁷¹.

El análisis *ex post* ya mencionado, traerá consigo, entre otras cosas, el respectivo seguimiento a la implementación de las medidas adoptadas en la Resolución CRC 7007 de 2022 en lo concerniente a la remuneración para la Operación Móvil Virtual, de cara a la salvaguarda de los derechos y principios que debe garantizar la regulación de la Comisión, dentro de estos el de la promoción de la libre competencia.

Ahora bien, frente a la supuesta contradicción de las políticas de conectividad y acceso a Internet, es importante traer a colación que la medida adoptada mediante la Resolución CRC 7007 de 2022 busca generar incentivos a la eficiencia y a la modernización de redes, circunstancia que a todas luces se encuentra alineada con las políticas del Gobierno actual.

Es de recordar que la medida prevista mediante el artículo 5 de la Resolución CRC 7007 de 2022 buscó establecer incentivos para que surjan nuevos modelos de negocio por parte de los OMV, dado que las condiciones actuales de remuneración por parte de estos agentes para la prestación de sus servicios podían generar dificultades para que en Colombia se desarrollaran nuevos modelos de negocio, como son por ejemplo los OMV completos, los cuales tienen menos dependencia del su OMR dado que usan menos elementos de red de este. De esta manera, contrario a la supuesta salida del mercado de algunos OMV, lo que generará o promoverá la medida en comento es que participen más agentes y, por lo tanto, se maximice el bienestar social de los usuarios.

Si bien, la Resolución CRC 5050 de 2016 establece diferentes categorías de OMV⁷², lo cierto es que a la fecha en su mayoría estos operadores son OMV revendedores, labor en la que su operación depende totalmente de los operadores de red sin necesidad de incurrir en inversiones por desplegar su red. En todo caso, es de señalar que en desarrollo del proyecto regulatorio que dio lugar a la expedición de la Resolución CRC 7007 de 2022, se actualizaron los valores de remuneración teniendo en cuenta las dinámicas de los mercados de servicios móviles y su evolución tecnológica.

Por todo lo anterior, contrario a lo manifestado por el peticionario, las disposiciones contenidas en los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022 están conformes al interés público y social.

⁷¹ Disponible en <https://www.crcom.gov.co/sites/default/files/webcrc/noticias/documents/documento-politica-mejora-regulatoria-crc.pdf>

⁷² Revendedor, Híbrido, Completo y Facilitador o Agregador, los cuales se diferencian según la desagregación de la red del OMR.

Corolario de todo lo expuesto en este acto administrativo es que la Comisión no identifica la configuración de ninguna de las causales que invocó el peticionario a fin de solicitar la revocatoria directa de la Resolución CRC 7007 de 2022, motivo por el cual esta petición ha de ser negada.

La presente resolución fue aprobada en el Comité de Comisionados de la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la CRC del 7 de junio de 2023, según consta en el Acta No. 1414. Así mismo, el presente acto administrativo fue aprobado por la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la CRC en Sesión realizada el 14 de junio de 2023, según consta en el Acta No. 447.

Que, en virtud de lo expuesto,

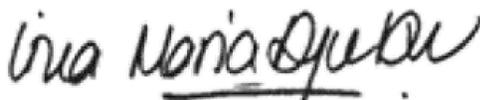
RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. No acceder a la solicitud elevada por el señor **JAIME ANDRÉS PLAZA FERNÁNDEZ**, en calidad de interesado, consistente en revocar los artículos 5, 11 y 12 de la Resolución CRC 7007 de 2022.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar personalmente la presente resolución al señor **JAIME ANDRÉS PLAZA FERNÁNDEZ**, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno, según lo establecido en el artículo 95 de la misma codificación.

Dada en Bogotá D.C. a los 16 días del mes de junio de 2023.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



LINA MARÍA DUQUE DEL VECCHIO
Presidente



NICOLÁS SILVA CORTÉS
Director Ejecutivo

C.C.C. 07/06/2023 Acta 1414
S.C.C. 14/06/2023 Acta 447

Revisado por: Víctor Andrés Sandoval Peña – Coordinador de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias
Alejandra Arenas Pinto – Coordinadora de Política Regulatoria y Competencia
Elaborado por: Adriana Barbosa