

116751000G - 00140

Bogotá D.C., 27 de junio de 2012

Señores

**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**

Attn.

DR. DIEGO MOLANO VEGA, *PRESIDENTE, MINISTRO DE TIC*

DR. MAURICIO SANTA MARÍA, *DIRECTOR DNP*

DR. CARLOS REBELLÓN, *DIRECTOR EJECUTIVO*

DR. MARÍA DEL PILAR TORRES, *EXPERTA COMISIONADA*

DR. IVÁN SÁNCHEZ, *EXPERTO COMISIONADO*

E. S. D.

**ASUNTO:** SOLICITUD DE CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO  
ADMINISTRATIVO GENERAL

Respetados Comisionados,

De conformidad con la información publicada el 26 de junio del año en curso en la página Web de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, el sector ha sido informado oficialmente acerca de la presentación por parte de COMCEL S.A. (en adelante "Comcel") de una nueva recusación en contra del señor Director de la Comisión, con ocasión de la publicación del proyecto de resolución de carácter general sobre cargos de acceso<sup>1</sup>, y de la suspensión de la actuación correspondiente en atención a la recusación presentada.

Teniendo en cuenta lo anterior, antes de referirnos a algunos aspectos relacionados con la nueva recusación presentada por Comcel, reiteramos nuestra solicitud respecto de la situación que se viene dando en el mercado de voz saliente móvil, en el sentido de que se tomen de manera pronta las medidas regulatorias tendientes a corregir la falla que técnicamente se ha evidenciado en el mencionado mercado.

A partir del documento de recusación presentado por Comcel, es importante manifestar que con esta actuación se desconoce abiertamente que en el pasado reciente el Comisionado Carlos Rebellón actuó dentro de los análisis y decisiones que dieron lugar a la expedición de la Resolución 3136 de 2011, por medio de la cual se estableció una regulación general en materia de cargos de acceso uno de cuyos destinatarios claramente es Comcel. Ese proceso regulatorio cursó las diferentes

<sup>1</sup> Proyecto publicado por la CRC el 25 de mayo de 2012.

etapas de divulgación, presentación de comentarios, discusión en foros sectoriales de los que existe prueba del conocimiento y participación de Comcel.

En consecuencia, atentando contra con la institucionalidad del sector, en particular con el regulador y sus competidores, Comcel **ante una nueva actuación regulatoria general** cuyo origen y muchos de sus antecedentes y fundamentos de mercado se encuentran en la Resolución 3136 de 2011, busca entorpecer este proceso regulatorio; no de otra forma se explica que siendo el Comisionado Rebellón miembro de la Comisión de Regulación de Comunicaciones tanto en 2011 como en 2012, sólo hasta ahora se acuda a una recusación.

Es necesario resaltar el carácter colegiado de la Comisión de Regulación en Comunicaciones, de manera tal que ante el acaecimiento de sucesos como el señalado, deberán adoptarse medidas que impidan que, las estrategias objetables puestas en práctica por quien interpone la recusación para entorpecer o impedir la expedición de regulación sectorial, cumplan con su cometido.

En nuestra condición de operadores del sector vemos que la conducta sistemática del operador Comcel de cara al ejercicio de las funciones públicas en cabeza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones pone en riesgo la institucionalidad y el cumplimiento de cometidos que la ley y la Constitución le han impuesto, y sobre todo se convierte en una barrera para el desarrollo de la competencia.

No es nuestra pretensión que los actores del sector renuncien a sus derechos y que de manera legítima pretenda protegerlos, como de hecho en algunas situaciones lo hacemos de manera conjunta. Lo que rechazamos enfáticamente es el uso de mecanismos legales con sustentos respetables pero discutibles, con el objeto de evitar que el regulador ejerza sus funciones.

En este caso no se trata de una iniciativa regulatoria inventada de manera artificiosa para perjudicar a un operador; es un proceso regulatorio que tiene antecedentes desde el año 2007 cuando la hoy denominada Comisión de Regulación de Comunicaciones propuso la reducción gradual de los cargos de terminación de todos los operadores del mercado móvil y, además, consciente de las implicaciones que sobre la competencia ya tenía la fijación de elevados diferenciales tarifarios entre las llamadas *on net* versus las *off net*, la Comisión propuso la implementación de una prueba de imputación que limitara esta práctica y anunció el seguimiento de estas tarifas para evaluar la pertinencia de tomar de medidas que corrigieran las fallas en el mercado móvil.

Es inexplicable e inaceptable que un operador que conoció y participó del proceso regulatorio que dio lugar a la expedición de las medidas de carácter general de la Resolución 3136 de 2011, del que hizo parte el actual Director de la CRC, pretenda impedir el desarrollo del proceso regulatorio que dio lugar al proyecto de regulación publicado en mayo del año en curso, cuando uno y otro proceso tienen el mismo origen y se fundamentan en la misma falla de mercado.

Desde 2009 Comcel ha tratado de evitar la imposición de cualquier medida regulatoria efectiva a través de argumentos principalmente jurídicos, que han ido desde desconocer la facultad de la Comisión para definir mercados relevantes e identificar operadores con posición de dominio, hasta la solicitud de 2011 de revisar los mercados relevantes definidos en 2009 para que dentro de ese análisis se enmarcara cualquier decisión de regulación que pudiera remplazar o reforzar la expedida en 2009.

Ahora cuando la Comisión propone medidas mayoristas de intervención regulatoria que reconocen la existencia de posiciones competitivas muy distintas en el mercado de voz saliente móvil, y difícilmente modificables sin una regulación *ex ante*, Comcel acude a la figura de la recusación para impedir cualquier modificación al *status quo* regulatorio, que ya ha demostrado tener un impacto nulo en las condiciones de competencia en el mercado.

En éste punto es inevitable concluir que el sector de TIC en Colombia comienza a padecer los mismos problemas de institucionalidad que desde hace varios años caracterizan el panorama competitivo y regulatorio de países como México, que han dado lugar a señales de alarma de organismos reconocidos como la OECD y que hemos citado en comunicaciones anteriores. Sobre México la OECD concluye que las *"decisiones regulatorias no se llevan a cabo o su aplicación [es] suspendida por los tribunales, lo cual redundo en un menor desarrollo efectivo de la regulación. Los operadores dominantes se han favorecido del débil marco institucional vigente al abusar del singular sistema de amparo mexicano, en virtud del cual las decisiones de regulación que son sometidas a revisión judicial se suspenden a favor del recurrente"*<sup>2</sup>. El mismo estudio también recomienda establecer, lo más pronto posible, medidas asimétricas para los operadores dominantes Telmex y Telcel, pues como es apenas obvio, la sola calificación de dominancia, sin medidas particulares, no tiene ningún efecto sobre la dinámica competitiva.

Si se permite a un agente como Comcel continuar obstaculizando el actuar regulatorio, ¿cómo se pretende conseguir la entrada de nuevos inversionistas en el sector, cuando no se garantiza una aplicación del principio de promoción de la competencia contenido en la Constitución y la Ley? ¿Si los operadores que ya están en el mercado plantean dudas sobre las posibilidades de competir frente al operador dominante, qué podría esperar un nuevo entrante de su modelo de negocio?

Como se deduce, la discusión va más allá de los cargos de acceso móvil que tanto cuestiona Comcel, o de los criterios de imparcialidad del Director Ejecutivo que sólo hasta el último momento ha incluido este operador en su argumentación respecto de una actuación de carácter general. Lo que enfrenta el sector realmente es un desafío al marco institucional en el que se producirán las decisiones económicas de

<sup>2</sup> OECD. Estudio de la OECD sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México. 2012.

unos y otros, y que evidentemente repercutirá en el desarrollo de las TIC en el país, en su crecimiento económico, y finalmente en el bienestar de los usuarios.

Es claro que las decisiones en la CRC, ni el proceso regulatorio en sí, son de responsabilidad, ni de conocimiento exclusivo del director de la misma, y por lo tanto, tratándose de una unidad administrativa o cuerpo colegiado, cuyas decisiones se adoptan por mayoría, claramente existen condiciones, dentro del marco legal vigente, para que se pueda continuar adelantando la gestión sin que se vea afectada por los impedimentos o recusaciones que se dirija contra uno de sus miembros.

## **ES IMPERIOSO CORREGIR UNA FALLA EN EL MERCADO DE VOZ SALIENTE MÓVIL EVIDENCIADA POR EL REGULADOR.**

Para Telefónica el objetivo e interés jurídico preponderante que ha existido desde los primeros análisis de mercados relevantes realizados desde 2008, ha sido la libre y leal competencia en el mercado de voz saliente móvil corrigiendo la falla de mercado tantas veces reiterada por la CRC. Por ende, el objetivo no es la situación de posición dominante de Comcel en dicho mercado ni las consecuencias que pueda traer para dicho operador esa condición.

La Comisión viene concluyendo desde 2007 de manera reiterada que los operadores móviles en Colombia distan de ser homogéneos, y desde 2009 la entidad ha verificado que esta condición hace poco desafiante la posición de mercado del operador de mayor tamaño, permitiéndole implementar estrategias comerciales que consolidan su posición de dominio y le permiten obtener utilidades superiores a las que obtendría en un mercado en competencia.

La lógica económica, incorporada en la Ley 1341 y en la resolución 2058 de 2009, señala que si el mercado no consigue resultados eficientes, como los que se obtendrían en condiciones de competencia suficiente, es función del regulador intervenir en él; y que si además se ha detectado la existencia de agentes con posición de dominio, la regulación debe adoptar medidas coherentes con esa dominancia.

En complemento, es claro que uno de los mecanismos de intervención del Estado en la economía es la regulación de los mercados<sup>3</sup>. Esta labor, comprende de manera

---

<sup>3</sup> La Corte Constitucional se refirió a la necesidad de intervención del Estado para velar por la libre competencia así: "(...) la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores; (3) la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas; (4) la importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de

conjunta la elaboración de estudios y análisis de mercado para determinar, entre otras, el grado o el estado de la competencia dentro de aquél, para luego, si se considera necesario, promover e incluso proteger la libre competencia mediante la utilización de herramientas que podrían catalogarse como de diseño o de estructuración y definición de algunas de las variables competitivas o de las relaciones de competencia entre agentes, para intentar la corrección o mitigación de fallas de mercado<sup>4</sup>.

Lo anterior debe resaltarse, pues es precisamente esta la labor que está emprendiendo la CRC con el proyecto de regulación general publicado en mayo del año en curso. Mal puede afirmarse que las funciones de la CRC están limitadas por la suspensión de algún proyecto regulatorio, cuando Comcel pretende que se suspenda el proceso de carácter general por la suspensión de la actuación particular, pues ello llevaría al exceso de pretender inoperante a dicha Comisión, al menos de manera temporal, sobre aspectos que la misma normatividad vigente consagra como de conocimiento y de competencia de la misma.

Tampoco tiene justificación pretender que las facultades de regulación generales de la CRC se vean limitadas al existir un proyecto de acto administrativo de carácter particular, pues ello de nuevo desconocería la normatividad vigente, o al menos sería una interpretación sesgada y errada de la misma. No pueden confundirse las facultades de corrección de fallas del mercado de carácter general por situaciones que han sido identificadas por la autoridad de regulación del sector de las comunicaciones, con las obligaciones que ésta puede y debe imponer a agentes de mercado que se encuentren distorsionando el mismo. Además, el desarrollo de la implementación de medidas para contrarrestar las realidades propias de este sector económico no es algo nuevo, toda vez que hace parte de las medidas que desde el año 2008 ha venido adoptando la CRC.

En este momento el sector tiene muchos procesos que imponen un reto superior para que la actividad de los operadores se convierta en un motor para el desarrollo del país. Telefónica junto con otros operadores hemos venido solicitando del Gobierno, a través de su institucionalidad en el sector, que se corrija una falla de mercado, a través de los remedios regulatorios que sean necesarios y complementarios, es decir, bien sea a través de medidas generales y particulares,

---

*opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente".* CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>4</sup> En tal sentido, se han desarrollado análisis sobre los escenarios opuestos a la competencia perfecta, observando en unas y prediciendo en otras, el comportamiento de los agentes de mercado en escenarios monopolísticos, oligopolísticos, monospónicos y oligopsónicos, desarrollando conceptos que llaman a la intervención del Estado de diferentes maneras para corregir estas "fallas de mercado" o para hacer posible la competencia aún en estructuras como las mencionadas. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL COMERCIO Y EL DESARROLLO-CNUCYD. Manual para la formulación y aplicación de las Leyes de Competencia. Nueva York y Ginebra: 2004. p. 17 a 25.

solicitud que reiteramos y que consideramos una condición básica para que pueda tenerse un entorno de competencia equilibrado frente a procesos tales como el de asignación de espectro (4G) y demás iniciativas que buscan la masificación de los servicios.

## **EL PROYECTO REGULATORIO EN CURSO CUMPLE CON LOS FINES DE LA LEY AL PRETENDER ESTABLECER MEDIDAS QUE PERMITEN MAYOR COMPETITIVIDAD EN BENEFICIO DE LOS USUARIOS**

Contrario a lo señalado por Comcel, el proyecto regulatorio generaría mayor bienestar para los usuarios y no derivaría en un enriquecimiento para los competidores de este operador. En efecto, en resoluciones como la 3136 de 2011, el regulador exige que el resultado de las medidas regulatorias mayoristas, se traslade a los usuarios finales.

Tampoco puede afirmarse que el proyecto regulatorio de mayo busca aumentar los ingresos los competidores de Comcel. Por el contrario, la propuesta de medida regulatoria de cargos de acceso asimétricos tiene como fin el equilibrio competitivo en el mercado y claro está, una mejor situación en planes y precios a todos los usuarios de telefonía móvil con independencia del proveedor del servicio.

Se manifiesta en la recusación de Comcel del primero de junio que: *“las medidas propuestas buscan cobrar un mayor valor a los usuarios de COMCEL, para aumentar los ingresos de la competencia (Movistar, Tigo y UNE)”* (...). Estas afirmaciones no son del todo correctas. En primer lugar, no es cierto que los grupos de cargos de acceso propuestos en el proyecto de resolución de mayo incrementen los precios de Comcel. En efecto, la actual oferta comercial de Comcel se supone está construida sobre la base de la regulación vigente, es decir, considerando un cargo de acceso móvil de \$84,15 /min.; por su parte, el proyecto de resolución **i)** reduce los cargos de acceso de todos los operadores móviles, y **ii)** –como ya se dijo- obliga a trasladar estas reducciones de cargos a los usuarios. Estas dos condiciones justamente conducen a que tanto los usuarios de Comcel como los de los demás operadores móviles sean los beneficiados con la reducción de cargos de acceso, por ser obligatorio que esta reducción sea trasladada a los precios minoristas.

En segundo lugar, tampoco tiene sustento afirmar que la medida incrementaría los ingresos de UNE, pues en tanto que el proyecto de resolución tiene por objeto reducir los cargos de acceso a la red de todos los operadores móviles, es claro que los servicios que cuenten con esta terminación como un insumo tendrán menores costos asociados; tal es el caso de las llamadas fijo-móvil y la larga distancia internacional entrante con destino a abonados móviles en Colombia.

Siendo así, la afirmación sobre el incremento de los ingresos de UNE debería extenderse a todos los demás operadores que prestan servicios fijos (para el caso de llamadas fijo-móvil) y a todos aquellos que participan en el mercado de larga distancia internacional con destino móvil. En estos mercados están operadores como INFRACEL y TELMEX, ambos pertenecientes al grupo América Móvil; por esta razón

con los mismos argumentos esgrimidos por Comcel para concluir que UNE es un beneficiario, también se puede concluir que INFRACEL y TELMEX estarían interesados en esta reducción generalizada de los cargos de terminación móvil.

## **INSISTENCIA EN NUESTRA SOLICITUD.-**

Reiteramos la urgencia de implementar una regulación efectiva que corrija las fallas de mercado detectadas por la Comisión, y que impiden que el mercado de voz saliente móvil funcione bajo condiciones de verdadera rivalidad. Como bien lo saben los miembros de este cuerpo colegiado, la Comisión de Regulación de Comunicaciones no es la única entidad de su tipo en el mundo que ha debido expedir normas de promoción de la competencia en el mercado móvil, pues aunque se reconoce el potencial competitivo de este mercado, también es cierto que no siempre su estructura permite que esta rivalidad sea percibida, o que modifique la conducta de los operadores, con las consecuencias que en materia de eficiencia y bienestar trae tanto para operadores como para usuarios.

Atentamente, por Telefónica,

  
**FABIÁN ANDRÉS HERNÁNDEZ RAMÍREZ**  
Vicepresidente Jurídico

Con Copia. Dra. Lina María Duque del V. Secretaria (E) sesión Comisión CRC

<b>CRC</b>	
Radicación :	 * 2 0 1 2 3 2 4 7 3 *
Fecha :	28/06/2012 05:00:18 P.M.
Remitente :	TELEFONICA
Anexos :	1 COPIA.
Asunto :	SOLICITUD DE CONTINUACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL CON COPIA A LA DRA. LINA DUQUE.