



Bogotá, D.C., Noviembre 28 de 2014

Doctor

**JUAN MANUEL WILCHES**

Director Ejecutivo

**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES - CRC**

Calle 59ª Bis No. 5 – 53 Edificio Link Siete Sesenta Pisos 8, 9 y 10.

Ciudad

**Ref.: Comentarios al Proyecto de Resolución “Por la cual se modifican la Resolución CRT 1763 de 2007, la Resolución CRC 3136 de 2011 y la Resolución CRC 4112 de 2013” y al Documento Soporte “Revisión de cargos de acceso de las redes móviles” publicado por la CRC el 14 de noviembre de 2014.**

Respetado doctor Wilches:

Dentro del plazo establecido por la Comisión, de manera atenta procedemos a presentar comentarios al documento soporte y al proyecto de resolución publicados el pasado 14 de noviembre de 2014 (en adelante “La Propuesta”).

En primer lugar, debemos reiterar que cualquier modificación de las condiciones particulares impuestas a COMCEL en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* denominado “Voz Saliente Móvil”, debe adelantarse en una actuación administrativa de carácter particular y concreto, garantizando los derechos de defensa, debido proceso y contradicción, con fundamento en los análisis regulatorios pertinentes que muestren el efecto de las medidas adoptadas en el mercado relevante y justifiquen la necesidad de levantarlas, modificarlas o mantenerlas.

Dicho lo anterior, queremos dejar claramente establecido que las consideraciones tanto técnicas como jurídicas aquí expuestas frente a la posible extensión de la asimetría de cargos de acceso entre los proveedores móviles establecidos no puede ser entendida por la CRC como el ejercicio por parte de COMCEL de los derechos fundamentales de defensa, debido proceso y contradicción, pues a todas luces estos derechos estarían siendo conculcados por esa entidad a COMCEL en caso de pretender modificar las condiciones particulares impuestas, sin adelantar la respectiva actuación administrativa de carácter particular y concreto.

**1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y REGULATORIAS EN RELACIÓN CON LA ASIMETRÍA DE CARGOS DE ACCESO ENTRE LOS OPERADORES ESTABLECIDOS.**

**1.1. Vulneración de los derechos fundamentales de COMCEL del debido proceso, de la defensa y de la contradicción.**

Debemos dejar constancia que en dos oportunidades COMCEL solicitó formalmente a la CRC<sup>1</sup>, en ejercicio del derecho de petición, confirmación sobre el alcance del proyecto regulatorio publicado el 14 de noviembre del presente año, con el fin de tener certeza de si el mismo proponía la ampliación de los cargos asimétricos

---

<sup>1</sup> Radicados 201434771 y 201434846

contemplados en las medidas particulares adoptadas mediante las Resoluciones CRC 4002 y 4050, o si la asimetría contemplada en dichas resoluciones terminará a partir de enero de 2015; lo anterior, con el fin de poder presentar comentarios con pleno conocimiento de la regulación propuesta;

No obstante lo indicado, la CRC de manera reiterada omitió solucionar la inquietud planteada y negó la extensión del plazo para presentar comentarios, impidiendo a COMCEL conocer el alcance del proyecto, limitando su derecho a presentar comentarios informados sobre la propuesta y en general afectando su derecho a participar debidamente informada en la propuesta regulatoria presentada<sup>2</sup>. Como se manifestó en las comunicaciones acompañadas, la conducta de la CRC antes descrita se aparta de los principios de debido proceso, buena fe y transparencia que deben gobernar toda actuación administrativa.

Dejamos la anterior constancia, para los efectos que en derecho correspondan y ante la renuencia de la CRC en solucionar las inquietudes presentadas, procedemos a realizar las siguientes consideraciones jurídicas referidas a la improcedencia de alterar o extender, mediante una regulación de carácter general, las condiciones de asimetría en cargos de acceso impuesta a COMCEL a través de las Resoluciones particulares 4002 y 4050 de 2012:

La Resolución CRC 4002 de 2012 estableció medidas particulares respecto del proveedor de redes y servicios con posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* denominado "Voz Saliente Móvil" COMCEL S.A. En su parte considerativa dicha resolución dispuso:

*"Con esta medida mayorista, la CRC espera mitigar las externalidades de red mediadas por la tarifa (tariff-mediated network externalities) a través de la mayor contestabilidad de las ofertas, conllevando a mayores niveles de competencia, **por lo que esta Comisión considera pertinente que, en el año 2015, año en el cual se termina la senda definitiva en la Resolución CRC 3136 de 2011, se igualen los cargos de acceso pagados por TELEFONICA y TIGO a COMCEL y aquellos cargos que debe pagar COMCEL a dichos proveedores***<sup>3</sup>."

(...)

*"Sin embargo, se reitera que el objetivo del esquema propuesto por la CRC en la presente actuación administrativa se basa en los costos de un proveedor eficiente **por cuanto el cargo regulado llegaría a un único valor para el mercado en el año 2015, para todos los proveedores***<sup>4</sup>."

Es decir, en el acto administrativo particular mediante el cual la Comisión le impuso una medida particular a COMCEL, claramente delimitó el alcance de la asimetría de los cargos de acceso la cual termina en enero de 2015.

Debe advertirse igualmente que dicha Resolución definió de manera cierta, particular y concreta el valor de cargo de acceso que, en ejecución de la medida particular, debía ofrecer COMCEL a los demás operadores, así:



<sup>2</sup> Así, por ejemplo, COMCEL no ha podido conocer a fondo los estudios que demuestren que la medida regulatoria propuesta cumple con los requisitos que exige el literal b del artículo 30 de la Decisión 462 de la Comunidad Andina, al exigir que los cargos de interconexión estén orientados a costos y tengan en cuenta la viabilidad económica de su implementación.

<sup>3</sup> Resolución CRC 4002/2012, p 83

<sup>4</sup> Resolución CRC 4002/2012, p 87

**"ARTICULO PRIMERO.** A partir del 1° de enero de 2013, el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL deberá ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles por lo menos los siguientes dos esquemas de cargos de acceso:

**Tabla de cargos de acceso**

<b>Cargos de Acceso</b>	<b>01-ene-13</b>
<b>Uso (\$/minuto)</b>	<b>42,49</b>
<b>Capacidad (\$/E1)</b>	<b>21.040.878,07</b>

Estas fueron las condiciones particulares notificadas por CRC a COMCEL en la actuación particular y concreta, con base en las cuales este operador ejerció su derecho de defensa, interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRC 4002 de 2012 y solicitó la práctica de pruebas.

En su recurso de reposición COMCEL solicitó la revocatoria integral de la Resolución 4002/2012; en la Resolución CRC 4050/2012 mediante la cual se resolvió el recurso interpuesto, en lo que respecta a los cargos asimétricos la Comisión negó la solicitud presentada por COMCEL y extrañamente en la parte motiva anunció una "aclaración" del texto que nunca fue solicitada por COMCEL en su condición de único recurrentes.

No obstante haber indicado la CRC en la parte considerativa de la Resolución 4050 que procedería a "aclarar" el artículo primero de la Resolución 4002 sin que el recurrente lo hubiere solicitado, alejándose de los principios del derecho administrativo y de la técnica jurídica, en la parte resolutive de la misma procedió a "modificar" y no a "aclarar" el tantas veces citado artículo primero, incluyendo una referencia a la tabla 3 del artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007 o aquella que la modifique o sustituya.

En cualquier caso, la aclaración anunciada o modificación efectuada por la CRC no pueden hacer más gravosa la medida notificada a COMCEL mediante la Resolución CRC 4002, por lo que la mención de la tabla 3 del artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007, no varió ni el valor del cargo de acceso asimétrico que COMCEL debería ofrecer, ni el término de duración de la asimetría, respecto de lo señalado expresamente en la Resolución 4002 de 2012.

Por lo tanto, no puede ahora la CRC legítimamente pretender que la inclusión de la expresión "o aquella que la modifique o sustituya", adicionada por iniciativa de la CRC en el acto que resolvió un recurso de reposición negando la revocatoria solicitada, - el cual no es susceptible de recurso alguno -, le entregue carta blanca para modificar las obligaciones especiales y concretas impuestas a COMCEL, mediante la adopción en el futuro de un acto administrativo de carácter general que se traduciría automáticamente en la obligación de ofrecer un valor inferior al notificado a COMCEL en la actuación particular en la cual ejerció su derecho de defensa, ni por un plazo mayor al definido en la actuación particular.

Concretamente, el análisis de COMCEL para ejercer su defensa en la actuación particular, se basó en un valor de \$42,49 por minuto/\$21.040.878,07por Capacidad, a ser ofrecido desde enero de 2013 y hasta el 1 de enero de 2015

<sup>5</sup> "Ahora, no obsta, sin embargo, tener en cuenta que la medida tal como fue establecida en el artículo 1 de la resolución 4002 de 2012, puede ser confusa para el recurrente, en tanto define de manera cierta el valor del cargo de acceso sin hacer referencia al origen de cálculo del mismo, por ello, para garantizar la claridad y la extensión de la medida, esta comisión aclarará el artículo mencionado, indicando que a partir de la ejecutoria de la presente resolución, COMCEL deberá ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles por lo menos los dos esquemas de cargos de acceso correspondientes al valor final de la Tabla 3 del artículo 8° de la Resolución 1763 de 2007 modificado por el artículo 1° de la Resolución CRC 3136 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya." (SFT)

y nunca la autoridad le notificó otros valores como los ahora propuestos por CRC, ni tuvo conocimiento de la extensión de la medida más allá del 1 de enero de 2015, escenarios que evidentemente generan consecuencias económicas distintas a las conocidas y analizadas por COMCEL al momento de presentar su recurso de reposición.

De aceptarse un alcance distinto a la remisión incluida en la Resolución 4050, se abriría la posibilidad de que la autoridad de forma arbitraria modifique en el tiempo las obligaciones señaladas en un acto administrativo de carácter particular y los administrados enfrentarían una incertidumbre total frente a sus derechos y obligaciones, incompatible con los principios del debido proceso y defensa consagrados en la Constitución.

Por otra parte, por vía de una remisión a una regulación general, la CRC no puede desconocer o sustraerse de los procedimientos administrativos y las formas propias de cada clase de procedimiento. Es decir, no puede transformar el procedimiento propio de los actos administrativos particulares, como el que corresponde para modificar las Resoluciones 4002 y 4050, y las garantías que ofrece la ley al administrado, con la fórmula de remitirse a una Resolución de carácter general (la 1763) o aquella que la modifique o sustituya.

Ahora bien, si mediante el proyecto regulatorio de carácter general publicado para comentarios el pasado 14 de noviembre, la Comisión pretende por la puerta de atrás modificar las condiciones ciertas y específicas impuestas a COMCEL en virtud de la Resoluciones CRC 4002 y 4050 de 2012, desconocería el procedimiento para establecer una medida con efectos particulares, el cual conforme a lo dispuesto en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política, en los numerales 1 y 8 del artículo 3 y en los artículos 34 y siguientes el CPCA, exige garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del administrado.

En este sentido, corresponde a la CRC establecer con total claridad que el acto administrativo general bajo estudio, no puede alterar las condiciones de carácter particular ni puede vulnerar los derechos de COMCEL.

La extensión de los cargos asimétricos contemplados en los actos particulares mencionados, debe discutirse en el ámbito de una actuación administrativa particular, precedida del estudio pertinente sobre el mercado relevante y otorgando al particular plenas garantías para solicitar y controvertir las pruebas, ejercer los recursos que sean procedentes y en general ejercer su derecho a la defensa, principio cardinal de todas las actuaciones que rigen el derecho administrativo.

Por todo lo anteriormente expuesto, en caso que sea intención de la CRC alterar las condiciones particulares impuestas a COMCEL, mediante una regulación de carácter general, reiteramos los comentarios realizados en el escrito presentado 2 de septiembre de 2014, en el siguiente sentido:

Es condición ineludible de la administración pública, en este caso de la CRC que la preside el Ministro TIC, que existiendo en esta iniciativa regulatoria un particular que pueda resultar afectado en forma material y directa, la CRC inicie una actuación administrativa de carácter particular y concreto que justifique este trato diferente, pues no existe ninguna circunstancia que exima al regulador de observar y aplicar las normas y principios constitucionales y legales que garantizan nada menos que los derechos fundamentales de contradicción, incluidos los de defensa y debido proceso.

Desconocer lo anterior pondría en entredicho la procedibilidad y legalidad del acto administrativo que propone expedir la CRC en el corto plazo.

No es procedente que la CRC a través de Propuesta regulatoria pretenda alterar el alcance de un acto administrativo particular y concreto, mediante una disposición de carácter general y abstracto, que afectaría a un particular quien tiene derecho a controvertir lo dicho por la administración, a solicitar que se practiquen pruebas que estime conducentes y, en fin, a ejercer su derecho de defensa en el marco del debido proceso administrativo.

Pretender extender la senda de reducciones de los cargos de acceso hasta el 2017, dando aplicación anticipada únicamente a COMCEL, desconocería los principios del derecho administrativo según los cuales toda actuación administrativa iniciada de oficio y de la que se desprenda que hay particulares que puedan resultar afectados en forma directa, debe comunicarse a los potenciales afectados y permitirles ejercer el derecho de contradicción.

Publicar para comentarios un proyecto de regulación como el que pone a consideración la CRC no satisface los presupuestos constitucionales y legales exigidos en Código Contencioso Administrativo de comunicar el inicio de una actuación administrativa particular y concreta contra un particular como COMCEL. La publicación para comentarios satisface exclusivamente el requisito previsto en parágrafo del artículo 10 del Decreto 2696 de 2004, sin que esta publicación sustituya el mandato del artículo 28 del CPCA.

En este mismo sentido se reitera que el espacio para presentar comentarios no equivale a garantizar el derecho de defensa cuando se generan efectos particulares y concretos a un administrado y no reemplazan el derecho de contradicción y defensa que debe ser rigurosamente observado por parte de las autoridades administrativas. Esta irregularidad se acentúa si se toma en consideración que en dos ocasiones COMCEL solicitó a la CRC confirmar el alcance de la propuesta regulatoria con el fin de tener certeza a efectos de presentar comentarios pertinentes, omitiendo la autoridad solucionar la inquietud planteada, apartándose de los principios de debido proceso, buena fe y transparencia que deben gobernar toda actuación administrativa.

Sobre el particular, consideramos pertinente reiterar que pretender adoptar o modificar una condición jurídica de carácter particular y concreto, sin la observancia plena de las normas que regulan la adopción de este tipo de decisiones, puede configurar una vía de hecho, que, a sabiendas, causaría un perjuicio irremediable, grave e inminente a COMCEL. Ante la negativa de la CRC en responder las inquietudes planteadas por COMCEL respecto del alcance de la propuesta, aprovechamos nuevamente este espacio para, respetuosamente llamar la atención de los funcionarios públicos que deben evaluar la Propuesta regulatoria y los comentarios recibidos, respecto del deber de observar cabalmente las normas constitucionales y legales que garantizan el derecho de defensa y el debido proceso, incluyendo las disposiciones administrativas que regulan las actuaciones de carácter particular y concreto, advirtiendo desde ya que si el Proyecto Regulatorio que se pretende expedir altera las condiciones particulares contenidas en las resoluciones 4002 y 4050 tantas veces mencionadas, podría resultar en una desviación de poder, que generaría un perjuicio irremediable para COMCEL y un beneficio ilegítimo para sus competidores, y en mayor medida para el operador en el que el Estado tiene una relevante participación accionaria.

En virtud de lo anterior, reiteramos que cualquier iniciativa orientada a modificar las actuaciones administrativas particulares contenidas en las Resoluciones 4002 y 4050 de 2012, debe regirse por las normas anteriormente descritas, las contenidas en la Ley 1341 de 2009, y el Código Contencioso Administrativo, garantizando el derecho de defensa y el debido proceso.

 Por las razones mencionadas, se rechaza de plano cualquier objetivo de la CRC de extender la asimetría en los cargos de acceso, a través de un acto administrativo general y sin plena observancia de las normas constitucionales y legales sobre el particular. En consecuencia, solicitamos a la Comisión que en la parte resolutoria de la resolución

de carácter general que se propone adoptar, establezca un párrafo en el que indique expresamente que a partir del 1 de enero de 2015 terminan los cargos asimétricos entre los operadores establecidos y que por tanto la resolución en comento no conlleva una extensión de los cargos asimétricos contemplados en la Resoluciones CRC 4002 y 4050 de 2012.

Se anexan al presente documento para que obren también como comentarios dentro de la actuación administrativa general, los conceptos jurídicos firmados por abogados de reconocida experiencia en la rama del derecho administrativo, en los cuales, entre otros, se llama la atención de los funcionarios públicos que deben evaluar la propuesta bajo estudio, sobre el procedimiento que debe respetarse respecto de las medidas particulares aplicables a COMCEL, recordando que cualquier modificación debe realizarse en el marco de una actuación administrativa de carácter particular garantizando a COMCEL el ejercicio del derecho de contradicción y defensa, pues de lo contrario se estarían apartando abiertamente del cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que rigen las actuaciones administrativas.

Adicionalmente se solicita a la Comisión que conforme lo prevé el Decreto 2696 de 2004, en el Documento de Respuesta Comentarios se pronuncie expresamente y de manera individual sobre cada uno de los argumentos jurídicos expresados en los conceptos legales anexos:

1. Dr. Gustavo Tamayo Arango de la firma Lloreda Camacho & Co. Abogados.
2. Dr. Jaime Cordoba Triviño de la firma J. Córdoba Abogados SAS
3. Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla de la firma Arrieta, Mantilla y Asociados

## 1.2. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS – OCDE

Reiteramos a la CRC las recomendaciones y conclusiones contenidas en el informe de la OCDE titulado “Estudio de la OCDE sobre Políticas y Regulación de Telecomunicaciones en Colombia”, publicado el 9 de abril de 2014, (en adelante “El Reporte”) el cual sobre el tema específico de la asimetría establece lo siguiente:

1. *El tratamiento Asimétrico en Materia de Cargos de Acceso concluye en 2015 (Página 70 del Reporte):*

*“...Además de la regulación minorista aplicada a Claro, en lo que respecta a los mercados mayoristas la CRC utiliza la falta de competencia efectiva en la telefonía móvil para justificar la imposición de tarifas de terminación asimétricas a Claro o, mejor dicho, una senda decreciente acelerada para sus cargos de terminación que provoca la asimetría entre operadores en un hasta 2015”*

**as discussed below. In addition to the retail regulation applied to Claro, with regards to wholesale markets, the CRC utilises ineffective competition in the mobile market as a justification for imposing asymmetric termination rates on Claro or, better said, as the justification for an accelerated downward glide path for Claro’s termination charges, resulting in asymmetry across operators at a given point in time until 2015.**

2. *Para la OECD, los cargos de acceso asimétricos no se justifican entre operadores establecidos como Movistar y Tigo y solo deben utilizarse para operadores entrantes, por un plazo determinado. (Página 70 del Reporte):*

(...) No obstante, resulta difícil justificar tarifas de terminación asimétricas de operadores que llevan en el mercado muchos años, como Movistar o Tigo, ya que promueven ineficiencias. La recomendación de la Comisión Europea (Comisión Europea, 2009) solo defiende los cargos de terminación asimétricos cuando los utilizan los entrantes y por un número limitado de años, hasta que alcancen una masa crítica de participación de mercado del 15% al 20%. De lo contrario, los entrantes podrían tener dificultades para obtener una masa crítica antes de suponer una amenaza competitiva para los operadores establecidos. **Dado que tanto Movistar como Tigo ya han alcanzado el tamaño de referencia o están a punto de hacerlo, es difícil identificar una diferencia substancial en los costos que justifique tarifas de terminación asimétricas (SFT) (...)**

Asymmetrical termination rates are, however, hard to justify for operators that have already been in the market for many years, such as Movistar or Tigo, as they promote inefficiencies. The European Commission Recommendation (European Commission, 2009) only justifies the use of asymmetrical termination charges for new entrants and for a limited period of years, until they reach a critical mass of 15% to 20% market share. Otherwise, those entrants may face difficulties in gaining a critical mass before providing a competitive threat to established players. As both Movistar and Tigo have already reached the reference size or are about to do so, it is difficult to identify a substantial cost difference that justifies asymmetrical termination rates. Other cost considerations, such as

3. De acuerdo con el Reporte de la OECD, los cargos asimétricos distorsionan la competencia y deben eliminarse para permitir a los operadores competir libremente (Página 148 del Reporte):

"En resumen, las tarifas de terminación asimétricas no solo distorsionan la manera de competir de las empresas (sin justificación económica), sino que también incrementan la carga regulatoria (p. ej., la necesidad de establecer un sistema de vigilancia). **Debe eliminarse tal sistema, así como los cargos asimétricos, para permitir que los operadores puedan competir como lo deseen (SFT)**"

To sum up, asymmetric termination charges not only distort the way in which operators compete (without economic justification), but also increase the regulatory burden (e.g. the need to set up a monitoring system). Such a system, along with the asymmetric charges, should be eliminated to allow operators to compete as they wish.

4. La recomendación de la OECD es no extender la asimetría más allá del 2015 cuando, conforme a las resoluciones emitidas, los cargos deben recobrar la simetría (Página 70 del Reporte):

"Pese a los argumentos aducidos, y dada la gran cantidad de tiempo invertido en aplicar tarifas de terminación asimétricas, dichas tarifas se mantendrán hasta 2015, **según lo estipulado por la CRC, año en el que se prevé que alcancen la simetría (SFT)**"

Notwithstanding these arguments, and given the considerable time invested in enforcing asymmetrical termination rates, these should remain in place until 2015, according to the CRC ruling, when they are expected to reach symmetry. The CRC

5. La OECD recomienda que los cargos de acceso lleguen a la simetría en el menor tiempo posible (Página 149 del Reporte):

"Dada la gran cantidad de esfuerzos reguladores dedicados a imponer tarifas de terminación asimétricas, no se recomienda que la CRC retire esta decisión inmediatamente, aunque si debe garantizar que las tarifas de terminación alcancen la simetría lo antes posible entre los operadores establecidos".

Given the amount of regulatory effort devoted to imposing asymmetrical termination rates, it is not recommended that the CRC withdraw this decision, but it should ensure that mobile termination rates reach symmetry between the three established operators **within the shortest possible time.**

6. El Reporte de forma contundente concluye (Página 149 del Reporte):

***"(...) Las tarifas de terminación han de ser simétricas a menos que la reciente entrada en el mercado justifique la necesidad de un periodo transitorio con una tarifa más elevada para las llamadas que terminan en la red del nuevo operador"*** (Negrilla fuera de texto)

*The CRC, while reviewing interconnection regulation, should take further steps to reduce mobile and fixed termination rates to approach zero, and this should become a priority. They should be symmetrical, unless very recent market entry justifies the need for a transitory period with a higher rate for calls terminating on the network of a new entrant.*

En virtud de lo anteriormente expuesto, la extensión de los cargos asimétricos entre los operadores establecidos iría abiertamente en contravía de las recomendaciones y conclusiones señaladas en el informe de la OCDE, orientadas a evitar distorsiones en la competencia, y desconocería la realidad del mercado móvil, el cual ha tenido el reciente ingreso de nuevos operadores y la fusión entre UNE y TIGO conformando un operador con una participación importante del mercado.

Ni del Documento Soporte ni de la Propuesta se puede extraer razón o justificación que soporte una iniciativa que distorsiona la competencia, reduce la eficiencia, desincentiva la inversión y favorece a otros operadores establecidos, especialmente al prestador en el que el Estado tiene una participación accionaria considerable. Sobre este hecho puntual la OCDE llamó la atención en el citado reporte, por las implicaciones que esta situación genera frente a la necesidad de garantizar la independencia del regulador y **la neutralidad de las medidas regulatorias** que este adopten. Es importante que la política regulatoria, sea neutral y genere los incentivos adecuados, para que exista una sana competencia, en beneficio del sector y de los consumidores:

Dice el Reporte en la Página 39:

***"El hecho de que tanto el Ministro como el Departamento Nacional de Planeación estén involucrados en la regulación puede crear situaciones de conflicto entre decisiones regulatorias eficaces y consideraciones políticas. Estas preocupaciones se agravan ante los posibles conflictos de interés que podría acarrear el que el Estado Colombiano sea accionista del segundo mayor operador en Colombia: actualmente posee un 30% de Colombia Telecomunicaciones (Telecom); el resto pertenece a Telefónica, cuya participación antes de la fusión de 2012 era de algo menos del 50% (filial de telefonía fija) (SFT)"***



The fact that both the Minister and the National Planning Department are involved in regulation can potentially bring into conflict effective regulatory decisions with political considerations. These concerns are heightened by possible conflicts of interest, as the Colombian State is a shareholder of the second largest Colombia operator: it now holds 30% of Colombia Telecomunicaciones (Telecom), the rest being owned by Telefónica. Before the 2012 merger, it owned just below 50% of Colombia Telecomunicaciones (fixed subsidiary).

## 2. Aplicación de la Resolución CRC 2058 de 2009 y periodos regulatorios

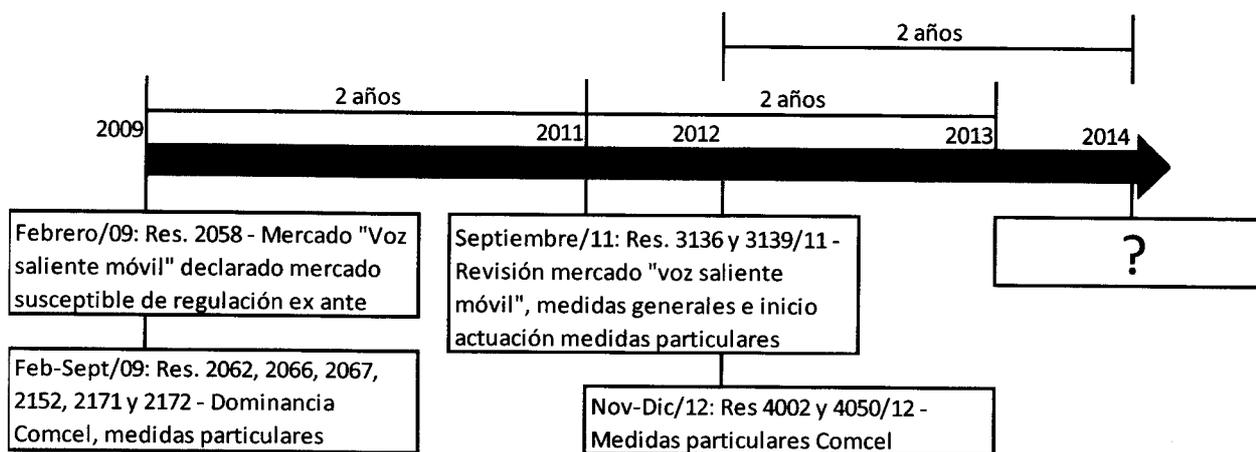
El proyecto regulatorio desconoce el plazo de revisión de la situación del mercado relevante (definido en dos años por la resolución 2058 de 2009) y además no efectúa análisis de impacto del conjunto de medidas regulatorias (generales y particulares) que desde 2012 han buscado mejorar las condiciones competitivas del mercado relevante minorista de "Voz Saliente Móvil".

Adicionalmente, omitiendo los anteriores análisis, el documento regulatorio solo incluye una revisión del mercado mayorista móvil-móvil, pretendiendo sin fundamento alguno, regular otro mercado relevante: el de voz saliente móvil.

En el contexto de la metodología de mercados relevantes las autoridades sectoriales a través de la Resolución 2058 de 2009, ratificaron que la definición del "mercado relevante" constituye un aspecto fundamental para delinear la política y regulación sectorial de telecomunicaciones, abordando las condiciones tecnológicas y de mercado, sirviendo al mismo tiempo para evaluar comportamiento de los proveedores. Este análisis se complementaría con la identificación y cuantificación de las posibilidades de sustitución (por el lado de la demanda –consumidores– o de la oferta –empresas del sector–) entre productos o servicios que se consideren parte de mercados diferentes.

Con la implementación de este marco regulatorio, la CRC debe focalizar sus intervenciones en aquellos mercados relevantes en los cuales se presenten problemas de competencia y para los que no resulte previsible un cambio en el futuro cercano.

El párrafo segundo del artículo 9 de la Resolución CRC 2058 de 2009 indica que en un plazo no inferior a 2 años se realizará una revisión de las condiciones de competencia del mercado relevante. A continuación se presenta una línea de tiempo con las intervenciones de la Comisión en el mercado relevante de "voz saliente móvil":



**Ilustración** ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-1 **Línea de tiempo intervenciones CRC**

Tal y como se puede observar en la Ilustración ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-1, el periodo de dos años al que hace referencia la Resolución CRC 2058 de 2009 se cumple: i) En el año 2013 si se toma en cuenta la revisión de condiciones de competencia del mercado “voz saliente móvil”; o ii) en 2014 si se toma en cuenta la implementación de medidas regulatorias en dicho mercado. Sin embargo, tanto el documento “Revisión de cargos de acceso a las redes móviles” versión Agosto de 2014, como la versión de Noviembre de 2014, señalan que se realiza un análisis del mercado mayorista de terminación móvil, y no del mercado minorista “voz saliente móvil”.

Cumplidos más de dos años de la última revisión de las condiciones de competencia<sup>6</sup>, y próximos a cumplirse dos años de la aplicación de nuevas medidas regulatorias<sup>7</sup>, se esperaba por parte de la Comisión una nueva revisión de las condiciones de competencia del mercado relevante de “Voz Saliente Móvil”. No obstante lo anterior, en la introducción del documento soporte, la Comisión anuncia no el monitoreo del mercado “voz saliente móvil”, sino del mercado de terminación móvil.

Se debe recordar que el mercado mayorista de terminación móvil-móvil es un mercado relevante susceptible de regulación ex ante en sí mismo, sobre el que recae regulación en tanto se argumenta que todos los operadores de telefonía móvil tienen un monopolio en la terminación de llamadas en sus respectivas redes, y por ende todos ostentan una posición de dominio que les permitiría, en ausencia de regulación, determinar precios excesivos por la prestación del servicio. Teniendo en cuenta que no se identifican más problemas de competencia en el mercado de terminación, la única regulación soportada en los estudios es aquella que busca establecer medidas en el mercado de terminación móvil – móvil y no en el mercado minorista de voz saliente móvil.

Sin embargo, la propuesta regulatoria publicada por la Comisión no solo atiende los problemas de competencia que se presentan en el mercado mayorista de terminación móvil-móvil, sino que pretende intervenir el mercado “voz saliente móvil” cuidándose, eso sí, de no decir en ningún momento que se busca regular dicho mercado. No obstante lo anterior, en el proyecto regulatorio publicado en agosto de 2014 se encontraban varias referencias a la intervención en dicho mercado, y extrañamente en el proyecto regulatorio publicado en noviembre de 2014 no existe ninguna referencia expresa al respecto.

Por ejemplo, el documento de Agosto de 2014 menciona la entrada al mercado de nuevos proveedores para promover la competencia en el mercado. Evidentemente, dicho documento no se refiere a la competencia en el mercado mayorista, en tanto en dicho segmento no puede existir competencia, ya que todos los operadores tienen el control en la terminación de llamadas y no es previsible un cambio en dicha situación. Por el contrario, este tipo de referencias implica que el documento se estaría refiriendo a la competencia en el mercado minorista “voz saliente móvil”.

Posteriormente, el documento de noviembre de 2014 hace referencia a las barreras exógenas y endógenas de entrada al mercado móvil, destacando que la Comisión encuentra conveniente que se definan mecanismos en el mercado mayorista que promuevan escenarios para los entrantes que compensen la falla de mercado que enfrentan

<sup>6</sup> Comisión de Regulación de Comunicaciones (2011). Revisión de condiciones de competencia del mercado “voz saliente móvil”. Propuesta Regulatoria. Regulación de Mercados. Mayo de 2011.

<sup>7</sup> Resoluciones CRC 4002 y 4050 de 2012.

por las condiciones de competencia desventajosas causadas por su entrada tardía al mercado. Nuevamente, el documento se estaría refiriendo a la entrada al mercado "voz saliente móvil".

Ahora, el documento regulatorio de noviembre de 2014 asegura que se está revisando la Resolución CRC 3136 de 2011, lo que lleva a la CRC a contradecirse por doble partida. La primera contradicción se observa en que la Resolución CRC 3136 buscaba modificar las condiciones de competencia del mercado minorista de "voz saliente móvil" a través de la implementación de cuatro medidas regulatorias – cargos de acceso, liberación de bandas, implementación del portal de precios y se anuncia la implementación de medidas particulares-, mientras que ahora se hace referencia a la competencia en el mercado de terminación móvil.

La segunda contradicción se puede observar en que no se está revisando la Resolución CRC 3136 en su integridad. Esta Resolución implementó, como se mencionó anteriormente cuatro medidas: (i) reducción de los cargos de acceso móviles y transferencia de beneficios de esta medida a los usuarios ; (ii) reducción de los costos de cambio exógenos a través de la liberación de las bandas de todos los terminales móviles; (iii) hacer más transparentes las ofertas comerciales de los operadores mediante la implementación del portal de precios y (iv) se anuncia la posibilidad de introducir medidas particulares en el mercado "voz saliente móvil" por lo que se dio inicio con la Resolución CRC 3139 de 2011 a una actuación administrativa particular para COMCEL con el fin de determinar si las fallas de mercado encontradas por la CRC en el año 2009 para el mercado de voz saliente móvil" persistían.

De hecho, el artículo 11 de la resolución CRC 3136 señala que en caso de no presentarse resultados satisfactorios sobre la falla de mercado generada por la diferenciación de precios, se regularán las tarifas de todos los operadores. Sin embargo, el nuevo proyecto regulatorio que ahora se comenta, busca modificar únicamente la medida de cargos de acceso y transferencia de excedentes, de dos maneras, una transparente y anunciada en el documento, y la otra de manera oculta: (i) se establece un régimen de cargos de acceso asimétrico para operadores entrantes; y (ii) se pretende perpetuar la medida regulatoria particular sobre los cargos de acceso que percibe Comcel.

Si la Comisión considera pertinente una nueva intervención regulatoria en relación con la "supuesta" persistencia de una falla de mercado en el mercado minorista de "voz saliente móvil", facilitando la entrada de nuevos operadores y/o extendiendo en el tiempo la senda diferenciada de cargos de acceso para los operadores incumbentes, tendría que abordar dos etapas. Primero realizar los estudios de impacto de las medidas previas definidas en el 2011. Segundo plantear una actuación administrativa de carácter particular en el caso que la persistencia de la falla de mercado estuviera asociada a un operador específico.

En este escenario, se configuraría una actuación transparente frente a COMCEL como proveedor directamente afectado con la medida , exponiendo las condiciones de competencia del mercado y las razones por las cuáles se requieren dichas intervenciones, e indicando claramente qué quiere lograr la CRC y cuál cree la entidad debe ser el mecanismo adecuado para lograr el objetivo, permitiendo en todo caso que COMCEL ejerza el derecho de contradicción y defensa que caracterizan un actuación administrativa particular. La medida regulatoria no puede implementar de facto una nueva senda diferencial de cargos de acceso para Comcel sin adelantar una actuación administrativa particular que analice las condiciones particulares de COMCEL o de cualquier otro operador frente al mercado.

### 3. Doctrina regulatoria

Los más recientes documentos regulatorios publicados por la Comisión en relación con la terminación del mercado móvil, han dejado claro que la asimetría en los cargos de acceso es factible y aplicable en los casos en los que se necesita promover la entrada de nuevos competidores en el mercado. Así lo ha manifestado no solo la Comisión, sino numerosos autores a nivel internacional, la OECD y la Comisión Europea.

Una revisión exhaustiva de la literatura reciente en materia de cargos de terminación móvil, y más particularmente de la aplicación de esquemas asimétricos, la cual se presenta en la Tabla *¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-1*, muestra que si bien los efectos de este tipo de medidas pueden ser ambiguos en términos de bienestar general, existe consenso que la aplicación de este régimen debe hacerse exclusivamente para los entrantes cuyo tamaño de operación esté por debajo de la escala mínima eficiente del mercado y con un límite de tiempo tal y como lo establece la recomendación EC 3359 de 2009:<sup>8</sup>

*(9) Any determination of efficient cost levels which deviates from the principles set out above should be justified by objective cost differences which are outside the control of the operators concerned. Such objective cost differences may emerge in mobile termination markets due to uneven spectrum assignments. To the extent that additional spectrum acquired to provide wholesale call termination is included in the cost model, NRAs should review any objective cost differences regularly, taking into account inter alia whether on a forward-looking basis additional spectrum is likely to be made available through market-based assignment processes which might erode any cost differences arising from existing assignments or whether this relative cost disadvantage decreases over time as the volumes of the later entrants increase.*

*(10) In case it can be demonstrated that a new mobile entrant operating below the minimum efficient scale incurs higher per-unit incremental costs than the modeled operator, after having determined that there are impediments on the retail market to market entry and expansion, the NRAs may allow these higher costs to be recouped during a transitional period via regulated termination rates. Any such period should not exceed four years after market entry.*

No obstante una de las implicaciones de las Resoluciones CRC 4050 de 2012 consistió en establecer inadecuadamente la asimetría en favor de operadores que no cumplen con ninguna de las condiciones que internacionalmente se reconocen como soportes de estas medidas: i) Circunscripción a operadores entrantes y; ii) participación de mercado marginal en términos de usuarios o tráficos.



---

<sup>8</sup> [http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia\\_carried\\_out/docs/ia\\_2009/c\\_2009\\_3359\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2009/c_2009_3359_en.pdf)

1	2	3	4	5	6	7
TÍTULO	AU TORES	ECHA	POSICI ÓN	JUSTIFICACIÓN ASIMÉTRICOS ASIMÉTRICOS	IMPACTOS REGULACIÓN/CANALES DE TRANSMISIÓN	PARTICULARIDADES MODELACIÓN
8 Ex-Ante Asymmetric Regulation and Retail Market Competition: Evidence from Europe's Mobile Industry	9 mond Baranes, Cuong Hung Vuong	10 Ju ne 28, 2011	11 FAVOR ABLE en el contexto de beneficiar exclusivamente a ENTRANTES	12 (i) Demuestran que el efecto "cama de agua" no es completo empíricamente. (ii) Evitar la ventaja del primer jugador, y darle herramientas a los <b>entrantes</b> contra operadores ya establecidos. (iii) <b>Dada la entrada</b> del operador, este puede bajar los precios minoristas (para ganar cuota de mercado); como respuesta el operador establecido baja los precios también. (iv) Como consecuencia los operadores compiten más agresivamente (con precios o subsidios) para ganar suscriptores, e intensificar la competencia. 13	14 Impactos positivos: Consumidores/Operador es <b>entrantes</b> . 15 16 Impactos negativos: Operadores establecidos	17 Basados en datos europeos, se corrió un modelo econométrico donde se explica la tasa de penetración de los entrantes como función de: penetración de operadores establecidos, las tasas de terminación móvil, un índice de asimetría (creado como la relación entre tasas de terminación móvil y las cuotas de mercado), y el número de operadores.
18 The welfare effects of mobile termination rate regulation in asymmetric oligopolies: The case of Spain	19 Sja ak Hurkens, Ángel L. López	20 N ovember 30, 2011	21 FAVOR ABLE (Si el objetivo es el consumidor) si se circunscribe solamente a ENTRANTES 22 23 DESFAV ORABLE (si el objetivo es el bienestar social)	24 (i) El efecto "cama de agua" no es completo para España gracias a las expectativas pasivas del consumidor. (ii) Reducir los cargos de acceso implica que las firmas no van a tener suficientes incentivos para competir por cuotas de mercado. (iii) Si se observa el caso en que <b>se ayuda al entrante y al operador establecido con menor cuota</b> , el beneficio del consumidor es negativo y solo las dos firmas mencionadas reciben ganancias. 25 26 De esta forma queda consolidada que el esquema de asimetría SÓLO DEBE FAVORECER a los <b>entrantes</b> . 27 28	29 Impactos positivos: Consumidores. 30 31 Impactos negativos: sobre todos los operadores/ Bienestar social. Si se disminuyen las tasas de terminación móvil a los costos	32 El artículo intenta calibrar el modelo de Hurkens y López (2010) con datos de España con un modelo Logit

1	2	3	4	5	6	7	
TÍTULO	AU	ECHA	POSICIÓN	JUSTIFICACIÓN ASIMÉTRICOS	IMPACTOS REGULACIÓN/CANALES DE TRANSMISIÓN	PARTICULARIDADES MODELACIÓN	
	TORES		ASIMÉTRICOS				
33	The impact of regulating mobile termination rates and MNO-MVNO relationships on retail prices	34 Livi Cricelli, Michele Grimaldi, Nathan Levaldi Ghiron	35 November 24, 2011	36 FAVORABLE (exige regulación ex post) si se circunscribe exclusivamente a ENTRANTES	37 (i) Con bajos niveles de cargos de terminación el operador entrante está en la capacidad de expandirse y amenazar al operador con posición de dominio, con una disminución de los precios. (ii) Como resultado los precios al por menor disminuyen, por tanto mejora el bienestar de los consumidores. (iii) Es decir, la demanda por el servicio aumentará	38 Impactos positivos: Consumidores/Operadores entrantes. 39 Impactos negativos: Operadores establecidos	41 Toma en cuenta dos modelos: (i) Un modelo con una empresa entrante y una establecida. (ii) Son tres empresas MNO, HNO, MVNO. Para ambos modelos se siguieron simulaciones numéricas.
42	Competition between multiple asymmetric networks: Theory and applications	43 Stefan Hoernig	44 November 25, 2013	45 FAVORABLE (Según aumentos en MTR) si se circunscribe exclusivamente a ENTRANTES	46 Basados en un modelo que depende de la madurez del mercado, número de redes y de la elasticidad de la demanda. Se determinó que con mayor cargo de terminación menos capacidad de ampliar la cuota de mercado (para entrantes) si el mercado es maduro, lo que implica que no tienen impactos lo suficientemente positivos.	47 Impactos positivos: Consumidores/pequeños operadores (si los aumentos permitidos de MTR son pequeños)	48 Los resultados se encuentran a través de un ejercicio de simulación. El modelo es una generalización del modelo de Armstrong (1998) y Carter and Wright (1999) que permiten explícitamente asimetrías en las redes
49	Network effects and preference heterogeneity in the case of mobile telecommunications markets	50 Maciej Sobolewski, Mikolaj Czajkowski	51 December 16, 2011	52 FAVORABLE (exige regulación ex post) si se circunscribe exclusivamente a ENTRANTES	53 El operador incumbente mantiene su base como función los efectos de red. Es decir, ofrece menores precios on-net y mantiene altos los precios off-net. Además el entrante como única reacción posible está dispuesto a ofrecer paquetes con mayor cantidad de minutos off-net, lo cual se traduce en menores precios minoristas.	54 Impactos positivos: Consumidores, Empresas entrantes.	55 Este modelo se hace a través de la utilización de la metodología de preferencia declarada, a saber, el método experimental de decisión. Todos los datos usados son para Polonia
56	Seesaw in the air: Interconnection regulation and the structure of mobile tariffs	57 Christos Genakos, Tommaso Valletti	58 February 26, 2011	59 NO FAVORABLE	60 Comprueban los resultados basados en un análisis de impacto de la política asimétrica en Europa, donde encuentran que el efecto "cama de agua" está muy presente en las redes postpago por lo que las asimetrías afectan nocivamente la eficiencia del mercado de telecomunicaciones.	61 Impactos negativos: Consumidores	62 Se utiliza el método diferencia en diferencias, con datos de países Europeos.

1	2	3	4	5	6	7	
TÍTULO	AU TORES	ECHA	POSICIÓN ASIMÉTRICOS	JUSTIFICACIÓN ASIMÉTRICOS	IMPACTOS REGULACIÓN/CANALES DE TRANSMISIÓN	PARTICULARIDADES MODELACIÓN	
63	64 Bru no Jullien, Patrick Rey, Wilfried Sand- Zantman	65 Ju ne 21, 2013	66 FAVOR ABLE si se circunscribe exclusivamente a ENTRANTES	67 Basados en un modelo donde toma relevancia la cantidad de llamadas en la utilidad de los consumidores, la cantidad de usuarios que reciben llamadas y la elasticidad de la demanda. Es decir, si la empresa entrante logra capturar usuarios receptores de tráfico, los beneficios aumentan gracias a la mayor competencia en el mercado minorista.	68 Impacto positivo: Operadores/Bienestar social	69 La regulación se basa en fijar tarifas homogéneas	
70	71 Le on Zucchini, Jörg Claussen, Moritz Trüg	72 A pril 18, 2013	73 FAVOR ABLE	74 Basados en los resultados del modelo se puede decir que los operadores establecidos tienen mayor probabilidad de otorgar mayores descuentos on-net, y los operadores entrantes ofrecen mayores descuentos pero no es un resultado robusto. Es decir, las firmas establecidas en el mercado usan los descuento on-net como instrumento para competir	75 Impacto positivo: Consumidores	76 Se llevan a cabo regresiones logit para cada modelo especificado y MCO, usando datos de Alemania (2001-2009)	
77	78 Tor ben Stühmeier	79 A pril 11, 2012	80 NEUTR AL (depende de la madurez y las características de las economías)	81 Dado que los costos off-net aumentan, el incumbente tiene incentivos a disminuir el número de llamadas al entrante. Por otro lado, si los costos de terminación son lo suficientemente asimétricos, el alto costo del incumbente todavía tiene un incentivo para terminar las llamadas en la red de bajo costo (off-net), i.e efecto de ahorro de costes. Ambos efectos en el mercado de la interconexión retroalimentan cuotas de mercado y, además, llevan a compensar los efectos en el mercado minorista. Se demostró que si las asimetrías en la demanda y la oferta son grandes, los operadores prefieren la regulación basada en el costo de terminación	82	83 Un modelo donde se compara cómo la demanda y la oferta, en conjunto, afectan las decisiones de los entrantes e incumbentes. Replican los resultados de Peitz (2005)	

1	2	3	4	5	6	7	
TÍTULO	AU	ECHA	POSICIÓN	JUSTIFICACIÓN ASIMÉTRICOS	IMPACTOS REGULACIÓN/CANALES DE TRANSMISIÓN	PARTICULARIDADES MODELACIÓN	
	TORES		ASIMÉTRICOS				
84	Edmond Baranes, Cuong Hung Vuong	January 3, 2012	87 FAVORABLE (en el largo plazo)	a los costos del operador tradicional.	88 El resultado en el corto plazo está sujeto a las asimetrías entre las redes (si es lo suficientemente grande se presenta una guerra de precios). Si se afirma que al largo plazo el bienestar social aumenta gracias al establecimiento y la competencia entre las firmas. Es más, se disminuyen los incentivos del entrante de tener un comportamiento rent-seeking, sino al contrario genera incentivos a invertir.	89 Suponiendo un alto grado de asimetría: Impacto positivo: Bienestar social/Consumidores/Operador entrante	90 Se hace un supuesto importante, hay dos segmentos de mercado: uno en el que los operadores compiten en igualdad de condiciones, con una nueva tecnología, y la otra en la que la entrante se encuentra en desventaja ya que la tecnología que ofrece es inferior a la del incumbente.
91	Ralf Dewenter	93 005	94 NO FAVORABLE	95 En primer lugar, los operadores móviles más pequeños tienden a tener mayores tasas de terminación que sus competidores más grandes. En segundo lugar, la regulación a la baja de las tasas de los grandes operadores tiende a tener un efecto positivo sobre las tasas de terminación de los operadores no regulados. Esto dado que las tarifas de terminación son sustitutos estratégicos si los consumidores son ignorantes sobre los precios que se les está cobrando.	96 Impacto negativo: Consumidor / Bienestar social	97 Suponen cuotas de mercado endógenas e ignoran la posibilidad de una mayor entrada en los mercados de telecomunicaciones móviles. El argumento está basado en la ignorancia de los consumidores con respecto a las tasas de terminación	
98	Edmond Baranes, Laurent Benzoni y Cuong Hung Vuong	100 011	101 FAVORABLE	102 Por un lado los beneficios de los incumbentes disminuirán ya que su cuota de mercado o permanece estable o disminuye, y no es posible cubrir estas pérdidas con la venta minorista. Por otra parte, la cuota de mercado del entrante aumenta precisamente por las tasas de terminación y no necesariamente por la competencia; aun así	104 Impacto positivo: Operador entrante/ Consumidor. Impacto negativo: Incumbente (bajo impacto gracias a que sus beneficios son neutrales a variaciones en MTR)	105 Utilizan un método de estimación GMM, con datos de 48 operadores en Europa para el periodo	

Φ

1	2	3	4	5	6	7
TÍTULO	AU TORES	ECHA	POSICI ÓN	JUSTIFICACIÓN ASIMÉTRICOS	IMPACTOS/ REGULACIÓN/CANALES DE TRANSMISIÓN	PARTICULARIDADES MODELACIÓN
106	Francesca Di Pillo, Livio Cricelli, Massimo Gastaldi, Nathan Levaldi	108 010	109 FAVORABLE (En el corto plazo) si se limita a entrantes.	110 El resultado está basado en la poca lealtad que tienen los consumidores al operador incumbente, y la posibilidad de sustitución de los servicios ofrecidos por el entrante.	111 Impacto positivos: Operador entrante/consumidores. Impacto negativo: Operador Incumbente	112 Las simulaciones realizadas con datos sobre Europa, están basadas en la lealtad de los consumidores y la estructura de costos de los operadores, diferenciados entre incumbentes y entrantes

Tabla ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-1 Revisión de literatura sobre cargos de terminación asimétricos

A partir de la tabla anterior, se infieren las siguientes conclusiones: i) Ambigüedad generalizada sobre los efectos externos de bienestar general de los cargos asimétricos, ii) solamente, para contextos particulares de mercado la medida de asimetría se traduce en beneficios directos para los consumidores; iii) naturalmente, las medidas asimétricas benefician a los operadores que efectivamente pagan los cargos más bajos. Así, los autores han sido enfáticos en afirmar que estas medidas deben estar limitadas para quienes verdaderamente lo necesitan. En diversos apartes de la literatura, se menciona que debe evitarse que esas medidas se conviertan en beneficios tanto para operadores establecidos que sean ineficientes como para la entrada ineficiente al mercado móvil.

Por su parte, destaca la OECD (2014)<sup>9</sup> que se le debe dar prioridad a la reducción de los cargos de acceso a redes móviles hacia costos eficientes a la vez que se eliminan las asimetrías en el régimen de cargos de acceso para los operadores establecidos, en tanto existe el riesgo de promover ineficiencias en los mercados de terminación que mantienen precios por encima de los costos, como es el caso de Movistar y Tigo. Esto es reiterado numerosas veces a lo largo del Reporte.

Por último, y aprovechando los documentos elaborados por Telefónica con motivo del presente proyecto regulatorio en donde indican que a nivel internacional la implementación de cargos de acceso asimétricos ha perdurado en el tiempo y por lo tanto dicha medida se debe implementar por muchos años más en Colombia, se presenta a continuación una tabla actualizada de cargos de acceso asimétricos en los países de la Unión Europea, en la que se relacionan los operadores identificados por Aetha, mostrando la diferencia en años de entrada al mercado entre el operador incumbente y el beneficiario de cargos de acceso superiores.

País	Operador	Incumbente Móvil	Incumbente Fija	Fecha Entrada Incumbente	Fecha Entrada Operador	Diferencia entrada en años
<i>Más de 10 años de asimetría</i>						
Bélgica	Mobistar	0	0	1987	1996	9
Bélgica	KPN	0	0	1987	1999	12
Francia	Bouygues	0	0	1985	1996	11
Alemania	E-Plus	0	0	1985	1994	9
Alemania	Telefónica	0	0	1985	1998	13
Irlanda	Meteor	0	1	1985	2001	16
España	Orange	0	0	1982	1999	17
Suecia	Tele2	1	0	1981	1981	
Suiza	Sunrise	0	0	1987	1998	11
Suiza	Orange	0	0	1987	1999	12
Reino Unido	T-mobile	0	0	1985	1993	8
Reino Unido	Orange	0	0	1985	1994	9
<i>5-10 años de asimetría</i>						

<sup>9</sup> OECD (2014), OECD Review of Telecommunication Policy and Regulation in Colombia, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208131-en>. Página 10.

País	Operador	Incumbente Móvil	Incumbente Fija	Fecha Entrada Incumbente	Fecha Entrada Operador	Diferencia entrada en años
Austria	T-mobile	0	0	1984	1996	12
Austria	Orange	0	0	1984	2003	19
Austria	H3G	0	0	1984	2003	19
Austria	Tele.ring	0	0	1984	2000	16
Dinamarca	H3G	0	0	1982	2003	21
Grecia	Wind	1	0	1993	1993	
Grecia	Q-Telecom	1	0	1993	1993	
Irlanda	H3G	0	0	1985	2005	20
Irlanda	O2	0	0	1985	1997	12
Italia	Wind	0	0	1985	1999	14
Italia	H3G	0	0	1985	2003	18
Luxemburgo	VoxMobile	0	0			
Holanda	Telfort	1	1	1985	1985	
Holanda	Orange	0	0	1985	1999	14
Holanda	T-mobile	0	0	1985	1999	14
Noruega	NetCom	0	0	1981	1993	12
Portugal	Optimus	0	0	1989	1998	9
España	Vodafone	0	0	1982	1995	13
España	Yoigo	0	0	1982	2006	24
Reino Unido	H3G	0	0	1985	2003	18
<b>3-4 años de asimetría</b>						
Noruega	Tele2	0	0	1981		
Suecia	Telenor	0	0	1981	1992	11
Suecia	H3G	0	0	1981	2003	22

**Tabla** ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-2 **Diferencia de momento de entrada de operadores beneficiarios de cargos asimétricos**

Fuente: Whalley & Curwen(2012); Bijwaar, Janssen & Maasland(2008)

Tal y como se puede observar en la Tabla ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-2, tan solo en cuatro casos e 35 observaciones, se presentan asimetrías de cargos de acceso para operadores que entraron al mismo tiempo que el primer operador, por lo que a todas luces es evidente que la medida regulatoria se utiliza para compensar la entrada tardía de operadores al mercado, y no para premiar a operadores que han sido incapaces de implementar una estrategia comercial exitosa.

Ahora bien, esta doctrina regulatoria no ha sido de constante aplicación por parte de la CRC. En el año 2007, primera intervención regulatoria general de cargos de acceso móviles por parte de la CRC, se implementó un esquema de cargos de acceso simétrico, aun cuando algunos operadores empezaban a solicitar la implementación

de un esquema de cargos de acceso asimétricos. En su momento no se entró en detalle sobre por qué no se implementaban los cargos de acceso asimétricos, más allá de señalar que el modelo implementado por la Comisión partía de la estimación de costos de un operador eficiente, tanto en términos técnicos como económicos.

Posteriormente, en el año 2010 la Comisión realizó una primera revisión de los cargos de acceso móviles definidos en el año 2007 mediante la expedición de la Resolución CRC 2354. En ésta se actualizaron algunos componentes del modelo de costos y se modificó la regla con la que se estimaban los cargos de acceso por capacidad, resultando en un menor valor de cargo de acceso por minuto, y un mayor valor de cargo de acceso por E1. En esta oportunidad, tanto Telefónica como Tigo fueron tajantes en señalar la necesidad de implementar un esquema de cargos de acceso asimétricos y la Comisión contestó de manera rotunda, en el documento de respuestas a comentarios, que los supuestos requeridos para implementar cargos de acceso asimétricos no se presentaban en Colombia, a saber: entrada tardía de operadores y asignaciones asimétricas de espectro que no hubieran podido ser compensadas en el valor de la concesión.

En el año 2011 la Comisión realizó la segunda revisión de cargos de acceso móviles, implementada a través de la Resolución CRC 3136 que ahora pretende revisar la CRC. En esta resolución la Comisión reduce los cargos de acceso móviles, tanto por uso como por capacidad, en función de un cambio de metodología de costeo. En virtud de lo pronunciado del ajuste del valor, se definió una senda de reducción del cargo de acceso para el periodo 2012-2015. En el documento de propuesta regulatoria y en la Resolución no quedó evidencia de característica adicional alguna que se pretendiera implementar, y por lo tanto parecía que se mantenía la doctrina regulatoria.

Sin embargo, de manera virtualmente simultánea (tres días después de publicada la Resolución CRC 3136 de 2011), se expidió la Resolución CRC 3139 por la cual se iniciaba una actuación de carácter particular para COMCEL, en la que se sugería profundizar la medida tarifaria implementada en el 2009, y reducir de manera acelerada el cargo de acceso recibido por Comcel, entre otras medidas. Estas medidas fueron implementadas mediante la expedición de las Resoluciones CRC 4002 y 4050 de 2012. Si bien la Comisión se ha negado consistentemente a reconocer este esquema como uno de cargos de acceso asimétricos – llamándolo cargos de acceso con sendas de reducción diferenciadas –, la misma OECD (2014) ha señalado que se implementó un esquema de cargos de acceso asimétrico, de manera independiente a como la Comisión lo quisiera llamar. Es en este momento en el que la Comisión rompe con su doctrina regulatoria, implementando un régimen de cargos de acceso asimétrico que aplicó para los años 2013 y 2014. La justificación fue la necesidad de permitir a Movistar y Tigo contestar las ofertas comerciales de Comcel reduciendo el costo por minuto que enfrentaban dichos operadores para terminar llamadas en Comcel.

La OECD (2014) ha señalado, explícitamente, que dicha medida no atiende el problema de competencia identificado en el mercado “voz saliente móvil”, y que no existen diferencias de costos entre Comcel y sus competidores, Telefónica y Tigo, que justifican la implementación de dicha medida. En este sentido, la medida regulatoria es injustificada y desproporcionada a la luz del problema de competencia que pretende resolver.

Ahora, con el proyecto regulatorio publicado en noviembre de 2014 pareciera que la Comisión retorna a su doctrina regulatoria inicial: implementar cargos de acceso asimétricos únicamente para los operadores entrantes. No obstante lo anterior, visto de manera conjunta con el primer proyecto regulatorio publicado, el de agosto de 2014, se observa que la Comisión podría pretender perpetuar la diferencia en los cargos de acceso que recibe Comcel frente al que recibe Telefónica y Tigo, modificando el valor objetivo del cargo de acceso. La medida resultaría a todas luces

arbitraria en tanto ni en el documento de agosto de 2014 ni en el de noviembre de 2014 se observa una sola justificación para perpetuar y de hecho profundizar la medida regulatoria en contra de Comcel y que este análisis debe realizarse en una actuación administrativa particular que permita a COMCEL ejercer su defensa.

#### 4. Revisión de cargos de acceso a nivel internacional

En la sección 3, numeral 3.1, del documento soporte de la CRC "Revisión de cargos de acceso de las redes móviles", la CRC analiza las experiencias internacionales relacionadas con la remuneración de la terminación en redes móviles. Consideramos apropiado aportar un estado actualizado de la información provista por la CRC, con el objetivo de tener un soporte de comparabilidad de las recientes propuestas regulatorias de la CRC en relación a la imposición de cargos de acceso asimétricos.

Una de las debilidades de la comparación internacional realizada en la sección 3, numeral 3.1 del documento soporte es que los análisis no tienen información actualizada y relevante en relación con grupos de países comparativos. Ante esto, el análisis de benchmark internacional que se presenta en este documento se realiza sobre tres grupos distintos de países, a saber: OECD, Unión Europea y Latinoamérica

De acuerdo al documento de revisión de las políticas y la regulación de las telecomunicaciones en Colombia de la OECD (2014)<sup>10</sup>, en general las tasas de terminación de llamada en Colombia fueron consistentes con el promedio de los cargos de acceso de los países de la OECD para el periodo 2012/2013 (Gráfica  Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-1 del presente escrito ). En particular, Colombia ocupa el puesto 14 entre 35 países analizados y presenta una tarifa de cargo de acceso estadísticamente igual al promedio del grupo de países de la OECD.

En relación a la transición de cargos de acceso en el periodo 2011/2012, se observa la senda interanual decreciente en la mayoría de países, incluido Colombia, evidenciando el objetivo de las autoridades regulatorias de disminuir los cargos de acceso en el mercado mayorista de voz móvil para aumentar la competencia en el mercado minorista. Adicionalmente, entre los países que mostraron disminución de cargos de acceso, Colombia, con una disminución del 15% respecto al 2011, se ubica entre los cuatro cambios más bajos en relación a los demás países junto con Finlandia, Israel y México. La reducción de cargos de acceso propuesta en agosto de 2014 hacía que la reducción en Colombia fuera relevante frente a este grupo de países, pero la propuesta de noviembre de 2014 ha reducido notablemente la velocidad de ajuste de los cargos de acceso.

Existe evidencia económica que muestra los beneficios de las bajas tasas de terminación de llamadas (Armstrong, 1998<sup>11</sup>; Cave et al, 2003<sup>12</sup>; Growitsch y Marcus, 2010<sup>13</sup>). Ante esto, la OECD (2014) determina que la regulación de reducción de cargos de acceso para Colombia es acertada e incluso sugiere llevar las tasas a niveles cercanos a cero para aumentar el bienestar de los usuarios en el mediano plazo.

<sup>10</sup> OECD (2014), OECD Review of Telecommunication Policy and Regulation in Colombia, OECD Publishing.

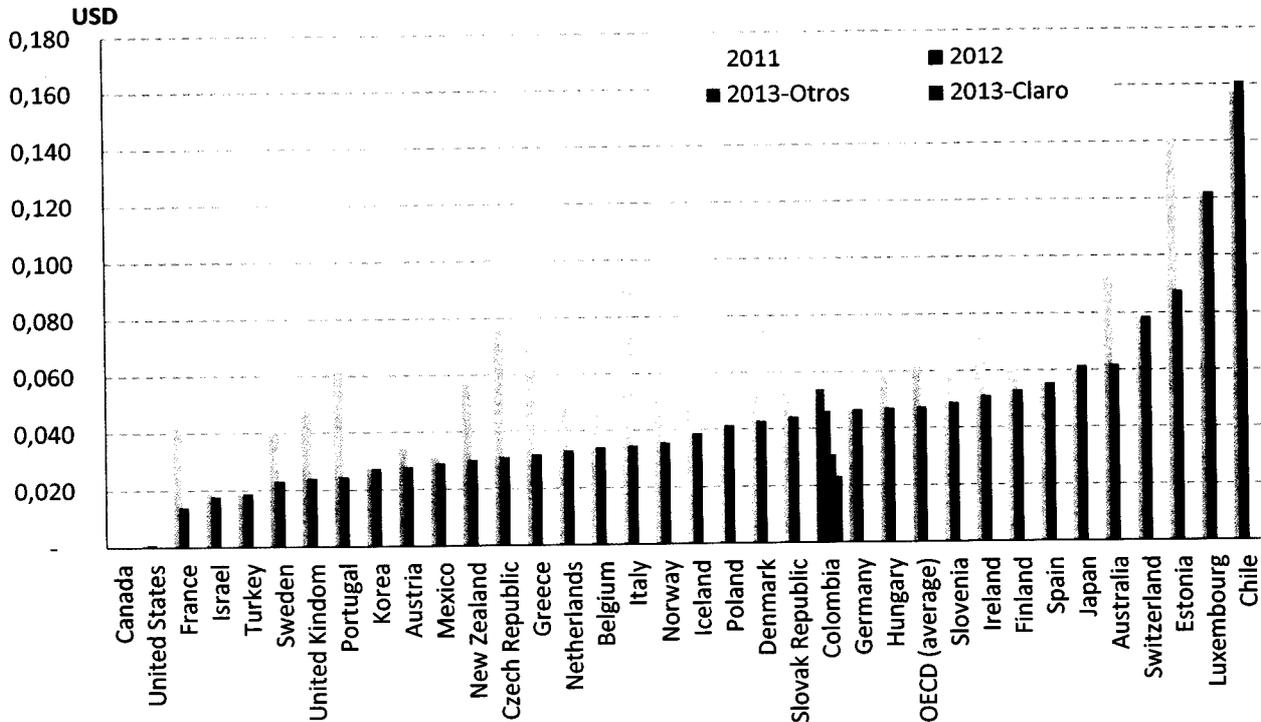
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264208131-en>

<sup>11</sup> Armstrong, M. (1998), Network Interconnection in Telecommunications, Economic Journal, Vol. 108, pp. 545–564.

<sup>12</sup> Cave, M., Bomsel, O., Le Blanc, G. and Neumann, Karl-Heinz (2003), "How Mobile Termination Charges Shape the Dynamics of the Telecom Sector", Final Report, Paris, Warwick, Bad Honnef.

<sup>13</sup> Growitsch, C. and Marcus, S, (2010), "The Effects of Lower Mobile Termination Rates (MTRs) on Retail Price and Demand", Communications & Strategies, no. 80, p. 119, 4th Quarter 2010.





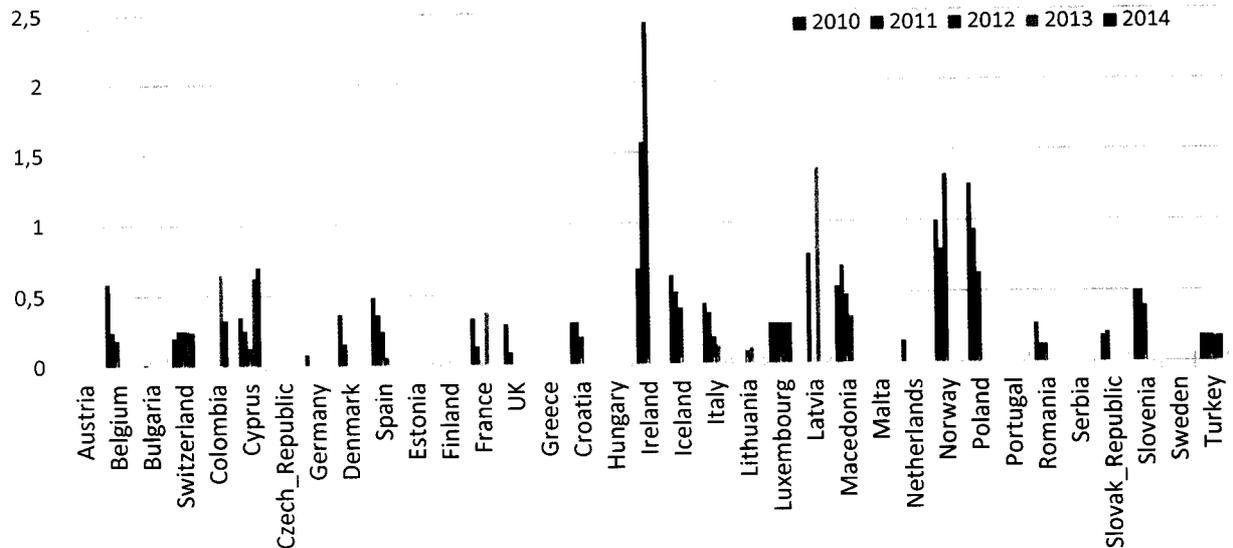
**Gráfica** ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-1 **Cargos de acceso países de la OECD y Colombia**

Fuente: Cálculos propios con base en OECD (2014).

Con relación a la Unión Europea, la CRC, en la sección 3.1 del documento soporte, indica que en la actualidad 20 agencias reguladoras reportaron tasas de terminación de llamada parcial o totalmente asimétricas. Ante esto, COMCEL señala que esta información está basada en un reporte realizado en el 2010 por el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (BEREC, por sus siglas en inglés) y por lo tanto existe información más actualizada que puede establecer un panorama pertinente y diferente en el asunto.

En este sentido, la Gráfica ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-2 del presente documento ilustra la evolución de la asimetría de cargos de acceso para los países de la Unión Europea y Colombia. De conformidad con el comportamiento inter anual de la asimetría de cargos de acceso, es directo observar que para el año 2014 existen 4 países europeos, 3 países si no se tiene en cuenta Suiza por su modelo regulatorio<sup>14</sup>, en los cuales se aplica la asimetría de las tasas de terminación de llamadas en el mercado de voz móvil. Este número de países es significativamente menor que los 20 países identificados por la CRC en la sección 3.1 del documento soporte y cambia de manera radical los sustentos cuantitativos del análisis realizado por la CRC.

<sup>14</sup> Suiza adopta un modelo regulatorio ex post, lo cual significa que la asimetría es establecida a partir de peticiones de los operadores de telefonía móvil, hecho que de por sí implica asimetría.



**Gráfica ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-2 Asimetría entre el mayor y menor cargo de acceso, expresado como porcentaje del menor cargo, para los países de la Unión Europea + Colombia**  
 Fuente: Cálculos propios con base en los reportes de BEREC (2010/2014)<sup>15</sup>

La anterior información actualizada presenta dos hechos importantes. Primero, se evidencia no sólo una tendencia por parte de las agencias reguladoras europeas hacia la simetría de las tasas de terminación de llamadas, sino que se ha llevado a la práctica la eliminación de la asimetría de cargos de acceso, en línea con la recomendación de 2009 de la Comisión Europea<sup>16</sup>. Durante el periodo 2010/2014, hubo una reducción del 80% de los países con políticas regulatorias asimétricas pasando de 20 países en el 2010 a sólo 4 en el último periodo. Segundo, la desactualización de la información utilizada en el documento soporte de la CRC (reportan 20 países cuando en realidad únicamente cuatro presentan tasas asimétricas) genera preocupación en la medida que los análisis estadísticos y conceptuales presentados como argumentos pierden pertinencia y objetividad frente a la validez de la asimetría en cargos de acceso en el ámbito internacional.

Posteriormente en el documento soporte de la CRC, en relación con la fecha de anuncio de terminación de la asimetría de cargos de acceso, se reporta que 7 países de Europa habían anunciado un proceso para determinar la fecha en la que alcanzarían la simetría, mientras que 4 países no habían hecho planes para alcanzar la simetría. La Tabla ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-3 del presente escrito actualiza y corrige la información presentada por la CRC.

País	Año de Anuncio de Eliminación de la Asimetría	Mes de Anuncio de Eliminación de la Asimetría
Austria	2008	Julio

<sup>15</sup> BEREC (2010/2014). Termination Rates Benchmark Snapshot: Integrated Report on Mobile Termination Rates, Fixed Termination Rates and SMS Termination Rates, Disponible en [http://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/reports](http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports)

<sup>16</sup> European Commission (2009), "Commission Recommendation of 7 May 2009 on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU", May 2009, (2009/396/EC), Disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:124:0067:0074:EN:PDF>.

Bélgica	2013	Enero
Suiza		Regulación ex post
Alemania	2012	Diciembre
Dinamarca	2011	Mayo
España	2013	Julio
Finlandia	2009	Diciembre
Francia*	2011	Julio
	2013	Julio
Irlanda	2013	Enero
Italia**	2014	Enero
Luxemburgo	2014	Enero
Países Bajos	2010	Septiembre
Noruega	2013	Enero
Portugal	2009	Octubre
Suecia	2008	Enero
UK	2011	Abril

\* El primer periodo aplica para los tres operadores principales mientras que el segundo periodo hace referencia a los tres operadores + el último entrante Free Mobile. \*\* Anunció la simetría en Julio de 2013 pero ante una decisión de la Corte Suprema Administrativa impuso tasas asimétricas para dos operadores hasta el 2014.

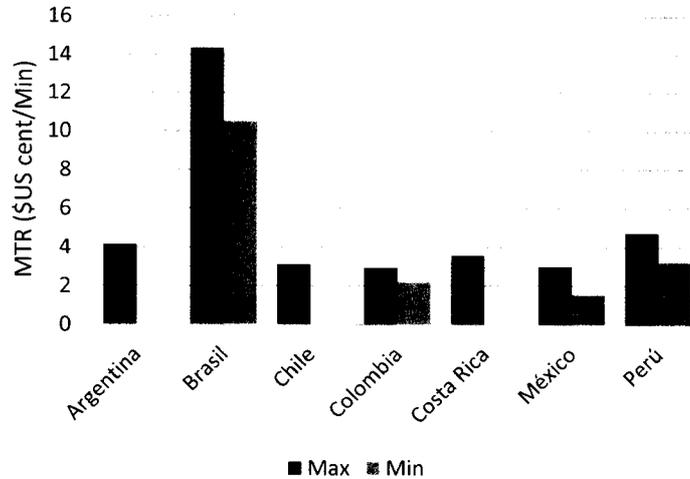
**Tabla ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-3 Fecha de anuncio de reducciones de cargos de acceso simétricos**

Fuente: Cullen International (2014)

Al respecto, de acuerdo con información obtenida de Cullen International (Tabla ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-3), se observa que de los 16 países principales de la Unión Europea, únicamente Suiza conserva el modelo de regulación asimétrica de cargos de acceso. Este resultado difiere notablemente de los 4 países mencionados en el documento soporte y de nuevo evidencia la desactualización de los datos presentados por la CRC.

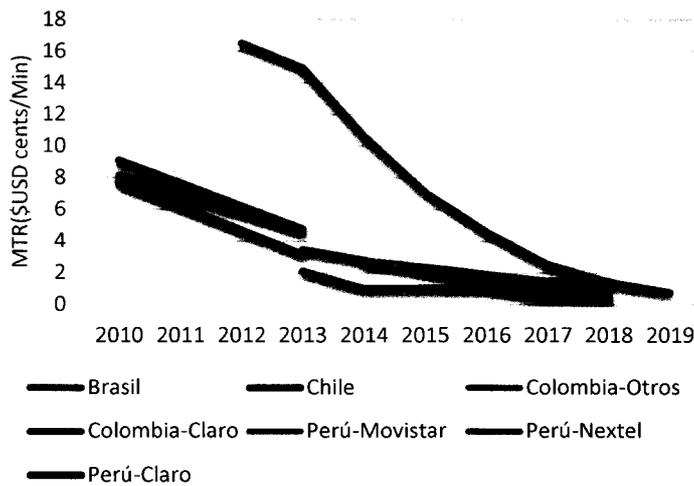
En relación a los cargos de acceso vigentes en los países de América Latina, la Gráfica ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-3 del presente documento ilustra los cargos de acceso máximos y mínimos para una muestra de 7 países. En comparación con sus similares regionales, es evidente que Colombia presenta cargos de acceso estadísticamente iguales a los de sus pares regionales. Adicionalmente, se evidencia que existen cuatro países con diferenciación asimétrica de cargos de acceso, entre los cuales se destacan los altos niveles de Brasil y la menor tarifa de terminación de llamada móvil por parte de México.

2



**Gráfica** ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-3 Tasa de terminación de llamadas países de Latino América  
Fuente: Cullen International (2014)

Complementariamente, realizando la comparación regional de la asimetría de los cargos de acceso, ajustado a los valores propuestos en el documento soporte de la CRC, se identifica que COMCEL es el operador que está sujeto a las tasas de terminación de llamada más bajas en comparación a sus similares regionales. De hecho, países con regulación simétrica como Brasil y Chile únicamente van a alcanzar los cargos impuestos a COMCEL después del año 2018 lo que refleja la magnitud de la medida regulatoria establecida.



**Gráfica** ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-4 Senda de reducción de la tasa de terminación de llamadas países de Latino América  
Fuente: Cálculos propios con base en Cullen International (2014)

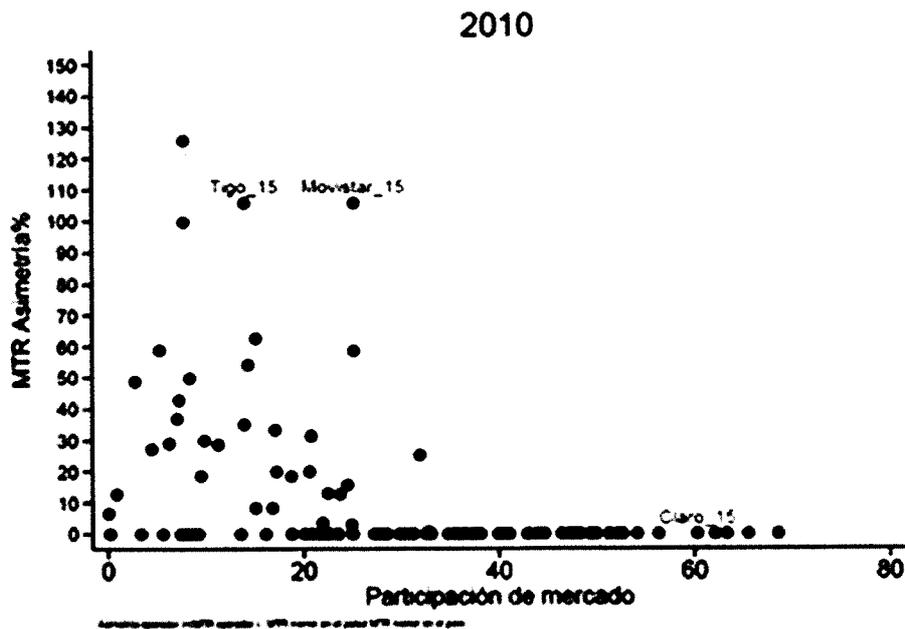
Una vez identificadas las desviaciones por desactualización de los análisis realizados por la Comisión, también es importante destacar lo desproporcionado de la medida regulatoria propuesta.

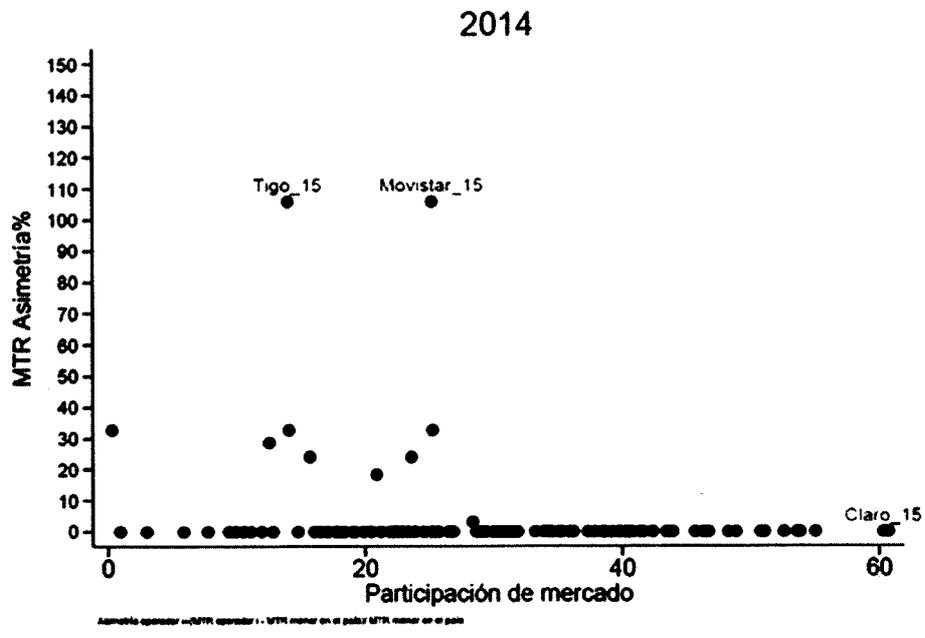
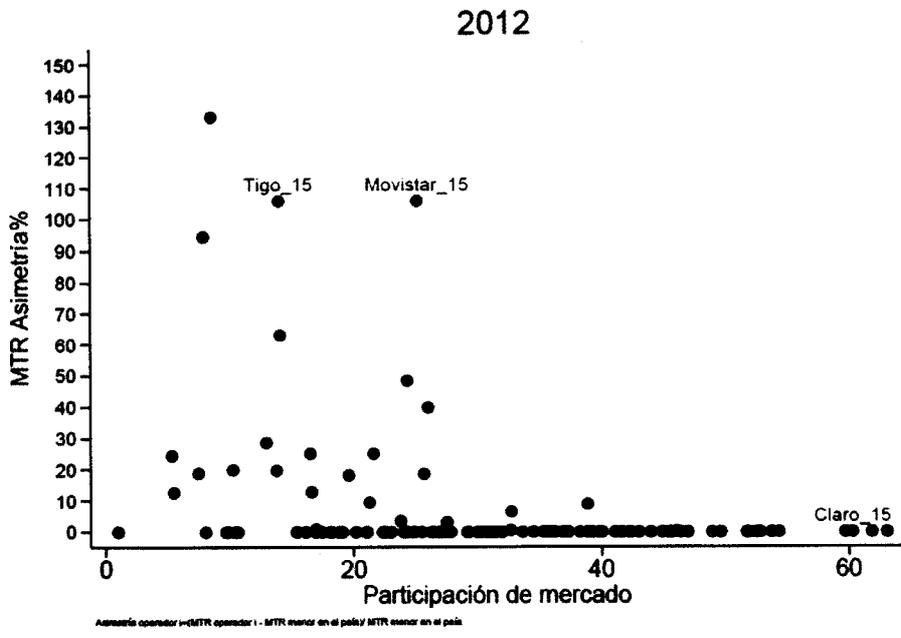
Ante esto, se realiza un análisis de dispersión inter temporal para identificar tratos particulares y no conformes con la dinámica Europea de los operadores que a diferencia de los entrantes, injustificadamente se benefician de cargos asimétricos (caso TIGO y MOVISTAR).

La Gráfica ~~¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-5~~ del presente documento muestra la relación existente entre la asimetría de cargos de acceso y la participación de mercado de cada operador de la Unión Europea y Colombia durante el periodo 2010/2014. La asimetría de cargos de acceso se estima como el cociente entre el cargo de acceso que recibe cada empresa en comparación con el cargo de acceso más bajo en el mercado (en el caso de Colombia el de COMCEL), menos uno.

Primero, para el año 2010 se destacan en particular dos observaciones en las que para operadores con menos del 10% de participación de mercado se les había dado una diferencia en cargos asimétricos apenas superior al 100% del cargo de acceso de la firma de mayor tamaño en dicho mercado. Segundo, en el año 2011 se empezó a presentar una reducción de las asimetrías en cargos de acceso. No se encontraron ya operadores que recibieran un cargo de acceso superior al 100% para ningún tamaño de operador.

Tercero, para el año 2012 se vuelve a observar un valor de cargo de acceso que es superior en más del 100% al del operador de mayor tamaño, pero se reducen la cantidad de operadores que reciben un cargo de acceso asimétrico. El proceso de reducción de asimetrías continuó en 2013, donde ya no se observa ninguna diferenciación ni siquiera cercana al 100%, y cada vez se presentan menos operadores con cargos de acceso asimétricos. Por último, para el año 2014 no se presenta ninguna diferenciación en cargos de acceso asimétricos superior al 50% y tan solo siete operadores en toda la Comunidad Europea reciben un cargo de acceso diferencial.





**Gráfica ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-5 Porcentaje de asimetría en cargos de acceso móviles (MTR) por operador en relación con su participación de mercado (market share)**

Sin perjuicio de reiterar la improcedencia de modificar las condiciones particulares aplicables a COMCEL a través de una resolución de carácter general, las anteriores graficas muestran que para su participación de mercado, Telefónica y Tigo percibirán, a partir del 2015, una diferencia de cargo de acceso ostensiblemente superior a la aplicada en cualquier país europeo. Si bien en el año 2010 hay una observación que presenta una diferenciación de cargo de acceso superior a la percibida por Telefónica y Tigo, y otra observación similar, las dos corresponden a

operadores con menor participación de mercado. Para participaciones de mercado similares a las de estos dos operadores, ninguna diferenciación supera el 70%, mientras para ellos sería superior al 100%. Adicionalmente, llama la atención que en el año 2014 en ningún país europeo para ningún operador de ningún tamaño se presenta una diferenciación de cargo de acceso superior al 40%, y en cambio la Comisión estaría implementando un cargo de acceso con una diferenciación superior al 100% para Telefónica y Tigo, sin ser operadores que hayan entrado posteriormente al mercado, ni, en términos de la OECD (2014), cuenten con un tamaño inferior al de la escala mínima eficiente del mercado colombiano

#### **5. Cargos de acceso para SMS**

La propuesta regulatoria de la CRC de noviembre de 2014 plantea reducir los cargos de acceso de los mensajes de texto de 9,28 a 3,50 pesos por mensaje. Es decir, la CRC ha tomado la decisión de: i) seguir regulando los precios de terminación de los SMS en Colombia; ii) reducirlos agresivamente; y iii) extender básicamente sin justificación alguna los beneficios que dicha reducción genera sobre proveedores de contenidos y aplicaciones, en la medida en que forzosamente la CRC ha vinculado la remuneración de un servicio minorista con una tarifa mayorista de interconexión.

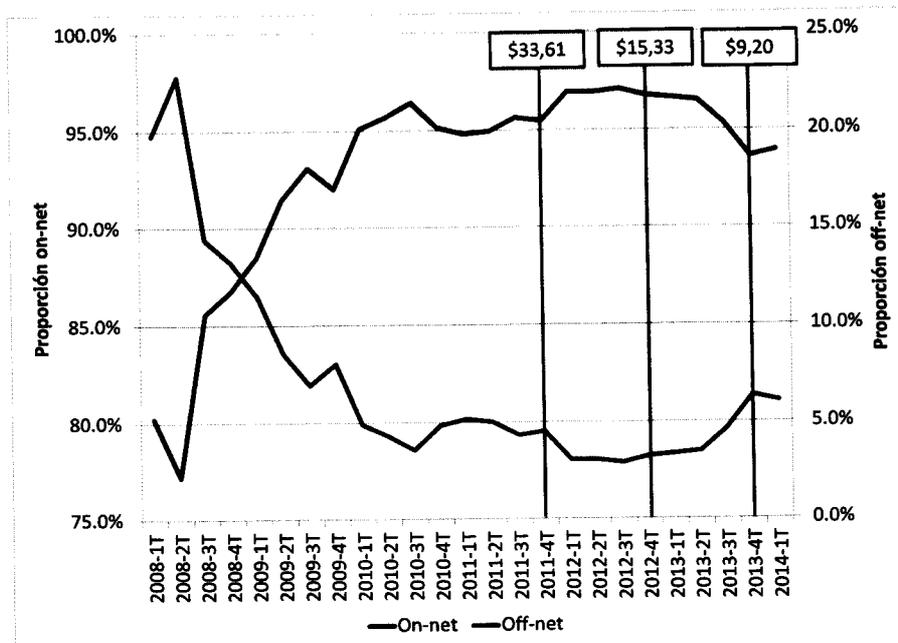
Bajo los siguientes argumentos, en 2011 la CRC expidió la Resolución CRC 3500 para regular los cargos de acceso de manera general:

1. Los proveedores de redes móviles cuentan con incentivos para establecer costos de terminación altos para los mensajes que llegan a su red, aprovechándose de la posición monopólica en la terminación de los mensajes y la nula internalización de este precio por parte de los usuarios de la red propia.
2. Concentración en el tráfico de los SMS on-net, y una diferencia de precios considerable entre mensajes on-net y off-net.

Ahora bien, en el documento de noviembre de 2014 se mantiene la preocupación sobre estos puntos a pesar de los siguientes hechos:

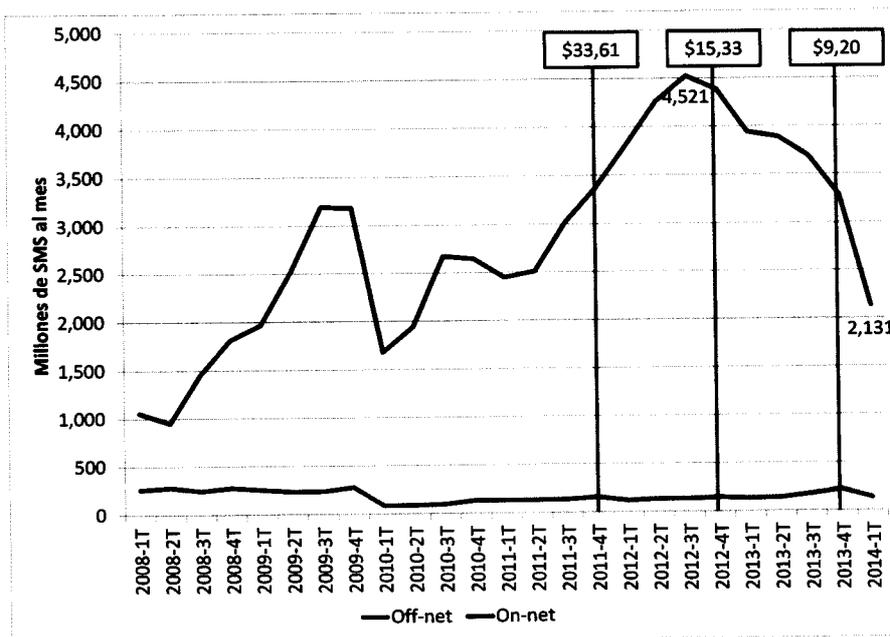
1. En comparación con América Latina y Europa, en Colombia los cargos de acceso para SMS son muy bajos;
2. La política de 2011 que esperaba disminuir la brecha entre el tráfico de mensajería on-net y off-net no fue realmente exitosa. Como se puede ver en la Gráfica -6 del presente documento, la proporción de mensajes on-net se incrementó en el primer trimestre de implementación de la medida en 1,5 puntos porcentuales para posteriormente reducirse gradualmente 3,4 puntos porcentuales, con dos reducciones de cargos de acceso SMS de por medio.





**Gráfica ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-6 Evolución proporción SMS on-net y off-net**  
 Fuente: Mintic

Si se analiza la reducción del peso del tráfico on-net, se obtiene que el cambio en la proporción de mensajes cursados no se debe a un incremento en el tráfico off-net, sino a una reducción dramática de los mensajes de texto on-net cursados mensualmente (ver Gráfica ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-7). De hecho, esta reducción también se puede observar en el tráfico de mensajería off-net.



*[Handwritten signature]*

**Gráfica ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-7 Evolución SMS on-net y off-net cursados mensualmente**  
Fuente: MinTIC

Debería llamar la atención de la CRC la tendencia de consumo de SMS en Colombia, por cuanto la falta de interés por el servicio de mensajería en Colombia es evidente.

El análisis de las condiciones bajo las cuales se presta el servicio de SMS es prácticamente nulo y ni siquiera se percata la Comisión del creciente desinterés por enviar SMS por parte de los usuarios. Si a esto se le suma que los cargos de acceso SMS en Colombia son considerablemente bajos a partir de la comparación internacional realizada por la CRC, no se entiende el propósito que busca cumplir con esta medida regulatoria, ni su razonabilidad.

A partir de una decisión tomada recientemente en Australia se puede observar el tipo de análisis que debió realizar la Comisión para determinar la razonabilidad de intervenir en el mercado. Basados en la decisión de junio de 2014 de la Comisión para la Competencia y el Consumidor de Australia (en adelante ACCC, por sus siglas en inglés) sobre la regulación de los servicios de terminación de SMS por primera vez, se presentan a continuación los argumentos planteados tanto por parte de la Comisión como aquellos presentados por los Operadores (especialmente Vodafone y Telstra)<sup>17</sup>.

Los temas principales para la decisión fueron:

1. Existen dos tipos de servicios ofrecidos al consumidor, los servicios atados de voz/SMS o voz/SMS/datos:
  - a. Frente a este punto la ACCC aseguró que los consumidores que no tenían acceso a internet, porque no tienen un paquete con datos y/o porque no tienen un Smartphone no pueden acceder a los servicios sustitutos de SMS<sup>18</sup>.
  - b. Los operadores no estuvieron de acuerdo con la posición de la ACCC. Telstra señaló que la penetración de teléfonos inteligentes había aumentado en 49 por ciento a mayo de 2012. Del mismo modo, Vodafone señaló que la penetración de teléfonos inteligentes está ahora por encima del 49 por ciento, y predijo que la penetración de teléfonos inteligentes sería de más de 70 por ciento a junio de 2014<sup>19</sup>. Esto implica que el acceso a los planes atados de voz/SMS ha ido disminuyendo considerablemente a través del tiempo, y por el contrario ha aumentado el de voz/SMS/datos.
2. Los mensajes OTT son sustitutos efectivos:
  - a. Según la ACCC estos servicios no sustitutos efectivos porque no permiten a los usuarios finales de los servicios de terminación de SMS enviar los mensajes a cualquier teléfono (Smartphone o no),

<sup>17</sup> Los documentos oficiales se pueden encontrar en el siguiente link: <http://www.accc.gov.au/regulated-infrastructure/communications/mobile-services/mobile-terminating-access-service-declaration-review-2013>.

<sup>18</sup> TELSTRA CORPORATION LIMITED. Response to the Submissions of other Interested Parties on the Commission's Discussion Paper on the Review of the declaration of the Domestic Mobile Terminating Access Service. PUBLIC VERSION. 8 August 2013, pag 7

<sup>19</sup> Vodafone. Submission in response to the replies of other interested parties in relation to the MTAS declaration inquirí. PUBLIC VERSION. 13 August 2013, pag 11

lo cual implica que solo los usuarios con Smartphone podrían acceder al servicio. Por otro lado, la ACCC aseguró que a pesar de tener Smartphone los usuarios deberían tener la misma aplicación para poder conectarse.

- b. Los operadores, principalmente Telstra, consideraron que hay otra serie de factores que implican que los servicios de mensajes OTT son un sustituto eficaz de SMS. Por ejemplo, la existencia generalizada de ofertas de SMS ilimitados son evidencia de la fuerte competencia entre dichos servicios. También sugirieron que el mercado de la mensajería OTT continúa avanzando, y que ahora hay algunas aplicaciones que permiten al usuario sincronizar varias cuentas y enviar mensajes a través de muchas aplicaciones diferentes. Además, se observó que un número de reguladores en otras jurisdicciones han reconocido que las aplicaciones de mensajería OTT son un sustituto de SMS.

3. Los precios para el servicio SMS no han variado significativamente desde el 2003:

- a. Según ACCC los precios de terminación de SMS son mucho mayores al costo de prestar el servicio, lo que resulta en evidencia sobre el abuso de poder de mercado sobre la terminación de los mensajes. Adicionalmente, la Comisión evidenció que para los consumidores que gastan menos en su servicio móvil los servicios de SMS pueden ser más costosos<sup>20</sup>
- b. Según los proveedores de los servicios de mensajería SMS ha existido una gran competencia para retener a los consumidores que les interesaba el servicio. Principalmente se ofrecieron planes que otorgan SMS ilimitados.

Resulta evidente de la comparación de los estudios realizados por la Comisión en Australia y la Comisión de Regulación de Comunicaciones que, en Colombia no se ha analizado con suficiente profundidad el mercado de mensajes de texto. La CRC no indica en su documento la penetración de smartphones en el país, el uso de servicios alternativos a SMS, ni siquiera se pregunta a qué se debe la reducción tan evidente en el uso de mensajes de texto, ni se pregunta por qué ni siquiera los mensajes de texto on-net están siendo utilizados, cuando supuestamente existe una alta diferenciación de precios on-net y off-net.

Se podría argumentar que la caída en el uso del servicio se debe a un desplazamiento de la demanda. Como ya vimos, se viene presentando una tendencia decreciente en la demanda del servicio de SMS, pero ante la ausencia de información de precios promedio no es posible inferir si esta contracción de la demanda se debe al precio final que pagan los consumidores; o si por el contrario, se debe a un cambio en las preferencias de los individuos. Sin tener un mapa más claro de los problemas que aquejan al mercado de mensajes de texto, no se considera prudente ni adecuado intervenir nuevamente en el mercado y por ende se le solicita a la CRC abstenerse de reducir el cargo de acceso de mensajes de texto.

Ahora, se debe recordar que el cargo de acceso SMS no aplica exclusivamente para el envío de mensajes de texto entre operadores, sino que también injustificadamente se ha utilizado como precio de referencia para los mensajes de texto que requieren los proveedores de contenidos y aplicaciones a través de redes móviles, entre ellos los bancos.

---

<sup>20</sup> Domestic Mobile Terminating Access Service. ACCC's Final Decision. Junio 2014

Nuevamente, sin ser transparente en sus objetivos, la Comisión implementaría una medida regulatoria que busca favorecer a un grupo de agentes en particular, sin entrar a discutir por qué considera que se les debe dar este trato a dichos agentes, qué se busca con la implementación de la medida, cómo favorece esta medida a los usuarios y sobre todo si este beneficio compensa los mayores costos en los que incurren los operadores móviles. Más particularmente, la provisión del servicio de acceso a operadores financieros implica en sí mismo la remuneración de plataformas adicionales así como costos administrativos particulares que no son tenidos en cuenta en el modelo de cargos de interconexión de SMS.

## **6. Análisis de Tráfico**

El análisis realizado por la Comisión frente a la composición del tráfico on-net y off-net de cada operador, en el contexto del mercado de terminación móvil en Colombia es errado. La proporción de tráfico on-net y off-net de cada operador responde al menos a las siguientes dimensiones: perfil de consumo de los usuarios, tarifas on-net y off-net de los operadores y cargos de acceso. En este sentido, al analizarlo únicamente desde la perspectiva de la terminación, la CRC ha dejado por fuera elementos esenciales que pueden contribuir a explicar los resultados obtenidos.

En primer lugar, ya se le ha explicado en documentos a la Comisión que funcionar bajo el supuesto de tráfico balanceado es erróneo en tanto los usuarios no asignan la misma probabilidad a llamar a todos los usuarios móviles en el mercado, sino que asignan una mayor probabilidad de llamar a un círculo cercano de contactos. Si se insiste en el uso de dicho supuesto, es decir el tráfico balanceado, la preocupación de la CRC por el índice de concentración de tráfico on-net de COMCEL, cuando este es apenas un 58% superior a su participación de mercado, mientras que los de Telefónica y Tigo son considerablemente superiores (197% y 339% respectivamente). Si la Comisión abandona el supuesto de tráfico balanceado, entenderá que la proporción de tráfico on-net y off-net no debe responder directamente a la participación de mercado de cada operador.

Llama también la atención que mientras Telefónica es un operador con menos de la mitad de la participación de mercado, tenga una concentración de tráfico on-net a nivel prepago del 91%, prácticamente igual que la de COMCEL y la Comisión no se pronuncie al respecto. Evidentemente hay cambios en el mercado, pero el segmento prepago de Telefónica no ha cambiado positivamente y la Comisión no denota preocupación por este factor.

En segundo lugar, en cuanto al análisis de tráfico y particularmente sobre la evolución de dicha variable para COMCEL, la Comisión desconoce sin justificación alguna que el comportamiento de dicha variable también está determinado por la medida minorista particular (tarifa off net <= Tarifa on-net), contemplada en las medidas particulares de 2012. En consecuencia, cualquier afirmación sobre el comportamiento de tráfico de COMCEL que no considere la integralidad de las medidas que la impactan, resulta sesgada y carente de rigor técnico y económico.

## **7. Roaming Automático Nacional**

Así como en el documento de propuesta regulatoria de agosto de 2014 el roaming nacional se mencionaba apenas de manera tangencial, en el documento soporte de la propuesta regulatoria publicado por la Comisión de noviembre de 2014 se hace mención explícita a la medida regulatoria y su relevancia.

Sin embargo, es indispensable resaltar que si bien la Comisión considera el RAN como una herramienta para fomentar el uso eficiente de infraestructura del servicio móvil terrestre, los preceptos legales y regulatorios implican

que este tipo de medidas deben satisfacer los siguientes principios: i) Los cargos asociados al RAN debe remunerar la totalidad de los costos intrínsecos a la provisión de este servicio; ii) los incentivos a la inversión de los operadores solicitantes deben ser equilibrados con aquellos de los operadores de la red visitada y iii) sujeción de la medida a la no existencia de infraestructura física en el municipio para el cual se solicita el RAN.

En este sentido, la medida vigente en Colombia, establecida a través de la Resolución CRC 4112 de 2013, fue revisada por la OECD concluyendo que “Movistar y Tigo no deberían tener derecho a bajos precios de roaming nacional ya que ambos operadores llevan tiempo establecidos y están en condiciones de invertir en la ampliación de la red”<sup>21</sup>.

Señala la OECD que los costos de despliegue de redes móviles son significativamente más bajos que el despliegue de redes fijas, por lo que es contraproducente aplicar una obligación de RAN sin establecer una “cláusula de ocaso”. En teoría, el RAN permite mayores facilidades para el despliegue de infraestructura, pero al no establecer “cláusulas de ocaso” los operadores beneficiados no tienen incentivos para desplegar sus redes. Por lo tanto, tal y lo recomienda la OECD, la Comisión debe establecer un plazo máximo durante el cual el RAN sea obligatorio y restringir el acceso obligatorio a los operadores entrantes. De lo contrario, se estaría asumiendo un alto riesgo de reducir la competencia en infraestructura.

Al no definir un plazo, la intención inicial de la resolución, de procurar que el servicio de roaming sea prestado temporalmente mientras el operador entrante despliega infraestructura adicional en aquellas zonas donde aún no tiene cobertura, se pierde en los términos literales de la Resolución, pues ésta no define dicho marco temporal y permite que el acceso a RAN sea también para los operadores establecidos. Esta situación, tal y como lo señala la OECD (2014), se convierte en un método para desestimular la inversión de los operadores, ya que tienen la posibilidad de ofrecer indefinidamente sus servicios en dichas zonas y sin incentivos para expandir el área de influencia de su red. Adicionalmente, la Comisión no menciona en el presente proyecto regulatorio, qué ocurre con el RAN en los lugares en los que los operadores no tienen obligaciones de cobertura. Tal y como indica la CRC en el documento soporte de la Resolución CRC 4112, y la OECD (2014), una forma de fomentar el despliegue de infraestructura es imponiendo obligaciones de cobertura graduales a los operadores entrantes. Sin las precisiones pertinentes, se puede entender que el RAN sería de carácter perpetuo en todas las zonas, lo que a todas luces es injustificado y desproporcionado.

Adicionalmente, la Comisión ha decidido regular el precio del RAN ante el riesgo del establecimiento de precios elevados por parte de los operadores incumbentes. En este sentido, se deben discutir tres dimensiones del RAN vigente en Colombia: i) operadores que pueden optar por el RAN; ii) la temporalidad de la medida, y iii) la tarificación de la medida.

Recordando lo indicado por la OECD (2014) en el sentido de señalar que el RAN es una medida de acceso, Cave (2006)<sup>22</sup> asegura que el objetivo de la regulación de acceso debe ser para generar una competencia sostenible basada en infraestructura, por lo que la meta de promover competencia e inversión en infraestructura e innovación puede ser alcanzable a través de la provisión de acceso para los operadores entrantes siempre y cuando los mismos estén diseñados para incentivar al entrante a “escalar la escalera de la inversión”, que se refiere al incremento

---

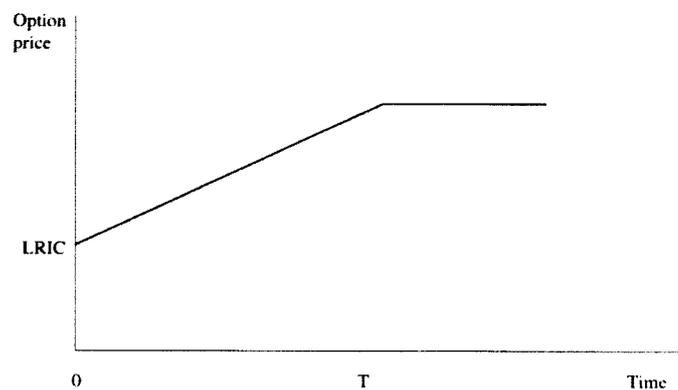
<sup>21</sup> El Reporte, página 81

<sup>22</sup> Cave, Martin (2006). Encouraging infrastructure competition via the ladder of investment. Telecommunications Policy 30 (2006) 223-237.

paulatino de infraestructura por parte del operador entrante, partiendo de los elementos de red más fácilmente replicables y “escalando” la inversión hacia elementos cada vez menos replicables.

De esta manera, una medida que promueva la entrada de agentes al mercado a través de precios de acceso debe estar acompañada de una o varias de las siguientes medidas complementarias: (i) incremento de precios de acceso en el tiempo; (ii) definir un límite de tiempo a partir del cual la obligación de acceso para el operador incumbente desaparece; y/o definir un límite a partir del cual los precios de acceso regulados por parte del regulador pasarían a ser precios definidos libremente entre las partes involucradas. De lo contrario, el objetivo de garantizar la inversión en infraestructura se convierte en una política de “fácil acceso” para operadores solicitantes, que desincentiva tanto la inversión tanto para el oferente como para el solicitante.

Sugiere Cave (2006) una evolución de cargos para la remuneración de los servicios de acceso que siga la siguiente tendencia:



**Ilustración** ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-2 Trayectoria de precios de acceso  
Fuente: Cave (2006)

Contrario a lo que sugiere Cave (2006) como mecanismo para facilitar la competencia entre servicios en el corto plazo, y promover la competencia en infraestructura en el largo plazo, la Comisión propone una senda de reducción del valor del RAN, lo que resulta en un evidente desincentivo para el solicitante a invertir en infraestructura propia.

Por su parte, Kim, Kim, Gaston, Lestage, Kim y Flacher (2011)<sup>23</sup> encuentran, para una muestra de 58 operadores de red en 21 países de la OECD para el periodo 2000-2008 que existe una relación entre la obligación de ofrecer acceso a sus redes y una menor intensidad de inversión para los operadores incumbentes. Por su parte, cuando el acceso se da de manera negociada entre las partes, la reducción en la intensidad de la inversión no se presenta. Indican los autores que resulta positivo que una gran cantidad de acuerdos de acceso entre operadores entrantes e incumbentes se realiza bajo acuerdos comerciales entre ellos.

Según Kim et al (2011) el efecto acumulado en la inversión por parte de un operador de red puede llevar a efectos indeseables en el largo plazo, tales como despliegue tardío de redes avanzadas, mala calidad de servicio, y lenta

<sup>23</sup> Kim, J., Kim, Y., Gsaton, N., Lestage, R., Kim, Y., y D. Flacher (2011). Access regulation and infrastructure investment in the mobile telecommunications industry. Telecommunications Policy 35 (2011) 907-919.

innovación tecnológica. De esta manera, resulta evidente que los reguladores deben tener en cuenta el riesgo de generar desincentivos a la inversión al obligar al operador de red a darle acceso a su red a un operador entrante.

Por último, Lestage y Flacher (2014)<sup>24</sup> comparan la regulación de acceso óptima bajo tres diferentes configuraciones de mercado que buscan aproximarse a tres etapas diferentes de la liberalización del mercado: (i) cuando sólo un operador está en capacidad de construir nueva infraestructura; (ii) cuando varios operadores han construido infraestructura y los entrantes quieren acceder a dicha infraestructura; y, (iii) tanto incumbentes como entrantes invierten en infraestructura. En todas las configuraciones se encuentra que el regulador debe ser muy cuidadoso en el trade-off entre eficiencia estática (garantizando una mayor competencia a nivel de servicios) y eficiencia dinámica (garantizando una mayor competencia a nivel de infraestructura). Precios de acceso más altos garantizan una mayor cantidad de inversión en infraestructura, aunque se genera duplicación ineficiente de infraestructura, pero precios de acceso bajos resultan en un menor despliegue de infraestructuras por parte de los operadores.

A partir de la revisión de documentos publicados en revistas es posible afirmar que existe un delicado balance en las condiciones bajo las cuales los operadores incumbentes son forzados a garantizar el acceso a sus redes por parte de operadores entrantes. Por un lado, el nivel del precio de acceso puede repercutir en mayores o menores niveles de inversión en infraestructura. Así mismo, umbrales de tiempo a partir de los cuales se retira la obligación pueden resultar adecuados para generar incentivos a los operadores entrantes para escalar la escalera de la inversión.

Contrario a lo recomendado por expertos internacionales, la CRC propone implementar un RAN sin restricción temporal (Res. 4112), que puede ser usada por operadores entrantes y establecidos y adicionalmente, implementa una senda de precios que se reducen en el tiempo aplicando un modelo LRIC puro (proyecto regulatorio vigente) que desincentiva la inversión en infraestructura, tanto por operadores entrantes como por operadores incumbentes.

El proyecto regulatorio indica que los precios regulados del RAN aplicarán por 5 años y serán iguales a los cargos de acceso (lo que parece ser una "cláusula de ocaso"). Sin embargo posteriormente indica que la CRC podrá intervenir, a solicitud de parte a través de la instancia de solución de conflictos, para definir el valor. Esta salvedad introducida por la CRC implica en la práctica una continuación de la regulación a los valores definidos previamente, por lo que no existirá un verdadero espacio de negociación para los operadores incumbentes.

Adicionalmente, no queda para nada claro, ni mucho menos justificado, en el documento de propuesta regulatoria publicado en noviembre de 2014 porqué se cambia la aproximación regulatoria al RAN frente a lo propuesto en el documento de agosto de 2014. La Comisión había definido que el valor regulado del RAN se mantendría constante igual a \$42,49. Ahora, y sin ningún tipo de justificación, se decide implementar una senda de reducción de valores para el RAN igual a la reducción de los valores de cargo de acceso, con todos los problemas que esto acarrea y que se han señalado previamente.

Por último, se debe señalar que aun cuando toda la literatura reseñada por la CRC en la Resolución CRC 4112, y a la que se ha hecho referencia en este documento, hablan de implementar el RAN para promover la entrada al mercado, y por ende aplicaría única y exclusivamente para operadores entrantes, la Comisión no es explícita en permitir la aplicación de esta medida únicamente a operadores entrantes y de hecho se entiende que operadores

---

<sup>24</sup> Lestage, R., y D., Flacher (2014). Infrastructure investment and optima access regulation in the different stages of telecommunications market liberalization. Telecommunications Policy (2014), <http://dx.doi.org/10.1016/j.telpol.2014.01.003>.

incumbentes podrían aplicar esta medida sobre la red de otro incumbente. Al respecto, se debe señalar que no existe ningún tipo de justificación para permitir este despropósito.

Con esta modificación a la propuesta publicada en agosto de 2014 se cometen dos errores. El primero, se define un precio regulado que no incentiva el despliegue de redes ni la competencia en infraestructura. En línea con lo discutido por Kim et al (2011), la CRC (2012) destacó en el documento regulatorio soporte de la Resolución CRC 4112 de 2013 que la mayoría de los precios de roaming se basan en los acuerdos comerciales logrados entre las partes, precios que no generan desincentivos a la inversión. En la Tabla 6 de dicho documento, la CRC (2012)<sup>25</sup> evidencia una casi absoluta ausencia de intervenciones regulatorias a nivel de precio del RAN. Así mismo, indica que regular mediante la implementación de un modelo LRIC puro le permitiría alcanzar a las firmas entrantes grandes beneficios en el corto plazo, e inclusive en el largo plazo, pero genera desincentivos a la inversión.

“Desde el punto de vista regulatorio, la utilización de metodologías basadas en costos marginales por servicios (LRIC puro) o costos incrementales, producen fuertes beneficios en las firmas entrantes, ya que alcanzaría niveles de eficiencia de costos mayores que los que pudiera alcanzar en el corto plazo, e inclusive en el largo plazo. En este sentido los incentivos a la inversión en el operador establecido y en los operadores entrantes, pueden decrecer, si este esquema de recuperación de costos se mantiene por largos periodos de tiempo. Por lo anterior, de no ser aplicada transitoriamente la firma entrante buscará parasitar las redes de las otras firmas, salvo que logre una buena diferenciación de marca en base a la nueva tecnología lo que crearía incentivos en ellas a invertir, más si no logra una oferta comercial atractiva, el sentido común llevaría a los inversionistas de dicha firma a extraer rentas y no producir inversión, por lo tanto a nivel estratégico para el comportamiento del mercado esto debe ser compensado por obligaciones de cobertura con infraestructura propia.”<sup>26</sup>

Es preciso señalar que los beneficios en el largo plazo a los que se hace referencia acá se refieren a que aun si el operador despliega su propia infraestructura puede no alcanzar el nivel de costos por minuto que la CRC le estaría permitiendo con ese tipo de regulación. En este sentido, para otros operadores incumbentes también puede resultar eficiente este modelo de negocio, generando una desinversión en infraestructura por doble partida al generar incentivos a la venta de equipos e infraestructura desplegada.

En segundo lugar, indica la CRC (2012), la utilización de un modelo de costos medios no genera tantos incentivos a la entrada de nuevas firmas, pero cumple con dos objetivos regulatorios: la firma que provee el RAN remunera todos sus costos, tanto fijos y comunes como variables, y se crean incentivos para que la firma entrante expanda su red.

“Por otra parte, la utilización de costos medios, desde un punto de vista económico puro, pareciera no entregar las condiciones suficientes para eliminar las barreras de entrada para la firma nueva.

Pero la utilización de éstos trae consigo dos objetivos regulatorios deseables, el primero de ellos es que a la firma establecida se le remuneran en promedio los costos asociados al servicio de Roaming, por lo que en esta situación no cambiarían sus incentivos a la inversión. El segundo consiste en que debido a que las inversiones de la red establecida son incrementales, ya que varios de los costos comunes de inversión ya están incurridos, es posible que pueda constituirse el roaming como una nueva fuente de ingresos para la actualización de la red establecida. Por el lado de la firma entrante, le permitiría acceder a la cobertura de las firmas existentes, en particular a los radios de las

<sup>25</sup> CRC (2012). “Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso a internet a través de redes inalámbricas. Documento soporte Agosto 2012. Página 93.

<sup>26</sup> Ibid. Página 100.

bandas bajas 105 de 3G, aumentando la capacidad competitiva y la imagen de marca de la firma entrante, y creando incentivos directos a la expansión en grandes poblados de la nueva firma entrante, donde podría obtener costos de operación menores con una red propia.”<sup>27</sup>

Por su parte, Sandbach (2009)<sup>28</sup> considera que el precio óptimo que garantiza incentivos suficientes para que las firmas incumbentes y entrantes inviertan, y sobre todo que inviertan en zonas con baja densidad poblacional, lo cual debería ser el objetivo de la CRC, consiste en un cargo que deber ser un 38% superior al costo medio de las firmas incumbentes.

De esta manera, resulta complementemente incomprensible que a pesar de sus propios análisis y conclusiones, manifestadas así mismo en la distancia definida entre el valor del RAN y el del cargo de acceso propuesto en agosto de 2014, ahora la Comisión pretenda igualar el valor del RAN al cargo de acceso desincentivando la inversión sostenible en infraestructura.

Tanto la literatura revisada y a la que se ha hecho referencia anteriormente, como la misma CRC (2012), reconocen los riesgos de establecer un precio muy bajo para el RAN, para un tiempo indefinido. Contra todas estas advertencias, la Comisión define un precio muy bajo (con el modelo LRIC puro) y hace la pantomima de definir un umbral de tiempo que a la larga será inaplicable por cuenta de las intervenciones de la CRC a través de la instancia de solución de conflictos. **Por lo tanto, es imperativo** modificar el proyecto regulatorio en el sentido de que el valor regulado del RAN reconozca al menos los costos medios, y que el tiempo de aplicación de la medida sea verdaderamente cinco años.

Si la Comisión considera necesario contar con un precio de referencia para intervenir después del periodo de 5 años, debe definir una senda de precios únicos creciente en el tiempo a partir de los 5 años de aplicado el precio regulado, en línea con las mejores prácticas internacionales y sugeridas, entre otros, por Cave (2006).

## 8. Expresión de los valores cargo de acceso

El primer proyecto de resolución de cargos de acceso (agosto de 2014) presenta información contenida en la Tabla 3, como se presenta a continuación:

Cargo de acceso	01-ene-14	01-ene-15	01-ene-16
Mínuto (uso)	56,38	42,49	8,66
Capacidad (E1)	23.987.791,41	21.040.878,07	3.637.892,24

**Tabla 3 del artículo 1 del proyecto de resolución publicada en agosto de 2014**

Estos valores están expresados en pesos constantes de enero de 2011 y estipulando que la actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará a partir del 1º de enero de 2014. La versión de noviembre de 2014 del proyecto de resolución relaciona la siguiente Tabla 3 modificada:

Cargo de acceso	01-ene-14	01-ene-15	01-ene-16	01-ene-17
Mínuto (uso)	56,87	42,86	31,83	20,81
Capacidad (E1)	24.194.897,29	21.222.540,88	15.548.914,34	9.875.287,80

<sup>27</sup> Ibid. Páginas 100-101

<sup>28</sup> Sandbach, J. (2009). "National Roaming Pricing in Mobile Networks" en B. Preissl et al. (eds.), Telecommunication Markets, Contributions to Economics, DOI: 10.1007/978-3-7908-2082-9\_15.

**Tabla ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-5 Tabla 3 del artículo 1 del proyecto de resolución publicada en noviembre de 2014**

Los valores no se encuentran expresados en pesos constantes de enero de 2011 sino de enero de 2014, tanto en la Tabla 3 del artículo 1, como la del artículo 2 que se expone a continuación

Cargo de acceso	01-ene-17	01-ene-18
Minuto (uso)	20,81	9,79
Capacidad (E1)	9.875.287,80	4.201.661,25

**Tabla ¡Error! No hay texto con el estilo especificado en el documento.-6 Tabla 3 del artículo 2 del proyecto de resolución publicada en noviembre de 2014**

Esta situación genera cambios en los valores del 2014 y 2015 por las diferencias en la moneda base de la estimación y en el valor de 2016 en tanto se introduce una senda de reducción de cargos de acceso de manera gradual.

No obstante lo anterior, el valor objetivo de las tablas 3 del artículo 1 en sus versiones de agosto (\$8,66 a pesos de enero de 2011) y noviembre de 2014 (\$9,79 a pesos de enero de 2014) no son consistentes. Esto se puede verificar al llevar los \$8,66 pesos de enero de 2011 a pesos de enero de 2014 con el IAT, los cuales equivalen a \$8.73 pesos. Por consiguiente se solicita aclarar la diferencia entre estos dos valores.

Adicionalmente, el Artículo 3 y 4 de la versión 3 del proyecto en comento el cual modifica la tabla del artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007 entre la primera y la segunda versión también presenta variaciones no explicadas por los cambios en los años base de las unidades monetarias. En particular, el valor del cargo de acceso para SMS en la versión de agosto de 2014 es de 1,40 en pesos de enero de 2011, o lo que es equivalente, 1,41 en pesos de enero de 2014. Por el contrario, el nuevo proyecto regulatorio presenta un valor en pesos de enero de 2014 de 1,58. Pareciera que se realizaron cambios en las estimaciones del modelo de costos entre la versión de agosto y la versión de noviembre y estos no han sido explicados.

## **9. Metodología de LRIC puro y la normatividad andina**

Tanto los cargos de acceso a redes móviles como el valor regulado del RAN han sido estimados por parte de la CRC con un modelo LRIC puro. De acuerdo con la CRC (2010)<sup>29</sup>, existen dos diferencias principales entre los modelos LRIC puros (la metodología implementada desde la Resolución CRC 3136 de 2011) y los modelos LRIC+ (la metodología implementada en el periodo 2007-2011): el tamaño del incremento de la demanda y los elementos de red requeridos, y la recuperación de los costos comunes.

Por su parte, al revisar el documento soporte realizado por Dantzig Consultores<sup>30</sup> se encuentra la siguiente descripción de la metodología de costo LRIC puro:

*“La segunda variación metodológica es a través del cálculo del cargo de acceso a través del Costo Incremental por Servicio (CI), también conocido como LRIC puro,*

<sup>29</sup> Comisión de Regulación de Comunicaciones (2010). “Medidas Regulatorias para el Mercado “Voz Saliente Móvil”. Documento de Consulta Pública. Diciembre de 2010.

<sup>30</sup> “Modelo LRIC Puro de Cálculo de Cargos de Acceso Móviles de Servicios de Voz para la CRC de Colombia”. Documento preparado por Dantzig Consultores para la Comisión de Regulación de Comunicaciones, República de Colombia. Mayo 2011

en esta variación se obtiene [el costo incremental] a través de la comparación entre una empresa que provee el servicio de voz de acceso y una empresa que no lo provee (ver Ilustración 2), determinando así los costos incrementales necesarios para brindar el servicio, es importante notar que esta variación es muy cercana a la recomendada por la Comisión Europea (EC, 2009), con la excepción de considerar además de los costos directos de red, los directamente relacionados con las tareas administrativas ligadas con el servicio de acceso.<sup>31</sup>

A partir de estas dos referencias queda claro que la metodología LRIC puro permite estimar los costos incrementales asociados a las redes de telecomunicaciones por prestar el servicio de interconexión. Cualquier elemento de red que sea utilizado por la red móvil para la prestación de otros servicios no será contemplado en tanto no es incremental a la interconexión. A esto precisamente se refiere la Comisión al indicar que no se contemplan dentro del cálculo de los costos los costos comunes: infraestructura compartida entre la interconexión y otros servicios (infraestructura común) no es incremental respecto de la interconexión.

Teniendo claro lo anterior, y recordando que ahora el modelo no se usa para estimar los cargos de acceso únicamente si no adicionalmente el valor del RAN, es importante que la Comisión reconcilie su propuesta con la normatividad andina, en tanto la Resolución CAN 432 de 2000, en su artículo 18, señala que los cargos de acceso deben estar orientados a costos con un margen razonable de utilidad que permita recuperar los costos comunes o compartidos.

***“Artículo 18.- Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de utilidad más una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio. Se entenderá por costos comunes o compartidos aquellos que corresponden a instalaciones y equipos o prestaciones compartidos por varios servicios.” (NFT)***

#### **10. Imposibilidad Técnica para COMCEL para discriminar los ingresos prepago y postpago por destino (On-Net y Off-Net)**

Es pertinente recordar a la CRC la imposibilidad técnica de COMCEL para discriminar los ingresos prepago y postpago por destino (On-Net y Off-Net), esta limitación ya había sido expuesta por COMCEL a través de la solicitud de revocatoria a esta medida con radicado 200931171, por lo cual la CRC luego de Reunirse con los 3 operadores, (Comcel, Tigo y Movistar), los cuales presentaban la misma imposibilidad, modificó la norma expidió la Resolución 2148 de 2009 requiriendo sólo los ingresos clasificados en Pre y Pos, más no por destino On-Net y Off-Net. Por lo que en el presente proyecto es esencial que Comisión tenga en cuenta estas consideraciones antes expuestas.



<sup>31</sup> “Modelo LRIC Puro de Cálculo de Cargos de Acceso Móviles de Servicios de Voz para la CRC de Colombia”. Pag 5. 2011

## 11. Cuentas de Ingresos – Transferencias de Beneficios

La Comisión en el proyecto de Resolución propone:

(ii) Obtenido el valor numérico en pesos de dicha diferencia los proveedores deberán hacer el registro contable de dichos recursos y reflejarlo en una cuenta auxiliar particular exclusiva del balance correspondiente a la clase 4 "Ingresos" del Plan Único de Cuentas (PUC).

(iii) Los proveedores deberán hacer la respectiva apropiación contable de los recursos destinados a la transferencia de beneficios derivados de las reducciones de cargos de acceso de manera separada dependiendo de si se trata de (1) inversiones en infraestructura o (2) reducciones de tarifas. Estas apropiaciones deberán ser registradas en una cuenta auxiliar particular exclusiva del balance correspondiente al grupo 15 "Propiedades, Planta y Equipo, para el caso (1), y las clases 5 "Gastos", 6 "Costos de Ventas" o 7 "Costos de producción o de operación" para el caso (2), del Plan Único de Cuentas (PUC).

La propuesta de la CRC de incluir los beneficios en las cuentas de ingreso va en contra vía de la Resolución CRC 4190, toda vez que en la parte motiva del acto administrativo de la Resolución 4190 de 2014 se dispuso "(...) En síntesis, el monto de los traslados de los beneficios a los usuarios derivado de la reducción de los cargos de acceso, es independiente de las cantidades de tráfico que ingrese a un operador, por cuanto de suyo, desvirtúa el hecho que los proveedores pagarán un menor valor por la terminación de tráfico en las redes de otros operadores, independiente de aquella cantidad de tráfico que termine en sus redes. (...)

Por otra parte, en relación con la inquietud de TELEFÓNICA frente al no uso de los usuarios de los beneficios derivados del traslado de beneficios, es claro que la obligación de los proveedores se enfoca en trasladar a los precios de los servicios de voz las reducciones derivadas de los cargos de acceso independientemente de las decisiones de consumo que realicen los usuarios. En todo caso, tanto para usuarios en modalidad pospago como para usuarios en modalidad prepago, para los cuales los proveedores disponen de la información de los planes tarifarios a los cuales están suscritos los usuarios así como de los perfiles de consumo de tráfico, con la cual pueden determinar los porcentajes y montos sujetos de traslado. (...)" (Negrilla y subraya fuera de texto)

Así las cosas, dicha modificación altera desde el punto de vista sustancial, las motivaciones que dieron origen a los lineamientos dados en la metodología para el traslado de beneficio a los usuarios, circunstancia que modifica y genera efectos adversos, a la metodología establecida por la Comisión.

Desde el punto de vista comercial, no es viable utilizar dicha metodología verificando si el usuario consumió o no los minutos adicionales correspondientes al traslado de beneficio de los usuarios, toda vez que ahora se requiere, el tráfico por cada plan para poder comprobar dicho consumo, cruzado con el número de usuarios por cada plan, lo cual torna prácticamente imposible que se pueda comprobar el traslado.

## 12. Afectación de la Tarifa Fijo –Móvil

La reducción de los cargos de acceso afecta el tráfico F-M y LDI. En el caso de la tarifa F-M que actualmente está en \$111,55 llegaría a \$65 en el 2018 cuando los costos asociados a la interconexión no bajan ya que esta infraestructura no se ve optimizada por la implementación de las redes de NGN. Adicionalmente en ninguna resolución está prevista la disminución de los cargos de acceso a las redes fijas y por el contrario se siguen

actualizando con el IAT. Por lo anterior con esta resolución bajan fuertemente los ingresos de la compañía pero los costos asociados a la interconexión se mantienen llevando el negocio a pérdida.

### 13. Fundamento para la reducción del cargo de acceso

Reiteramos nuestros comentarios presentados el pasado 2 de septiembre, en el sentido que la CRC propone una reducción del cargo de acceso a redes móviles, justificando tal propuesta en la introducción de nuevas tecnologías, puntualmente con el argumento que las redes actuales establecidas cuentan con un *back-bone* soportado sobre transmisión de datos IP y elementos de red de Nueva generación NGN, de la siguiente manera:

*“(...) Que la CRC desarrolló a finales de 2011 y comienzos de 2012 un modelo convergente NGN de remuneración y distribución de costos de redes multiservicios teniendo en cuenta que los proveedores de redes y servicios móviles del mercado de Voz Saliente Móvil cuentan en la actualidad con redes de núcleo IP con arquitectura NGN y con tecnologías de acceso de tercera generación. Por lo anterior, se considera oportuno actualizar la herramienta del modelo de costos de redes móviles a esta realidad. (...)”* (Negrilla fuera de texto)

Dicha argumentación, genera dos (2) observaciones principales que la CRC debe tomar en consideración:

- Las redes actuales de COMCEL no se ajustan a la descripción de NGN: La Propuesta de la CRC se fundamenta en argumentos errados, toda vez que las redes de COMCEL actualmente están en proceso de migración, proceso que implica nuevas inversiones, que no se encuentran contempladas en el modelo de análisis de la CRC. Así mismo, es necesario considerar que dichas inversiones son diferentes para cada operador, toda vez que dependerán del tamaño de la red de cada operador, del grado de evolución de su infraestructura y de las inversiones que haya realizado en el pasado.

De igual manera, es pertinente aclarar que las interconexiones con los operadores (fijos, móviles y LDI) no han sufrido variación, ni se han migrado a NGN. Razón por la cual los costos asociados no han disminuido; por el contrario, en el caso puntual de COMCEL, estos costos se han incrementado como consecuencia de la injustificada imposición de cargos asimétricos, que han permitido a otros operadores aprovechar el descuento impuesto a la red de COMCEL (o el subsidio forzoso que COMCEL otorga a terceros) incrementándose de manera considerable el tráfico terminado en la red de COMCEL, lo que ha demandado cuantiosas inversiones en ampliaciones de red y en adecuación de infraestructura. Nótese que el valor que COMCEL percibe por esta terminación es inferior al que debe pagar a otros operadores por tráfico equivalente, generándose un doble efecto negativo derivado de la asimetría: (i) en primer término la imposición de poner a disposición su red por debajo del precio de mercado para esta actividad (precio que se reconocen los demás operadores distintos de COMCEL) y (ii) en segundo lugar, un crecimiento considerable de este tráfico derivado del valor asimétrico impuesto.

### 14. Nueva Metodología de Costos

El documento soporte sustenta la reducción del cargo de acceso en la actualización de la herramienta y del modelo de costos de redes móviles, apoyado en la supuesta existencia de redes de núcleo IP y arquitectura NGN; en otras palabras, la CRC propone un nuevo valor de cargo de acceso producto de una nueva metodología de costos, que difiere de la que soportó el establecimiento de los valores y la senda de reducción prevista en Resolución CRC 3136

de 2011, incluyendo el valor del costo eficiente al cual deben llegar todos los operadores móviles a partir del año 2015.

En virtud de lo anterior, cualquier tipo de modificación de los valores de cargo de acceso a redes móviles establecidos por la CRC en la Resolución CRC 3136 de 2011, debe fundarse en el mismo modelo de costos LRIC PURO, o proponerse por el regulador un nuevo horizonte regulatorio, con una metodología especial, que debe socializarse con el sector previa su adopción.

Respetuosamente,

  
SANTIAGO PARDO FAJARDO  
Vicepresidente de Relaciones Institucionales y Asuntos Regulatorios

Anexo:

1. Concepto del Dr. Gustavo Tamayo Arango de la firma Lloreda Camacho & Co. Abogados en 11 folios.
2. Concepto del Dr. Jaime Cordoba Triviño de la firma J. Córdoba Abogados SAS en 10 folios
3. Concepto del Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla de la firma Arrieta, Mantilla y Asociados en 13 folios

CRC	
Radicación :	*201434936*
Fecha :	28/11/2014 05:05:58 P.M.
Remitente :	CLARO
Anexos :	34 FOLIOS
Asunto :	COMENTARIOS AL PROYECTO DE RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE MODIFICAN LA RES CRT 1763 DE 2007.-

Bogotá, Noviembre 25 de 2014

Señores

**COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A**

**Atención Dra. Hilda María Pardo Hasche**

Calle 90 No. 14 – 37

L. C.

**Ref. Comentarios a la propuesta regulatoria sobre cargos de acceso a redes móviles publicada por la Comisión Nacional de Comunicaciones (CRC) el 14 de noviembre de 2014.**

Apreciados Señores,

Se nos ha pedido preparar los comentarios sobre la propuesta de modificación regulatoria que ha publicado la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante la CRC), relacionada con la modificación de la senda de reducciones en los cargos de acceso de las redes móviles y los efectos que tiene la modificación de un acto administrativo general sobre actos particulares y concretos que conciernen exclusivamente a COMCEL y no a otros competidores del mercado. Procedemos en éste escrito a exponer nuestras observaciones.

#### **I. Consideraciones preliminares**

La propuesta regulatoria que presenta la CRC modificaría la tabla 3 del artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007 expedida por la entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, modificada por el artículo 1 de la Resolución 3136 de 2011, emitida por la misma autoridad. Dicha tabla define los valores que pueden cobrarse por acceso a las redes móviles, estableciendo lo que la CRC ha llamado una senda de reducciones. Es importante hacer un breve recuento sobre lo dispuesto por la Resolución 3136 de 2011 y las consecuencias que su modificación tiene en actuaciones particulares y concretas que afectan exclusivamente a COMCEL.

En su redacción original, la Resolución 3136 definía las tarifas por uso (minuto) o capacidad (E1) para los años comprendidos entre 2012 y 2015. En concreto, la tabla 3 señala que para el año 2015, última tarifa prevista en la normatividad, se debería cobrar 42,49 pesos por minuto usado en la red móvil, o 21.040.878,07 si se provee capacidad para acceso a la red.

Ahora bien, en virtud de la Resolución 4002 de 2012, modificada por la Resolución 4050 del mismo año, ambas expedidas por la CRC, COMCEL se encuentra obligada a ofrecer las a otros operadores, la

tarifa de interconexión señalada en como “valor final de la tabla 3 del artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007, modificado por el artículo 1 de la Resolución CRC 3136 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya (...)”. Resulta evidente entonces, que la CRC ha impuesto a COMCEL una obligación especial y diferente -un cargo asimétrico de interconexión- frente a los demás operadores. Esa obligación especial, se impuso, por supuesto, con base en un procedimiento administrativo del que COMCEL fue parte y pudo ejercer sus derechos al debido proceso de acuerdo con las garantías constitucionales y legales.

Pues bien, la CRC propone ahora modificar un acto administrativo particular y concreto –la Resolución 4050 de 2012-, por la vía de modificar un acto administrativo general, menoscabando los derechos de COMCEL. Aún más, la CRC ha optado por ignorar por completo ésta consecuencia, y llama la atención que en su propuesta regulatoria (documento soporte) de agosto de 2014, la CRC explícitamente reconocía las consecuencias especiales para COMCEL, mientras que en ésta nueva propuesta ha omitido cualquier mención a las consecuencias diferentes que se desprenderían para COMCEL con la regulación propuesta en razón al contenido de la Resolución 4050 de 2012. Para garantizar el debido proceso, es menester que la CRC expresamente señale que la modificación de Resolución 1763 de 2007 no tendrá efectos frente a las obligaciones especiales que, por vía de un acto administrativo particular y concreto, se impusieron a COMCEL en ésta materia.

**II. La CRC propone modificar una regulación general, pero podría modifica también un acto administrativo de carácter particular sin observancia de las garantías legales y constitucionales.**

Tal y como se ha señalado, la CRC propone hacer un cambio a una regulación de carácter general. Sin embargo, respecto a COMCEL el cambio de regulación podría tener como efecto la modificación de un acto administrativo particular y concreto.

Por una parte, la propuesta de modificación atañe a la Resolución 1763 de 2007 (modificada por la Resolución 3136 de 2011), que estableció obligaciones para todos los participantes del mercado de telefonía de voz móvil en lo que tiene que ver con los cargos de acceso a las redes móviles. Sin embargo, frente a COMCEL, el efecto del cambio de una regulación tiene resultados diferentes a los demás operadores, porque en virtud de la modificación de la Resolución 1763 de 2007 (modificada por la Resolución 3136 de 2011), se está modificando implícitamente también la Resolución 4050 de 2012 que impuso ciertas obligaciones especiales exclusivamente a COMCEL.

La Resolución 4050 de 2012 es una resolución de carácter particular y concreto. Las decisiones allí adoptadas son el resultado de un procedimiento administrativo que no es compatible con el proceso que debe adelantarse para modificar una resolución de carácter general. En efecto, en el procedimiento administrativo que concluyó con la expedición de la Resolución 4050 de 2012, COMCEL pudo aportar y controvertir pruebas. La modificación que se propone de la Resolución 1763 de 2012, altera una situación particular y concreta sin que se garanticen los derechos a la defensa y debido proceso de COMCEL. Resulta evidente la necesidad de que la propuesta regulatoria expresamente señale que ella no comportará una modificación de las obligaciones especiales que asume COMCEL en virtud de la Resolución 4050 de 2012.

**III. El procedimiento adelantado por la CRC podría dar lugar a que se interpongan acciones de cumplimiento contra el estado Colombiano ante el Tribunal Andino de Justicia por violación de lo dispuesto en la decisión 462 del Acuerdo de Cartagena**

La decisión 462 del Acuerdo de Cartagena, persigue como objetivo general crear un Mercado Común Andino de Telecomunicaciones, y como uno de sus objetivos específicos propiciar la inversión de en los servicios de telecomunicaciones en los países miembros.

En cuanto al régimen de interconexión, el capítulo titulado "principios relativos a la interconexión", en el literal (b) del artículo 32 señala que los cargos de interconexión deben estar orientados a costos y tener en cuenta su viabilidad económica".

En consecuencia, la norma Andina implica que la CRC no puede introducir tarifas de cargos por interconexión que: i) no respondan a los costos, y ii) desconozcan la viabilidad económica de su implementación. Es decir, el cargo de interconexión, en la Comunidad Andina, no puede resultar en una carga que no pueda sostenerse en el tiempo o que ignore la estructura de costos de la prestación del servicio.

En concreto, la CRC tiene que demostrar, con estudios técnicos adecuados, que su propuesta regulatoria para adoptar una nueva senda de tarifas de conexión a redes móviles cumple con las condiciones que ha señalado la normativa comunitaria andina, es decir que responde a la estructura de costos y es viable económicamente. De no contar con dichos estudios, o en caso de ignorar los requisitos que impone la normativa comunitaria para la estructuración de los cargos de interconexión, la CRC estará violando el régimen andino. Si no se cumple lo anterior, podría dar lugar a que se interpongan acciones de cumplimiento ante el Tribunal Andino de Justicia.

**IV. Las facultades para regular el mercado ex ante no permiten modificar medidas regulatorias de carácter particular sin la observancia de los requisitos de ley.**

La facultad de regulación ex ante permite a la CRC la implementación de las medidas regulatorias necesarias para corregir las fallas de mercado. Con base en esa atribución, la CRC puede revisar con una periodicidad razonable el efecto sobre los mercados de las medidas que haya expedido, y evaluar la conveniencia de modificar, retirar o complementar la regulaciones que ha expedido.

Las medidas regulatorias *generales*, dirigidas a la corrección de situaciones de mercado que interesan a todos los actores, no persiguen la creación de situaciones jurídicas particulares y concretas, son susceptibles de ser modificadas, adicionadas o retiradas por el regulador en cualquier momento atendiendo a simples criterios de política económica.

Ahora bien, cuando la CRC ejerce la facultad contenida en el numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1341 según la cual podrá "*promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante (...)*

*medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado”, debe atender los criterios constitucionales y legales que regulan las situaciones jurídicas de carácter particular y concreto.*

Así pues, la facultad de regulación ex ante, en tanto es ejercida por una autoridad pública que está sometida a la Constitución y a la Ley, no es de carácter absoluto o ilimitado, y no permite al ente público que la ejerce, en este caso a la CRC, abusar o excederse en el uso de la misma y desconocer que cuando quiera que la regulación misma cree una situación jurídica particular y concreta, esta goza de especial protección, por lo cual el regulador no puede retirarla del ordenamiento jurídico de manera unilateral e inconsulta.

Cabe recordar, que la Corte Constitucional, en su análisis de la Ley 1341 de 2009 señaló que:

“(…) la potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación es una manifestación de la intervención estatal en la economía –una de cuyas formas es precisamente la regulación- cuya finalidad es corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios. Así mismo, ha utilizado una perspectiva jerárquica para determinar su lugar dentro del sistema normativo y ha sostenido que se trata de una competencia normativa de naturaleza administrativa sujeta a la ley y los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República.”

Que las facultades regulatorias de la CRC tienen una naturaleza administrativa y se encuentren delimitadas por la ley y los decretos pertinentes, significa en éste caso que la CRC debe seguir las normas de procedimiento administrativo que regulan el ejercicio de la función pública y, en consecuencia, no puede modificar un acto administrativo particular por vía de la expedición de un acto de carácter general.

En efecto, la propia CRC en su Resolución 2058 de 2009, en la que se señaló el régimen de regulación por mercados relevantes de telecomunicaciones, expresamente dijo que las medidas regulatorias “(…) de carácter particular serán adoptadas por la CRT mediante resoluciones de carácter particular y concreto”. Más aun, la Corte Constitucional, pronunciándose sobre las facultades de las comisiones de regulación señaló en la Sentencia C-1162 de 2000 que:

“En todo caso, se estima pertinente dejar en claro que los actos expedidos por las comisiones de regulación -ya sean de carácter general o particular- deben sujetarse a todas las formalidades previstas para tal efecto en el Código Contencioso Administrativo, y sobre ellos pueden ejercerse los pertinentes controles de carácter administrativo y judicial.” (Sentencia C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo) (Subraya fuera del texto).

Por tanto, la CRC no puede por vía de una reforma de una regulación de alcance general, modificar situaciones de carácter particular y concreto, cosa sobre la que ahora en relación a COMCEL y las

consecuencias frente a la Resolución 4050 de 2012, la CRC guarda silencio, pero que era su intención, según se desprende del Documento Soporte de la Propuesta Regulatoria publicada en agosto de 2014, cuando inició este proceso de expedición de un acto administrativo de carácter general. Es cierto, que en el nuevo Documento Soporte que acompaña el proyecto de regulación publicado en noviembre de 2014, nada se dice sobre las consecuencias para COMCEL de la modificación de la Resolución 1763 de 2007, pero ese silencio no invita a pensar que la CRC no pretenda hacer efectiva una modificación indirecta e inconsulta de la Resolución 4050 de 2012.

Si la CRC quiere modificar unilateralmente las obligaciones diferentes y especiales que impuso a COMCEL en virtud de la Resolución 4050 de 2012, debe apegarse a los procedimientos administrativos previstos para las actuaciones de carácter particular y concreto, contando con el consentimiento previo, escrito y expreso de COMCEL, tal y como lo ordena el artículo 97 del CPACA.

Debe recordarse, que Resolución 4050 de 2012 la CRC resolvió un recurso de reposición contra la Resolución 4002 de 2012, confirmando el esquema de los cargos de acceso establecidos en la medida regulatoria particular recurrida, para lo cual se remitió a la Tabla 3 del artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007 (según las modificaciones efectuadas mediante resolución 3136 de 2011) que incluye exactamente los mismos valores establecidos inicialmente en el acto administrativo recurrido. Sin embargo, la remisión a la tabla contenida en la Resolución 1763 o aquella que la modifique o sustituya, no puede entenderse como un condicionamiento que contiene una renuncia general y abstracta del derecho de COMCEL a que la administración le solicite el consentimiento previo, expreso y escrito antes de efectuar una modificación de la medida regulatoria particular.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha señalado en, reiterada jurisprudencia, que el consentimiento del afectado para la modificación de actos particulares no es una mera formalidad, sino que,

“El consentimiento del particular es un requisito esencial para que pueda modificarse o revocarse los actos. La falta de anuencia por parte del titular del derecho no puede tomarse como un simple requisito de forma. Por el contrario, es un requisito sustancial que garantiza principios y derechos que en cabeza de éste, tales como el de la buena fe, la seguridad jurídica, la confianza legítima, la participación del particular en las decisiones que lo afectan, así como los derechos al debido proceso y defensa.” (Corte Constitucional, Sentencia T-748 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra) (Subraya fuera del texto).

#### **V. La propuesta regulatoria puede conllevar a una violación del derecho al debido proceso de COMCEL**

Si, como todo apunta, la interpretación de la CRC es que la modificación que plantea a la tabla 3 del artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007, implica una modificación de las obligaciones de COMCEL a la luz de lo señalado en la Resolución 4050 de 2012, la propuesta regulatoria llevará a una violación del derecho al debido proceso de COMCEL, pues deberá asumir obligaciones adicionales y gravosas que no estaban contempladas cuando la CRC adelantó el procedimiento administrativo previo a la emisión de la Resolución 4050 de 2012.

En la precitada Sentencia T-748 de 1998, la Corte Constitucional señaló que,

“En relación con el tema de la revocación o modificación de los actos de carácter particular o concreto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara al establecer que el fundamento esencial para la legalidad de esta clase de decisiones está en la participación activa del titular del derecho, participación que se evidencia con su consentimiento expreso y por escrito. Si ésta no se logra, será necesaria, entonces, su intervención en el proceso que está obligado a iniciar la institución (...)”

Desde luego, la participación no puede entenderse como la posibilidad de hacer observaciones a un proyecto de regulación general. Esa participación deber ceñirse al procedimiento propio para la modificación de actos de carácter particular proferidos por la administración. La adopción de decisiones que afectan de forma especial a un sujeto particular debe garantizar que ciertas garantías señaladas en los pronunciamientos de la Corte Constitucional (al respecto ver Sentencia C-248 de 2013, M.P. Mauricio Gonzales Cuervo) y en la ley, como: (i) ser comunicado del inicio de la actuación; (ii) ser oído y ejercer los derechos de defensa y contradicción durante el curso de la actuación (numeral 1 del artículo 3 del CPACA); (iii) presentar pruebas y controvertir las que se alleguen durante el curso de la actuación (artículo 40 del CPACA); (iv) ser notificado de las decisiones adoptadas (artículos 66 a 69 del CPACA); (v) que se le imponga la medida particular de forma motivada (artículo 42 del CPACA); y a (vi) impugnar la decisión adoptada mediante el ejercicio de los recursos de ley (artículos 74 a 82 del CPACA).

Por su parte, en la sentencia C-315 de 2012 (M.P. María Victoria Calle), la Corte Constitucional enunció las siguientes garantías mínimas que debe cobijar todo procedimiento administrativo: (i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.

Y el debido proceso administrativo fue definido por la Corte Constitucional en Sentencia T-214 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) como: (i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

Si la intención del CRC con su actual propuesta regulatoria incluye la modificación de las obligaciones de COMCEL a la luz de la Resolución 4050 de 2012, se estará violando el derecho al debido proceso porque:

- (i) El procedimiento para la adopción del Proyecto de Resolución objeto de análisis, no contó con un acto de apertura como manifestación directa del principio de publicidad, por medio del cual se comunicara a COMCEL sobre la eventual modificación de la medida regulatoria particular (Resolución 4050 de 2012), y que otorgara un plazo razonable para oponerse a su adopción.
  
- (ii) El procedimiento para la imposición de una medida regulatoria general, no permite a COMCEL solicitar el decreto de pruebas, ni incluye autos de pruebas susceptibles de impugnación. De esta manera, se menoscaba el ejercicio pleno de los derechos de defensa y contradicción de COMCEL.
  
- (iii) La resolución que se expida al finalizar el procedimiento administrativo será una decisión administrativa de carácter general que, en aplicación del artículo 75 del CPACA, no admite la interposición de recursos.

Además, en relación con el principio de publicidad es bueno anotar que, ese requisito, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-957 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), se cumple de forma diferente para actos de carácter general y particular y “no producen efectos jurídicos, es decir, no tienen fuerza vinculante, sino a partir de que se realiza su publicación, en tratándose de actos administrativos de carácter general, o su notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter particular. Sólo a partir de este momento, serán obligatorios y oponibles a terceros”.

En este caso, el acto de carácter general será publicado y tendrá efectos jurídicos a partir de ese momento. Pero, frente a COMCEL se afectará un acto administrativo particular sobre cuya modificación no existirá notificación ni derecho al ejercicio del derecho de defensa.

#### **VI. La adopción de la propuesta regulatoria tiene implicaciones frente al derecho de defensa de COMCEL**

La CRC no ha publicado el estudio que cita para fundamentar su decisión. En particular no es claro, más allá de la metodología enunciada, como llegó a los valores de la senda de reducción de tarifas. COMCEL no ha podido revisar las cifras usadas por la CRC y por tanto se ha pretermitido su derecho al debido proceso y la defensa.

Además, las mejoras de las condiciones de mercado que señala la CRC se refieren a reducciones en las proporciones de tráfico off-net y on-net. Sin embargo el objetivo regulatorio era mejorar las condiciones de los consumidores y en el documento publicado no ésta claro cuantitativamente que beneficios o que bienestar se ha trasladado a estos.

Ahora bien, la senda propuesta se extiende más allá del 2015 (como originalmente lo preveía la Resolución 3136 de 2011), planteando un período de vigencia inicial que se extiende hasta el 2017 y una segunda vigencia que cobija a los años 2017 y 2018. En caso de entenderse que la propuesta regulatoria modifica la Resolución 4050 de 2012, todo ello implica elevar la asimetría entre competidores y en particular afectar los derechos de COMCEL, sin que medie un proceso en el que el operador afectado pueda intervenir, aportar y controvertir pruebas.

La CRC expresamente señala que las asimetrías deben ser temporales. Para evaluar la política pública es necesario conocer los datos sobre inversión en infraestructura y beneficios que han recibido los consumidores como consecuencia de la implementación de la senda de reducción y la tarifa asimétrica para COMCEL, de forma que se pueda determinar si los fines se adecuan a los medios.

### **VII. La confianza legítima y al buena fe**

El proyecto regulatorio no puede implicar una modificación del acto particular y concreto que impuso ciertas obligaciones especiales a COMCEL –la Resolución 4050 de 2012-, sin que se violen los principios de confianza legítima y buena fe. En efecto, la asimetría tarifaria que se impuso a COMCEL con base en una senda de reducciones de tarifas para acceso a las redes móviles, alterar los valores en forma tan drástica no podía preverse por parte de COMCEL, que desarrolló su plan de negocios de buena fe sobre los valores y tiempos anunciados.

La Corte Constitucional ha dicho en Sentencia T-437 de 2012 (M.P. Adriana María Guillén Arango) que la confianza, definida como “expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto es un principio jurídico que encuentra fundamento en la buena fe, el respeto del acto propio y el principio de seguridad jurídica. La cual ha sido protegida por la jurisprudencia de esta Corte como el principio de la confianza legítima”

Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho que la protección de la confianza legítima persigue impedir que “en nombre del interés general, mientras algunos se benefician otros resultan sacrificados, sin que su situación hubiese sido considerada” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de julio de 2013).

En este caso, la CRC ha dicho en la Resolución 4050 de 2012, que COMCEL es sujeto de una regulación especial. Si la modificación de la Resolución 1763 (modificada por la Resolución 3136 de 2011), un acto administrativo general, impone una carga adicional para COMCEL sin que su situación haya sido analizada individualmente se estará violando el principio de confianza legítima y el de buena fe.

La buena fe, ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia C-131 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se entiende,

“(…) como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y

constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a la luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma." (Subraya fuera del texto)

En este caso, si la CRC considerará que sus propuesta regulatoria, una vez adoptada, tiene la virtualidad de modificar la Resolución 4050 de 2012, sin que medie una actuación administrativa propia de las modificaciones de los actos administrativos de carácter particular, estará violando la confianza legítima de COMCEL, que desarrolló sus planes de negocios y su estrategia empresarial con base en una situación regulatoria que se adoptó en un procedimiento administrativo en el que fue parte y pudo controvertir pruebas.

**VIII. El derecho a la igualdad se vulnerará si la adopción de la propuesta regulatoria implica una modificación de la Resolución 4050 de 2012.**

El artículo 13 de la Constitución, que consagra el derecho a la igualdad, no persigue la igualdad formal, de igualdad frente a la ley. El concepto de la Carta persigue la igualdad material, exigiendo que se dispense un tratamiento igual cuando los supuestos de hecho son similares y un tratamiento diferenciado cuando esos mismos supuestos de hecho son disímiles. La Corte Constitucional, en sentencia C- 250 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) hizo las siguientes consideraciones sobre el principio general de igualdad y el derecho a la igualdad:

"(...) a partir de la famosa formulación aristotélica de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. (...)

Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado

precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.”

Así las cosas, si la CRC pretende que el Proyecto de Resolución presentado se tenga como una modificación de la Resolución 4050 de 2012, estará vulnerando el derecho a la igualdad de la manera como éste ha sido definido por la Corte Constitucional, en la medida en que otorga a COMCEL un tratamiento igualitario al de los demás proveedores de redes y servicios, a pesar de que se encuentra en un supuesto de hecho absolutamente diferente. Por tanto, si lo pretendido por la CRC es imponer una medida particular a COMCEL, en aras de preservar su derecho a la igualdad, la Comisión tendría que otorgarle un tratamiento diferencial al conferido al resto de proveedores del mercado Voz Saliente Móvil, en lo que tiene que ver con el procedimiento que se debe adelantar y la justificación de las medidas a imponer.

#### **IX. La responsabilidad de los funcionarios públicos por extralimitación de sus funciones**

El artículo 6° de la Constitución Política de 1991 dispone: ***“Los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.***

Asimismo, el artículo 90 de la Carta preceptúa que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Es así, como la Corte Constitucional en Sentencia C-233 de 2002 con ponencia del doctor Álvaro Tafur Galvis estableció que:

“La Carta de 1991 estableció en el artículo 90, en este sentido, la cláusula general de responsabilidad patrimonial que cabe por el daño antijurídico que sea imputable al Estado, por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo que ha significado un importante avance para garantizar a los ciudadanos el resarcimiento de los perjuicios que les hayan sido causados con ocasión del ejercicio de funciones públicas.

El mismo artículo estableció la obligación para el Estado de repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado. Esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del Constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas (5). El Constituyente también quiso en este sentido someter al servidor público a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como a estrictas reglas de conducta que garanticen la moralidad pública y el ejercicio de las

funciones a ellos atribuidas orientado siempre a la defensa del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado.”

No podría entonces la CRC desconocer los mandatos constitucionales, andinos o legales que la obligan a estudiar de manera completa, seria e imparcial la viabilidad económica de las tarifas de cargos por interconexión que pretendan implementar.

Cordialmente,

  
GUSTAVO TAMAYO ARANGO

Bogotá D.C., noviembre 28 de 2014

Doctora

**HILDA MARÍA PARDO H.**

VICEPRESIDENTE JURÍDICO

COMCEL S.A.

Ciudad

Apreciada Doctora:

En atención a su amable solicitud, me permito rendir concepto sobre el siguiente problema jurídico:

**Problema jurídico**

¿Resulta posible que una entidad del Estado, en este caso la Comisión de Regulación de Comunicaciones, modifique la situación jurídica creada mediante un acto administrativo de carácter particular a COMCEL S.A, a través de la expedición de una nueva reglamentación contenida en un acto administrativo de carácter general?

En orden a responder el problema jurídico planteado se hará referencia a los siguientes tópicos: (i) Del respeto principio del Acto Propio. Alcance de este

principio en la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa (ii) De la responsabilidad del Estado bajo la categoría de daño especial, por el desconocimiento del principio constitucional de buena fe, en su manifestación concreta de irrespeto al acto propio y (iii) Aplicación de los anteriores principios constitucionales al caso concreto de COMCEL S.A.

### **Del respeto al acto propio.**

El principio general de la buena fe tiene dos manifestaciones en nuestro ordenamiento según el desarrollo jurisprudencial: la primera de ellas viene dada por la confianza legítima<sup>1</sup> y la segunda por el respeto del al acto propio.

En sentencia T-698 de 2010, la Corte Constitucional señaló que tanto el principio de confianza legítima, como el de respeto al acto propio constituyen manifestaciones concretas del principio constitucional de buena fe, los cuales previenen a los *“operadores jurídicos de contravenir sus actuaciones precedentes y de defraudar las expectativas que generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a los particulares a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico”*<sup>2</sup>

En relación concreta con el principio de respeto del acto propio, es preciso señalar que éste opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Tal principio le

---

<sup>1</sup> La confianza legítima es entendida como la imposibilidad de la administración de defraudar las expectativas generadas en los administrados con sus actuaciones. Con la aplicación de este principio se pretende proteger al ciudadano cuando existen “expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior”.

En relación con este principio, la jurisprudencia de la Corte ha señalado además, que el mismo es una proyección del de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-698 de 2010. MP.

impide al sujeto de derecho del cual ha emanado el acto en cuestión, modificando de manera unilateral, pues a diferencia de lo acontecido frente al principio de la confianza legítima, respecto al acto propio, la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de aquel acto que ha creado derechos, y por consiguiente, situaciones particulares y concretas a su favor.

Lo señalado, permite diferenciar la institución del acto propio de la confianza legítima, como se esbozó inicialmente, pues respecto a la última, los parámetros jurisprudenciales que han desarrollado este instituto indican que es necesario estar en presencia de una mera expectativa que puede tener origen en acciones u omisiones de la administración. Por el contrario, en el caso del acto propio existe una situación consolidada producto de la expedición de un acto administrativo que crea una situación jurídica particular y concreta, lo cual evidencia que la situación de hecho en uno y otro caso es disímil.

Ahora, para determinar si se ha desconocido el principio del acto propio, en la sentencia T-295 de 1999, se señalaron los elementos que deben coincidir para ello:

- 1) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz<sup>4</sup>.
- 2) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción - atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.
- 3) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 1999.

Por su parte, en sentencia T-722 del 2012, se señalaron como requisitos de aplicabilidad del principio de respeto del acto propio los siguientes:

(i) Que se haya proferido un acto que contenga una situación subjetiva concreta y verificable, que conceda confianza a su beneficiario sobre la titularidad de una posición jurídica determinada, esto es, que la disposición sea eficaz y jurídicamente vinculante.

(ii) Que la decisión sea modificada, súbita y unilateralmente por su emisor sin que esté autorizado por el ordenamiento para ello, y lo haga con base en parámetros irrazonables o desproporcionados.

(iii) Que exista identidad entre el sujeto que emite la decisión y su beneficiario tanto en la actuación inicial como en la posterior que la modifica, a la vez que ambos actos en cuestión, regulen la misma situación jurídica subjetiva.

La concurrencia de los anteriores requisitos se traduce en que la autoridad pública no puede, de manera unilateral, revocar o inaplicar actos administrativos que han creado o modificado una situación jurídica particular y concreta, salvo que medie el consentimiento expreso y escrito del titular de la situación jurídica creada por la administración, pues de lo contrario se vulneraría el principio constitucional de buena fe en su manifestación concreta de respeto al acto propio.

Ahora bien, se debe precisar que si bien la modificación de la situación jurídica del particular puede obedecer a fines legítimos -que no se muestran como caprichosos o irracionales por parte de las entidades del Estado-, no por ello se puede afirmar que existe ausencia de vulneración del principio constitucional de buena fe, pues debe recordarse que las instituciones que surgen de este principio constitucional,

confianza legítima y respeto del acto propio, implican que en caso de presentarse un cambio intempestivo en las reglas de juego que regulan la actividad desarrollada por un particular, se deban, al menos, adoptar medidas de transición que le permitan al administrado adaptarse a la nueva situación creada.

Sobre el particular, conviene destacar que cuando existen expectativas serias y fundadas que generen la convicción de estar actuando conforme a derecho y haber adquirido, de buena fe, una determinada situación jurídica traducida en la generación de un derecho, la misma no puede ser modificada sin que la administración adopte una serie de medidas encaminadas a conjurar, moderar o evitar los efectos lesivos derivados de la nueva regulación que ha modificado un derecho consolidado, pues ello impide que el administrado se pueda adaptar a la nueva situación creada.

Por otra parte, es imperativo destacar que la observancia y relevancia del principio constitucional en comento, no sólo ha sido objeto de estudio por la Corte Constitucional, pues el Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa ha señalado lo siguiente en relación con la teoría del acto propio:

*“Esa teoría se configura a partir del carácter vinculante de los actos de la administración, que una vez expedidos y dados a conocer a los asociados, no pueden ser inobservados, no solo por su fuerza ejecutoria y ejecutiva, sino por la necesidad de salvaguardar la credibilidad y confianza que indispensablemente debe inspirar el obrar administrativo en los destinatarios de esas medidas. Además, en cierta forma esa teoría halla [SIC] respaldo, a nivel interno, en lo dispuesto en el artículo 66 del C.C.A., en cuanto dispone que “los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos” por*

esta jurisdicción, salvo que pierdan su fuerza ejecutoria por cualquier de las acciones contempladas. En la jurisprudencia del Consejo de Estado la preponderancia de esa institución no ha sido ignorada, por el contrario ha sido exaltada al decir:

*La actuación en estos términos se revela contraria al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, que irradia todas las relaciones jurídicas, principio que ha encontrado desarrollo doctrinario en derecho procesal en la teoría de los “propios actos”, cimentada en el aforismo “adversus factum suum quis venire non potest”, que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, “venire contra factum proprium non valet”. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibile y no puede en juicio prosperar.”<sup>5</sup>*

Lo expuesto, deja en evidencia que en caso de modificarse la regulación vigente o expedirse un nuevo acto administrativo que desconoce la situación jurídica de un particular sin obtener su consentimiento, vulnera el principio de buena fe en su manifestación de respeto al acto propio e implica un desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso, en tanto se desconoce la situación jurídica creada a favor del administrado.

La vulneración de este principio constitucional implica una responsabilidad en cabeza de la administración que puede ser exigida por el particular afectado mediante las acciones contempladas en materia contenciosa administrativa que se pasan a explicar.

---

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00002-00

**B) De la responsabilidad del Estado por el desconocimiento del principio constitucional de buena fe, en su manifestación concreta de irrespeto al acto propio y al derecho fundamental al acto propio.**

El desconocimiento del principio del acto propio por parte de las entidades de la administración, genera una responsabilidad del Estado que puede ser reconocida mediante demanda de reparación directa.

Lo anterior, por cuanto con el actuar de la administración que desconoce preceptos constitucionales se genera un daño al administrado que no está en la obligación de soportar.

Se debe precisar que si bien la modificación de la situación jurídica del particular puede obedecer a fines legítimos que no se muestran como caprichosos o irracionales por parte de las entidades del Estado, no por ello se puede afirmar que existe ausencia de responsabilidad por parte del Estado.

Lo anterior, por cuanto, las instituciones que surgen del principio constitucional de buena fe, confianza legítima y respeto del acto propio, implican que en caso de presentarse un cambio intempestivo en las reglas de juego que regulan la actividad desarrollada por un particular, se deben adoptar medidas de transición que le permitan al administrado adaptarse a la nueva situación creada.

Precisamente, en caso de no adoptarse estas medidas, se podrá hablar de un daño especial que genera la responsabilidad de la administración e implica la reparación de los perjuicios causados al particular, pues si bien la modificación normativa obedece a razones legítimas, estas no pueden entrar en vigencia de manera intempestiva.

Se destaca en este punto que para que exista responsabilidad el Estado por daño especial, deben concurrir los siguientes requisitos:

- (a) Que la administración despliegue una actividad legítima.
- (b) Que se produzca en cabeza de un particular la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas.
- (c) Que entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad exista un nexo de causalidad.

En el caso de cambios en la situación particular que produce daños generada por la expedición de un acto administrativo que desconoce la situación jurídica creada mediante un acto previo de la misma autoridad, se acreditan todos los requisitos señalados para dar lugar a la reparación por parte del Estado en tanto, *a)* el nuevo acto administrativo de la administración puede obedecer a un fin legítimo, *b)* el nuevo acto genera un daño al particular, en tanto modifica la situación jurídica creada de manera previa sin que se hayan adoptado medidas para adaptarse a la nueva regulación, y, *c)* existe un nexo de causalidad entre el acto administrativo expedido y el daño causado.

Lo hasta aquí expuesto permite concluir que la inobservancia del principio constitucional de buena fe, en su manifestación de respeto al acto propio por parte de la administración, da lugar a la iniciación de las acciones correspondientes en materia contenciosa, encaminadas a reparar el daño generado al particular.

### **C) EL CASO DE COMCEL S.A.**

En el caso de COMCEL S.A., existe una situación jurídica consolidada con la expedición del acto administrativo de 31 de diciembre de 2012 que consagra una situación jurídica particular y concreta en favor de la entidad. De conformidad con los lineamientos señalados de manera previa, y en atención a la teoría del acto propio, esta situación jurídica consolidada no puede ser modificada de manera unilateral, mediante actos administrativos posteriores expedidos por la misma entidad de la administración que generó la situación inicial.

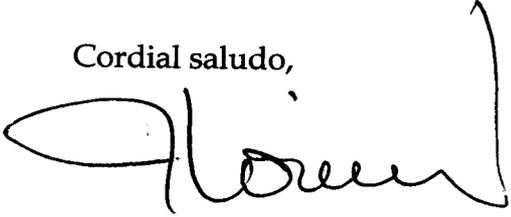
En caso de presentarse una modificación intempestiva que afecta la situación jurídica particular y concreta en favor de COMCEL S.A. generada con la Resolución de 31 de diciembre de 2012 sin que exista consentimiento de la compañía y sin que se adopten las medidas necesarias de adaptación a la nueva situación jurídica, la Comisión de Regulación en Comunicaciones, incurrirá en responsabilidad por el daño generado con la expedición del nuevo acto administrativo que desconoce las anteriores prerrogativas otorgadas.

Precisamente, el daño generado podrá ser demostrado en el marco de un proceso de reparación directa ante la jurisdicción contenciosa administrativa y a consecuencia de ello se deberá ordenar la reparación del mismo por parte del Estado.

Lo anterior tendrá lugar, aun cuando la modificación en materia de regulación de telecomunicaciones obedezca a un fin legítimo, que no pueda ser tildado de caprichoso o arbitrario, pues como se señaló de manera previa, las instituciones que surgen del principio de buena fe, implican que en caso de presentarse un cambio intempestivo en las reglas de juego que regulan la actividad desarrollada por un particular, y en el caso particular de COMCEL

S.A. las reglas de negocio establecidas, se deben adoptar medidas de transición que le permitan al administrado adaptarse a la nueva situación creada.

Cordial saludo,



Jaime Córdoba Triviño

T.P. No. 32987 CSJ

Y O

## MEMORANDO

**De:** Carlos Gustavo Arrieta

**Para:** Hilda María Pardo

**Asunto:** Observaciones al Proyecto de Resolución de CRC respecto de los cargos de acceso

---

Estimada Hilda María:

En atención a su amable solicitud, presento a continuación un proyecto de comunicación que contiene las observaciones al Proyecto de Resolución de la CRC respecto de los cargos de acceso en los siguientes términos:

El proyecto de resolución “por la cual se modifican la resolución CRT 1763 de 2007, la Resolución CRC 3136 de 2011 (...)” (en adelante Proyecto de Resolución) tiene por objeto establecer cargos de acceso asimétricos para los proveedores de redes y servicios pioneros, frente a aquellos entrantes al mercado voz saliente móvil. En efecto, el documento soporte denominado “Revisión de cargos de acceso de las redes móviles de noviembre de 2014” (en adelante Documento Soporte), señala expresamente que:

*“La entrada de nuevos proveedores orientados al despliegue de red constituye un hecho nuevo en el mercado móvil, aunque no puede desconocerse que en la oferta del mercado se encuentran competidores tradicionales cuya regulación mayorista fue determinada por una senda reducciones de cargos de terminación expedida en 2011.*

*En este orden de ideas, **la comisión encuentra conveniente que se definan condiciones en el mercado mayorista que promuevan condiciones para los entrantes, que compensen la falla del mercado que enfrentan por las condiciones de competencia desventajosas causada por su entrada tardía al mercado.** Sin embargo, es relevante destacar, con base en la literatura económica que ha sido citada, que las medidas que vayan a ser propuestas con el fin de promover la inversión en infraestructura de las redes entrantes, deben ser*

*de carácter temporal, **con unos plazos fijos establecidos desde el comienzo de aplicación de las mismas**, con el fin de que no den pie al origen de ineficiencias, desincentivos a la inversión y conductas económicas contrarias a las que se busca promover”<sup>1</sup>*

De lo anterior es posible colegir que:

- (i) El proyecto de Resolución no pretende desconocer la regulación mayorista determinada por la senda de reducción establecida en la Resolución 3136 de 2011, la cual establecía los esquemas de cargos de acceso de cada año hasta el 1° de enero de 2015, reducción que debía hacerse de manera gradual;
- (ii) La CRC considera conveniente definir las condiciones en el mercado mayorista móvil de terminación de llamadas a efectos de solucionar la falla del mercado que se origina por la asignación de bandas de espectro a nuevos proveedores de redes y servicios que entran a competir en dicho mercado, situación que no fue regulada mediante la Resolución 3136 de 2011;
- (iii) Con la nueva regulación se pretende eliminar las desventajas a la que, según la CRC, se ven sometidos los proveedores entrantes frente a los proveedores que tradicionalmente compiten en el mercado, para así incentivar la inversión de los nuevos competidores en redes para la prestación de los servicios. Al respecto se señaló expresamente en uno de los considerandos del Proyecto de Resolución, que *“hay una clara ventaja de los pioneros o incumbentes del mercado derivada de la acumulación de la cuota de mercado frente a los competidores que entran con posterioridad. Dichos estudios argumentan que la presencia de altos costos y efectos de red podrían explicar la dominancia de mercado de los proveedores primerizos”*;
- (iv) Las medidas que se pretenden implementar, al igual que todas aquellas que buscan corregir una falla del mercado, serán de carácter transitorio con unos plazos fijos establecidos desde el comienzo de aplicación de las

---

<sup>1</sup> Comisión de Regulación de Comunicaciones. Regulación de mercados. Documento Soporte “Revisión de cargos de acceso de las redes móviles.” Noviembre de 2014.

mismas, pues de lo contrario se generarían externalidades negativas tales como ineficiencias, desincentivos a la inversión, entre otras;

- (v) En consecuencia, el centro de atención de la presente medida regulatoria ya no se focaliza en los actores tradicionales, sino en el ingreso competitivo de los proveedores a los cuales se les asignó una banda del espectro radioeléctrico en el año 2013.

Con base en lo anterior, el Proyecto de Resolución en su artículo 1 busca modificar la Tabla 3 del artículo 8 de la Resolución CRT 1763 de 2007, la cual, para los casos específicos a los que se refiere el proyecto de norma, quedará así:

Cargo de acceso	01-ene-14	01-ene-15	01-ene-16	01-ene-17
Minuto (uso)	56,87	42,86	31,83	20,81
Capacidad	24.194.897,29	21.222.540,88	15.548.914,34	9.875.287,80

A su vez, mediante el artículo 5 del Proyecto de Resolución se pretende adicionar el artículo 8c de la Resolución 1763 de 2007 así: *"CARGOS DE ACCESOS A REDES MÓVILES DE PROVEEDORES QUE HAYAN OBTENDIO POR PRIMERA VEZ PERMISOS PARA EL USO Y EXPLOTACIÓN DE ESPECTRO ACTUAMENTE UTILIZADO PARA IMT: (...) Deberá aplicarse el valor de cargos de acceso al que hace referencia las tablas de los artículo 8 y 8b de la resolución CRT 1763 de 2007, o aquella que lo modifique o adicione, correspondiente al año inmediatamente anterior al del cargo de acceso vigente, expresado en las mencionadas tablas. Cuando se esté dando aplicación al último valor de la senda de las tablas de los artículos 8 y 8b de la resolución CRT 1763 de 2007, o aquella que lo modifique o adicione, deberá aplicarse el penúltimo valor de cargos de acceso referido en las tablas antes mencionadas"*.

De todo lo anterior se desprende claramente que el alcance del Proyecto de la Resolución no es otro que corregir las supuestas fallas del mercado que se presentan con ocasión de la entrada de nuevos proveedores de redes y servicios al mercado

móvil de terminación de llamadas, toda vez que a esos nuevos proveedores se les dará un tratamiento diferencial que tiene como propósito disminuir las barreras de entrada. De ahí que los cargos de acceso para los proveedores entrantes busquen ser inferiores a aquellos que estarán obligados a pagar los proveedores tradicionales del mercado, durante los cinco (5) años siguientes a la fecha de expedición del acto administrativo mediante el cual fue asignado el primer permiso para el uso del espectro radioeléctrico.

En consecuencia, dado que el alcance del proyecto de acto administrativo fue delimitado en forma expresa por el Documento Soporte, y que dicho documento estableció la justificación técnica, económica y jurídica de las medidas, es evidente que:

1. El Proyecto de Resolución ya no pretende establecer, regular, mantener o modificar una asimetría de los cargos de acceso de COMCEL frente a los de Tigo y Movistar como sí lo pretendía el proyecto de resolución publicado en agosto del presente año para comentarios del sector. Al contrario, el Proyecto de Resolución busca solamente establecer una asimetría de los cargos de acceso de los operadores pioneros o tradicionales frente a los operadores entrantes al mercado móvil de terminación de llamadas;
2. El Proyecto de Resolución no pretende desconocer o modificar una situación jurídica particular y consolidada que se deriva de un acto administrativo particular y concreto, toda vez que para ello sería necesario seguir el procedimiento exigido por la ley, y contar con la aquiescencia de COMCEL para tales efectos;
3. Ni el documento soporte ni el proyecto de resolución manifiestan la intención de establecer una regulación diferencial frente a COMCEL en relación con el resto de proveedores, por lo cual debe entenderse que a partir del 1 de enero de 2015 los cargos de acceso de dicha compañía se equiparan con los de los demás proveedores tradicionales. Entender el silencio de la Comisión frente a COMCEL de otra manera, sería tanto como desconocer que las medidas regulatorias requieren de un sustento económico, técnico y jurídico particular;

4. Ni el proyecto de resolución, ni el documento de soporte, podrían entenderse en el sentido de estar creando una tabla que pudiera ser aplicable directa o indirectamente a Comcel, no solo porque ello sería manifiestamente contrario a derecho, sino porque esa posibilidad esta negada por la naturaleza y objeto de uno y otro. Adicionalmente, semejante interpretación, de ser cierta, implicaría una especie de intento de regular “por la puerta de atrás” un tema diferente, lo cual generaría un vicio insubsanable de falsa motivación e implicaría una actuación de la administración contraria al principio de buena fe que ha de regir sus actos y las de todos los servidores públicos. Amén de que, salta a la vista, implicaría una violación manifiesta al principio de confianza legítima que protege a los administrados en contra de los abusos de la administración.

A continuación explicaremos en detalle por qué consideramos que es posible llegar a cada una de las anteriores conclusiones. Veamos:

### **1. El Proyecto de Resolución ya no pretende establecer una asimetría de los cargos de acceso de COMCEL frente a los de Tigo y Movistar**

Mediante el documento soporte del proyecto de resolución publicado en agosto de 2014 denominado “*Revisión de cargos de acceso de las redes móviles*”, la CRC pretendió sustentar la conveniencia de reducir los esquemas de cargos de acceso *off net* que deben ofrecer todos los proveedores de redes y servicios de manera general y abstracta, creando una senda de reducción adicional a la última establecida en la Resolución 1763 de 2007, la cual buscaba ser exigible para todos los proveedores de redes y servicios a partir del 1 de enero de 2015.

Con dicho documento y la expedición del proyecto de resolución publicado en agosto, la CRC buscaba extender los efectos de dicha medida regulatoria general sobre la situación particular de COMCEL desconociendo su derecho a seguir cobrando el valor de los cargos de acceso definidos en la parte resolutive del artículo 1° de la Resolución 4002 de 2012, la cual se remite al **valor final** de la Tabla 3 del artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007, esto es, al valor establecido para la vigencia anual 2015. En efecto, el citado documento señalaba expresamente que:

En este orden de ideas, se propone modificar la TABLA 3 de la Resolución CRC 1763 de 2007 a partir del 1° de enero de 2016 ajustando el valor eficiente de la senda de reducciones de cargos de acceso con los resultados calculados con la metodología LRIC puro que tiene presente las nuevas características de las redes móviles tanto para acuerdos por uso (minutos) como por capacidad (E1s). La actualización de la tabla se muestra a continuación.

**Cuadro 2. Propuesta de senda de cargos de acceso voz móvil (pesos constantes de 2011)**

Cargo de acceso	01-ene-15	01-ene-16
Mínuto (uso)	42,49	8,66
Capacidad (E1)	21.040.878,07	3.637.892,24

Cálculos CRC

En esta medida, los proveedores del mercado móvil contarían con esta senda de reducciones hasta el 2016, pero con los valores eficientes actualizados, mientras que en virtud de la Resolución CRC 4050 de 2012 el proveedor dominante contaría con unos cargos de acceso por uso de \$8,66 y \$3'637.892,24 (constantes de 2011) por capacidad a partir de la entrada en vigor de la medida.

Sin perjuicio de las observaciones presentadas por COMCEL el 2 de septiembre de 2014 frente a la inviabilidad jurídica, técnica y económica de la medida que buscaba corregir la falla del mercado por la existencia de un operador dominante, lo cierto es que el Proyecto de Resolución actual no permite colegir ni siquiera sumariamente que la CRC pretenda insistir en su regulación particular sobre COMCEL. La mencionada falla de mercado fue corregida mediante la implementación de la medida transitoria adoptada mediante las Resoluciones 4002 y 4050 de 2012, las cuales siguen por ahora produciendo efectos jurídicos.

Por el contrario, porque así lo dice expresamente, el Proyecto de Resolución pretende corregir de manera exclusiva la falla de mercado derivada de las barreras de entrada y dificultades competitivas que para los proveedores entrantes representa competir en el mercado móvil de terminación de llamadas. Justamente por ello, la asimetría establecida en dicho Proyecto de Resolución son los cargos de acceso diferenciales que se imponen a los proveedores pioneros para disminuir las desventajas competitivas de los proveedores entrantes.

## 2. El proyecto de Resolución no pretende desconocer una situación jurídica particular y consolidada

### a) La situación jurídica particular y concreta de COMCEL.

El artículo 1 de la Resolución 4050 de 2012 por medio de la cual la CRC resolvió el recurso de reposición en relación con la decisión administrativa que estableció medidas regulatorias particulares respecto del proveedor de redes y servicios con posición dominante en el mercado relevante (COMCEL), dispone que: “[a] partir de la ejecutoria de la presente resolución, el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL** deberá ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles por lo menos los dos esquemas de cargos de acceso correspondientes al valor final de la **Tabla 3 del artículo 8° de la Resolución 1763 de 2007 modificado por el artículo 1° de la Resolución CRC 3136 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya**, los cuales se expresan en pesos constantes de enero de 2011”. (Destacado por fuera de texto).

Así, la Tabla 3 del artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007 a la que hace referencia la Resolución 4050 de 2012, consigna lo siguiente:

**TABLA 3**

Cargos de Acceso	01-abr-12	01-ene-13	01-ene-14	01-ene-15
Uso (minuto)	84,15	70,26	56,38	<b>42,49</b>
Capacidad (E1)	29.881.618,23	26.934.704,82	23.987.791,41	<b>21.040.878,07</b>

Con dicha Resolución, la CRC buscó corregir una falla del mercado de manera temporal a través de la imposición de unos cargos de acceso asimétricos para COMCEL en relación con aquellos impuestos para el resto de proveedores de redes y servicios competidores en el mercado “Voz saliente móvil”. De esta manera, desde el momento de expedición de la Resolución 4050 de 2012, que modificó la Resolución 4002 de 2012, COMCEL estaba obligado a ofrecer los dos esquemas de cargos de acceso por uso y capacidad que los demás operadores debían ofrecer a partir del 1 de enero de 2015. Lo anterior obedece a que la medida particular impuesta a COMCEL era la de

estar obligado a ofrecer los dos esquemas de cargos de acceso correspondientes al valor final de la Tabla antes mencionada.

En razón de lo anterior es preciso indicar que COMCEL no solo tiene la obligación de cumplir con dicha medida regulatoria “durante el período determinado” (2012-2015), sino que además tiene el derecho correlativo a que, en tanto dicha medida fue adoptada mediante un acto de carácter particular y concreto, ella solo pueda ser modificada de conformidad con lo que señala el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). En esas condiciones, se cae de su peso, que ella solo está obligada a soportar la carga derivada de los cargos de acceso hasta el año 2015, sin que la administración se encuentre facultada para modificar, ni directa ni indirectamente, la situación jurídica consolidada que ella misma creó.

*b) Modificación de actos de carácter particular y concreto.*

Tal como fue reconocido expresamente por la CRC en el artículo 4 de la Resolución 2058 de 2009, las medidas regulatorias de carácter particular, “*serán adoptadas por la CRT mediante resoluciones de carácter particular y concreto*”. Por tanto, siempre que la CRC pretenda crear, modificar o extinguir una situación jurídica particular, deberá proferir una resolución de carácter particular y concreto. Lo anterior, se encuentra en plena consonancia con lo establecido por las normas generales del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Al respecto cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-1162/00 aclaró que “*los actos expedidos por las comisiones de regulación-ya sean de carácter general o particular-deben sujetarse a todas las formalidades previstas para tal efecto en el Código Contencioso Administrativo, y sobre ellos pueden ejercerse los pertinentes controles de carácter administrativo y judicial.*”

De acuerdo con lo anterior, la facultad de regulación *ex ante*, aun cuando busca prevenir o corregir fallas de mercado en aras de promover la libre competencia y proteger a los usuarios, no puede desconocer los procedimientos establecidos expresamente en normas de orden público, directamente aplicables a cualquier actuación administrativa.

Por tanto, con el Proyecto de Resolución de carácter general la CRC no pretende ni puede modificar un resolución de carácter particular como lo es la Resolución 4050 de

2012. Así, a pesar de que la Resolución 4050 contiene la fórmula lingüística según la cual COMCEL está obligado a ofrecer “*por lo menos los dos esquemas de cargos de acceso correspondientes al valor final de la Tabla 3 (...) o aquella que la modifique o sustituya*”, dicha afirmación no puede ser entendida como una renuncia general y abstracta del derecho de COMCEL a que la administración le solicite el consentimiento expreso y escrito antes de efectuar una modificación de la medida regulatoria particular, por cuanto:

- (i) Las disposiciones que exigen la solicitud del consentimiento del administrado previo a la revocatoria o modificación de un acto administrativo particular y concreto, son normas imperativas y de orden público.
  - (ii) La renuncia no fue consentida por COMCEL, puesto que está consignada en un acto administrativo, el cual por esencia es una manifestación unilateral de la administración, en este caso particular de la CRC.
  - (iii) Adicionalmente, no es posible renunciar de manera general y abstracta a los derechos, sin conocer el contenido concreto y expreso de aquello a lo que se está renunciando.
- c) *Forma correcta de entender la fórmula lingüística “o aquella que la modifique o sustituya” contenida en la Resolución 4002 de 2012 (modificada por la Resolución 4050 de 2012).*

Tal como ha sido explicado con anterioridad, la falla que se pretende corregir con el Proyecto de Resolución, no corresponde a la misma falla que se corrigió mediante la imposición de medidas de carácter temporal, particular y concreto en contra de COMCEL como operador dominante del mercado, según criterio de la CRC. Así, la referencia que la Resolución 4050 hace a la Resolución 1763 de 2007 (acto administrativo de carácter general), obedece a una razón temporal: con el estudio del 2012 se buscaba corregir la falla del mercado en tres (3) años contados a partir de la expedición de la Resolución de carácter particular, en razón de lo cual al año tres (3), esto es al 2015, las externalidades negativas producidas por la supuesta posición dominante de COMCEL habrían finalizado.

En razón de lo anterior, las medidas regulatorias de intervención del Estado en la economía, en tanto pretenden prevenir o corregir fallas del mercado en un momento determinado, tienen vocación de ser transitorias. Esto es, de tener un período de duración que se ajuste a las necesidades concretas que pretende subsanar la medida, pero en ningún caso pueden ser perpetuas o indeterminadas, toda vez que la conservación de la medida por más tiempo del necesario puede afectar el mercado y generar nuevamente una falla.

En consideración a lo anterior la única forma plausible de interpretar la expresión “aquella que modifique o sustituye” es considerando que:

- (i) La medida particular sólo puede operar hasta el primero de enero de 2015 según las razones técnicas que, aun cuando no son compartidas por COMCEL, fueron consagradas por la CRC en el documento que dio origen a la imposición de dicha medida;
- (ii) Si las sendas de reducción hubieran cambiado para los operadores restantes durante el período intervenido, la única casilla que de haber sido modificada hubiera podido tener una incidencia directa para COMCEL, era la correspondiente al año 2015 por ser ésta la que resultaba aplicable como cargo de acceso desde el 2012 hasta el 2015;
- (iii) La incorporación de nuevas casillas a la tabla 3 a efectos de ser consideradas como “correspondientes al valor final” desconocerían la temporalidad de las medidas y perpetuarían en el tiempo la posibilidad de la Administración de imponer medidas más gravosas a uno de los operadores del mercado sin justificación ni racionalidad alguna;
- (iv) En gracia de discusión, si se llegara a entender – a mi juicio en forma contraria a derecho – que de la mencionada frase se desprende una autorización de Comcel, ella jamás podría entenderse en el sentido de conferir derechos a la administración que fueran más allá que la modificación de los cargos de acceso del año 2015, y nunca podrían llegar a entenderse como si Comcel hubiese autorizado extender la vigencia de dichos cargos en el tiempo. Es más, vale la pena recordar que la mencionada expresión fue incorporada por la administración, en abierta contradicción al principio de NON REFORMATIO IN PEJUS, en el acto por

medio del cual resolvió el recurso de reposición en contra de la Resolución 4002 de 2012.

Con base en lo anterior, dado que la medida que se implementaría con el Proyecto de Resolución busca corregir una falla de mercado diferente a la del operador dominante, y anexa dos casillas más a efectos de favorecer a los proveedores de redes y servicios entrantes al mercado, la medida de carácter particular y concreto impuesta a COMCEL permanece incólume a pesar de su modificación mediante el Proyecto de Resolución.

Esto es, teniendo en cuenta que la casilla 2015 del Proyecto de Resolución es distinta a la contenida en la Tabla 3 del artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007, y que inclusive establece unos esquemas de cargos de acceso más favorables para COMCEL que los exigidos por la Resolución 4002 de 2012, es posible concluir que: (a) la falla del mercado derivada de la posición dominante ya se superó, por lo que COMCEL estaría dispuesto a dar su aquiescencia para que se le modifique en tales términos su situación particular y concreta; o (b) que COMCEL deberá continuar ofreciendo los esquemas de cargos de acceso que venía cobrando hasta el 1 de enero de 2015, momento en el cual pierde vigencia la medida de carácter particular impuesta por la Resolución 4002 de 2014 y aplicar en pie de igualdad con los demás operadores lo establecido en el Proyecto de Resolución, en cuanto la falla del mercado que se pretende corregir con éste es distinta.

En razón de lo expuesto, los esquemas de cargos de acceso que COMCEL debe ofrecer a los demás proveedores de redes y servicios entre abril de 2012 y 1 enero de 2015 permanecen incólumes, de acuerdo con la Tabla 3 del artículo 8 de la Resolución 1763 de 2007, puesto que su remisión no tenía objetivo distinto a que COMCEL (i) tuviera un valor fijo asimétrico durante el período 2012-2015, y (ii) que dicha medida especial fuere pro tempore sólo hasta el año 2015.

### **3. Ni el documento soporte ni el proyecto de resolución manifiestan ni justifican la intención de establecer una regulación diferencial frente a COMCEL**

La facultad de regulación *ex ante* permite a la CRC la implementación de las medidas regulatorias necesarias para corregir las fallas de mercado. Por tal razón, el ente regulador puede revisar con una periodicidad razonable el efecto sobre los mercados de las medidas que haya expedido, y evaluar la conveniencia de adoptar medidas adicionales o retirar las ya establecidas. Lo anterior, se encuentra dentro de la línea

general derivada de los planteamientos que ha expuesto la Corte Constitucional sobre la facultad del Estado para intervenir en la economía.

Así, dado que la regla general es que las medidas regulatorias generales implementan, en cumplimiento de la facultad enunciada, regulaciones dirigidas a la corrección de situaciones de mercado que interesan a todos los actores, no persiguen la creación de situaciones jurídicas particulares y concretas, y son susceptibles de ser modificadas, adicionadas o retiradas por el regulador en cualquier momento atendiendo a simples criterios de política económica.

Empero, cuando la CRC ejerce la facultad contenida en el numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1341 según la cual podrá “[p]romover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante (...) **medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado**”, debe no solamente tener en cuenta los criterios dinámicos y variables dispuestos por la tesis de la Corte Constitucional y recogidos en la Resolución 2058 de 2009, sino además, y especialmente, los criterios constitucionales y legales que regulan las situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, las cuales, sobra decirlo, son de forzosa aplicación siempre que el Estado expida decisiones con alcance particular y frente a las que las normas aplicables al sector de telecomunicaciones no contienen excepciones.

Por lo anterior, debe entenderse que la facultad de regulación *ex ante*, en tanto es ejercida por una autoridad pública que está sometida a la Constitución y a la Ley, no es de carácter absoluto o ilimitado, y no permite al ente público que la ejerce, en este caso a la CRC, abusar o excederse en el uso de la misma y desconocer que cuando quiera que la regulación misma cree una situación jurídica particular y concreta, ésta goza de especial protección, por lo cual el regulador no puede retirarla del ordenamiento jurídico de manera caprichosa, unilateral e inconsulta.

Es apenas natural concluir que el ejercicio de la facultad de regulación *ex ante* por parte de la Comisión, mediante la expedición del Proyecto de Resolución, no persigue modificar la medida regulatoria de carácter particular y concreto de la cual es titular COMCEL, toda vez que no anuncia su implementación, ni justifica la conveniencia de adoptar cargos de acceso asimétricos para remediar la falla de mercado por la

existencia de un proveedor dominante, que fue fundamento de la medida particular impuesta mediante la Resolución 4002 de 2012.

Con base en lo expuesto es posible colegir que el Documento Soporte *sub examine* no analizó en forma concreta la conveniencia de modificar dicha medida regulatoria de carácter particular para COMCEL, ni tampoco pretendió imponer una nueva medida asimétrica para dicho proveedor. De ahí que deba entenderse que a partir del 1 de enero de 2015, todos los proveedores de redes y servicios pioneros deban ofrecer los mismos esquemas de cargos de acceso de acuerdo con la senda de reducción establecida por el Proyecto de Resolución.

Atentamente,



**Carlos Gustavo Arrieta Padilla**