

Emilio José Archila Peñalosa
Rubén Silva Gómez
Adriana Marcella Saetta del Castillo
Dionisio Manuel de la Cruz Camargo
Mariné Linares Díaz
Jessica Paola Solano Pineda

www.archilaabogados.com
+57 (601) 618 1697 / 755 9667
Calle 90 no. 19-41, oficina 301
Bogotá D.C. Colombia

David Augusto Segura Olaya
Daniel Peñaranda Rodríguez
Mariana Puentes Jaramillo
Lina María Roa Rodríguez
Gabriela Grijalba Cerro

Bogotá D.C., 24 de noviembre de 2023

MLD-MP 2373-23

Doctor

NICOLÁS SILVA CORTÉS

Director Ejecutivo

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

La ciudad

Asunto: Comentarios al Proyecto de regulación “Por la cual se adoptan medidas para la promoción de la competencia, se modifican algunas disposiciones de la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones.”

Estimado doctor:

Emilio José Archila Peñalosa, identificado como aparece en mi pie de firma, de manera atenta me permito formular las siguientes peticiones respecto del proyecto de regulación:

Peticiones:

Primera: Desistir de la expedición del acto administrativo por medio del cual se “adoptan medidas para la promoción de la competencia y se modifican algunas disposiciones de la resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones”.

Segunda: En caso de insistir en la expedición del acto administrativo, modificar los siguientes apartes en el sentido que se indica:

2.1 Sobre las gestiones comerciales para recuperar clientes portados: eliminar la prohibición de contactar a los usuarios que se hayan portado durante los 3 meses siguientes a su finalización.

2.2 Sobre la obligación de incluir la infraestructura pasiva en su oferta de interconexión: Eliminar la obligación de incluir dentro de la Oferta Básica de Interconexión (OBI), del operador dominante, las condiciones de acceso a su infraestructura pasiva.

Subsidiariamente: Establecer la obligación para todos los OMR de incluir dentro de su OBI las condiciones de acceso para su infraestructura pasiva.

2.3 Sobre la obligación de una senda de reducción de Roaming Automático Nacional: Eliminar la obligación del operador dominante del mercado de servicios móviles de cobrar la menor tarifa para datos y voz, previstas en el numeral 4.7.4.1.1. y 4.7.4.2.1 de la resolución 5050 de 2016.

Lo anterior con fundamento en las siguientes:

Consideraciones:

Consideraciones:.....	2
1. La posición dominante no está prohibida	3
1.1 Las medidas proponen la reducción de Comcel	4
1.2 Las medidas proponen afectar la capacidad de Comcel para competir	4
1.3 Las medidas buscan afectar la capacidad de Comcel para atender sus usuarios	4
1.4 Las medidas favorecerían sin justificación a los competidores de Comcel	4
1.5 En las medidas no existe el propósito de que no se abuse de una posición de dominio	4
2 Intervención del Estado en las libertades económicas.....	5
2.1 Por ministerio de la ley y acorde con una finalidad legítima	6
2.1.1. La CRC no puede prohibir la posición de dominio.	6
2.1.2. La CRC no puede expedir una regulación que desincentive la inversión.	6
2.2 Se afectaría el núcleo esencial del derecho a la libre competencia	8
2.2.1. La prohibición de contactabilidad desconoce el derecho de los consumidores.	8
2.2.2. La obligación de compartir infraestructura pasiva por parte del operador dominante desconoce el derecho a la libre competencia.	8
2.2.3. Obligación de una senda de reducción de Roaming Automático Nacional para el operador dominante.	10
2.3. Proporcionalidad y razonabilidad	11
2.3.1 Gestiones comerciales para recuperar clientes portados.....	11
2.3.2 Obligación del operador dominante de compartir infraestructura pasiva:.....	14
2.2.3 Obligación de una senda de reducción de Roaming Automático Nacional para el operador dominante.	17
3. La propuesta regulatoria.....	23
3.1 Condiciones para recuperar clientes portados.....	23
3.2. Obligación de incluir infraestructura pasiva en su oferta de interconexión para el operador dominante.	23

3.3. Obligación de aplicar una senda de reducción de Roaming Automático Nacional para el operador dominante. 24

1. La posición dominante no está prohibida

En la Constitución Política se prevé que “[e]l Estado, por mandato de la ley, (...) evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”¹

Así, en Colombia no es ilegal que una empresa tenga posición dominante y lo que se reprocha es el abuso que se materialice a partir de esta.²

Este aspecto ha sido destacado por la Corte Constitucional, que ha señalado que “[e]n el ordenamiento Constitucional se impone la obligación de evitar y controlar los abusos, **pero no la adquisición de la posición de dominio a la que puede llegarse mediante actos de competición transparentes e irreprochables**. No se impide la adquisición de poder de dominio del mercado, sino que adquirida la posición dominante se utilicen medios irregulares y reprochables que impiden el desarrollo pleno de la competencia.”³

Y, en la misma dirección es claro que a una empresa dominante en el mercado, debe permitírsele desarrollar en forma leal y razonable sus actividades económicas en el mercado en el que participan, “aunque con esto aumenten su fuerza en el mercado.” Dichas actividades pueden ser, entre otras “el mejoramiento de la calidad de sus productos y de su organización interna y externa, la adaptación de sus productos a la demanda con base en su diversidad, calidad y cantidad, la reducción de costos, la fijación de políticas de ventas o compras que estimen correctas, etc”.

Con ello, la Autoridad Única de la Competencia concluye que no resulta consecuente con los objetivos de las políticas de competencia nacionales exigir que la libertad económica de una empresa desaparezca o se le reduzca por detentar una posición de dominio.

Ahora bien, la consecuencia de la posición dominante es que impone una serie de obligaciones adicionales, a las que no están sometidas las demás empresas, las cuales se materializan en unos deberes de comportamiento en el mercado⁴ para evitar incurrir en las conductas constitutivas de abuso, las cuales son ilegales y pueden ser objeto de sanción.⁵

Sin embargo de esta claridad, las medidas que se prevé adoptar en el proyecto que ahora cuestionamos, buscan la reducción de Comcel y afectar su capacidad para competir y atender a sus usuarios, favoreciendo

¹ Constitución Política, artículo 333.

² “... no toda actividad económica de un agente económico con posición de dominio es abusiva, y por lo tanto prohibida, pues la normativa en materia de protección de la competencia es clara en admitir la posición de dominio, pero proscribiendo el abuso de la misma”.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución nro. 53403 de 2013.

³ Corte Constitucional. Sentencia C 616 de 2001 y C 228 de 2010.

⁴ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución nro. 53403 de 2013.

⁵ Decreto 2153 de 1992, artículo 50.

sin justificación a los competidores de Comcel. En ninguna de las medidas existe el objetivo, ni se logrará el propósito de que no se abuse de una posición de dominio.

Esos propósitos son contrarios a la Constitución Política y no tienen razón de ser. Por ese motivo, la CRC debe abstenerse de adoptar el proyecto que ha puesto a consideración. Veamos:

1.1 Las medidas proponen la reducción de Comcel

La medida tendiente a limitar la contactabilidad de los usuarios por tres meses después de que se haya portado a otro operador, tal como se explicará más adelante, impide que Comcel pueda recuperar clientes durante ese lapso. En consecuencia, crea una limitación en el crecimiento de los usuarios durante todo el año, en tanto es por medio de nuevas ofertas, cobertura y calidad que Comcel atrae a nuevos usuarios, empero, estos usuarios, no pueden ejercer su derecho a la libre elección al no poder recibir propuestas de planes que apunten a la satisfacción de sus necesidades.

1.2 Las medidas proponen afectar la capacidad de Comcel para competir

La medida tendiente a limitar la contactabilidad de los operadores, así como las obligaciones de incluir las condiciones de acceso a la infraestructura esencial en la OBI del operador dominante y la de cobrar la tarifa más baja de RAN cuando el operador visitante sea el operador dominante, limitan la capacidad de competir de Comcel en el mercado. Tal como se explica en el siguiente apartado, en un mercado que está funcionando bajo condiciones de competencia, obligan a Comcel a adoptar medidas diferenciales que lo ponen en desventaja frente a sus competidores que ostentan una mejor participación en el mercado que estos.

1.3 Las medidas buscan afectar la capacidad de Comcel para atender sus usuarios

La medida tendiente a limitar la contactabilidad de los usuarios de Comcel impide que este operador pueda atender la demanda de sus usuarios por medio de la innovación y creación de nuevas ofertas en el mercado. Pues una vez portado un usuario a este se le impide ofrecerle nueva oferta, precios, calidad y cobertura para sus servicios, afectando su derecho a recibir información sobre alternativas que le permitirían ejercer su derecho a la libre elección.

1.4 Las medidas favorecerían sin justificación a los competidores de Comcel

Tal como se evidencia en el siguiente numeral, competidores como Tigo y Movistar actualmente ostentan una mayor participación en el mercado de infraestructura que Comcel. Sin embargo, en virtud de la propuesta, se busca imponer condiciones más gravosas a Comcel para competir y, en consecuencia, se impediría la competencia en igualdad de condiciones para operadores que tienen las mismas economías de escala y recursos para competir en el mercado.

1.5 En las medidas no existe el propósito de que no se abuse de una posición de dominio

Ninguna de las medidas propuestas tiene como objetivo impedir la existencia de abusos de posición dominante. En el documento de justificación de la propuesta regulatoria no se enuncian las conductas

restrictivas de la competencia que se pretenden evitar. A lo que sí apuntan es a evitar la posición dominante o la consolidación en el mercado, lo que no está prohibido por la Constitución o la ley.

2 Intervención del Estado en las libertades económicas

Aclarado en el punto anterior que el propósito que se busca o que se obtendría de la implementación de las medidas propuestas no es constitucional, ni legalmente válido, lo cual es suficiente para que la CRC se abstenga de adoptarlas, veremos ahora que no cumplen las condiciones exigidas para las limitaciones que implicaría.

En el artículo 334 de la Carta Política se prevé la intervención del Estado en la economía. Dado que esa interferencia implica restricciones la libertad de empresa, la libre competencia o la propiedad privada, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esa intervención debe:⁶

- (i) Llevarse a cabo por ministerio de la ley, lo que quiere decir que una ley debe otorgar expresamente la facultad;
- (ii) Obedecer a alguna de las finalidades expresamente previstas en la Constitución, que para este caso sería evitar el abuso⁷ de la posición dominante en el mercado;⁸
- (iii) Responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que indica que debe valorarse la finalidad de la medida, la idoneidad del medio elegido y su necesidad; y
- (iv) Respetar el núcleo esencial de la libertad de empresa, referido a “(i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable”⁹ teniendo que, “el ejercicio de la libertad de empresa conlleva asumir un comportamiento negativo por parte de las autoridades públicas, en el sentido de abstenerse de entorpecer la realización de actividades empresariales lícitas.”¹⁰

Así, si bien, por mandato de la ley, el Estado “está habilitado para ejercer labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado”, no “resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas.”¹¹

En el proyecto que nos ocupa no se cumplen las condiciones resaltadas y por ello la CRC debe abstenerse de expedir la resolución que ha propuesto, como se ha puesto a nuestra consideración:

⁶ Corte Constitucional, entre otras, Sentencias C 697 de 2008, C 228 de 2010, C 263 de 2011.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 063 de 2021.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 063 de 2021.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C 263 de 2011.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C 432 de 2010.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C 228 de 2010.

2.1 Por ministerio de la ley y acorde con una finalidad legítima

La CRC mediante este proyecto excede las competencias legales y constitucionales reconocidas a esta comisión, es así como (i) pretende prohibir la existencia de posición de dominio en el mercado de servicios móviles, y, (ii) genera desincentivos para la inversión en el sector de telecomunicaciones.

2.1.1. La CRC no puede prohibir la posición de dominio.

La CRC no está facultada para prohibir la existencia una posición de dominio que, como se ha señalado, es legítima en nuestro país. Al hacerlo, se violaría la constitución y la ley.

La ley 1341 de 2009 prevé que la intervención en el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones tiene como finalidad la de “promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.”¹² Y la CRC tiene, a ese respecto como función “promover y regular la libre competencia y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o 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.”¹³

Así, la competencia del regulador está circunscrita a adoptar medidas que tengan como finalidad evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas comerciales restrictivas, lo que guarda correspondencia con el mandato constitucional.

El entendimiento que no corresponde al mandato legal es que se pretenda vía regulación, afectar la operación de una empresa en razón a su dominancia. El objetivo de la intervención del regulador no corresponde a que una empresa deje de ser dominante o que reduzca su participación en el mercado gracias a la imposición de reglas. Las reglas que determine deben apuntar a evitar los abusos de posición dominante y comisión de prácticas comerciales restrictivas. Como lo ilustramos al comienzo de este documento, eso no ocurre en el presente caso.

2.1.2. La CRC no puede expedir una regulación que desincentive la inversión.

Por otra parte, la CRC tampoco está facultada para adoptar regulaciones que generan desincentivos para la inversión en materia de telecomunicaciones. Expedir una regulación en este sentido desconoce el mandato concedido por la ley 1341 de 2009.

En ella, se prevé que la CRC tiene como función la de “Señalar las condiciones de oferta mayorista y la provisión de elementos de red desagregados”¹⁴, siempre y cuando garantice “la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura y los incentivos adecuados a la inversión, así como el desarrollo de un régimen eficiente de comercialización de redes y servicios de telecomunicación”¹⁵. Por lo tanto, la CRC no tiene

¹² Ley 1341 de 2009, artículo 4.5.

¹³ Ley 1341 de 2009, artículo 22.2.

¹⁴ Ley 1341 de 2009, artículo 22.10.

¹⁵ Ley 1341 de 2009, artículo 22.10.

competencia para expedir regulaciones que condicionan la oferta mayorista, si con esta se afectan o se reducen los incentivos adecuados para la inversión.

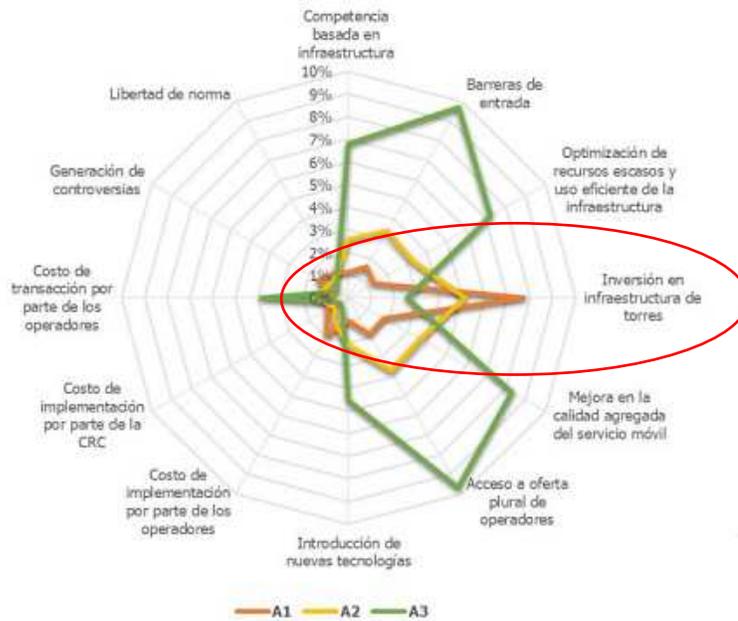
Este es el caso, mediante este proyecto regulatorio, especialmente a través del artículo 17¹⁶, el cual prevé la obligación del operador dominante de publicar en su OBI las condiciones de compartición de su infraestructura esencial, tiene como efecto reducir los niveles de inversión en materia de infraestructura pasiva.

Es así, el operador dominante, por las dinámicas propias del mercado, siempre se verá en la obligación de mejorar su calidad, cobertura y precios de todos sus servicios, situación que lo obliga a invertir en la expansión de su infraestructura, pasiva y activa, así como en la ampliación de sus licencias para uso del espectro radioeléctrico. Lo anterior porque no existe otra red o infraestructura que pueda alojar el número de usuarios que esta tiene. Empero, la situación es opuesta para el resto de los operadores.

En virtud de la propuesta, estos pueden decidir que es más beneficioso esperar a que el operador dominante invierta en su infraestructura pasiva y cumplir con las condiciones previstas en su OBI para poder hacer uso de esta, en vez de invertir en su propia infraestructura. A su vez pueden elegir realizar un despliegue parcial de una infraestructura, únicamente en capitales o zonas de alta demanda, y en los lugares restantes hacer uso de la infraestructura del operador dominante.

Esta situación y efecto sobre el mercado la reconoce la CRC en su documento de soporte. Es así, al evaluar esta opción regulatoria, en este caso la tercera, se evidencia que a diferencia de las otras dos opciones esta reduce significativamente los incentivos para invertir en infraestructura pasiva (torres):

a) Puntaje por subcriterio



¹⁶ Artículo 17, numeral 4.11.2.1. y artículo 4.1.1.2.2.

Tomado de: CRC, Documento soporte¹⁷.

Ambas situaciones dan cuenta que esta medida tiene como efecto reducir los incentivos para la inversión, evidenciando que la CRC no es competente para expedir este tipo de regulación por cuanto es contraria a las facultades reconocidas en virtud de la ley 1341 de 2009.

2.2 Se afectaría el núcleo esencial del derecho a la libre competencia

Las medidas adoptadas por la CRC no pueden desconocer o vulnerar el núcleo esencial del derecho a la competencia, libertad de empresa y los derechos de los consumidores. En caso de que se desconozcan estos mínimos esenciales la regulación será contraria a la constitución, específicamente a los derechos reconocidos en el artículo 333 de la Constitución Política.

En este caso encontramos que la CRC desconoce el derecho a la libre empresa, el derecho de los consumidores y el derecho a la libre competencia en virtud de la regulación expedida para evitar la contactabilidad de los usuarios por 3 meses, la obligación de compartir infraestructura pasiva para los operadores dominantes y la reducción de precio del RAN para estos mismos operadores.

2.2.1. La prohibición de contactabilidad desconoce el derecho de los consumidores.

Con la prohibición de contactabilidad a los usuarios dentro de los tres meses siguientes a que hayan surtido la portación, con el ánimo de proteger a algunos competidores en el mercado, se priva a los usuarios de conocer y elegir mejores y diferentes alternativas de planes y precios de servicios móviles, afectando un derecho esencial de los consumidores, como lo es el de la libertad de elección, con lo que, también se impide que los operadores diseñen estrategias comerciales competitivas que redundan en la eficiencia económica y en el bienestar de los consumidores.

Así, la medida, resulta contraria a los elementos esenciales de este derecho, ya que, para defender la participación de algunos competidores, termina por afectar los intereses de los consumidores, a quienes se les vulnera su derecho a recibir información y a tomar las decisiones respecto de las alternativas que de mejor manera satisfagan sus necesidades.

Adicionalmente, no existe justificación sobre cómo limitar el derecho de los consumidores a obtener información para tomar decisiones que permitan la mejor satisfacción de sus necesidades, impide un abuso de la posición dominante en el mercado de servicios móviles.

2.2.2. La obligación de compartir infraestructura pasiva por parte del operador dominante desconoce el derecho a la libre competencia.

Con esta medida, se afecta la libre competencia entre los operadores en materia de telecomunicaciones, específicamente en el mercado de infraestructura pasiva.

¹⁷ Documento soporte, pág. 87. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>

El proyecto contiene dos obligaciones respecto de la infraestructura pasiva, como son la de compartir la información y compartir infraestructura pasiva por parte de los operadores dominantes del mercado.

La segunda medida resulta contraria a la libre competencia por cuanto (i) desconoce el derecho a ofrecer las condiciones y ventajas comerciales; (ii) posibilidad de negarse a contratar; y, (iii) el derecho a participar en el mercado en igualdad de condiciones.

2.2.2.1. La regulación desconoce el derecho a la libre competencia.

La medida lesionaría el núcleo de la libre competencia. La Corte constitucional ha entendido que la libre competencia es “la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones”¹⁸. Esta libertad comprende entre otras las siguientes prerrogativas “(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario.”¹⁹

En este caso la propuesta regulatoria afecta la libertad del operador dominante de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que estime oportunas, así como la posibilidad de contratar con cualquier consumidor y usuario.

Es así, es parte del derecho de todos los agentes del mercado ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que estime oportunas acorde con las necesidades del caso en concreto. Esto incluye la facultad de imponer precios conforme las características del bien ofrecido, por ejemplo, los elementos que componen la infraestructura pasiva de cada operador.

Empero, con el proyecto de regulación el operador dominante del mercado de servicios móviles deberá determinar los precios de referencia, las características, procedimientos técnicos y mecanismos para garantizar la compartición y los procedimientos, responsables y plazos para el intercambio de información²⁰. Esta reglamentación limita su facultad para determinar la oferta y sus condiciones, vulnerando así su derecho a la libre competencia.

Por otra parte, también se le limita el derecho a contratar con el usuario o consumidor que este libremente elija. El derecho a contratar con cualquier usuario o consumidor comprende no sólo la libertad de contratar, sino correlativamente la facultad de elegir con quién se contrata. Es así como, obligar al operador dominante del mercado a que contrate con otro, una vez cumpla con las condiciones de la OBI, desconoce este derecho.

2.2.1.2. Limita injustificadamente el derecho a la libre competencia de los nuevos poseedores o propietarios de infraestructura pasiva

La regulación limita el núcleo esencial o los elementos básicos del derecho a la libre competencia que tienen las personas naturales o jurídicas a quienes el operador con posición dominante transfiera a cualquier título la infraestructura pasiva al imponerse las obligaciones previstas para el operador dominante.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 032 de 2017.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C 032 de 2017.

²⁰ Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcom.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>, pág. 90, artículo 4.11.2.2.

Conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional “La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones.”²¹

La propuesta crea un marco jurídico que habilita la creación de condiciones heterogéneas para los agentes que deseen participar del mercado de infraestructura pasiva. Tanto el operador dominante como las personas naturales o jurídicas a quienes el operador dominante les haya transferido la propiedad deberán publicar las condiciones y precios de referencia para la compartición de su infraestructura, a diferencia del resto de agentes que contarán con libertad para fijar sus tarifas conforme la oferta y la demanda del mercado.

Con la creación de estas condiciones desiguales se generan distorsiones artificiales en el mercado de infraestructura en materia de telecomunicaciones, así como desincentivos para que los OMR inviertan en más infraestructura pasiva. Estos serán conscientes que una vez adquirida esta infraestructura existen altos costos de transacción para poder transferir la propiedad de esta.

2.2.3. Obligación de una senda de reducción de Roaming Automático Nacional para el operador dominante.

Con esta medida, la CRC afecta la libre competencia entre los operadores en materia de telecomunicaciones, específicamente en el mercado de servicios móviles, internet y telefonía móvil.

Esta medida tiene dos obligaciones, por una parte, mantiene las tarifas reguladas de remuneración por el uso del RAN para servicios de voz y datos para los PRSTM que no sean asignatarios por primera vez de permisos para el uso y explotación del espectro previstas en el artículo 4.7.4.1. y 4.7.4.2. de la resolución 5050 de 2016, y, por otra parte, la obligación para los operadores que ostenten posición de dominio en el mercado de servicios móviles de cobrar la menor tarifa para datos y voz, previstas en los numerales 4.7.4.1.1. y 4.7.4.2.1 ²².

La medida que resulta contraria a la libre competencia es la segunda porque limita un elemento esencial del derecho a la libre competencia, esto es el derecho a participar en el mercado en igualdad de condiciones, para Comcel, en su calidad de operador dominante.

Tal como se enunció previamente, conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional “La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones.”²³

Esta regulación propuesta habilita la creación de condiciones heterogéneas para el operador dominante, aun cuando este no abuse de dicha posición y en la actualidad ostenta condiciones similares a los demás agentes del mercado, por lo menos respecto a Tigo y Movistar.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C 263 de 2011.

²² Proyecto de regulación. Pág. 9. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/proyecto-resolucion-medidas-sm.pdf>.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C 263 de 2011.

A Comcel, en su calidad de operador dominante, se le impone la carga de cobrar la menor tarifa cuando sea la red visitante en materia de RAN. Dicha medida no tiene en cuenta que, (i) en 2023 Movistar y Tigo no pagarán cargos de acceso por RAN porque ambos compartirán infraestructura y espectro electromagnético, (ii) Movistar y Tigo, tal como se prueba en la sección 2.2.3.3., ostentan el 48% de los sitios en el territorio colombiano, y Comcel solo tiene un 33%; (iii) WOM, quien por su calidad de operador entrante recibe tarifas especiales, usa en porcentaje similares el RAN de Comcel y Movistar (ahora Tigo y Movistar por medio de NetCo), el primero con un 50,8% y el segundo con el 46,5%; y, (iv) en el mercado hay proporcionalidad en el uso del RAN, tal como acreditó la misma CRC, si se analiza la participación de cada operador resulta siendo equivalente: “como en el caso nacional, para el primer semestre del 2023, Movistar y Tigo utilizaron la red de Comcel como su PRV en los 460 municipios casi para el 100% de su tráfico de voz y datos; Wom utilizó principalmente la de Comcel (50,8% del tráfico de datos en RAN) y la de Movistar (46,5% del tráfico de datos en RAN); mientras que Comcel usó principalmente la red de Movistar (92,9% del tráfico de datos en RAN) y en menor medida la de Tigo”²⁴.

Con la creación de estas condiciones desiguales, se generan distorsiones artificiales en el mercado de RAN, al establecer la obligación para el operador dominante de cobrar la tarifa regulada más baja, aun cuando ostenta iguales o peores condiciones que sus competidores en este mercado (Tigo y Movistar), lo cual da cuenta de las condiciones competitivas de este mercado.

2.3. Proporcionalidad y razonabilidad

En la medida que el objetivo que la CRC debe buscar es evitar los abusos de la posición de dominio, y no la inexistencia de esa posición, las medidas propuestas ya son de por sí exageradas, toda vez que el sacrificio que implican para la libre empresa no tiene asidero constitucional ni legal.

En segundo lugar, la CRC no ha identificado, ni hecho explícito cuales son los comportamientos abusivos que se evitarían gracias a la implementación de las medidas propuestas, lo cual demuestra que se trataría de medidas exageradas toda vez que la restricción a la libre competencia y a la libre empresa, no tienen razón de ser.

Respecto de la exageración de cada una de las propuestas tenemos:

2.3.1 Gestiones comerciales para recuperar clientes portados

El proyecto de regulación indica que los operadores móviles de red deberán abstenerse de contactar a los usuarios que se hayan portado a un OMV durante el proceso de Portación y durante los 3 meses siguientes a su finalización; y que los operadores dominantes deberán abstenerse de contactar a los usuarios que se hayan portado a los demás prestadores que no ostenten esa posición, durante el proceso de portación durante los 3 meses siguientes a su finalización.

Adicionalmente, las prácticas de recuperación de usuarios solicitantes durante el proceso de portación, estarán restringidas durante los 3 meses siguientes a la finalización del proceso para los operadores móviles

²⁴ Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcom.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>, pág. 100.

de red respecto de los usuarios que se hayan portado a operadores móviles virtuales y los proveedores con posición dominante individual o conjunta en el mercado de servicios móviles, respecto de los usuarios que se hayan portado a los demás prestadores que no ostenten esa posición.

Esta medida debe ser eliminada por cuánto (i) restringe la libre competencia y los derechos de los usuarios, (ii) los derechos de los usuarios, y, (iii) no es razonable y proporcionada porque la “ley no moleste” dio una respuesta a esta problemática en el mercado.

2.3.1.1. La competencia como garante del bienestar de los usuarios

Al restringir la libre competencia del modo propuesto, se priva a los usuarios y consumidores de la garantía de su bienestar que se deriva de una que sea vigorosa.

A este respecto, debe considerarse que, la competencia se constituye en la herramienta más efectiva con la que cuenta el Estado para que los consumidores reciban los precios más bajos y bienes de mayor calidad, que les permita la satisfacción de sus necesidades²⁵.

En adición, la competencia reporta beneficios para los consumidores más vulnerables: (i) “acceso a más productos: cuando, gracias a la competencia, se abaratan los precios, los consumidores vulnerables pueden acceder a una cartera de productos más amplia”. (ii) “mayor inclusión económica: cuando los productos se hacen más asequibles, más personas pueden acceder a ellos. Así, individuos cuya renta no les permitía acceder a ellos pueden hacerlo cuando su precio baja”. (iii) “mayor productividad y mejor funcionamiento de la economía: la competencia estimula la productividad y la innovación, lo cual genera también mayores oportunidades de empleo y de emprendimiento”.²⁶

Con lo anterior, se tiene que, la regulación debe apuntar a la materialización de la competencia efectiva entre todos los agentes del mercado por cuanto redundaría en beneficios para los consumidores, quienes podrán obtener mayor variedad, precios más bajos y mayores estándares de calidad.

Por el contrario, con la propuesta se busca prevenir que los operadores implementen ofertas comerciales aplicables al cliente portado que sean difícilmente contestables por otros operadores. Así elimina la competencia, privando a los consumidores de elegir entre las varias alternativas de las cuales dispone, con lo que termina afectando su bienestar, objetivo de las disposiciones de libre competencia.

2.3.1.2. Derechos de los usuarios

En las normas generales y las sectoriales sobre protección a usuarios y consumidores se establece la libertad de elección como principio y derecho de los consumidores.

²⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 75888 del 20 de diciembre de 2019.

²⁶ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Los beneficios de la competencia para los consumidores. 2021. Disponible en: <https://www.cnmc.es/guia-competencia-para-consumidores>

El Estatuto del Consumidor, prevé como principio el acceso de los consumidores a la información adecuada lo que le permite adoptar elecciones bien fundadas²⁷ y el derecho de elección, que consiste en la posibilidad de los consumidores de elegir libremente los bienes y servicios.²⁸

Por su parte, las normas de protección de usuarios del servicio de comunicaciones, contempla el principio de la libre elección, según el cual, le corresponde exclusivamente al usuario, elegir el operador, los planes, los servicios y los equipos utilizados para acceder al servicio, lo que implica que, no se puede, en ningún caso, presumir su voluntad o consentimiento.²⁹

Los consumidores adoptan decisiones en el mercado a partir de la información que reciben de los empresarios y las disposiciones jurídicas reconocen el derecho a recibir información de los consumidores por parte de los empresarios³⁰.

Con esta restricción a contactar a clientes portados se afectaría ese derecho de los usuarios a la libre elección, lo que según la propuesta, busca proteger.

Plantea como necesario que las empresas se abstengan de realizar ofertas a los consumidores, privándolos de conocer y de obtener mejores precios y condiciones de los servicios móviles, que justamente tienen derecho de conocer y de optar, en ejercicio de la libertad de elección por la alternativa que mejor los satisfaga.³¹

Que los usuarios libremente elijan portarse nuevamente dentro de los tres meses siguientes a que realizó una portación, o en cualquier momento, no es un problema, sino un elemento positivo, sin que eso varíe por existir concentración de mercado.

El interés de los usuarios en un mercado en competencia, se asegura, entre otras cosas, cuando encuentran múltiples opciones en materia de servicios móviles para satisfacer sus necesidades con la alternativa que mejor les convenga. El derecho a la libre elección no se materializa, como lo plantea la propuesta, privando a los consumidores de conocer todas las alternativas que ofrece el mercado.

Eliminando la competencia, con la justificación de que los usuarios tengan mayor posibilidad de experimentar los servicios contratados, termina impactando de manera negativa a los consumidores, quienes resultan privados de conocer ofertas que pueden resultar más beneficiosas para sus intereses, forzando una duración mínima del nuevo contrato de servicios móviles.

2.3.1.3. La ley “no moleste”

²⁷ Ley 1480 de 2011, artículo 1.2.

²⁸ Ley 1480 de 2011, artículo 3 numeral 1.7.

²⁹ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Resolución 5050 de 2016, artículo 2.1.1.2.

³⁰ Ley 1480 de 2011, artículo 1.3 “1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación” y Comisión de Regulación de Comunicaciones. Resolución 5050 de 2016, artículo 2.1.1.2. “2.1.1.2.4. Información. El usuario tiene derecho a recibir información clara, cierta, completa, oportuna y gratuita, para que pueda tomar decisiones conociendo las condiciones del servicio que le es ofrecido o prestado (...)”.

³¹ Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>

No es una justificación para privar a los consumidores de obtener información sobre las alternativas que ofrece el mercado, la recepción de llamadas no deseadas de forma repetitiva y constante por parte de los operadores donantes³².

Esa preocupación ya tiene una respuesta en la ley de protección de datos personales y en la reciente expedida ley 2300 de 2023, a partir de la cual, las empresas solo pueden contactarse con los consumidores, previa autorización de los canales, una vez al día por un mismo canal a la semana, autorización que puede ser otorgada o aun revocada en cualquier momento.

Obviamente, si se precisara disponer particularidades para el mercado de servicios móviles, está abierto el camino a la reglamentación de esta norma.

2.3.2 Obligación del operador dominante de compartir infraestructura pasiva:

La medida de compartir infraestructura pasiva por parte de los operadores dominantes del mercado afecta injustificada y desproporcionada la libre competencia entre los operadores en materia de telecomunicaciones, específicamente en el mercado de infraestructura pasiva. En tanto: (i) Elimina la competencia en el mercado de infraestructura pasiva; (ii) Restringe injustísimamente el derecho a la libre competencia del operador dominante y, (iii) Limita injustificadamente el derecho a la libre competencia de los nuevos poseedores o propietarios de infraestructura pasiva.

2.3.2.1. Elimina la competencia en el mercado de infraestructura pasiva

El mercado de infraestructura se compone de varios agentes, es así, (i) operadores móviles con red, en adelantes, OMR; (ii) operadores que tengan infraestructura susceptible de compartición en el sector de distribución y transmisión de energía, sector del sistema de transporte masivo; sector de red vía de carreteras y el sector de mobiliario urbano;³³ (iii) torreros, y, (iv) otros agentes que proveen infraestructura pasiva.

Este mercado es bastante amplio. En un estudio realizado por la SIC en 2020 se afirmó que, “En Colombia, la variedad de proveedores de infraestructura pasiva es amplia, entre otros, por la compartición de infraestructura. Para el período 2015-2021, los operadores de redes móviles reportaron tener o haber tenido relaciones comerciales con 62 proveedores de infraestructura. Esto es un número de agentes 12 veces superior a la de los ORM”³⁴.

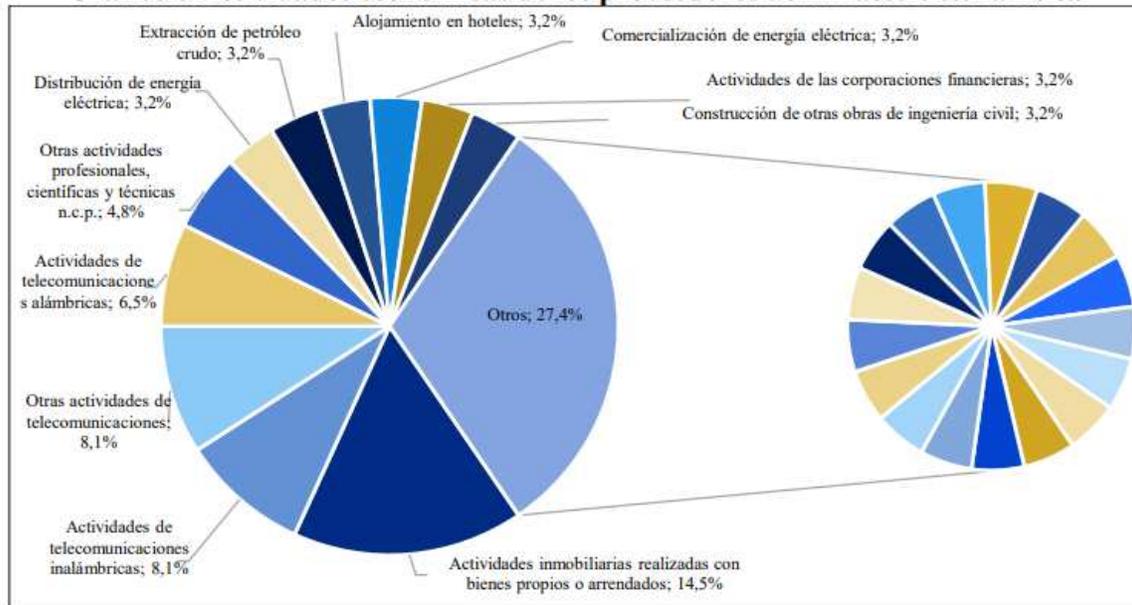
También advirtió que los proveedores de infraestructura operan en diversas actividades económicas³⁵:

³² Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>

³³ La resolución 7120 de 2023 de la CRC, compilado en la resolución 5050 de 2016, capítulo 10, sección 1, reguló las condiciones de acceso, uso y remuneración de los postes y catalizadores de todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, así como elementos pertenecientes a infraestructura y redes de otros servicios susceptibles de ser compartidas para el despliegue de redes o la prestación de servicios de telecomunicación. Servicios que incluyen los elementos que conforman la infraestructura pasiva. Explícitamente reconoció que eran sectores con infraestructura elegible el sector de distribución y transmisión de energía, sector del sistema de transporte masivo; sector de red vía de carreteras y el sector de mobiliario urbano.

³⁴ Superintendencia de industria y comercio, “Estudios Económicos sectoriales: Infraestructura de Telecomunicaciones Móviles en Colombia: Evidencia para el periodo 2015-2020”. pág. 23.

³⁵ Superintendencia de industria y comercio, “Estudios Económicos sectoriales: Infraestructura de Telecomunicaciones Móviles en Colombia: Evidencia para el periodo 2015-2020”. pág. 25.

Gráfico 6 Actividades económicas de los proveedores de infraestructura física

Fuente: Elaboración propia a partir de información proporcionada por los ORM requeridos y el Directorio Estadístico de Empresas del DANE (2021)

Con ello se tiene que, el proyecto regulatorio reduce y/o elimina la competencia en este mercado de infraestructura, específicamente en materia de precios. En este, se establece que el operador dominante en materia de servicios móviles tiene la obligación de publicar las condiciones para la compartición de infraestructura pasivas en su OBI, incluyendo un precio de referencia³⁶, así como la imposibilidad de negarse a la prestación de estos servicios o condicionar su prestación en relación con su capacidad excedente o discriminar a operadores para la prestación de este servicio. Asimismo, se agrega que las condiciones de referencia para la prestación de los servicios de infraestructura pasiva deben ser aprobadas por la CRC mediante la OBI³⁷.

Esto traería como consecuencia que los otros operadores estén en la obligación de ofrecer sus servicios al mismo precio, eliminando la competencia en esta materia. En los mercados competitivos, como el mercado de infraestructura, por la existencia de un gran número de oferentes y demandantes de bienes homogéneos, “los agentes que interactúan son precio-aceptantes”³⁸. Por lo tanto, si el operador dominante se ve en la obligación de establecer un precio para la prestación de cualquier servicio de su infraestructura pasiva y se

³⁶ Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>, pág. 90. “artículo 4.11.2.2. Condiciones de referencia para la compartición de infraestructura pasiva (...) 4.11.2.2.2. Aspectos financieros (...) (ii) precios de referencia para determinar las contraprestaciones aplicables a todos los servicios de acceso y uso de infraestructura pasiva, así como de los servicios complementarios; los cuales deberán estar orientados a costos eficientes.

³⁷ Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>, pág. 90. “artículo 4.11.2., parágrafo 1 “Para el caso de los PRSTM que cumplan las condiciones definidas en el artículo 4.11.2.1. de la presente resolución, las condiciones referidas en el presente artículo estarán sujetas a aprobación de la CRC en la OBI, la cual deberá publicarse y mantenerse actualizada en la página Web del PRSTM una vez surtido el trámite de aprobación correspondientes”.

³⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 21855 de 2022, pág. 9.

le obliga a contratar, y este agente tiene una cobertura del 99% del territorio colombiano, los otros agentes económicos se verán obligados a aceptar o tomar los precios establecidos por este operador.

En este sentido, por una medida de carácter regulatorio dejará de existir la competencia entre los proveedores de infraestructura, por cuanto todos los operadores se verán obligados a adoptar los precios del operador dominante, afectando la formación de precio, que en un mercado competitivo deberían formarse por la relación entre la oferta y la demanda.

2.3.2.2. Restringe injustificadamente el derecho a la libre competencia del operador dominante

Esta opción pretende reducir las barreras de entrada al mercado de telecomunicaciones donde los operadores no tienen suficiente infraestructura,³⁹ pero busca imponer las medidas adicionales a los operadores dominantes en el mercado de “servicios móviles”, más no a los operadores dominantes en el mercado de “infraestructura”.

Tal como lo reconoció la SIC en la resolución 24527 de 2014, el mercado de acceso a la infraestructura es un mercado independiente del mercado de servicios móviles⁴⁰. En este sentido, si el objetivo de la regulación fuera reducir barreras en materia de infraestructura pasiva, las medidas deben ser adoptadas en este mercado, no en el mercado de servicios móviles.

Un operador dominante en el mercado de servicios móviles tiene esta calidad por factores asociados, principalmente, con los ingresos, abonados y tráfico que ostenta en la prestación de los servicios de telefonía móvil, internet móvil y los servicios empaquetados, siendo un criterio residual el número de sitios que este ostenta⁴¹. Esto a diferencia de un operador que, independiente o conjuntamente, sea dominante en el mercado de infraestructura, el cual tendrá esta calidad por su participación e ingresos en este mercado.

Por lo tanto, si el objetivo de esta regulación es reducir las barreras en materia de infraestructura, es el operador dominante en materia de infraestructura quien podrá suministrar un acceso integral y con una cobertura nacional a los operadores que cuenten con sus instalaciones propias. Contrario a lo anterior, tener la calidad de operador dominante en el mercado de servicios móviles no es óbice para tener esta facilidad.

Las medidas para los operadores dominantes, si se justificaran, deberían adoptarse para quien ostente esta calidad en el mercado de infraestructura.

2.3.2.3. No cumple con los fines previstos por el regulador.

La propuesta de regulación tiene como objetivo la reducción de barreras de entradas en mercado locales donde los operadores “no disponen de suficiente infraestructura propia o arrendada de redes pasivas (torres), debido a inviabilidad económica, inviabilidad técnica o a la existencia de barreras normativas municipales.”⁴²

³⁹ Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>, pág. 85 a 87.

⁴⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 24527 del 2014, pág. 26.

⁴¹ Comisión de Regulación de Comunicaciones, Resolución 6146 de 2021, mediante la cual se declaró la posición de dominio de Comcel en el mercado de servicios móviles.

⁴² Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>, pág. 86 y 87.

Con ello se desconoce que esta supuesta barrera de entrada ya tiene una solución regulatoria: el Roaming Automático Nacional, en adelante RAN. “A través del Roaming Automático Nacional un proveedor asignatario de espectro puede utilizar la red de otro proveedor cuando no dispone de cobertura o de infraestructura propia en áreas específicas”⁴³. Asimismo, el artículo 4.7.2.1. de la resolución 5050 de 2016 prevé que los PRST asignatarios de espectro en bandas IMT de Colombia tienen la obligación de poner a disposición de los demás PRST que lo soliciten⁴⁴.

Por tanto, un operador no cuente con infraestructura actualmente cuenta con la posibilidad de prestar sus servicios por medio del RAN. Situación que hace evidente que este proyecto regulatorio no soluciona ninguna barrera de entrada al mercado de servicios móviles.

Y en todo caso, así no sea un escenario válido constitucionalmente para limitar la libre competencia, la CRC establece que con esta regulación se mejora el acceso a la oferta plural de operadores, es decir, “Grado en que la alternativa facilita que los usuarios cuenten con diversidad de ofertas del servicio móvil”⁴⁵. No obstante, desconoce que para poder hacer uso de infraestructura pasiva para la prestación de servicios es necesario que un operador cuente con espectro radioeléctrico, y, no se adoptan medidas para permitir el acceso a este. Por tanto, se transforma en una medida incapaz de mejorar la oferta en los servicios móviles.

2.2.3 Obligación de una senda de reducción de Roaming Automático Nacional para el operador dominante.

Una de las medidas propuestas establece que los operadores dominantes deberán prestar sus servicios de RAN, pero con el valor final de la senda definida en el numeral 4.7.4.1.1. para el servicio de voz y el valor final definido en el numeral 4.7.4.2.1. para el servicio de datos. Esta medida resulta irrazonable y desproporcionada porque (i) el mercado de servicios móviles se encuentra en transición, situación que hace recomendable no regular; (ii) la CRC parte de supuestos que no corresponden con la realidad del mercado; (iii) el mercado actualmente opera bajo condiciones de competencia.

2.2.3.1 No es recomendable regular un mercado en transición.

La CRC fundamenta la necesidad de regular este mercado en la “existencia de economías de escala y de alcance en el despliegue de redes”⁴⁶. Sin embargo, desconoce o no toma en cuenta que el mercado de servicios móviles actualmente se encuentra en transición por varios factores, dentro de los que se encuentran

⁴³ Posdata, Data Flash 2022-2023- Roaming Automático Nacional. Disponible en: <https://www.postdata.gov.co/dataflash/dataflash-2022-021-roaming-automatico-nacional#:~:text=A%20trav%C3%A9s%20del%20Roaming%20Autom%C3%A1tico,infraestructura%20propia%20en%20%C3%A1reas%20espec%C3%ADficas>.

⁴⁴ Comisión de Regulación de Comunicaciones, resolución 5050 de 2016, artículo 4.7.2.1 “Sin perjuicio de lo previsto en el CAPÍTULO 1 de TÍTULO IV, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles asignatarios de espectro en bandas IMT definidas por la UIT-R y atribuidas en Colombia de acuerdo con el Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias adoptado por la Resolución MINTIC 129 de 2010, o aquellas normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, deberán poner a disposición de otros proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles que así lo soliciten, la instalación esencial de roaming automático nacional para la prestación de servicios, incluidos voz, SMS y datos, a los usuarios en aquellas áreas geográficas donde el solicitante no cuente con cobertura propia, de acuerdo con las condiciones dispuestas en el ARTÍCULO 4.7.2.2 y el ARTÍCULO 4.7.2.3 del CAPÍTULO 7 del TÍTULO IV”.

⁴⁵ Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>, pág. 86 y 87, gráfica 12.

⁴⁶ Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>, pág. 89.

(i) la subasta de espectro 5G, (ii) la participación de la Unión Temporal de Tigo y Movistar y TeleCall; y, (iii) la participación de NetCo, integrada por Movistar y Tigo en el mercado de administración, mantenimiento y construcción de infraestructura móvil.

Ello, hace irrazonable e injustificada la expedición de esta regulación en tanto se desconoce los efectos que tendrán estas situaciones en el funcionamiento, competencia y económicas de escala en este mercado.

El 20 de diciembre de 2023 se realizará la subasta del espectro 5G a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTic). Las bandas que serán subastadas corresponden a las usadas en el sector de las telecomunicaciones (700 megahercios MHz, 1900 MHz, AWS extendida, 2500 MHz, y 3500 MHz)⁴⁷. Esto cambiará la participación de todos los operadores en el mercado de acceso al espectro radioeléctrico, así como sus obligaciones en materia de despliegue de infraestructura, cambiando sustancialmente el mercado de servicios móviles.

Por otra parte, la participación de nuevos agentes en la subasta 5G hará que el mercado ostente un nuevo funcionamiento, así como sus necesidades de RAN. El MinTic recibió hasta el 14 de noviembre solicitudes de participación en el proceso de subasta. En este proceso hubo participación de dos agentes nuevos: la Unión Temporal de Tigo y Movistar y Telecall⁴⁸.

La Unión de Tigo y Movistar estará vigente “por un periodo de 22 años, contados a partir de la fecha del eventual otorgamiento del permiso de uso de espectro”⁴⁹.

Asimismo, tal como ha hecho público, “además de los cuatro operadores móviles con interés en la subasta: Wom, Claro, Movistar y Tigo, empresas como la ETB, Global Pay una firma de entretenimiento digital en línea o Egc Colombia que es una empresa comerciante al por mayor de Electrodomésticos, Artículos del Hogar Eléctricos y Electrónicos mostraron su interés. De eso nueve operadores, 8 manifestaron interés en la banda de 3500 MHz y 6, en la banda de 26 GHz. La que estaría destinada para 5G y las empresas que respondieron fueron: GLOBAL PLAY SA; COMCEL SA.; OSC TOP SOLUTIONS GROUP COLOMBIA S.A.S.; COLOMBIA WB HOTS SAS.; EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P – ETB; PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.; COLOMBIA MÓVIL S.A. –Tigo; ESP, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP –Telefónica Colombia y EGC COLOMBIA SA”⁵⁰.

Sin conocer los resultados de esta asignación de espectro resulta incierto expedir una regulación en el mercado de servicios móviles, pues en virtud de esta subasta surgirán obligaciones de despliegue de infraestructura para todos los operadores y posiblemente ingresarán nuevos agentes a este mercado.

También, hay que tener en cuenta que, en virtud de la integración de Tigo y Movistar se creó NetCo, empresa que administrará y será titular de toda la infraestructura que actualmente ostentan estos operadores y quien

⁴⁷ Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, “Seguimos adelante con el proceso de subasta 5G en Colombia”. Disponible en: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-prensa/Noticias/278017:Seguimos-adelante-con-el-proceso-de-subasta-5G-en-Colombia>

⁴⁸ El tiempo, “Subasta 5G en Colombia: estas son las cuatro empresas interesadas”. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/5g-colombia-estas-son-las-empresas-interesadas-en-la-subasta-825796>

⁴⁹ El tiempo, “Subasta 5G en Colombia: estas son las cuatro empresas interesadas”. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/5g-colombia-estas-son-las-empresas-interesadas-en-la-subasta-825796>

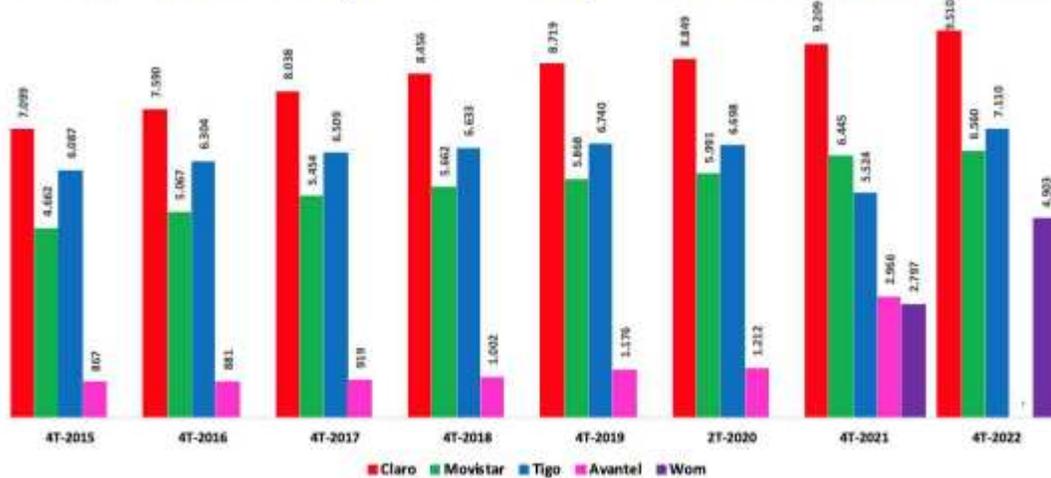
⁵⁰ El tiempo, “Subasta 5G en Colombia: estas son las cuatro empresas interesadas”. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/5g-colombia-estas-son-las-empresas-interesadas-en-la-subasta-825796>

solo les presará servicios a estos agentes⁵¹. Esta situación cambia la titularidad y la participación de estos agentes en el mercado.

2.2.3.2. La CRC parte de unos supuestos fácticos que no corresponden con el mercado actual.

El proyecto parte de una realidad fáctica que no corresponde con el mercado en la actualidad al cuantificar el número de sitios (infraestructura civil) con una o más estaciones base por OMR sin unificar a Tigo y Movistar, tal como se evidencia en la siguiente gráfica,⁵² pues en virtud de la integración aceptada condicionalmente el 6 de octubre de 2023 mediante la resolución 61548, estos operadores integraron sus operaciones en materia de infraestructura por medio de la creación de una nueva persona jurídica, NetCo.

Gráfico 13. Número de sitios (infraestructura civil) con una o más estaciones base por OMR

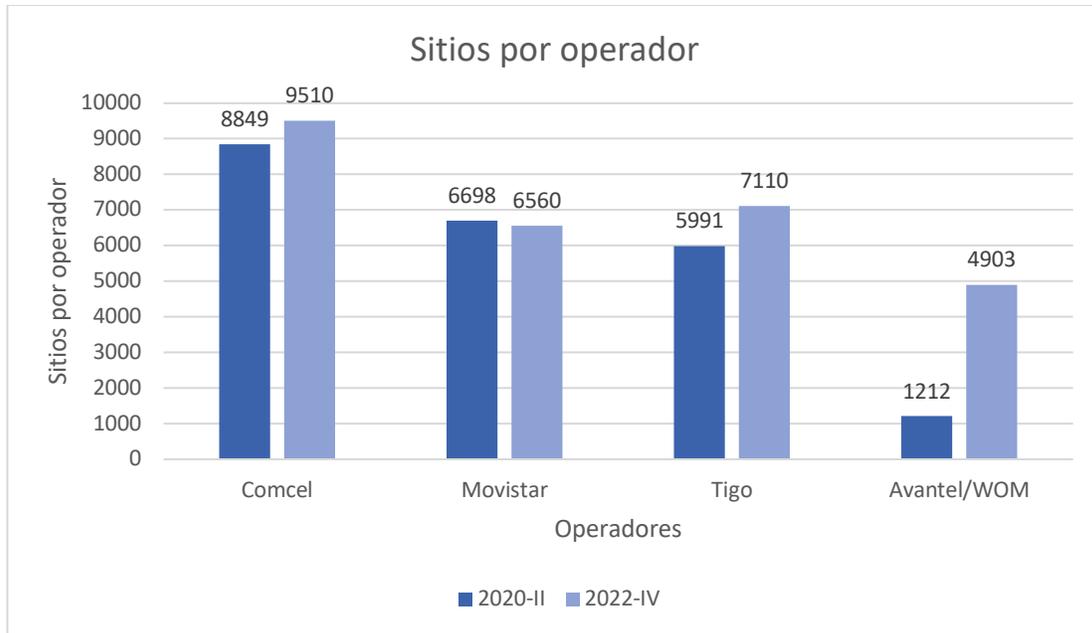


Fuente: Elaboración CRC con información del Formato 3 de la Resolución MinTIC 3484 de 2012, modificada mediante la Resolución MinTIC 175 de 2021.

Sin embargo, antes de la integración de Tigo y Movistar, el crecimiento de sitios de Comcel era uno de los más pequeños en el mercado, solo superado por Movistar. En primer lugar, estuvo Wom que llegó a un total de 4903 sitios desde el 2020; en segundo lugar, está Tigo quien aumentó en un 18% sus sitios, pasando de 5991 sitios a 7110; en tercer lugar, está Comcel quien aumentó un 7% su participación en sitios, pasando de 8849 a 9510 sitios, y finalmente, Movistar quien tuvo una reducción del 2% de sus sitios. Esta situación da cuenta de un cambio en las dinámicas y hechos relacionados con el crecimiento de sitios por operadores móvil.

⁵¹ Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 61548 de 2023, pág. 30.

⁵² Documento soporte. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/Documento-soporte-revision-medidas-SM-091123.pdf>, pág. 91, gráfica 13.



Elaborado a partir de la información de la CRC

Adicionalmente, en virtud de la integración de Tigo y Movistar, así como con la creación de NetCO, la infraestructura de estos operadores se integró y manifestaron que no harían uso de todos los sitios porque estos generan ineficiencias para su prestación, por tanto, dismantlarían 2.084 sitios⁵³. Concluyendo que “la red unificada tendrá aproximadamente 10.000 emplazamientos al servicio de la red móvil, ya que existen sinergias y coberturas redundantes en la actualidad”⁵⁴. En virtud de esta situación, Movistar y Tigo ostentan un mayor número de sitios a nivel nacional que Comcel, superándolo por 490 sitios, es decir, un 5%.

Ahora, es importante poner de presente que hasta que estos operadores no realicen el desmonte, estos no tendrán un total de 10.000 sitios, sino de 11.605 sitios (Tigo 6.375 sitios y Movistar 5.230 sitios), con una participación del 46% del mercado de sitios⁵⁵.

No resulta válido afirmar que esta integración no surtirá efectos a corto plazo en este mercado, como fue enunciado por Movistar en la “revisión de medidas regulatorias aplicables a servicios móviles”, pues para que funcione NetCo bastará con la constitución de la sociedad y la cesión de la infraestructura, hechos que pueden suceder en un corto periodo de tiempo. Situación diferente será la del desmonte de sitios, la cual se puede extender en el tiempo y deja a estos operadores con una participación sustancialmente mayor que la que actualmente tiene Comcel.

Estas dos situaciones dan cuenta que el operador dominante en materia de servicios móviles, en este caso Comcel, no ha generado una concentración en el mercado o la presencia de conductas abusivas en el mercado. Son otros operadores como Tigo y Movistar quienes han aumentado sustancialmente su participación, generando escenarios competitivos.

⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 61548 de 2023, pág. 30.

⁵⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 61548 de 2023, pág. 45.

⁵⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 61548 de 2023, pág. 45.

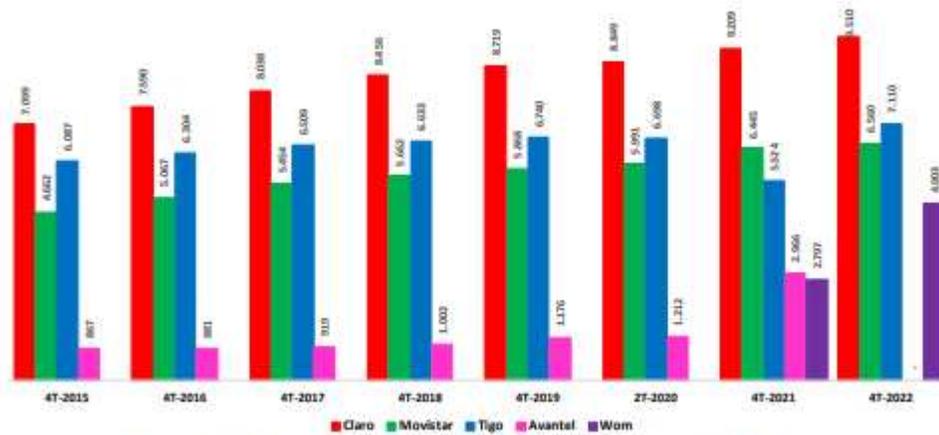
2.2.3.3. Es un mercado competitivo. La medida distorsiona el mercado.

Tal como lo ha reconocido la SIC, en los mercados donde hay competencia el proceso de formación de los precios, al depender de los agentes económicos y su correspondiente interacción, está determinado por otras variables, tales como (i) el número de agentes participantes, (ii) el grado de diferencia del producto, (iii) la estructura de costos, y, (iv) infraestructura, entre otros⁵⁶. Fueron estas variables las que en el 2023 generaron un cambio en este mercado y lo hicieron competitivo.

Con la integración de Tigo y Movistar el número de agentes participantes en este mercado se redujo. Si bien cada uno de estos presta sus servicios de forma independiente en el mercado minorista, es una realidad que entre ellos ya no se van a pagar cargos por RAN, pues estos servicios los suministrará directamente NetCo.

Ahora, también cambió la estructura de costos en virtud de la integración. Tigo en el 2022-IV tenía acceso a 7.110 sitios y Movistar a 6.560 sitios, tal como se evidencia a continuación, ahora asumiendo menores costos y en el peor escenario los mismos tiene acceso a 13.670, constituyendo una economía de escala que afecta directamente en los cargos de acceso que paga por RAN. Es inversa la relación entre número de sitios y el pago por cargos de acceso en RAN.

Gráfica 5.88. Número de sitios (infraestructura civil) con una o más estaciones base por OMR



Fuente: Elaboración CRC con información del Formato 3 de la Resolución MINTIC 175 de 2021

Tomado de: CRC, Revisión del mercado relevante de “servicios móviles”, agosto de 2023, pág. 121.

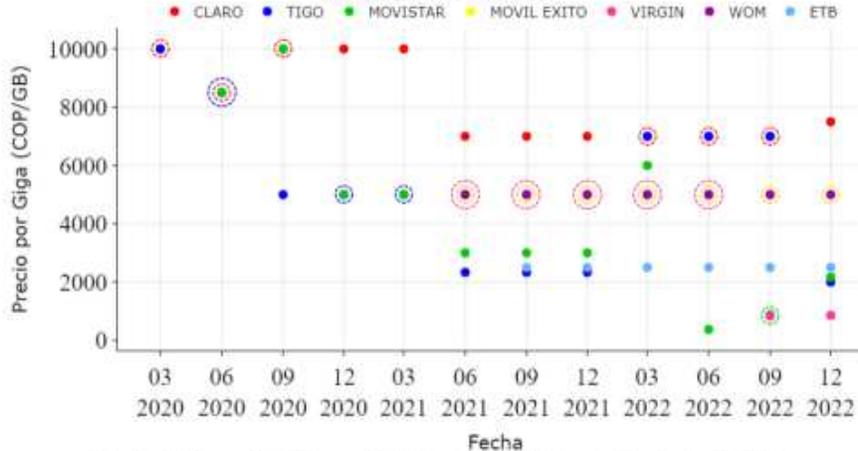
Asimismo, en virtud de la integración la infraestructura disponible para Tigo y Movistar aumentó en un 92,26% para Tigo y en un 108% para Movistar.

Otra prueba de que este mercado opera en competencia es que a pesar de que Movistar y Tigo hacen uso del RAN de Comcel, al igual que WOM, estos son los que ofrecen los menores precios por Giga en el mercado. Es claro que si las economías de escala representarían una barrera de entrada significativa y real

⁵⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 21855 de 2022, pág. 9.

en este mercado estos se verían en la obligación de ofrecer planes con un precio por giga más caro que el de Comcel.

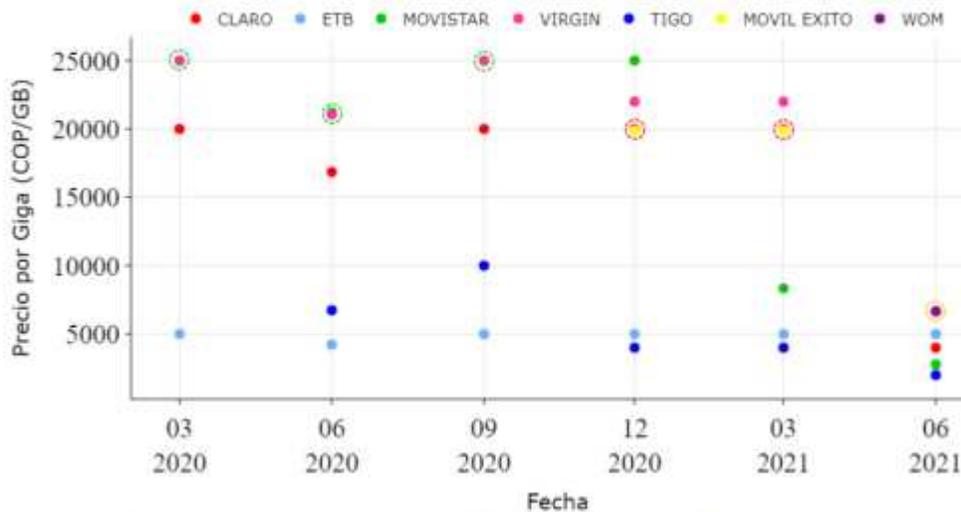
Gráfica 5.49. Precio por Gigabyte para el plan más económico por operador (Vigencia 7 días)



Fuente: Elaboración CRC a partir de la oferta tarifaria pública de los PRSTM

Tomado de: CRC, Revisión del mercado relevante de “servicios móviles”, agosto de 2023, pág. 86

Gráfica 5.50. Precio por Gigabyte para el plan más económico por operador (Vigencia 30 días – hasta 06/21)



Fuente: Elaboración CRC a partir de la oferta tarifaria pública de los PRSTM

Tomado de: CRC, Revisión del mercado relevante de “servicios móviles”, agosto de 2023, pág. 86

Tomando en cuenta este contexto (datos cuarto periodo 2022) Movistar y Tigo ostentan una participación del 48,67% de los sitios, y Comcel una del 33%. A partir de esto, resulta evidente que el problema ligado a la falta de competencia por ausencia de economías de escala en los otros operadores va a desaparecer,

pues Tigo y Movistar ostentan una participación significativa en los mercados aguas abajo del mercado de RAN en datos y minutos.

En este contexto, adoptar medidas que limiten la libre competencia, tal como obligar a un operador a ofrecer precios menores a los otros operadores que ostentan una mayor participación, distorsionan artificialmente la competencia en materia de RAN. Es así, un operador con una mayor participación en sitios y quienes cuentan con la capacidad de suministrar servicios de igual calidad y cobertura, como NetCo, tiene derecho a cobrar tarifas mayores que las del operador dominante a pesar de prestar servicios homogéneos.

3. La propuesta regulatoria

En el evento que, a pesar de las consideraciones antes expuestas la CRC expida la resolución que se comenta, con comedimiento llamamos su atención que deberán condicionarse como se expresó en la petición Segunda, como se pasa a explicar:

3.1 Condiciones para recuperar clientes portados

Conforme con lo enunciado en el numeral anterior, esta medida:

- (i) desconoce el núcleo esencial del derecho de los consumidores a la libre elección, recibir información y tomar decisiones respecto de las alternativas que ofrece el mercado.
- (ii) desconoce la libre competencia, en relación con la protección a los usuarios y consumidor como una garantía de bienestar.
- (iii) Desconoce las normas generales y sectoriales sobre la protección de usuarios y consumidores.
- (iv) Carece de justificación en virtud de la expedición de la ley 2300 de 2023, la ley “no moleste”.

En virtud de estas consideraciones se le solicita a la CRC eliminar la prohibición de contactar a los usuarios que se hayan portado durante los 3 meses siguientes a su finalización para todos los operadores del mercado de servicios móviles.

3.2. Obligación de incluir infraestructura pasiva en su oferta de interconexión para el operador dominante.

Como primera medida se solicita a la CRC eliminar la obligación de incluir dentro de la OBI del operador dominante las condiciones de compartición de infraestructura pasiva, puesto que, tal como se enunció previamente esta:

- (i) se expide fuera del marco de las competencias de la CRC al desincentivar la inversión en materia de infraestructura.
- (ii) desconoce el núcleo esencial de la libre competencia de los operadores al impedirles ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que consideren oportunas a sus usuarios y la posibilidad de negarse a contratar con agentes del mercado.
- (iii) desconoce el derecho de los nuevos poseedores o propietarios de infraestructura pasiva que previamente tuvieron relación con el operador dominante de participar en el mercado en igualdad de condiciones.
- (iv) elimina o reduce la competencia en el mercado de infraestructura pasiva.
- (v) no es una medida idónea para solucionar los problemas de competencia enunciados por la CRC.

(vi) es una medida que no cumple con los fines previstos por el legislador por cuanto el RAN hace ineficaces las barreras de entrada enunciadas por la autoridad.

Subsidiariamente, en el supuesto donde la CRC considera que esta medida resulta acorde con las facultades que esta ostenta para regular las libertades económicas de los agentes del mercado, para que esta medida resulte proporcionada y eficaz es necesario que esta se extienda a todos los OMR del mercado. Tal como se enunció previamente, en la actualidad el mercado de infraestructura ostenta un carácter competitivo, principalmente en virtud de la integración de Tigo y Movistar pues pasaron a ostentar el 46% de los sitios en el país. Por tanto, en virtud de su alto nivel de participación en el mercado y su nueva economía de escala a estos operadores se les deben imponer las mismas restricciones que al operador dominante.

3.3. Obligación de aplicar una senda de reducción de Roaming Automático Nacional para el operador dominante.

Conforme con lo señalado en el numeral anterior, esta medida:

- (i) Desconoce el derecho a participación en igualdad de condiciones en el mercado que ostentan todos los agentes del mercado, siendo este parte del núcleo esencial del derecho a la competencia.
- (ii) No resulta eficiente en un mercado en transición.
- (iii) Es una medida adoptada sin tener en cuenta la realidad del mercado de servicios móviles.
- (iv) Distorsiona un mercado que está funcionando en condiciones de competencia.

En virtud de estas consideraciones se solicita a la CRC eliminar la obligación del operador dominante del mercado de servicios móviles de cobrar la menor tarifa para datos y voz, previstas en el numeral 4.7.4.1.1. y 4.7.4.2.1 de la resolución 5050 de 2016.

Atentamente,



EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

CC 79'316,786 de Bogotá

TP 61.688 del CS de la J