

Bogotá D.C., 24 de noviembre de 2023

Señores

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES – CRC

Ciudad

Asunto: comentarios al proyecto de regulación “*Revisión de medidas regulatorias aplicables a servicios móviles*” (2000-38-3-17).

JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.122.948 y la tarjeta profesional de abogado No. 9.859, estando dentro de la oportunidad prevista, respetuosamente presento algunos comentarios y consideraciones acerca del trámite que la Comisión de Regulación de Comunicaciones (“**CRC**” o “**Comisión**”) le ha dado al proyecto de regulación “*Revisión de medidas regulatorias aplicables a servicios móviles*” (2000-38-3-17). Así mismo, expondré las consecuencias que la adopción del proyecto regulatorio, tal como ha sido concebido y tramitado, tendría respecto del derecho al debido proceso de **COMCEL S.A.** y respecto de la legalidad misma del acto administrativo.

Para ello, este documento se divide en tres secciones: (1) comentarios y conclusiones generales; (2) breves consideraciones sobre los actos administrativos, el procedimiento administrativo y el derecho al debido proceso; y (3) vicios e irregularidades procedimentales del proyecto regulatorio.

1. COMENTARIOS Y CONCLUSIONES GENERALES

El trámite cumplido para la expedición del proyecto regulatorio presenta algunas irregularidades procesales que violan el derecho al debido proceso de **COMCEL S.A.** Tales vicios procedimentales derivan de un mismo hecho: la CRC ha pretendido adoptar medidas de carácter particular y concreto mediante un acto administrativo general.

En efecto, sin hacer mención expresa a **COMCEL S.A.**, la CRC pretende adoptar una serie de medidas dirigidas exclusivamente a “*los proveedores con posición dominante*” en el mercado relevante de servicios móviles. Y ocurre que, como es bien sabido, por expresa decisión de la CRC, el único proveedor con posición dominante en el referido mercado relevante es **COMCEL S.A.** De allí que los efectos de esas medidas solo se proyecten y se apliquen en relación con un único sujeto. Esa situación es propia de un acto

administrativo particular. Por tanto, la CRC debe tramitar esas medidas regulatorias como lo que en realidad son: actos administrativos particulares y concretos.

El trámite impartido a la eventual expedición del proyecto regulatorio, y de todas las medidas allí contenidas, en los términos propuestos por la CRC, conllevaría una violación grave del derecho al debido proceso de **COMCEL S.A.** Tal vulneración debe ser corregida por la CRC antes de expedir el acto definitivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011.

2. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El procedimiento administrativo empleado en la expedición de un acto administrativo cobra especial relevancia respecto del derecho al debido proceso y las garantías constitucionales derivadas de este. Por tanto, las irregularidades procedimentales que resultan de la adopción de medidas particulares mediante actos generales —y el procedimiento previsto para estos últimos— constituye una violación al debido proceso que debe ser corregida por la autoridad administrativa.

El Consejo de Estado y la doctrina administrativa han sostenido que “[e]l *acto administrativo es toda manifestación de voluntad de quién está habilitado para ejercer la función administrativa, con el fin de producir efectos en derecho*”¹. A partir de los sujetos a los cuales se dirigen sus efectos, los actos administrativos se han clasificado en actos de contenido general y particular.

Sobre los actos administrativos de contenido general y particular, la jurisprudencia constitucional los ha definido así:

*“A través de los primeros, se conocen **aquellos actos administrativos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto versados a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales parámetros. Por el contrario, los segundos, son aquellos actos administrativos de contenido particular y concreto, que producen situaciones y crean efectos individualmente considerados**”*² (negrilla fuera del texto original).

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 18 de octubre de 2012. Rad. 08001-23-31-000-2009-01032-01(1090-12).

² Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2004.

El tipo de acto administrativo condiciona el procedimiento administrativo que debe emplear la autoridad para su expedición y, por contera, incide en el debido proceso de los particulares. El procedimiento administrativo establece los “*trámites y formalidades a los cuales deben someterse las autoridades administrativas en ejercicio de sus actuaciones, tendientes a la producción de actos administrativos, para que estos en su formación obedezcan a una trayectoria garante de la participación previa y los derechos de los interesados y de la comunidad en general*”³.

Pues bien, dado que los procedimientos y reglas aplicables a la expedición de los actos administrativos particulares difieren de los propios de los actos generales (v.gr., notificación⁴, etapas procedimentales⁵, recursos⁶), la definición del tipo de acto y del procedimiento administrativo no es una cuestión menor, sino que está directamente relacionada con el debido proceso administrativo. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, es una garantía para equilibrar la relación autoridad - libertad, relación que surge entre el Estado y los asociados, y está prevista en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial. Según el artículo 29 de la CP, el debido proceso comprende fundamentalmente tres grandes elementos:

“i) El derecho al juez natural o funcionario competente.

“ii) El derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa.

“iii) Las garantías de audiencia y defensa, que, desde luego, incluyen el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía de non bis in ídem.

³ Jaime Orlando Santofimio. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia (2017), p. 373.

⁴ Cfr. Artículos 65 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

⁵ Cfr. Título III de la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 1081 de 2015.

⁶ Artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, que señala que no proceden recursos contra los actos administrativos de carácter general.

“La expedición irregular de los actos administrativos atañe, precisamente, al derecho a ser juzgado según las formas propias de cada procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación administrativa”⁷ (negrilla fuera del texto original).

En tales términos, las autoridades administrativas tienen la obligación de expedir los actos administrativos mediante el procedimiento adecuado, que dependerá necesariamente del tipo de medidas (generales o particulares) que pretenda adoptar. El desconocimiento del procedimiento administrativo conllevará necesariamente una violación del debido proceso del administrado, y, por contera, la nulidad del acto.

Ahora bien, el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011⁸ instituye la posibilidad de que las autoridades administrativas corrijan sobre la marcha las irregularidades administrativas, con el fin de ajustarla a derecho.

En lo concerniente a la corrección de irregularidades, el Consejo de Estado⁹ ha indicado que implica *“una modalidad de saneamiento de los errores en que haya podido incurrir la actuación administrativa para ajustarla a la legalidad y procurar la expedición de un acto definitivo que esté acorde al derecho”*. Por ello, se trata de una prerrogativa que, para su ejercicio, a diferencia de lo que ocurre con la revocatoria directa, no requiere del consentimiento expreso de ninguna parte. Como no hay acto administrativo de cierre, no ha surgido el derecho de carácter subjetivo que reclame ese consentimiento.¹⁰

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo también ha establecido que ***“[...] la corrección de irregularidades es una competencia que encuentra fundamento en el principio de autotutela de la Administración¹¹. Dicho principio «también hace referencia a la facultad de las entidades [...] para reconocer sus errores y de esta forma modificarlos a fin de evitar la configuración de una situación ilegal,***

⁷ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 8 de septiembre de 2016. 25000-23-27-000-2010-00212-01(19265).

⁸ *“La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla”*.

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 12 de noviembre de 2020. Radicado No. 76001-23-33-000-2020-00895-01.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ *“Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 3 de septiembre de 2020, radicación n. 17001-23-33-000-2017-00100-02(4103-18) y 17001-23-33-000-2017-00100-01(3251-17)”* (pie de página del texto).

arbitraria, contraria a derecho o simplemente que no corresponda a la realidad material del asunto objeto de decisión». Igualmente, la Subsección destacó que el ejercicio de esta facultad no se encuentra sujeto al arbitrio de las entidades; por el contrario, atendiendo el sometimiento de estas al principio de legalidad, dicha actuación deviene forzosa siempre que se constate el desconocimiento de las normas del ordenamiento jurídico” (negrilla y subrayado fuera del texto original).¹²

De lo expuesto se sigue que la corrección de irregularidades en el curso de la actuación administrativa no depende del arbitrio de la entidad. Por el contrario, sobre ella pesa, en cuanto administración, la obligación de enmendar errores en atención al principio de legalidad. Esta corrección procede a petición de parte o de oficio, y puede ser adoptada en cualquier momento, antes de la expedición del acto de cierre, sin que se requiera la autorización de algún particular. Propende porque la actuación administrativa sea conforme a derecho, de manera que los actos no se profieran viciados de nulidad. La ejecución de esta potestad se deriva, también, de los principios de eficacia y autotutela.

3. VICIOS E IRREGULARIDADES PROCEDIMENTALES DEL PROYECTO REGULATORIO

Tras revisar los antecedentes y el proyecto mismo de regulación que nos ocupa, resulta preocupante el trámite que la CRC ha impartido al presente procedimiento. Y es que el proyecto de regulación bajo estudio ha venido siendo tramitado como un acto administrativo de carácter general, pese a que el mismo contiene medidas que están dirigidas a un único sujeto determinado y fácilmente identificable: **COMCEL S.A.**, aun cuando el texto del proyecto evite, como lo hace, mencionar por su nombre al referido sujeto.

La naturaleza particular y concreta de algunas de las medidas del proyecto regulatorio se observa fácilmente de los antecedentes del proyecto y de su mismo contenido.

3.1. Antecedentes del proyecto regulatorio

Los antecedentes del proyecto resultan relevantes para entender el contexto y la naturaleza particular y concreta de las medidas que en este caso pretende adoptar la CRC. Sobre este punto, nos referiremos a otros casos en los que la CRC ha adoptado

¹² Corte Constitucional. Sentencia SU-067 de 2022.

medidas similares mediante actos particulares y a los antecedentes del proyecto, que también dan cuenta de la naturaleza particular de las medidas

(i) Las medidas regulatorias impuestas a COMCEL S.A. en el mercado de “voz saliente móvil”

Mediante las resoluciones CRT 2062 y 2152, ambas de 2009, la CRC constató la posición dominante de **COMCEL S.A.** en el referido mercado, el cual también había sido identificada por la Comisión como “*mercado relevante susceptible de regulación ex ante*”. Posteriormente, por medio de las resoluciones CRT 2066 y 2171, ambas de 2009, la CRC procedió a imponer una serie de medidas regulatorias tarifarias a **COMCEL S.A.** Esas medidas fueron impuestas mediante un acto administrativo particular y concreto, puesto que tuvieron como único destinatario al único proveedor con posición dominante en el mercado: **COMCEL S.A.**

Pues bien, mediante la Resolución 3139 de 2011, la CRC inició una actuación administrativa particular para evaluar: (i) la aplicación anticipada a **COMCEL S.A.** de la reducción de los cargos de acceso definidos en la Resolución CRT 3136 de 2011—aplicables a todos los operadores del referido mercado, sin distinción alguna—; (ii) la revisión de las medidas regulatorias tarifarias impuestas en las resoluciones CRT 2066 y 2171 de 2009; y (iii) la adopción de medidas regulatorias adicionales para prevenir su posición de dominio en el mercado de “*voz saliente móvil*”.

La misma CRC reconoció en esa oportunidad que las medidas dirigidas exclusivamente a **COMCEL S.A.**, en su condición de proveedor en posición dominante, eran medidas particulares que debían ser adoptadas mediante una “*actuación administrativa de carácter particular y concreto*”. Al respecto, la CRC señaló que:

“en aras de garantizar cabalmente el derecho defensa, contradicción y debido proceso, debe darse curso a una actuación administrativa de carácter particular y concreto en la cual COMCEL pueda remitir sus comentarios, observaciones, solicitar pruebas y ejercer su derecho de defensa y contradicción, respecto de los análisis preliminares contenidos en el ‘Documento Soporte – Intervención de Carácter Particular en el mercado ‘Voz Saliente Móvil’” [...].”

Ahora bien, posteriormente, mediante un acto administrativo general, la CRC intentó modificar los cargos de acceso a redes móviles, con el único fin de diferenciar entre dos grupos de operadores, a saber: (i) los que tuviesen más del 42% del tráfico —solo **COMCEL S.A.** reunía esa condición— y (ii) los que tuviesen menos del 42% del tráfico.

A lo largo de ese trámite administrativo general, se discutió, entre otras, la naturaleza particular y concreta de las supuestas “*medidas regulatorias generales*”, las cuales, por demás, no tuvieron por objeto intervenir el mercado en defensa de los usuarios y consumidores, sino de los competidores de **COMCEL S.A.** En este caso, la imparcialidad de uno de los comisionados fue seriamente cuestionada por sus vínculos con uno de los competidores de **COMCEL S.A.**

Finalmente, la CRC adoptó las medidas mediante el procedimiento administrativo particular que inició con la Resolución 3139 de 2011. En efecto, las Resoluciones 4002 y 4050 de 2012 impusieron las medidas concretas que modificaron los cargos de acceso a redes móviles de **COMCEL S.A.**, garantizando así los derechos al debido proceso, de defensa y contradicción del proveedor.

Lo anterior permite colegir que la posibilidad de regulación ex ante con la que cuenta la CRC no la habilita para adoptar medidas particulares y concretas mediante los actos regulatorios generales. La CRC tiene la obligación de verificar, en todos los casos, el tipo de medidas regulatorias y, en consecuencia, impartir el procedimiento aplicable y que garantice los derechos del administrado.

- (ii) La constatación de la posición de dominancia de COMCEL S.A. en el mercado relevante de “servicios móviles” y la imposición de medidas particulares y concretas

Como se observa en el resumen del proyecto de regulación que la CRC publicó en su página web, la misma Comisión incluye como antecedentes del proyecto regulatorio la Resolución CRC 5108 de 2017 que “*definió el mercado minorista de “Servicios Móviles” como mercado relevante, y a su vez, determinó que dicho mercado debía ser declarado mercado susceptible de regulación ex ante*”. Así mismo, la CRC hace referencia a las resoluciones CRC 6146 de 2021 y 6380 de 2021, mediante las cuales se “*constató la posición dominante de del operador COMCEL en el mercado de servicios móviles*”.

Se trata, entonces, de un escenario similar al de las medidas regulatorias adoptadas en el mercado de “voz saliente móvil”. En efecto, en este caso la CRC constató la posición dominante de **COMCEL S.A.** en un mercado relevante susceptible de regulación *ex ante*, a saber, el mercado de servicios móviles.

Pues bien, en este caso, las medidas particulares—que la CRC pretende adoptar en el proyecto regulatorio— tienen un origen en la Resolución CRC 6146 de 2021, mediante la cual la CRC resolvió lo siguiente respecto a **COMCEL S.A.**:

“ARTÍCULO 1. Constatar que la empresa COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. tiene posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado “Servicios Móviles (2.5. del ANEXO 3.1.)” definido en el Anexo 3.2. del TÍTULO DE ANEXOS de la Resolución CRC 5050 de 2016.

“ARTÍCULO 2. Abstenerse de imponer alguna de las medidas regulatorias particulares enunciadas en el artículo 1 de la Resolución CRC 5110 de 2010 y explicadas en el numeral 6 del documento denominado “Intervención de Carácter Particular en el Mercado “Servicios móviles””, remitidos a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. mediante radicado de salida número 2017537286 del 24 de febrero de 2017, por las razones expuestas en el aparte considerativo de la presente Resolución.

“ARTÍCULO 3. Sin perjuicio de las funciones otorgadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones y de las medidas que en ejercicio de las mismas se puedan adoptar, transcurridos dos (2) años desde la ejecutoria del presente acto administrativo, esta Comisión elaborará un informe sobre las condiciones de competencia del mercado de “Servicios Móviles”, de manera que este sirva de insumo para el ejercicio de las funciones a su cargo, de conformidad con lo expuesto en el aparte considerativo de esta Resolución” (negrilla fuera del texto original).

Ya han transcurrido los dos años mencionados en dicha resolución y, ahora, mediante un acto regulatorio de carácter general —y no particular, como debió haberlo sido— la CRC planea adoptar una serie de medidas que afectan al único proveedor respecto del cual la Comisión ha constatado la posición de dominancia en el mercado de servicios móviles. De allí que exista una clara relación de

conexidad entre la Resolución CRC 6146 y el proyecto regulatorio. Por tanto, el contenido de esta última no es el de solas medidas regulatorias de carácter general, sino que constituye una *“Intervención de Carácter Particular en el Mercado ‘Servicios móviles’”*, que solo podía ser adoptada mediante un acto administrativo particular, que no general, como pretende la CRC.

Una prueba de lo anterior se encuentra en las consideraciones de la Resolución CRC 6146, en la cual la CRC, en el marco de la actuación particular, evaluó y descartó la utilidad de algunas de las medidas que ahora pretende adoptar mediante el proyecto regulatorio. En efecto, la referida resolución señala que:

“8.2.6. Conclusiones en relación con la revisión y análisis de las eventuales medidas regulatorias enunciadas en el artículo 1 de la Resolución CRC 5110 de 2017.

“Luego de la revisión y de los análisis desarrollados, en las secciones previas, a las eventuales medidas regulatorias enunciadas en el artículo 1 de la Resolución CRC 5110 de 2017, esta Comisión encuentra que éstas deben ser descartadas en la presente actuación administrativa por las siguientes razones:

- *A pesar de los efectos positivos en la promoción de la competencia en el mercado, que potencialmente tendrían las medidas correspondientes a la reducción acelerada de la remuneración de la instalación esencial de RAN para servicios de voz y la implementación de una senda creciente de remuneración de la instalación esencial de RAN para servicios de datos, en las condiciones que fueron formuladas al inicio de la presente actuación, los análisis adelantados en la sección 8.2.3.1 indican que, debido a los cambios presentados en el mercado luego de 2017 y el tiempo transcurrido desde que fueron planteadas, dichos efectos no se materializarán, por cuanto se observó que: (i) el diferencial entre los precios mayoristas y minoristas que se pretendía establecer, con el fin de promover la competencia en el mercado de “Servicios Móviles”, se ha reducido en magnitud y tiende a desaparecer en el corto plazo, (ii) La diferencia entre el precio que tendría que ofrecer COMCEL, por la provisión del RAN de voz móvil, y tarifa de RAN general (aplicable para incumbentes) para ese mismo servicio mayorista se redujo del 60% al 23% entre 2017 y 2020 y desaparecerá a partir de enero de 2022,*

y (iii) el ingreso promedio por minuto del servicio de voz registrado por este operador en el primer trimestre de 2020 indica que su costo marginal es inferior al valor tope RAN para voz móvil que se pretendía fijar, por tanto, la ventaja en costos que tiene COMCEL frente a sus competidores, en razón a sus economías de escala y alcance, ahora no sería atenuada por la medida de RAN planteada al inicio de la actuación administrativa. Por tanto, es claro que la medida mayorista de RAN, a la fecha de expedición del presente acto administrativo, bajo las condiciones mencionadas, no contribuye de manera efectiva en la labor de dinamización de la competencia en el mercado de “Servicios Móviles”, razón por la cual debe ser descartada su implementación”¹³.

Al respecto, es importante destacar que, en ese caso, la CRC llegó a dicha conclusión en el marco de un procedimiento particular, en el cual **COMCEL S.A.** pudo solicitar y aportar pruebas para controvertir los argumentos de la CRC. Fue en virtud del ejercicio de las garantías procedimentales reconocidas en los procedimientos particulares que **COMCEL S.A.** logró convencer a la Comisión que la necesidad de descartar en la intervención en RAN inicialmente planteada, por no ser útil ni adecuada a los propósitos perseguidos.

Lo anterior da cuenta de que el procedimiento de expedición del acto no es un asunto irrelevante de cara al debido proceso de **COMCEL S.A.** El trámite que la CRC le ha dado al proyecto de regulación no prevé esas mismas garantías de contradicción y defensa que la CRC ha otorgado en casos similares, pero que ahora pasa por alto al darle una naturaleza de acto general a medidas que, sin duda alguna, son de naturaleza particular y concreta, como se pasa a explicar.

3.2. Irregularidades del proyecto regulatorio “Revisión de medidas regulatorias aplicables a servicios móviles”

En el proyecto regulatorio, la CRC adopta una serie de medidas que están dirigidas única y exclusivamente a **COMCEL S.A.**, a pesar de que la Comisión evita referirse al proveedor. Sin embargo, ni la ausencia de referencia expresa al proveedor ni el tipo de acto mediante el cual la CRC pretende adoptar las medidas regulatorias desnaturaliza ni convierte las medidas particulares en medidas generales.

¹³ Resolución CRC 6146 de 2021, p. 535-536.

Al respecto, me referiré a los tres tipos de medidas particulares que adopta la CRC en el proyecto regulatorio:

- (i) Medidas regulatorias referidas a las condiciones para el desarrollo de gestiones comerciales tendientes a recuperar el cliente portado durante el Proceso de Portación, así como dentro de los tres (3) meses siguientes a la culminación de dicho proceso (Artículos 7¹⁴ y 8¹⁵ del proyecto de regulación)

Las medidas tienen por objeto que los proveedores con posición dominante, individual o conjunta, en el mercado “*Servicios Móviles*” se abstengan de contactar a los usuarios que se hayan portado a los demás PRTSM que no ostenten esa posición, durante el proceso de Portación de que trata el artículo 2.6.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 y durante los 3 meses siguientes a su finalización.

Así, mientras todos los demás proveedores podrán adelantar gestiones para recuperar al cliente que solicitó la portabilidad del servicio, la CRC prohibirá a **COMCEL S.A.** esa misma posibilidad. Dicha prohibición —que incide en su libertad de empresa— claramente tiene efectos particulares y concretos sobre **COMCEL S.A.**, que no pueden ser adoptados mediante un acto general, sino mediante uno de tipo particular, en el cual se garantice plenamente el derecho al debido proceso del particular.

¹⁴ “ARTÍCULO 7. Subrogar el numeral 2.6.2.4.4 del artículo 2.6.2.4 del Capítulo 6 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual quedará así:

“2.6.2.4.4. Realizar gestiones comerciales tendientes a recuperar al cliente portado, una vez se haya finalizado el Proceso de Portación, en los términos del artículo 2.6.4.1 del TÍTULO II, con las siguientes restricciones:

i) Los Operadores Móviles de Red (OMR) deberán abstenerse de contactar a los usuarios que se hayan portado a Operadores Móviles Virtuales (OMV) durante el proceso de Portación de que trata el artículo 2.6.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 y durante los 3 meses siguientes a su finalización;

ii) **Los proveedores con posición dominante**, individual o conjunta, en el mercado “*Servicios Móviles*” deberán abstenerse de contactar a los usuarios que se hayan portado a los demás PRTSM que no ostenten esa posición, durante el proceso de Portación de que trata el artículo 2.6.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 y durante los 3 meses siguientes a su finalización.”

¹⁵ “ARTÍCULO 8. Modificar el numeral 2.6.2.5.3.2 del artículo 2.6.2.5 del Capítulo 6 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual quedará así:

“2.6.2.5.3.2. Abstenerse de realizar prácticas de recuperación de los usuarios solicitantes durante el Proceso de Portación. de que trata el artículo 2.6.4.1 de la presente resolución: Esta restricción se extenderá durante los 3 meses siguientes a la finalización de dicho proceso, en los siguientes casos:

Los Operadores Móviles de Red (OMR) respecto de los usuarios que se hayan portado a Operadores Móviles Virtuales (OMV).

Los proveedores con posición dominante, individual o conjunta, en el mercado “*Servicios Móviles*” respecto de los usuarios que se hayan portado a los demás PRTSM que no ostenten esa posición.”

- (ii) Medidas relativas a la modificación de las condiciones de aplicación de la tarifa regulada de remuneración por el uso de Roaming Automático Nacional en los servicios de voz y datos (artículos 15¹⁶ y 16¹⁷ del proyecto de regulación)

Las disposiciones propuestas mantienen la tarifa regulada de remuneración por el uso de la instalación esencial del RAN, excepto cuando la red visitada *“sea la de proveedores que ostenten posición dominante, individual o conjunta con otro PRST, en el mercado relevante de ‘Servicios Móviles’”*.

En tales términos, el proyecto de regulación evidentemente está estableciendo una medida particular y concreta, que solo se aplicaría respecto a **COMCEL S.A.**, pues, como hemos señalado, es el único proveedor con posición dominante en el mercado de servicios móviles. Por lo demás, la utilidad de esta medida ya había sido descartada por la CRC en el marco de la actuación administrativa particular que concluyó con la expedición de la Resolución CRC 6146 de 2021, como señalamos anteriormente. De allí que sea desconcertante que, en esta oportunidad, la CRC busque establecer cargos asimétricos en RAN únicamente para **COMCEL S.A.**, pero camuflada en una actuación administrativa general.

- (iii) Medidas relativas a la obligación de reportar información a la CRC sobre infraestructura pasiva (artículo 17 del proyecto de regulación)

El proyecto de regulación agrega una obligación a los proveedores *“que ostenten posición dominante, individual o conjunta, en el mercado ‘Servicios Móviles’”*,

¹⁶ “ARTÍCULO 15. Modificar el párrafo 1 del artículo 4.7.4.1 del Capítulo 7 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual quedará así:

“PARÁGRAFO 1. La remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional para el servicio de voz y SMS a los valores a los que hacen referencia los numerales 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2, solo será aplicable en aquellos municipios listados en el Anexo 4.8. del Título ANEXOS TÍTULO IV de la presente resolución o aquella disposición que lo adicione, modifique o sustituya. Adicionalmente, cuando la red visitada en los municipios listados en dicho anexo sea la de proveedores con posición dominante, individual o conjunta, en el mercado “Servicios Móviles”, la tarifa aplicable por estos, en su calidad de proveedores de la red visitada, corresponderá al valor final de la senda definida en el numeral 4.7.4.1.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 para el servicio de voz, o aquella que la modifique o sustituya.”

¹⁷ “ARTÍCULO 16. Modificar el párrafo del artículo 4.7.4.2 del Capítulo 7 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual quedará así:

“PARÁGRAFO. La remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional para el servicio de datos, a los valores contemplados en el numeral 4.7.4.2.1 del presente artículo, solo será aplicable en aquellos municipios listados en el Anexo 4.8. del Título ANEXOS TÍTULO IV de la presente resolución o aquella disposición que lo adicione, modifique o sustituya. Adicionalmente, cuando la red visitada en los municipios listados en dicho anexo sea la de proveedores con posición dominante, individual o conjunta, en el mercado “Servicios Móviles”, la tarifa aplicable por estos, en su calidad de proveedores de la red visitada, corresponderá al valor final de la senda definida en el numeral 4.7.4.2.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 para el servicio de datos, o aquella que la modifique o sustituya.”

quienes deberán publicar las condiciones para la compartición de infraestructura pasiva (espacio en torre, mástiles y monopolos, así como espacio en piso y servicios adicionales). Tales condiciones para el acceso y uso compartido de la infraestructura pasiva antes mencionada deberán otorgarse a cualquier PRSTM que requiera el acceso y uso compartido de la infraestructura sobre la que, el sujeto obligado a publicar las condiciones de referencia a través de la OBI, tenga la propiedad o control del acceso” (negrilla fuera del texto original).

Para ello, el proyecto adiciona toda una sección al Capítulo 11 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, que solo está dirigido al proveedor con posición dominante. En efecto, el artículo 17 del proyecto regulatorio contiene las siguientes medidas:

***“Sección 2.
Condiciones aplicables a proveedores con posición dominante,
individual o conjunta, en el mercado “servicios móviles***

[...]

Artículo 4.11.2.1. obligación de disponer de condiciones de referencia para la compartición de infraestructura pasiva.

[...]

Artículo 4.11.2.2. Condiciones de referencia para la compartición de infraestructura pasiva” (negrilla fuera del texto original).


Por las razones expuestas, es evidente que el proyecto regulatorio es —ni más ni menos— una intervención estatal dirigida a un sujeto determinado: **COMCEL S.A.**, pues es el único sujeto al cual le ha sido constatada la posición de dominancia en el mercado de servicios móviles. Por tanto, mal podría la CRC pretender “transformar” en generales esas medidas particulares que pretende adoptar, al evitar referirse expresamente a **COMCEL S.A.** y, en su lugar, referirse al proveedor con posición dominante en el mercado de servicios móviles. La ausencia de referencia expresa a **COMCEL S.A.** en nada afecta la naturaleza particular y concreta de las medidas que la CRC pretende imponerle en su condición de proveedor en posición dominante.

Tal irregularidad vulnera gravemente el debido proceso de **COMCEL S.A.** En efecto, el hecho de que las medidas sean adoptadas mediante un acto administrativo general, y no particular, tiene las siguientes implicaciones:

- **COMCEL S.A.** no habría sido notificado del inicio de la actuación administrativa, tal como lo exigen los artículos 66 y siguientes de la Ley 1437 de 2011;
- **COMCEL S.A.** no habría tenido oportunidad de presentar y controvertir las pruebas que soportan la actuación administrativa. Esto vulnera gravemente el debido proceso del proveedor, comoquiera que el espacio de comentarios no es equivalente ni reemplaza la etapa probatoria prevista en el procedimiento para la expedición de los actos administrativos particulares¹⁸.
- **COMCEL S.A.** no tendría la posibilidad de interponer, en su momento, recursos contra el acto regulatorio que llegue a expedir la CRC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011.

Por tanto, es imperativo que la CRC corrija las anotadas irregularidades de la actuación administrativa en cuestión. Las faltas advertidas respecto del procedimiento administrativo —pretender expedir mediante un acto administrativo general medidas que tienen un único destinatario— constituyen una grave violación del debido proceso, en tanto que al sujeto destinatario de la actuación administrativa se le están cercenando las garantías mínimas del debido proceso (derecho a ser oído, derecho de contradicción y derecho de defensa, el derecho a ser notificado personalmente y a interponer los recursos a los que haya lugar). Todo ello da cuenta de la necesidad de que la CRC corrija la actuación administrativa y adopte las medidas particulares mediante el procedimiento administrativo previsto para ello.

Atentamente,


JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO
C.C. 17.122.948
T.P. 9.859

¹⁸ Título III de la Ley 1437 de 2011.