

Bogotá D.C., 14 de septiembre de 2012

CA-00370

Doctor

CARLOS ANDRÉS REBELLÓN VILLÁN

Director Ejecutivo

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES-CRC-

Calle 59 A BIS No. 5-53 piso 9. Edificio Link Siete Sesenta

Bogotá, D.C.

Asunto: Comentarios a la propuesta regulatoria "Por la cual se establecen las condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional".

Respetado Doctor Rebellón:

Estando dentro del plazo fijado por la CRC para la remisión de comentarios, respecto de los documentos publicados el día 15 de agosto de 2012, como parte de la propuesta regulatoria de la referencia, por medio de la presente, remitimos nuestras consideraciones y comentarios al respecto.

De esta forma, en mi calidad de representante legal de TV AZTECA Sucursal Colombia, me permito en los más respetuosos términos formular las observaciones al proyecto regulatorio de la referencia, desde la perspectiva de una empresa que, además de jugar hoy en día un rol trascendental en la provisión de servicios de telecomunicaciones a través de redes de fibra óptica, se constituye en potencial entrante a los mercados de redes y servicios móviles de telecomunicaciones, aplicaciones y contenidos.

Debo iniciar enfatizando cómo es un principio generalmente aceptado, que la competencia en los mercados es deseable, pues conduce a eficiencia en los costos, bajos precios e innovación, que a su turno se reflejan en un mayor nivel de bienestar.

del consumidor que el que puede constatarse en mercados no competitivos, tanto en el corto como en el largo plazo¹.

De ahí que el legislador, desde el decreto ley 1900 de 1990 hasta la Ley 1341 de 2009, pasando por las leyes 37 de 1993, 142 de 1994 y 555 de 2000, además de las Leyes 170 de 1994² y 671 de 2001³, haya incorporado modelos de competencia cada vez más agresivos en el sector telecomunicaciones.

En particular la Ley 1341, a la vez que disminuye las barreras legales de entrada a los mercados de redes y servicios de telecomunicaciones al eliminar la exigencia de concesiones para su provisión (Art. 10), define a la CRC como el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones, con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad, para lo cual dicha entidad debe adoptar *"una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo"* que desarrolle los principios orientadores de la ley, premisa en el marco de la cual debe ejercer las funciones que le atribuyen los artículos 22 y 23.

El rol que la Ley atribuye a la CRC es entonces concordante con el que concibe la teoría regulatoria, para la cual una regulación efectiva es la piedra angular para alcanzar la competencia en los mercados de telecomunicaciones⁴ y el instrumento necesario para controlar los monopolios, impulsar la transición del monopolio a la competencia y consolidar la competencia efectiva en mercados completamente liberalizados⁵

¹ Bishop, Simon & Walker, Mike. The Economics of EC Competition Law. Sweet & Maxwell 2010 Pág. 15

² Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)"

³ Por medio de la cual se aprueba el "Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa", hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997

⁴ Manner, Jennifer. Global Telecommunications Market Access. Artech House (2002) Pág 9

⁵ Telecommunications Regulation Handbook. Edited by Colin Blackman and Lara Srivastava (2011) Pág. 10

Dichas consideraciones cobran inusitada fuerza al analizar la situación de competencia en los mercados móviles de telecomunicaciones en Colombia. De una parte, en el mercado relevante de voz saliente móvil la CRC ha constatado la existencia de posición dominante por parte del proveedor claro, quien no sólo ostenta una participación promedio de mercado del 65% medido en usuarios, ingresos, y tráfico, sino que explota externalidades mediadas por la tarifa que tienen como efecto la imposibilidad de que sus competidores puedan estructurar ofertas competitivas.

La CRC ha tratado en el pasado, sin éxito, de mitigar dicho poder a través de medidas mayoristas en el mercado de terminación, y medidas minoristas relacionadas con precios on net/ off net. Ha tratado de hacerlo en el presente, también sin éxito, debido a estrategias legales dilatorias de CLARO que han impedido, a la fecha, la expedición de regulaciones efectivas dirigidas a tal fin.

Dichas circunstancias lucen más graves aún cuando se analiza el mercado de acceso a Internet móvil, en el que la CRC ha podido constatar que CLARO es el proveedor con mayor número de usuarios de Internet móvil en Colombia con el 62% de participación, seguido por MOVISTAR con el 24.6% y TIGO con un 12%, a quienes siguen proveedores como Avantel, Uff Móvil, ETB y UNE que ostentan cada uno participaciones inferiores al 1%.

Es evidente que CLARO está transfiriendo al mercado de Internet móvil el poder de mercado presente en el mercado de voz saliente móvil, fenómeno de tan frecuente ocurrencia en el sector telecomunicaciones que inclusive ha sido reflejado normativamente en el artículo 14 numeral 3 de la Directiva Marco para el sector de las comunicaciones electrónicas de la Unión Europea, según el cual *“Cuando una empresa tenga un peso significativo en cierto mercado, podrá también considerarse que lo tiene en un mercado estrechamente relacionado con el anterior cuando los vínculos entre ambos mercados sean tales que resulte posible hacer que el peso que se tiene en un mercado se deje sentir en el otro, reforzando de esta manera el peso en el mercado de la empresa”*⁶

⁶ DIRECTIVA 2002/21/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)

No por coincidencia el proveedor que controla de manera absoluta las condiciones del mercado de voz, tiene más del 60% de participación en un mercado adyacente como el de acceso a Internet móvil, porcentaje que en sí mismo comporta al menos una presunción de dominancia tratándose de un mercado con altas barreras de entrada⁷.

Por ello es de resaltar la posición de la CRC de precisar los términos y condiciones bajo las cuales los actuales proveedores móviles asignatarios de espectro IMT deben cumplir con la obligación -hoy presente en el régimen regulatorio- de proveer roaming nacional.

Debe al respecto tenerse en cuenta que la estructura oligopólica del mercado móvil en Colombia genera incentivos para que los tres proveedores establecidos denieguen el acceso a dicha instalación, a efectos de proteger rentas en el mercado minorista de voz saliente móvil.

Dicha estructura de mercado, además, facilita la colusión tácita entre tales proveedores para negar el roaming automático, como en efecto ocurrió años atrás cuando los tres operadores de manera perfectamente coordinada denegaron la interconexión al proveedor de servicios de Trunking AVANTEL.

Tal como señala Sutherland (2011) en el documento citado por la CRC, las obligaciones de provisión de roaming nacional ha sido utilizadas en Estados Unidos y Europa como un instrumento de intervención regulatoria encaminado a facilitar la entrada en el mercado de nuevos operadores, dadas las altas barreras de entrada que enfrentan.

El roaming automático como instrumento para facilitar la entrada de competidores en el mercado móvil resulta fundamental para derribar las altas y numerosas barreras de entrada presentes en el sector de las telecomunicaciones, entre las que figuran las ventajas absolutas en costos de los establecidos, costos hundidos, economías de escala y alcance, altos requerimientos de capital, diferenciación de productos, publicidad, switching costs, externalidades de red y barreras estratégicas de entrada, entre

⁷ Marco Colino, Sandra. Competition Law of the EU and UK. Oxford University Press 2011 Pág 270-271

otras⁸, que, está demostrado, sólo pueden ser derribadas con agresivas políticas regulatorias de acceso a la red por parte del regulador.

Tanto o más importante que precisar la obligación de provisión de roaming nacional es la fijación de un precio tope, y allí acierta la CRC, habida consideración de que, dado el poder de mercado que cada proveedor tiene en el acceso a su red, y los incentivos de los tres establecidos para proteger rentas en los mercados minoristas de voz y acceso a Internet móvil, es seguro que, en ausencia de regulación del precio, establecerán un precio sencillamente prohibitivo por el acceso.

Sin embargo, resulta preocupante la propuesta del regulador para el roaming de datos, en virtud de la cual el valor MB del primer año se adopta en función de costos medios y fija una senda de reducción para que al tercer año se alcance el nivel de costos calculado para LRIC puro (valores MB de \$34,86 para el 2012, \$27,02 para el 2013, y \$19,17 para el 2014).

Al respecto, debe señalarse que el modelo LRIC puro es el que de mejor manera permite reflejar los costos atribuibles a los diferentes servicios, y específicamente aquellos costos efectivamente atribuibles al cargo de acceso, evitar subsidios cruzados, e inducir un mayor impulso a la competencia, por lo que el valor que arroja su aplicación debería ser adoptado desde la entrada en vigencia de la resolución.

Mientras en el modelo de costos medios de largo plazo se estima el cargo de acceso a través de la división entre los costos totales y la demanda total en un periodo de tiempo determinado, en el modelo de costos LRIC puro se determina el cargo de acceso estimando el costo total a largo plazo de un operador eficiente que preste su gama completa de servicios, y luego el costo total, pero sin la inclusión del servicio cuyo cargo de acceso se pretende determinar, determinando en consecuencia el costo del servicio en sí mismo, a través de la diferencia entre los dos anteriores. El cargo de acceso se fija entonces con base, no en los costos totales, sino en los costos incrementales exclusivamente relacionados con el nuevo servicio a proveer.

⁸ Park, Eun-A & Taylor, Richard. Barriers to Entry Analysis of Broadband Multiple Platforms: Comparing the U.S. and South Korea. Paper to be presented at the Telecommunications Policy Research Conference, September 29-October 1, 2006, Washington, DC.

En este caso, el regulador ha establecido la diferencia entre el costo total a largo plazo de un operador eficiente que preste su gama completa de servicios, y el costo total a largo plazo de ese mismo operador, excluido el servicio de roaming nacional que se prestará a los entrantes, pero en vez de fijar la tarifa mayorista con base en esta diferencia (costo incremental), le adiciona los demás costos totales que en cualquier caso se causarían, aún si el servicio de roaming no se prestara.

Dicho de otra forma, la CRC pretende que con cargo al cargo de acceso de roaming se recuperen costos que, si el roaming no se prestara, también se causarían, esto es, costos que el roaming no genera y que no tienen por qué ser recuperados con cargo a dicho cargo de acceso.

El cargo de acceso, por el contrario, debería permitir recuperar únicamente los costos que se causan exclusivamente como consecuencia de la provisión de roaming nacional, y que se evitarían si dicho servicio no se prestara a terceros.

Es claro que, si bien la tarifa mayorista debe reconocer todos los costos que se aumentan como consecuencia del incremento del tráfico de datos en roaming, no debe reconocer costos que no estén asociados a dicho incremento. La tarifa mayorista de roaming solo deberían reconocer aquellos costos que se evitarían si dejara de prestarse a terceros el servicio de roaming nacional, pues de otra forma el regulador está obligando a los entrantes a subsidiar la expansión de la red a cargo de los establecidos, al reconocer costos fijos y variables no asociados al roaming, mientras al mismo tiempo dichos entrantes deben tender su propia red.

La CRC, en consecuencia, debe fijar una tarifa de roaming de datos que sólo reconozca al operador los costos incrementales derivados de la prestación del servicio, y que se evitarían de no ser prestado, para lo cual debe i) calcular los costos que están relacionados con el tráfico de datos y los que no están relacionados con dicho tráfico; ii) descartar los costos no relacionados con el tráfico al calcular la tarifa de roaming; y iii) incluir en la tarifa de roaming sólo aquellos costos relacionados con el tráfico, que se evitarían si no se prestara el servicio de roaming de datos.

Para esto último, la CRC debería asignar los costos relacionados con el tráfico, en primer lugar, a otros servicios que no sean de roaming de datos, y asignar a éste solo los costos residuales relacionados con el tráfico de datos asociado al servicio de roaming, como lo sugiere la experiencia europea⁹.

La CRC debe tener presente que la fijación de cargos de acceso fijados por encima del nivel de eficiencia de los costos, en mercados en los que los operadores tienen cuotas de mercado asimétricas, puede ocasionar pagos artificiales de los competidores de menor tamaño a los de mayor tamaño, esto es, de los entrantes a los incumbentes, que redundarán en un debilitamiento de las presiones que éstos enfrentan por la entrada de aquellos.

De igual manera, es un dato de hecho en la regulación económica que cuanto más se aparten los cargos de acceso de su verdadero costo incremental, mayores serán las distorsiones de la competencia entre proveedores con cuotas de mercado y de tráfico asimétricas.

Es importante recordar que los elevados precios de acceso se recuperan en última instancia a través de la aplicación de tarifas minoristas más elevadas a los usuarios finales, por lo que se resta valor a la herramienta que más sirve a la promoción de la competencia, cual es la reducción de precios.

No tiene mucha lógica, por otro lado, que la CRC se aparte del modelo LRIC puro cuando reconoce que la utilización de costos medios, desde un punto de vista económico puro, no genera las condiciones suficientes para eliminar las barreras de entrada para las firmas nuevas, en un momento del mercado móvil en que la principal preocupación debería ser cómo reducir las barreras de entrada como mecanismo de promoción de la competencia, habida consideración del casi inexistente nivel de competencia en el mercado de voz y el traslado de tal situación al mercado de datos.

⁹ COMMISSION RECOMMENDATION of 7 May 2009 on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU (2009/396/EC)

Dicha situación no resulta aceptable cuando una de las principales funciones del regulador en el sector telecomunicaciones es precisamente derribar las altas barreras de entrada que enfrentan potenciales competidores, en especial tratándose de mercados con condiciones precarias de competencia.

Ahora bien, no puede la CRC justificar la inclusión en la tarifa de roaming nacional de costos no generados por la provisión de ese servicio, en la consideración según la cual, de no hacerlo así, se reducirían los incentivos a la inversión por parte de los proveedores establecidos.

Dicho argumento no puede prevalecer cuando la realidad evidencia la falta de competencia efectiva en el mercado de voz saliente móvil, y el mercado de acceso a Internet móvil ha adoptado la misma dinámica de aquel, que, ya se ha demostrado, es irreversible una vez se consolida. En otras palabras, no resulta consistente que en mercados con dichas características, el regulador adopte medidas regulatorias que, en vez de reducir las barreras de entrada para promover la competencia, las eleve.

En adición a ello, el argumento de los desincentivos a la inversión, reiteradamente formulado desde hace más de 15 años por los operadores móviles establecidos para evitar ser sujetos de la regulación, no es hoy sostenible en Colombia, ante la inexistencia de evidencia empírica que muestre una reducción de los niveles de inversión del sector móvil como consecuencia de las numerosas medidas regulatorias expedidas en los mercados en que ellos operan. No puede ser ese, entonces, un driver de las decisiones regulatorias.

Si algún riesgo existe en materia de inversión, lo genera precisamente la falta de competencia efectiva en el mercado, producto del mantenimiento y traslado de posiciones de dominio, a la vez que la consolidación de estructuras oligopólicas que, en sí mismas, reducen los incentivos para invertir i) en el dominante, porque su inmunidad frente a presiones competitivas le permite, como a cualquier monopolista, ser rentable sin esfuerzo inversor; y ii) en los otros dos competidores, porque saben que la rentabilidad de sus inversiones no depende de ellos, sino del dominante.

El único escenario que va a generar presiones competitivas en el actual oligopolio, esta dado por la entrada de nuevos competidores en condiciones de operar eficientemente, sin que pueda asumirse racionalmente que un entrante al mercado va a adquirir derechos de uso del espectro para depender indefinidamente de la red de los operadores establecidos, perdiendo cualquier margen de maniobra para diferenciarse de sus competidores y fijar estrategias comerciales autónomas, máxime cuando el potencial del mercado de acceso a Internet y datos, provistas las condiciones regulatorias adecuadas, genera en sí mismo suficientes incentivos para el pronto despliegue de la red.

La evidencia empírica tampoco respalda una tesis como esa: como lo refleja Sutherland en el documento citado por la CRC, en Estados Unidos las obligaciones de roaming nacional, lejos de reducirse, se han ampliado, sin que ello haya afectado los sustanciales niveles de inversión que allí despliegan los proveedores incumbentes en redes 4G.

El mismo autor señala cómo en Europa la necesidad de obligaciones de roaming nacional, claves para la consolidación de mercados competitivos, ha ido desapareciendo precisamente en razón de la capacidad de red excedente de proveedores incumbentes no líderes en sus mercados, así como de proveedores entrantes, lo cual para nada sugiere un desestímulo a la inversión.

Se aducirá que en un contexto de incipiente crecimiento del mercado de datos móviles, masificación del servicio, y aumento de cobertura para la provisión de servicios 4G, el cálculo del cargo de acceso debe basarse en costo medios y no LRIC puro.

Este argumento podría debatirse seriamente si la realidad del mercado móvil en Colombia mostrara una situación de competencia efectiva, tanto para el mercado de voz como para el de acceso a Internet móvil. Sin embargo, la lamentable situación de competencia en el primero, y la idéntica dinámica que ha tomado el segundo, irreversible una vez se consolida, imponen privilegiar el fortalecimiento de la competencia a través de medidas regulatorias que reduzcan, tanto como sea posible, las barreras de entrada a dichos mercados, de manera que el crecimiento del mercado

de datos móviles, la masificación del servicio, y el aumento de cobertura sean fruto de la competencia entre incumbentes y de éstos con entrantes, y de la imposición de obligaciones por el otorgamiento del permiso para el uso del espectro, pero en ningún caso de la imposición a los entrantes de la obligación de reconocer a los incumbentes por la prestación de un servicio, costos que dicho servicio no ha causado.

Habiendo efectuado las consideraciones anteriores, claves en cuanto a la eficacia del obligación de roaming para efectos del derribamiento de barreras de entrada y promoción de la competencia, es pertinente efectuar ciertas observaciones en relación con el articulado propuesto:

- De acuerdo con el artículo 3 del proyecto, el acceso y uso de la instalación esencial de roaming automático nacional se regirá por los principios y disposiciones establecidos en el Régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones, contenido en la Resolución CRC 3101 de 2011. En consecuencia, las controversias relacionadas con la provisión de dicha instalación esencial, se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 41 de la Ley 1341.

Resulta por tanto importante precisar en las definiciones del artículo 2, que la Red Origen es la red de servicios móviles a la cual pertenecen los usuarios de un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, el cual *celebró* un acuerdo de roaming nacional con otra red móvil *o es beneficiario del acceso a dicha instalación esencial en virtud de servidumbre de acceso impuesta por la CRC.*

Lo propio sucede con la Red Visitada, que debe definirse como la red de servicios móviles que atiende con sus propios recursos a usuarios pertenecientes a otro proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, con quien *celebró* un acuerdo de roaming nacional *o que es beneficiario del acceso a dicha instalación esencial en virtud de servidumbre de acceso impuesta por la CRC*

- El párrafo del artículo 4 dispone que los proveedores deberán dar cumplimiento a los plazos asociados a la obligación de roaming nacional establecidos en los permisos para el uso del espectro radioeléctrico, cuando los mismos hayan sido definidos en dichos permisos.

La disposición adolece de la claridad requerida. ¿Qué significan “los plazos asociados a la obligación de roaming nacional”? ¿Significa ello que los permisos pueden limitar en el tiempo la provisión de una obligación regulatoria, que de hecho hoy en día es indefinida? ¿Quedará la regulación sujeta a lo que el Ministerio de las TIC disponga en la materia?

Si así es, debe señalarse que tal opción no es viable legalmente, en la medida en que, al ser el ejercicio de funciones regulatorias un tipo de intervención del Estado en la economía, que debe ser ejercida con independencia del Gobierno, según ha señalado la Corte Constitucional¹⁰, el Ministerio carece de competencia para limitarle a la CRC el alcance de sus disposiciones, y de hecho esta autoridad no puede deferir aspectos regulatorios a lo que al respecto ordene el Ministro. Es más bien al contrario: si bien el Ministerio puede establecer condiciones de roaming asociadas al permiso para uso del espectro, dichas condiciones quedan sujetas a las modificaciones que en la materia disponga la CRC, por ser la entidad competente en cuestiones de acceso, uso e interconexión de redes.

Es entonces necesario que se aclare el párrafo, si pretende decir algo distinto, o se suprima, si el entendimiento dado es el correcto, a efectos de no viciar el acto regulatorio.

- Como ya se ha señalado, la estructura oligopólica del mercado móvil, la inclinación de los tres operadores incumbentes para proteger rentas en los mercados minoristas, y el hecho evidente de que ninguno de ellos desea más jugadores en el mercado, generan los incentivos suficientes para que dichos proveedores se opongan a la provisión del servicio, acudiendo a toda suerte de

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-150 de 2003

artilugios legales, por lo que la resolución debe minimizar al máximo la posibilidad de que los mismos aprovechen zonas grises o etéreas para dilatar el cumplimiento de sus obligaciones.

De ahí que deba eliminarse, dentro del numeral 1 del Artículo 6 OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR DE LA RED ORIGEN, la expresión “debidamente justificadas”, pues no es difícil imaginar que cualquier proyección de tráfico presentado por el proveedor entrante le parecerá “indebidamente” justificada al incumbente a quien se solicita roaming. El requisito a cumplir debería ser, entonces, *“Solicitar el roaming nacional informando las proyecciones de tráfico respectivas”*.

- Igualmente establece el numeral 3 del Artículo 6 que es obligación del PRST de la red de origen, pagar *“el valor acordado por concepto de la remuneración por el acceso y uso de la instalación”*. Como quiera que las más de las veces la provisión del roaming requerirá de intervención regulatoria, a la norma debe añadirse la expresión *“y a falta de acuerdo, el valor previsto en la regulación”*.
- La obligación prevista en el numeral 6.5, conforme la cual el PRST de la red de origen debe informar a la red visitada los crecimientos en cobertura con infraestructura propia a efectos de no hacer uso de roaming nacional en dichas zonas, es además de peligrosa para la competencia, realmente inocua.

Peligrosa porque obliga al entrante a comunicar al incumbente en cuáles zonas tendrá cobertura 4G, dándole a éste información confidencial y estratégica para competir, que no tiene por qué conocer, y en virtud de la cual limitará los efectos que sobre la competencia pueda tener la entrada del nuevo competidor.

Inocua porque ningún proveedor entrante que haya logrado cobertura con su red 4G en cierta zona, tiene incentivos para continuar pagando roaming a sus competidores. No es pues el operador incumbente el interesado en suspender el roaming cuando el entrante tenga cobertura, sino el entrante para servirse de la red que ha desplegado después de un importante esfuerzo inversor.

- En el numeral 7.2, relacionado con la OBI, debe disponerse que el contenido de la oferta por la instalación esencial de roaming automático nacional debe contener *“7.2 De conformidad con los topes previstos en la regulación, el valor por el acceso y uso de la instalación esencial, así como las unidades de cobro de la misma, teniendo en consideración criterios de costos eficientes, para cada servicio prestado en su red.”* No precisarlo así, evidencia una contradicción entre normas que fijan cargos de acceso y normas que permiten fijarlo al proveedor, lo cual puede ser judicialmente explotado para evitar o dilatar el cumplimiento de la obligación regulatoria.
- Resulta conveniente aclarar el artículo 8.2 en el sentido de que *“El valor de remuneración por el acceso y uso de la instalación esencial de roaming automático nacional para el servicio de voz y de mensajería SMS no podrá ser superior al valor regulado de cargos de acceso para voz (esquema por uso) y para SMS. El valor tope para remunerar el roaming de datos es: (...)”*
- Finalmente, es necesario que el regulador, en ejercicio de sus funciones para prevenir el abuso de la posición dominante¹¹, establezca la prohibición expresa para los proveedores de efectuar prácticas de estrechamiento de márgenes (margin squeeze), para las cuales las empresas incumbentes tienen todos los incentivos, habida cuenta de que las tres empresas constituyen un oligopolio que serán forzadas a ofrecer acceso a su red en el mercado mayorista a quienes serán sus competidores en el mercado minorista, teniendo intereses comunes en proteger rentas en dichos mercados.

El estrechamiento de márgenes se refiere a una situación donde una firma verticalmente integrada usa su control sobre insumos provistos a competidores en el mercado aguas abajo con el fin de impedirles generar allí utilidades.

Para esos efectos la firma fija una estrategia de precios mayoristas y minoristas tal, que el margen entre el precio mayorista cobrado a sus competidores por el

¹¹ Ley 1341 de 2009. Artículo 19 y numeral segundo del artículo 22.

insumo provisto (acceso a la red) y el precio minorista cobrado a sus usuarios en el respectivo mercado (de voz o datos), no es suficiente para permitir a sus competidores permanecer rentablemente en el mismo.

El estrechamiento de márgenes se ha convertido en la principal práctica anticompetitiva en el sector de las telecomunicaciones, principalmente en aquellos modelos de competencia que establecen obligaciones de acceso a la red como el europeo¹².

Como lo evidencian las sanciones impuestas a Deutsche Telekom¹³ y Telefónica¹⁴ por parte de la Comisión Europea, el hecho de que el precio mayorista esté regulado por parte de la autoridad regulatoria competente no evita que el estrechamiento como práctica anticompetitiva se presente, ni exime de responsabilidad a quienes la llevan a cabo, en la medida en que no necesariamente se trata de que el precio mayorista sea excesivo o el precio minorista predatorio, sino de que entre el precio mayorista cobrado por la firma a sus competidores y el precio minorista cobrado a sus usuarios, se elimina el margen de utilidad de los competidores¹⁵.

Dicha práctica, entre otras cosas, no es ajena a la realidad colombiana, muestra de lo cual es el estrechamiento de márgenes que Telefónica Telecom efectuaba a sus competidores en el mercado de larga distancia, al imputarse a sí mismo un precio sustancialmente menor que el que le cobraba a sus competidores por la terminación de tráfico en sus redes locales extendidas, cobrando menores tarifas minoristas que asfixiaban el margen de sus competidores, o la práctica llevada a cabo por CLARO, quien al cobrar un

¹² Díez, Fernando. Jurisprudence of the ECJ on Margin Squeeze: From Deutsche Telekom to Teliasonera and Beyond... to Telefonica! (2011). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1851315> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1851315>

¹³ Commission Decision, 21 May 2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Deutsche Telekom AG, OJ L 263, 2003.

¹⁴ Commission Decision, 4 July 2007, COMP 38.784, Wanadoo v Telefónica.

¹⁵ Geradin, Damien and O'Donoghue, Robert. The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector (February 2005). GCLC Working Paper No. 04/05. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=671804> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.671804>

precio de terminación (regulado) a sus competidores y un precio minorista ON NET supremamente bajo a sus usuarios, elimina el margen de utilidad de sus competidores en las llamadas off net terminadas en CLARO.

La regla de prohibición de estrechamiento de márgenes resulta necesaria y útil tratándose del acceso a la instalación esencial de roaming nacional, toda vez que cada una de las tres empresas incumbentes i) ostenta poder de mercado en el acceso a su red, ii) proveerá dicho acceso a sus competidores en mercados minoristas de voz y datos móviles; iii) está presente en los mercados minoristas de voz y datos móviles; y iv) tiene incentivos para proteger rentas en dichos mercados.

Por otra parte, y como soporte de lo mencionado en frases anteriores, es importante hacer referencia a los parámetros sobre la compartición de infraestructuras, que la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, mencionó en la conferencia llevada a cabo el 31 de agosto de 2010 en Bangkok (Tailandia)¹⁶, los cuales fueron definidos como “parámetros guía”. Así las cosas, con el establecimiento de tales parámetros dicha organización pretende crear un ambiente a través del cual se compartan las infraestructuras entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, en un modelo de regulación apropiada que logre la promoción y fijación de incentivos para la inversión y la competencia. De esta forma, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, manifestó lo siguiente:

1. Los términos y condiciones para la “compartición de infraestructura” debe ser razonable: esta condición implica que los precios bajo los cuales se determine compartir infraestructuras, como ocurre en el caso del Roaming Nacional, no debe ser un instrumento para fijar precios discriminatorios.

¹⁶ Infrastructure Sharing: Need, Scope and Regulation . August 31 /2012. Hotel Pullman-Bangkok (Thailand)

2. El Precio: El precio establecido para las instalaciones compartidas, en virtud del principio de no discriminación de precios, debe proporcionar las señales económicas adecuadas para brindar a los operadores, el acceso a la infraestructura de otros operadores, cuando esta resulte necesaria para proporcionar diferentes servicios bajo los parámetros de competencia.
3. Uso eficiente de los recursos: En este aspecto, la UIT es clara en mencionar que en desarrollo de las TIC, resulta necesario tener un óptimo uso de los recursos, lo cual se debe traducir en condiciones de eficiencia que permita a los operadores entrantes en el mercado, utilizar la infraestructura establecida por otros operadores, de tal forma, que los primeros puedan tener acceso a dichas infraestructuras, sin que el precio que deban pagar por ellas implique el abuso de la posición de dominio del titular de la infraestructura, generando al mismo tiempo como consecuencia, que los operadores que requieren el acceso a tales infraestructuras no compitan con ellos.
4. Acceso universal: la UIT establece que los incentivos generados con la infraestructura compartida, deben permitir que se generen mayores posibilidades de acceso a la tecnología por parte de las regiones deprimidas de cada país.

De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta los puntos establecidos en el proyecto de Regulación de la presente Propuesta Regulatoria, se considera esencial reiterar en la necesidad de tomar en consideración las tarifas que piensan fijarse como contraprestación económica como ya fue mencionado en frases anteriores, especialmente si se tiene en cuenta que bajo los parámetros de una libre y sana competencia, el roaming nacional constituye una política bajo la cual se pretende facilitar la entrada al mercado de nuevos operadores, con el fin de evitar la concentración en el mercado, y de esta forma, la limitación a la competencia y el abuso de la posición dominante de los operadores de marcada trayectoria, lo cual, implica mayores posibilidades de libre escogencia para el usuario. Lo anterior significa entonces, que no exista un trato discriminatorio para los operadores entrantes, mientras estos logran el despliegue de su red, de tal forma que no se generen tarifas que desborden un marco de acceso al mercado, bajo condiciones arbitrarias y abusivas.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'f' or similar character.

En este punto es importante señalar, que las condiciones con las que cuenta un operador que ya se encuentra establecido en el mercado no son las mismas con las que cuenta un operador entrante, esto implica que para el operador entrante, sea más difícil incursionar en dicho mercado bajo las mismas condiciones de competencia. Por lo anterior, debe entenderse que el precio establecido por la regulación debe ser lo más bajo posible para evitar que con éste se constituyan barreras de entrada que creen limitaciones para el operador entrante.

En el marco de las Telecomunicaciones, el derecho a la propiedad absoluta, concebido inicialmente en el derecho comercial y civil, claramente denota marcadas excepciones, si se tiene en cuenta que en desarrollo del marco constitucional prevalece el interés general, lo cual soporta la obligación para los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones de compartir infraestructura e instalaciones esenciales de las que sean titulares otros proveedores. Lo anterior implica la necesidad de contar con una regulación que permita hacer eficiente y equitativo el acceso a dicha infraestructura. Por ello, si bien es cierto que se apoya la posición de la CRC en el sentido de expedir una normatividad acorde con los requerimientos generados para la regulación del roaming nacional, de manera cordial, también se sugiere al ente en mención, analizar detalladamente las tarifas que debe asumir el proveedor entrante, en virtud de la aplicación del principio de *“orientación a costos más utilidad razonable”* en la compartición de tales infraestructuras. En este punto es importante destacar, que el ente regulador debe tener en cuenta que el precio que debe asumir el operador minorista, en ninguna medida resulta comparable con “el sacrificio” que debe soportar el proveedor que generalmente ya tiene una posición de dominio en el mercado, bajo la cual, el operador minorista se ve sometido.

Con lo anterior se quiere demostrar que las tarifas establecidas para la compartición de infraestructuras, en este caso para el acceso y uso de la instalación esencial de roaming nacional, deben reflejar el mínimo impacto para el proveedor entrante en el mercado, con mayor razón si se tiene en cuenta que el propietario de la instalación esencial, que en este caso es el proveedor con posición dominante en el mercado, puede ser un instrumento para limitar la competencia, generando barreras de entrada o negándole al operador entrante, la posibilidad de acceder a la instalación del

operador ya establecido. Así las cosas se considera que el tope de remuneración de la instalación esencial de roaming automático nacional, establecido en el artículo 8 del proyecto de resolución debería ser menor.

En este sentido, es importante mencionar nuevamente el contenido del artículo 8 en mención:

“ARTÍCULO 8. REMUNERACIÓN DE LA INSTALACION ESENCIAL DE ROAMING AUTOMATICO NACIONAL.

8.1 Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles que adelanten un acuerdo de roaming automático nacional, podrán negociar libremente la remuneración por el acceso y uso de dicha instalación esencial teniendo en consideración criterios de costos eficientes”.

En este aspecto, es indispensable conocer al detalle los costos del proveedor de la instalación esencial, con el fin de determinar el punto en el cual es eficiente la utilidad.

“8.2 El valor de remuneración por el acceso y uso de la instalación esencial de roaming automático nacional no podrá ser superior al valor regulado de cargos de acceso para voz (esquema por uso) y para sms. El valor tope para remunerar el roaming de datos es:

***2012 (1) 01/01/2013 01/01/2014
34,86 27,02 19,17 [\$/MB]***

Expresados en pesos constantes de junio 2012”.

Bajo el ambiente de la subasta de 4G, es importante que se aclaren las tarifas durante las obligaciones de roaming nacional, por lo cual se requiere que se haga definición de precios por lo menos de 5 años o preferiblemente de 10 años, que es la duración de las nuevas licencias de 4G.

Adicionalmente, dado que existe decremento de precios por optimización de costos para servicios de datos, debería existir también una definición de precios dentro del Proyecto, para los servicios de voz y sms, con optimización de costos, por los siguientes 10 años.

“(1) Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, deberán aplicar dicho valor a partir de la fecha de entrada en vigencia de la resolución”.

Se considera importante, que la resolución entre en vigencia antes de la adjudicación formal de nuevas licencias bajo el proceso de asignación de espectro para 4G en 2500MHz y AWS.

En síntesis, en este aspecto se considera que el ente regulador debe llevar a cabo un análisis minucioso que permita eliminar cualquier tipo de barrera que el Proveedor con posición de dominio en el mercado y titular de la instalación esencial, pueda crear, para evitar que los nuevos operadores ingresen al mercado, lo cual, también puede generar que los usuarios tengan menor acceso a la variedad de precios y oferentes que brinda un régimen de libre competencia.

Por otra parte, es importante hacer mención a otras consideraciones adicionales en relación con el proyecto de Resolución:

El artículo 4 de la misma, dispone sobre la **“OBLIGACION DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL** lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo previsto en la Resolución CRC 3101 de 2011, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles asignatarios de espectro en bandas IMT definidas por la UIT-R, 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 los servicios de voz, sms y datos a los usuarios en aquellas áreas geográficas donde el solicitante no cuente con cobertura propia.”

Parágrafo. Los proveedores deberán dar cumplimiento a los plazos asociados a la obligación de roaming nacional establecidos en los permisos para el uso del espectro radioeléctrico, cuando los mismos hayan sido definidos en dichos permisos”.

Al respecto es importante señalar que al tratarse de roaming automático internacional, no debería existir restricción geográfica. Asimismo, en este punto resulta importante que el ente regulador defina claramente si las solicitudes sobre roaming nacional deben hacerse directamente ante la CRC o primero al operador establecido. Igualmente, se considera que la CRC debe definir el procedimiento de solicitud de roaming automático internacional. En este sentido, se sugiere que la solicitud se haga directamente a la CRC y esta misma entidad sea quien exija a los operadores propietarios de la instalación esencial en Colombia, que suministren la obligación de roaming automático nacional a los operadores nuevos o que están en la fase inicial de despliegue de su red.

En relación con el parágrafo del mismo artículo, se sugiere establecer acciones, como multas, en caso de retraso de los plazos, ya que por ejemplo en el caso de la subasta 4G, el retraso en el cumplimiento de los plazos por parte de los operadores establecidos, podría retrasar el lanzamiento comercial de los operadores entrantes.

El artículo 5 de la misma establece:

“ARTICULO 5. OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR DE LA RED VISITADA.

Para la provisión de la instalación esencial de roaming, serán obligaciones de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles de la red visitada:

5.1 Realizar las adecuaciones requeridas al interior de su red para atender los requerimientos de tráfico proveniente de usuarios en roaming.

5.2 Realizar la autenticación automática de los usuarios de la red origen”.

En este punto es importante tener en cuenta que la autenticación de los usuarios de la red de origen, deberá hacerse sin perjuicio de haber efectuado solicitud previa,

5.3 Asegurar la interoperabilidad de los servicios prestados y el nivel de calidad asociado, de acuerdo con las condiciones ofrecidas en su propia red y dando cumplimiento a los niveles de calidad definidos en la regulación.

A pesar de la conformidad con este punto, cabe señalar que no se puede permitir que existan discriminaciones ni acciones de favorecimiento entre el tráfico de la Red de Origen y el tráfico visitado.

En relación con el 6°, es importante señalar lo siguiente:

“ARTICULO 6. OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR DE LA RED ORIGEN.

Para el acceso y uso de la instalación esencial de roaming, serán obligaciones de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles de la red origen:

6.1 Solicitar el roaming nacional atendiendo a proyecciones de tráfico debidamente justificadas”.

Frente a lo anterior, surge el siguiente interrogante ¿A quién se le solicita, al operador propietario de la red visitada directamente o a través de la CRC?. En un ambiente de tres operadores con redes 2G y 3G con cobertura nacional, los usuarios que salen de la red de origen de los operadores nuevos, podrán ser recibidos por los tres operadores actuales sin que esto afecte el desempeño actual de su red.

Las justificaciones de tráfico que se exijan por el operador de la red visitada no deberán ser usadas para analizar las estrategias comerciales de los nuevos operadores; por lo cual, las proyecciones de tráfico deberían ser anuales o de baja periodicidad, ya que en el artículo 5.5 de las obligaciones del proveedor de la red visitada se establece que el pago es por tráfico cursado.

Asimismo, el numeral 6.5 señala:

“Informar a la red visitada los crecimientos en cobertura con infraestructura propia para prestación de servicios móviles a efectos de no hacer uso de roaming nacional en dichas zonas de conformidad a lo establecido en el artículo 4 de la presente resolución”.

En este punto, debe tenerse en cuenta que esta información podría ser usada por el operador establecido para tomar acciones que afecten la libre competencia en ciertas zonas del país. El roaming automático nacional no podrá ser usado para que los operadores establecidos conozcan las estrategias de los entrantes y puedan tomar medidas al respecto. La segmentación y cobro por zonas podría crear la necesidad de hacer cargos por Larga Distancia Nacional; este concepto fue abolido del mercado Colombiano con la entrada de los operadores celulares, al momento de adjudicarle la licencia a Comcel.

En el ambiente colombiano actual, existen tres operadores con cobertura a nivel nacional, los cuales tendrán la obligación de suministrar roaming automático nacional a los operadores nuevos. De esta forma, en la fase inicial, el tráfico percibido por las redes visitadas será muy bajo comparado con los niveles de tráfico que actualmente se manejan en estas redes, y con el tiempo este tráfico crecerá de forma tal que será más rentable para los operadores nuevos instalar nuevas estaciones base que reduzcan el pago de las obligaciones de roaming nacional.

“ARTÍCULO 7. CONTENIDO DE LA OFERTA

El artículo en mención establece:

Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles asignatarios de espectro en bandas IMT definidas por la UIT-R, deberán establecer en su Oferta Básica de Interconexión (OBI), de que trata la Resolución CRC 3101 de 2011, el contenido de la oferta por la instalación esencial de roaming automático nacional con observancia del régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones contenidos en la citada resolución, el cual deberá incluir:”

Bajo el ambiente de la subasta para espectro en 4G, es importante para los operadores entrantes que se defina un tiempo límite en la cual deberían quedar radicadas estas Ofertas Básicas de Interconexión con el fin de no retrasar la puesta en servicio comercial para los nuevos.

“7.1 Especificaciones técnicas particulares requeridas para que a través de la interconexión con la red de origen se pueda hacer uso del roaming nacional, tales como interfaces, protocolos y capacidades disponibles discriminadas por la zona de cobertura de cada nodo de interconexión”.

En este punto se destaca que, la discriminación por zonas no debería ser válida para roaming nacional. Dado que el pago se hace por uso, y bajo el ambiente actual colombiano en el que actualmente existen tres proveedores de redes visitadas, el bajo nivel de tráfico de los nuevos operadores, en el lanzamiento de la red, no afecta el dimensionamiento actual de los nodos de interconexión. Posteriormente, en una fase madura será más rentable para los operadores nuevos instalar nuevos sitios en aquellas zonas en las cuales se está generando un pago elevado por uso del roaming, aumentando su cobertura.

7.2 “El valor por el acceso y uso de la instalación esencial, así como las unidades de cobro de la misma, teniendo en consideración criterios de costos eficientes, para cada servicio prestado en su red”.

En este punto se señala, que para saber si un precio es eficiente en costo, se debe tener claridad de todos los costos asociados al acceso y uso de la instalación esencial.

En síntesis, se considera importante que el ente regulador tome en consideración los aspectos aquí analizados, de tal forma que con la implementación de un Proyecto Regulatorio en este tema, se materialicen las condiciones necesarias que permitan la libre competencia económica, establecida bajo los parámetros normativos, permitiendo que se presenten las condiciones de competitividad suficientes para que los operadores puedan ofrecer sus servicios sin límites que favorezcan únicamente a los

operadores que tienen una posición de dominio en el mercado y que ya cuentan con la infraestructura establecida para ejercer dicha posición.

Así las cosas, dejo en esos términos fijada la posición de TV AZTECA respecto del mencionado proyecto regulatorio, esperando que la CRC adopte la decisión que más reduzca las barreras de entrada al mercado y promueva de mejor manera la competencia en los mercados de voz y datos móviles.

Cordialmente,


SANDRA MONROY SUÁREZ

Representante Legal Suplente

TV Azteca Sucursal Colombia.

Revisó: A. Ospina - J. Díaz

