

Comisión de Regulación de Comunicaciones.

COMENTARIOS AL PROYECTO DE REGULACIÓN: Proyecto de Resolución 2023

-“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”-.

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

CEDEC

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Presentado por

**Luis Daniel Morales Hernández
Coordinador**

Bogotá D.C., 23 de noviembre de 2023

ÍNDICE

ÍNDICE	2
1. INTRODUCCIÓN	4
2. ANTECEDENTES Y CONTEXTO ACTUAL DEL MERCADO DE “SERVICIOS MÓVILES”	5
3. CONTENIDO DEL PROYECTO REGULATORIO Y COMENTARIOS	14
(ELABORACIÓN PROPIA).....	19
3.1 COMENTARIOS A LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO QUE BUSCA TUTELAR LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. 20	
3.2 COMENTARIOS A LAS DISPOSICIONES QUE BUSCAN REGULAR A LOS AGENTES CON POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO DE “SERVICIOS MÓVILES”.....	20

Bogotá D.C., 24 de noviembre de 2023

Honorables Comisionados
Comisión de Regulación de Comunicaciones.
E. S. D.

**Ref. COMENTARIOS AL PROYECTO DE REGULACIÓN:
Proyecto de Resolución 2023**
-“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”-.

Honorables Comisionados:

Luis Daniel Morales Hernández, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía número 1.020.815.828 de Bogotá, en mi calidad de Coordinador del **CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA**, que pertenece al Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, procedo a presentar ante ustedes la **INTERVENCIÓN** del **CEDEC** al Proyecto de Resolución 2023 -*“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”-.*

En esta intervención se incluyen algunas consideraciones que solicito sean tenidas en cuenta por la Comisión, con el fin de lograr una mejor regulación de libre competencia en beneficio del país.

1. Introducción.

Una de las labores que el Centro de Estudio de Derecho de la Competencia (en adelante CEDEC) desarrolla de manera permanente, es el análisis de las nuevas normas y regulaciones de competencia que se expiden en Colombia, con el objeto de evaluarlas e identificar los cambios que van marcando la evolución del Derecho de la Competencia en nuestro país. En esta oportunidad, presentamos este documento con el fin de que sea tenido en cuenta por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, por la comunidad de académicos, los practicantes, los agentes del mercado y demás interesados, con el espíritu de que pueda servir de herramienta práctica para quienes tienen que interpretar o utilizar las normas.

En esta oportunidad el CEDEC presenta tres comentarios y opiniones meramente académicas en la forma de un análisis jurídico desde la perspectiva del Derecho de la Competencia del Proyecto de Resolución 2023 - *“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”*- (en adelante el proyecto). Este análisis se resume en tres puntos; **(i)** primero se iniciará con un análisis de los antecedentes y el contexto actual del mercado y del proyecto, para después **(ii)** analizar aquellas disposiciones que tutelan los derechos de los consumidores, con el fin de **(iii)** presentar a manera de cierre un análisis de la regulación *ex ante* de los agentes con posición dominante en este mercado.

Lo cierto es que el derecho de la libre competencia ha evolucionado y se ha desarrollado en los últimos años, y, junto con él, los bienes jurídicos que las normas sobre protección de la libre competencia buscan tutelar. Aunque hoy la legislación Colombiana enfoca los objetivos del derecho de la competencia a **(i)** la libre participación de las empresas en el mercado; **(ii)** el bienestar de los consumidores; y **(iii)** la eficiencia económica, la Corte Constitucional se ha referido a esta disciplina de una manera más amplia y ha dicho que los bienes jurídicos tutelados se refieren a *“(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. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.”*¹

En otros países la doctrina extranjera ha visto viable que las normas de libre competencia sigan otras finalidades. En este orden de ideas se ha dicho que *“El Derecho de la Competencia existe para proteger el proceso de competencia en una economía de libre mercado, es decir, un sistema económico en el que la asignación de recursos está determinada únicamente por la oferta y la demanda en los mercados libres y no está dirigida por la regulación gubernamental.*

¹ Tomado de la cita en del análisis de la sentencia de la Corte Constitucional C-032 de 2017 disponible en Luis Daniel Morales Hernandez, La Prohibición a la Concentración de Cargos Administrativos: Un análisis desde la perspectiva del derecho de la competencia. Pontificia Universidad Javeriana.

(...) Las normas de competencia tienen por objeto promover una competencia efectiva y no falseada en el mercado. (...) El objetivo primordial de la política de competencia es promover y mantener un proceso de competencia afectiva para lograr una asignación más eficiente de los recursos.”².

Es por esto que existe hoy en día una perspectiva social más amplia que complementa la finalidad de los bienes jurídicos tutelados por la ley de libre competencia en Colombia. Escuelas como la “Neobrandesiana” o también conocida en inglés como “Hipster Antitrust” proponen extender la finalidad del derecho de la competencia para proteger otros bienes jurídicos como: “**(i)** la protección del empleo; **(ii)** la desigualdad social; **(iii)** la protección de las pequeñas empresas que a veces no tienen, en razón de su tamaño, ninguna posibilidad de permanecer en el mercado; **(iv)** la defensa de la industria nacional; **(v)** la equidad social; **(vi)** la protección al medio ambiente; o **(vii)** la protección del consumidor.”³

En este sentido, es importante que la CRC utilice las facultades que le ha otorgado la ley, con el fin de buscar el mejoramiento de la regulación de libre competencia en el mercado de “servicios móviles” con el objetivo de proteger los bienes jurídicos antes mencionados.

2. Antecedentes y contexto actual del mercado de “servicios móviles”.

Con el objetivo de poder analizar los antecedentes, en esta sección incluimos la siguiente tabla en donde se encuentran los principales antecedentes del proyecto, junto con una breve referencia a cada uno de ellos:

Antecedentes. ⁴
Resolución 5108 de 2017 de la CRC. ⁵

² “Competition law (or, in American terminology, antitrust law) exists to protect the process of competition in a free market economy -that is, an economic system in which the allocation of resources is determined solely by supply and demand in free markets and is not directed by government regulation. (...) competition rules seek to promote effective and undistorted competition in the market. (...) the prime purpose of competition policy is, in our view, to promote and maintain a process of affective competition so as to achieve a more efficient allocation of resources.” (Traducción propia) Alison Jones y Brenda Sufrin. EU Competition Law. Oxford.

³ Cita de Alfonso Miranda Londoño “LOS PROGRAMAS DE AMNISTÍA, CLEMENCIA O DELACIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA LATINOAMERICANO. RETOS Y SOLUCIONES DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO”. Tesis doctoral. Salamanca, 2022 en el documento en Luis Daniel Morales Hernandez, La Prohibición a la Concentración de Cargos Administrativos: Un análisis desde la perspectiva del derecho de la competencia. Pontificia Universidad Javeriana.

⁴ Tomado del Proyecto de Resolución disponible en <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/proyecto-resolucion-medidas-sm.pdf>

⁵ Disponible en: https://normograma.mintic.gov.co/docs/resolucion_crc_5108_2017.htm

Con la expedición de la Resolución 5108 de 2017 la CRC incluyó el mercado de “servicios móviles” como un mercado minorista de alcance nacional dentro del listado de mercados relevantes previsto en la Resolución 5050 de 2006.

El argumento que planteo la CRC fue que los productos que integran el mercado de “servicios móviles” presentan complementariedad transaccional, es decir, que su adquisición conjunta reduce de manera significativa los costos de transacción al comprador. En ese sentido, se dispuso que el mercado definido incluye el servicio de voz saliente móvil, la originación de mensajes cortos de texto (SMS) y de mensajes multimedia (MMS) y el servicio de Internet móvil.

Por lo tanto, de esta manera se incluyó el mercado de “servicios móviles” en la lista de mercados relevantes sujetos a regulación ex ante (Anexo 3.2. “Lista de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante”).

Resoluciones 6146 de 2021⁶ y la 6380 de 2021⁷ de la CRC.

Mediante la Resolución 6146 del 2021 la CRC resolvió que la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.** tenía posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* denominado “Servicios Móviles” (2.5 del Anexo 3.1) definido en el Anexo 3.2. del Título de anexos de la Resolución CRC 5050 de 2016.

1.

Adicionalmente resolvió la CRC que una vez transcurridos dos (2) años desde la ejecutoria de la Resolución 6146 de 2021, la CRC elaboraría un informe sobre las condiciones de competencia en el mercado de “servicios móviles”.

2.

Mediante la Resolución 6380 del 2021 la CRC confirmó la decisión adoptada en la Resolución 6146 del 2021 y rechazó las pretensiones formuladas por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.** en el recurso de reposición interpuesto.

Modificación a la agenda regulatoria 2023 – 2024 de la CRC⁸.

En julio de 2023 se decidió **modificar la agenda regulatoria 2023-2024** y se consideró pertinente analizar la regulación vigente aplicable en relación con el mercado “Servicios Móviles”, para formular un proyecto regulatorio con el objetivo de revisar y evaluar la necesidad de establecer medidas regulatorias para promover la competencia en tal mercado, el cual denominó “*Revisión de medidas regulatorias aplicables a servicios móviles*”.

Documento del 18 de agosto de 2023 revisión del mercado relevante “Servicios móviles”⁹

Concluyó, aplicados los criterios a que se refiere el artículo 3.1.2.3. de la Resolución CRC 5050 de 2016, que el mercado de “Servicios Móviles” mantenía su carácter de sujeto a regulación *ex ante*, adoptado mediante la Resolución CRC 5108 de 2017, y por tanto el listado del Anexo 3.2 de dicha Resolución no debía ser objeto de modificación en esa materia.

⁶ Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/sites/default/files/normatividad/00006146%20AP.pdf>

⁷ Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/sites/default/files/normatividad/00006380%20rec%20AP.pdf>

⁸ Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Biblioteca%20Virtual/Modificaci%C3%B3n%20Agenda%20Regulatoria%20CRC%202023%20-%202024/Modificacion-Agenda-Regulatoria-2023-2024.pdf>

⁹ Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-2-3/Propuestas/Revision-MR-Servicios-Moviles-210923.pdf>

Documento del 8-25 septiembre 2023 “formulación del problema”:

Conclusiones: **(i)** barreras de entrada al mercado “Servicios Móviles”; **(ii)** demanda inelástica y ausencia de servicios sustitutos, siendo estas condiciones estructurales del mercado analizado; **(iii)** incidencia de la posición dominante en el mercado “Servicios Móviles”; **(iv)** asimetrías de información relacionadas con prácticas de retención y recuperación de usuarios; **(v)** ofertas empaquetadas no replicables por parte de algunos operadores; y **(vi)** pocos incentivos para competir en calidad del servicio.

Octubre. Resolución 61548 de 2023 Superintendencia de Industria y Comercio.

La Superintendencia de Industria y Comercio autorizo condicionadamente la integración entre **TIGO** y **MOVISTAR**, caso en el cual, si bien deberán competir como operadores independientes, la posibilidad de compartir la infraestructura de red, o los derechos de uso del espectro radioeléctrico.

El Ministerio TIC adelantará la subasta 5G el 20 de Diciembre de 2023¹⁰.

Con la expedición de la Resolución 3947 de 2023 el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones reglamento el proceso de subasta de las bandas correspondientes al espectro remanente donde actualmente operan los sistemas 4G (700 MHz, 1900 MHz, AWS extendida, 2500 MHz) y a la banda de 3500 MHz.

El MinTic recibió cuatro solicitudes: de Comunicación celular Comcel (Claro), Sociedad futura Telecall Colombia, Partners Colombia (WOM), y la Unión temporal Colombia Móvil - Telefónica¹¹.

Dentro del cronograma del proceso conforme al artículo 4 de la resolución las actividades relevantes que siguen a partir de la fecha de publicación de este documento son las siguientes: **(i)** Publicación del informe final evaluación de solicitudes presentadas. (30 de noviembre de 2023), **(ii)** Sesión de presentación, simulación y explicación del mecanismo de la subasta a las personas autorizadas por cada uno de los Participantes habilitados. (Fecha de inicio 4 de diciembre de 2023 – 11 de diciembre de 2023), **(iii)** Subasta (20 de diciembre de 2023), **(iv)** Expedición de los actos administrativos particulares de asignación de permiso de uso del espectro radioeléctrico (22 de febrero de 2024), y **(v)** Notificación de los actos administrativos particulares de asignación de permiso de uso del espectro radioeléctrico (23 de febrero de 2024).

Publicación de la propuesta de medidas regulatorias aplicables al mercado de servicios móviles¹².

La CRC publicó la propuesta de medidas regulatorias aplicables al mercado de servicios móviles para promover la competencia e incrementar el bienestar del usuario el pasado 3 de Noviembre de 2023.

De conformidad a la propuesta los objetivos del proyecto regulatorio son: *“Incrementar la competencia efectiva en los mercados de servicios móviles con el fin de mejorar el bienestar de los usuarios”, y como objetivos específicos: (i) evaluar la pertinencia de modificar o complementar las medidas regulatorias generales aplicables a servicios móviles; (ii) determinar la necesidad de implementar medidas regulatorias para mitigar*

¹⁰ Consulte la resolución 3947 de 2023 que reglamenta la subasta 5G aquí: https://www.mintic.gov.co/portal/715/articles-281096_recurso_1.pdf

¹¹ Tomado de: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-prensa/Noticias/326070:MinTIC-recibio-cuatro-ofertas-de-operadores-interesados-en-participar-en-la-subasta-5G>

¹² Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Propuestas/proyecto-resolucion-medidas-sm.pdf>

las causas asociadas a la ausencia de competencia efectiva en el mercado “Servicios Móviles”; e (iii) identificar aquellos elementos de la normatividad aplicable a servicios móviles susceptibles de simplificación”.

En consideración de estos antecedentes, y en atención a la importancia de los bienes jurídicos que busca tutelar el Derecho de la Libre Competencia, es indispensable afirmar que la regulación debe fundamentarse en estudios rigurosos y completos que permitan adoptar las decisiones que más convengan dentro del marco jurídico existente.

Es por esto que para **modificar la agenda regulatoria 2023-2024** y el análisis de la regulación vigente aplicable en relación con el mercado “Servicios Móviles”, es necesario e indispensable contar con un diagnóstico del mercado, lo que remite a los documentos en los cuales se fundamentó el proyecto de resolución¹³, para formular un proyecto regulatorio que tenga como objetivo *“Incrementar la competencia efectiva en los mercados de servicios móviles con el fin de mejorar el bienestar de los usuarios”*, lo cual implica: **(i)** evaluar la pertinencia de modificar o complementar las medidas regulatorias generales aplicables a servicios móviles; **(ii)** determinar la necesidad de implementar medidas regulatorias para mitigar las causas asociadas a la ausencia de competencia efectiva en el mercado *“Servicios Móviles”*; e **(iii)** identificar aquellos elementos de la normatividad aplicable a servicios móviles susceptibles de simplificación.

Sobre este particular se encontró que la Comisión publicó dos documentos en donde se encuentra el análisis económico que fundamenta este proyecto regulatorio: **(i)** el documento del 18 de agosto de 2023 revisión del mercado relevante *“Servicios móviles”*, y **(ii)** el documento del 8-25 septiembre 2023 denominado *“formulación del problema”*. En relación con estos estudios, cabe preguntarse si los mismos reflejan la actual situación del mercado.

Lo anterior debido a que la industria que se busca regular en este proyecto se encuentra en un momento de transición que afectará las condiciones del mercado y la manera como los Operadores compiten, razón por la cual cualquier proyecto regulatorio debe tener en cuenta las siguientes dos situaciones:

Por un lado, como se puede evidenciar de la tabla, a finales de este año se llevará a cabo la subasta de espectro 5G, cuyo cronograma pronto estará definido, ya que de conformidad con el artículo 4 de la resolución del Min TIC hace falta solamente: **(i)** la publicación del informe final evaluación de solicitudes presentadas. (30 de noviembre de 2023), **(ii)** la sesión de presentación, simulación y explicación del mecanismo de la subasta a las personas autorizadas por cada uno de los Participantes habilitados. (Fecha de inicio 4 de diciembre de 2023 – 11 de diciembre de 2023), **(iii)** la subasta (20 de diciembre de 2023), **(iv)** la expedición de los actos administrativos particulares de asignación de permiso de uso del espectro radioeléctrico (22 de febrero de 2024), y **(v)** la notificación de los actos

¹³ Tomado de Modificación a la agenda regulatoria 2023 – 2024 de la CRC, Documento del 18 de agosto de 2023 revisión del mercado relevante “Servicios móviles y Publicación de la propuesta de medidas regulatorias aplicables al mercado de servicios móviles.

administrativos particulares de asignación de permiso de uso del espectro radioeléctrico (23 de febrero de 2024).

Por lo tanto, si bien son varias las etapas del proceso de la subasta que están pendientes, la más importante tendrá lugar el 20 de diciembre de 2023, mientras que la expedición del acto administrativo de asignación se llevará a cabo el 22 de febrero de 2024, fechas muy próximas a la expedición del proyecto regulatorio. La subasta 5G materializa los deberes del Estado al garantizar el uso y acceso al espectro electromagnético (artículos 75, 101 y 102 de la Constitución Política).

Además de ser una materialización de los deberes del Estado, esta subasta es un vivo ejemplo de la intervención del Estado en la economía. Así el artículo 2 de la Ley 1341 de 2009 prevé los principios que orientan la intervención del mercado en este sector, a los cuales el MinTIC se refiere en los siguientes términos:

“i) propiciar escenarios de libre competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, las “TIC”) y la concurrencia de mercado en condiciones de igualdad; ii) fomentar el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que a través de ellas se puedan prestar, como la promoción del óptimo aprovechamiento de un recurso escaso como el espectro radioeléctrico; iii) garantizar la libre adopción de tecnologías, teniendo en cuenta recomendaciones, conceptos y normativas de los organismos internacionales competentes e idóneos en la materia, que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y garantizar la libre y leal competencia, y que su adopción sea armónica con el desarrollo ambiental sostenible (neutralidad tecnológica); iv) promover el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos para generar, entre otros aspectos, calidad y eficiencia en beneficio de los usuarios; y v) propiciar a todo colombiano el derecho al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas, que permitan el ejercicio pleno de derechos fundamentales constitucionales como la libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial, la educación y el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura;”¹⁴

En este orden de ideas, es evidente que tanto los estudios que rodearon la subasta 5G, como el fin que persigue el Estado mediante su subasta, junto con los derechos que busca garantizar, tienen como objetivo hacer un fuerte impacto en el mercado relevante al cual pertenece el proyecto de regulación de la CRC, objeto de este análisis, pues de lo contrario su

¹⁴ Resolución 3947 de 2023 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

asignación sería innecesaria. Así, resulta para cualquier análisis económico en el cual se fundamente el proyecto indispensable tener en cuenta este cambio en el mercado, lo que hace necesario que concluyan las etapas pendientes por surtir del proceso de subasta, y se dé un periodo prudente de ajuste en el mercado, para poder tener un diagnóstico real del mercado relevante que se busca regular mediante la intervención del Estado en la economía.

Por otro lado, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución 61548 de 2023 acaba de tomar una decisión respecto de la integración proyectada entre los agentes del mercado **TIGO** y **MOVISTAR**, caso en el cual, si bien deberán competir como operadores independientes, la posibilidad de compartir la infraestructura de red, o los derechos de uso del espectro radioeléctrico, indudablemente tendrán efectos sobre el mercado.

Es importante tener en cuenta que las operaciones que cumplen con los supuestos tanto subjetivos como objetivos y se sujetan al control de las concentraciones empresariales son de suma importancia e impacto económico. Así, la SIC se ha referido a este control como aquel que:

*“corresponde al ejercicio de una potestad sancionadora, pues el espectro con que funciona no es represivo sino preventivo, y dentro de esta perspectiva, **tratan de evitarse aquellas operaciones en que por las condiciones particulares de quienes intervienen o por las condiciones generales del mercado en que se suscitan, tienden a restringir en forma indebida la competencia.**”¹⁵ Es decir, “busca evaluar los efectos económicos que se producirían como resultado de una concentración de dos o más agentes en el mercado, todo con el fin de evitar que se restrinja indebidamente la competencia y se reduzca el bienestar de los consumidores”¹⁶*

De esta manera, cronológicamente, el análisis que hace la autoridad de competencia es; (i) Primero, analizar si la operación consiste en una toma de control; (ii) Para después, evaluar respecto de los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico frente a que deber de informar anticipadamente la operación se encuentran los intervinientes; y, (iii) Para hacer un análisis sustancial de los efectos de la operación en el mercado.

En el análisis de los efectos de la operación en el mercado la autoridad de competencia debe realizar un análisis¹⁷ teniendo en cuenta factores

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29807 de 2004

¹⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5545 del 6 de febrero de 20114. Disponible en: https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/Competencia/Integraciones/Resoluciones/Integraciones/2014/Febrero/Resolucion_5545.pdf

¹⁷ Por regla general será la Superintendencia de Industria y Comercio quien será la autoridad competente para realizar el control a una concentración empresarial, sin embargo, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 cuando la concentración empresarial esté relacionada con entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, será esta la autoridad competente para realizar el control a dicha operación.

como: **(i)** la competencia potencial, **(ii)** el análisis de los efectos unilaterales y coordinados (horizontales y/o verticales), **(iii)** las eficiencias **(iv)** la estructura del mercado relevante, **(v)** índices de concentración, **(vi)** barreras de entrada, **(vii)** excepción de empresa en crisis, y **(viii)** condicionamientos, entre otros, para llegar a una decisión.

Con este análisis la autoridad busca “evaluar si los efectos en el mercado originados en virtud de una concentración ameritan su objeción, su autorización sujeta al cumplimiento de condiciones encaminadas a preservar la competencia en el mercado, o su autorización pura y simple”¹⁸.

Este análisis tiene la finalidad de “determinar si la operación tendría la capacidad de restringir indebidamente la libre competencia en los mercados afectados. En ese sentido, a través del control de las concentraciones la autoridad pretende “distinguir entre las operaciones anticompetitivas y las pro-competitivas y bloquear o modificar las primeras”. Teniendo en cuenta que las transacciones pueden generar tanto efectos pro – competitivos como anticompetitivos, una manera más precisa de entender la finalidad del control de las concentraciones es considerarlo un mecanismo para “diferenciar entre aquellas transacciones cuyas probables consecuencias anticompetitivas pesan más que los posibles beneficios”.¹⁹²⁰

En consideración a la importancia económica de una operación de esta naturaleza, se debe recomendar que el análisis económico de los estudios que preceden el proyecto regulatorio tenga en cuenta esta operación.

En conclusión, estas circunstancias generarán una reconfiguración del mercado, con lo cual, para un análisis correcto y completo, una vez se causen estas situaciones en el mercado y este mismo logre acoplarlas, se haga un nuevo estudio y análisis del mercado que permita evaluar realmente las condiciones de competencia, puesto que no parece conveniente en ningún momento regular mercados que están a vísperas de pasar por una transición tan significativa.

¹⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014. Disponible en: https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/Competencia/Integraciones/Resoluciones/Integraciones/2014/Febrero/Resolucion_5545.pdf

¹⁹ Alfonso Miranda Londoño, Juan David Gutiérrez Rodríguez y Natalia Barrera Silva. El control de las concentraciones empresariales en Colombia. Editorial Ibañez.

²⁰ Este extracto pertenece a una aparte del documento: Luis Daniel Morales Hernandez, La Prohibición a la Concentración de Cargos Administrativos: Un análisis desde la perspectiva del derecho de la competencia. Pontificia Universidad Javeriana.

Esto se debe a que toda vez que como se está frente a una reconfiguración del mercado las condiciones de la competencia entre los actuales operadores esta frente a condiciones de mercado potenciales y/o eventuales, pues todavía no ha culminado la subasta 5G y no se ha visto como el impacto de la integración de **TIGO** y **MOVISTAR** van a impactar la competencia.

Para el Derecho de la Competencia estas situaciones efectivamente constituyen un reto más complicado de solucionar que el de simple y sencillamente aplicar el análisis de mercado relevante, dado que en estos casos las condiciones de competencia “potencial” y/o “eventual” son especulativas.

Esta, no es la primera vez que el análisis económico ha requerido del derecho de la competencia tratar con situaciones “potenciales” y/o “eventuales”. En el análisis de mercado relevante para determinar la posición dominante de una empresa, muchas veces se utiliza la denominada prueba del monopolista hipotético o *Small but Significant Non – Transitory Increase in Price - SSNIP test* el cual consiste en el siguiente análisis de un escenario hipotético:

*“se comienza con un grupo de productos que podrían componer el mercado relevante y se crea un escenario hipotético en el cual una única empresa controla la totalidad de estos productos. A continuación, se simula el efecto de un pequeño pero significativo aumento permanente del precio (del orden de un 5% o 10%). Si los consumidores reaccionan a esta hipotética subida de precios comprando otros productos, entonces esos productos se deben incluir en el mercado de referencia y se repite la prueba, hasta que no exista sustitución significativa. Lo que se intenta calcular es la **elasticidad de la demanda residual** de la empresa. Es decir, cómo afecta el cambio en el precio del producto de la empresa a la demanda de dicho producto. Existen muchas variaciones de esta prueba en función de la naturaleza del mercado estudiado, y existen dificultades prácticas a la hora de su implementación”²¹.*

Por lo tanto, se debe evaluar el análisis de competencia potencial y/o eventual de los estudios económicos que preceden el proyecto de regulación frente a estas dos situaciones, las cuales se encuentran en la siguiente tabla:

Análisis de competencia potencial y/o eventual.
Documento del 18 de agosto de 2023 revisión del mercado relevante “Servicios móviles” Respecto de la subasta 5G:

²¹ Mercado Relevante. Glosario. Centro Competencia (CECO). Disponible en: <https://centrocompetencia.com/mercado-relevante/#:~:text=Este%20test%20económico%20también%20es,la%20totalidad%20de%20estos%20productos.>

En este documento en el capítulo 5 denominado “*dimensionamiento del potencial de competencia en el corto y mediano plazo*” los estudios parecen estar basados en la actual situación de mercado producto de subastas anteriores, así el documento dice que

En 2013 y 2019, el Ministerio TIC realizó dos procesos de subastas de espectro radioeléctrico atribuido al servicio móvil e identificado para IMT140, en los que se adjudicaron bloques en las bandas de 700 MHz, 1.900 MHz, AWS (1.700 MHz / 2.100 MHz), y 2.500 MHz. En la subasta de 2013, el Gobierno adjudicó 3 franjas de 30 MHz cada una en la banda AWS a 3 operadores distintos: AVANTEL, MOVISTAR y la unión entre TIGO/EPM y ETB. En la banda de 2.500 MHz, por su parte, se adjudicaron asimismo 3 bloques: un bloque de 30 MHz Frequency Division Duplexing (FDD) para CLARO, y dos bloques para DIRECTV, uno de 30 MHz FDD y otro de 40 MHz Time Division Duplexing (TDD). Posteriormente, en la subasta de 2019 el Ministerio TIC asignó permisos de uso de espectro en las bandas de 700 MHz y 2.500 MHz. Particularmente, adjudicó a CLARO un bloque de 20 MHz en la banda de 700 MHz y 3 bloques de 10 MHz cada uno en la banda de 2.500 MHz. A TIGO le fueron asignados 2 bloques de 20 MHz en la banda de 700 MHz; mientras que a WOM, operador entrante, se le asignaron 2 bloques de 10 MHz en la banda de 2.500 MHz, y un bloque adicional de 20 MHz en la banda de 700 MHz²²

En este orden de ideas, el CEDEC recomienda incluir en este análisis la subasta del 5G.

Por otro lado, si bien el punto 5.2.2.2. hace referencia al potencial de entrada de bandas medias altas, respecto del cual el estudio de la CRC concluyó que “*aun cuando se espera que la entrada de la oferta de servicios 5G sea importante para el avance de la conectividad y la modernización de los servicios móviles en el país, y aun cuando el gobierno viene avanzando en la planificación y desarrollo de esta entrada, no es posible esperar a corto o mediano plazo que potenciales nuevos entrantes que utilicen espectro en bandas medias-altas amenacen la posición competitiva que los OMR existentes han alcanzado en el mercado debido a que para analizar el potencial de un operador para ser un competidor efectivo en la prestación de servicios LTE (4G), un nuevo operador entrante para ser un competidor efectivo en el mercado de servicios móviles probablemente requerirá no solo de capacidad de despliegue en 5G (espectro en bandas medias-altas), sino también contar con espectro en bandas bajas para ser competitivo en cobertura, así como espectro en bandas medias para tener un mayor potencial competitivo en capacidad de transmisión de datos.* Un nuevo operador entrante difícilmente cumpliría con estos tres aspectos por cuanto, como se señaló, el espectro disponible en bandas bajas está limitado únicamente a 10 MHz en la banda de 700 MHz. Adicionalmente, para un potencial nuevo entrante la disponibilidad de espectro en bandas medias-altas, y en especial en la banda de 3.5 GHz, dependerá de múltiples factores, que incluyen las reglas de participación a ser definidas por el Ministerio TIC, las cantidades de espectro que se destinen a los ámbitos nacional y regional, y de la cantidad de espectro que resulte adjudicada a los OMR existentes, quienes en su totalidad expresaron interés en espectro en dicha banda (3.5 GHz) para el ámbito nacional.²³

Teniendo en cuenta la información pública de los participantes de la subasta, se encuentra que hay un nuevo agente del mercado, y los agentes económicos **TIGO** y **MOVISTAR** ya existente cambiaron la manera como compite en el mercado con ocasión a su integración. Por lo tanto, es necesario reevaluar esta conclusión en base a estas variables, para poder así determinar si el análisis económico en base a estas situaciones vuelve a desembocar en la misma conclusión.

Respecto de la integración de TIGO y MOVISTAR.

No se encontró información relacionada con el impacto económico de **TIGO** y **MOVISTAR**, por lo cual el CEDEC recomienda tenerlo en cuenta puesto que, si bien operaran como agentes económicos, tanto es el

²² Documento del 18 de agosto de 2023 revisión del mercado relevante “Servicios móviles”

²³ Tomado del Documento del 18 de agosto de 2023 revisión del mercado relevante “Servicios móviles”

impacto en el mercado que la misma autoridad de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, tomo la decisión de condicionar la operación en base a su análisis económico.

Documento del 8-25 septiembre 2023 “formulación del problema”:

Respecto de la subasta 5G:

En este documento al momento de mostrar las conclusiones del **Documento del 18 de agosto de 2023 revisión del mercado relevante “Servicios móviles”** respecto del análisis de la competencia potencial en el mercado de servicios móviles encontró que *“No se encuentra evidencia de que la innovación y el cambio tecnológico en el mercado de servicios móviles, cuyo patrón principal se asocia a la migración a redes 4G y la futura migración a 5G, sean fuerzas suficientes que lleven al mercado a una situación de competencia efectiva en el corto y mediano plazo.”*²⁴

Sobre este particular el CEDEC reitera las recomendaciones ya expuestas sobre la conclusión de la Comisión.

Respecto de la integración de TIGO y MOVISTAR.

No se encontró información relacionada con el impacto económico de **TIGO y MOVISTAR**, por lo cual el CEDEC recomienda tenerlo en cuenta puesto que si bien operaran como agentes económicos, tanto es el impacto en el mercado que la misma autoridad de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, tomo la decisión de condicionar la operación en base a su análisis económico.

En base a estos hallazgos parece ser necesario: (i) incluir dentro del análisis económico la subasta 5G, y (ii) analizar cuáles son las posibles consecuencias competitivas de la integración de TIGO y MOVISTAR.

Esto es importante toda vez que si bien uno puede regular hipótesis y eventualidades los dejo con la pregunta de si es conveniente regular un mercado con base en unos análisis y estudios económicos que preceden a una transición del mercado tan importante como la que está por ocurrir en este sector de la economía, dejando la salvedad de los riesgos que esto puede enfrentar frente a la motivación del acto administrativo.

3. Contenido del proyecto regulatorio y comentarios.

Respecto del contenido del proyecto regulatorio a continuación se puede encontrar una tabla en donde se relacionan las principales medidas regulatorias que se proponen:

Medidas de la propuesta regulatoria.²⁵

²⁴ Documento del 8-25 septiembre 2023 “formulación del problema”

²⁵ Contenido de la tabla organizado por el autor pero tomado de **Publicación de la propuesta de medidas regulatorias aplicables al mercado de servicios móviles.**

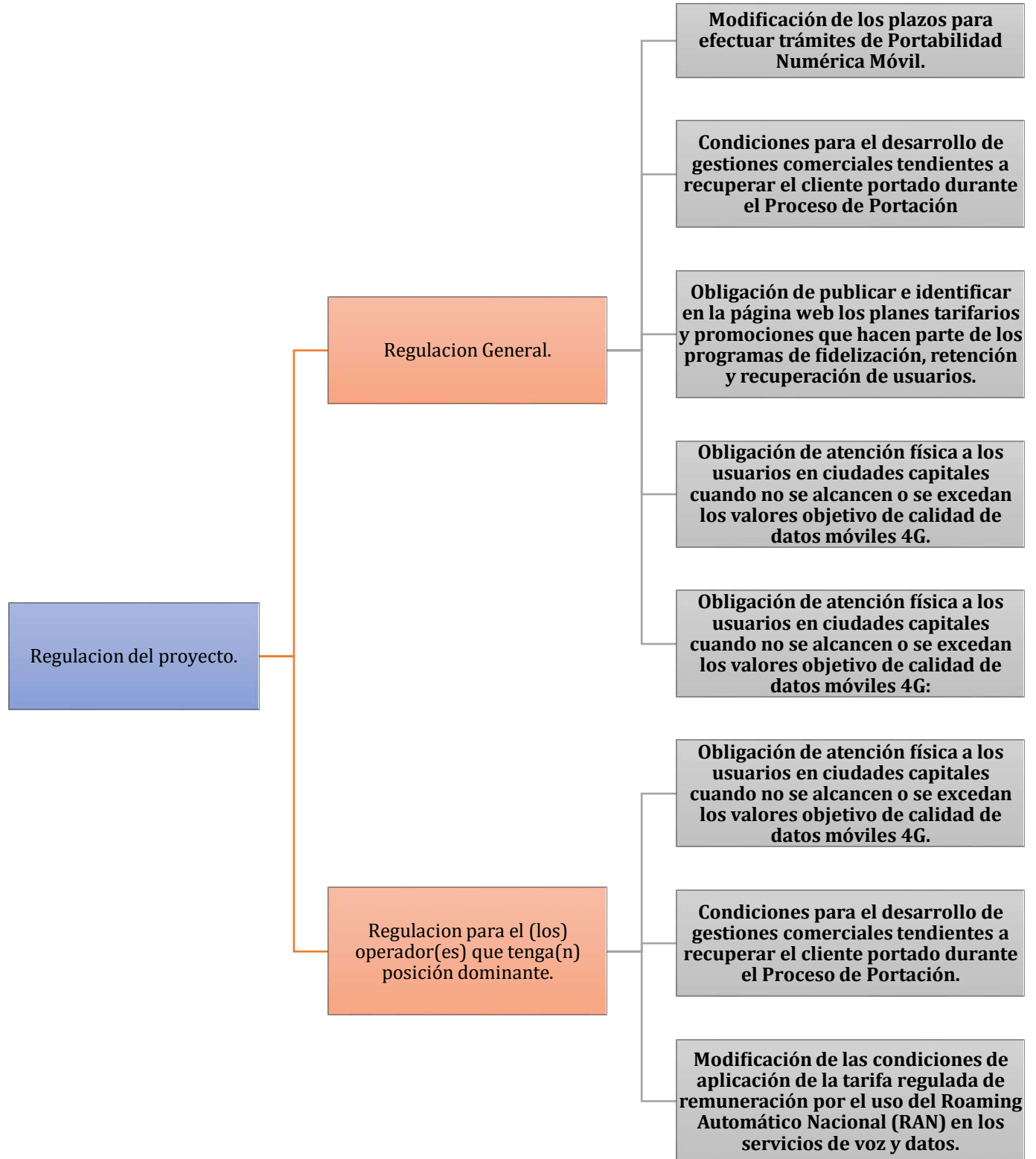
<p>Modificación de los plazos para efectuar trámites de Portabilidad Numérica Móvil:</p>	<p>Modificar la definición de “DÍA HÁBIL PARA LA PORTABILIDAD NUMÉRICA MÓVIL” por el término “FRANJA HORARIA PARA LA PORTABILIDAD NUMÉRICA MÓVIL” el cual quedará contenido en el Título I de la Resolución CRC 5050 de 2016. Dicha modificación también se reflejará expresamente en el artículo 2.1.17.3 de la Resolución CRC 5050 de 2016, de manera que se considerará como una franja horaria para la Portabilidad, cualquier día de la semana —de lunes a domingo, incluyendo días festivos— en el horario comprendido entre las 8:00 a.m. y las 4:00 p.m..</p>
<p>Condiciones para el desarrollo de gestiones comerciales tendientes a recuperar el cliente portado durante el Proceso de Portación así como dentro de los tres (3) meses siguientes a la culminación de dicho proceso:</p>	<p>Modificar el numeral 2.6.2.4.4 del artículo 2.6.2.4 de la Resolución CRC 5050 de 2016, estableciendo que todos los PRSTM podrán realizar gestiones comerciales tendientes a recuperar al cliente portado, una vez se haya finalizado el Proceso de Portación, en los términos del artículo 2.6.4.1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016, con las siguientes restricciones: (i) Los Operadores Móviles de Red (OMR) deberán abstenerse de contactar a los usuarios que se hayan portado a Operadores Móviles Virtuales (OMV) durante el proceso de Portación de que trata el artículo 2.6.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 y durante los 3 meses siguientes a su finalización; (ii) los proveedores con posición dominante, individual o conjunta, en el mercado “Servicios Móviles” deberán abstenerse de contactar a los usuarios que se hayan portado a los demás PRSTM que no ostenten esa posición, durante el proceso de Portación de que trata el artículo 2.6.4.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 y durante los 3 meses siguientes a su finalización.</p> <p>Así mismo, se modificará el numeral 2.6.2.5.3.2 del artículo 2.6.2.5 de la Resolución CRC 5050 de 2016, en el sentido de complementar esta disposición en los casos especiales en los que esta restricción deberá extenderse durante los tres meses siguientes a la finalización del Proceso de Portación.</p>
<p>Obligación de publicar e identificar en la página web los planes tarifarios y promociones que hacen parte de los programas de fidelización, retención y recuperación de usuarios:</p>	<p>Establecer la obligación en cabeza de los PRSTM de: (i) publicar e identificar en sus respectivas páginas web, y en el comparador de tarifas de que trata el artículo 2.1.7.2.6 de la Resolución CRC 5050 de 2016, todos los planes tarifarios y promociones que hacen parte de sus programas de fidelización, retención y recuperación de usuarios; y (ii) suscribir en ese tipo de planes y promociones a los usuarios que así lo soliciten siempre y cuando estos cumplan con las condiciones señaladas por los PRSTM para el acceso a tales planes y promociones.</p>
<p>Obligación de atención física a los usuarios en ciudades capitales cuando no se alcancen o se excedan los valores</p>	<p>Incluir una disposición adicional en el artículo 2.1.25.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, indicando que, cuando un PRSTM, no alcance o exceda, según corresponda, el valor objetivo de cualquiera de los indicadores de calidad para el servicio de datos móviles 4G definidos en el artículo 5.1.3.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, en un trimestre específico, deberá garantizar la atención física a sus usuarios en la ciudad capital que esté incluida en el ámbito geográfico de la medición en el que no alcanzó o excedió el valor objetivo. Para asegurar dicha atención física, el PRSTM deberá disponer de una oficina física en la mencionada ciudad capital o celebrar acuerdos con otros operadores que puedan proporcionar dicha atención. El PRSTM tendrá un plazo de un (1) mes, contado a</p>

<p>objetivo de calidad de datos móviles 4G:</p>	<p>partir del día siguiente al vencimiento del plazo para presentar el reporte de los indicadores de calidad, para cumplir con esta obligación.</p> <p>Para que cese la obligación de garantizar la atención física a los usuarios en los términos previamente señalados, el PRSTM deberá asegurarse de que, durante tres (3) trimestres consecutivos, logre los valores objetivo de todos los indicadores establecidos para los servicios de datos móviles 4G.</p>
<p>Obligación de reportar información a la CRC sobre infraestructura pasiva:</p>	<p>en este caso se adoptan dos (2) tipos de obligaciones. Por una parte, respecto de la infraestructura pasiva (torres, mástiles y monopolos) en la que el PRSTM ostente la propiedad, posesión o tenencia, o utilice, a cualquier título, para la prestación de servicios de telecomunicaciones, el reporte de información deberá contener para cada una de las torres, el código y el nombre con el que el PRSTM identifica el sitio donde se encuentra instalada la torre, el código DANE del municipio en el cual se encuentra instalado, así como la latitud y longitud geográfica de ubicación. Esta información podrá ser conocida por otros PRSTM con el único propósito de adelantar, de buena fe, negociaciones para su compartición —en lo que a la infraestructura propia del PRSTM se refiere— incluyendo espacio en torre, espacio en piso y servicios adicionales tales como energía, aire acondicionado, visitas técnicas, análisis de factibilidad, adecuación de sitio o recuperación de espacio en torre o en piso.</p> <p>Por otra parte, se agrega una obligación a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que ostenten posición dominante, individual o conjunta, en el mercado “Servicios Móviles”, quienes deberán publicar las condiciones para la compartición de infraestructura pasiva (espacio en torre, mástiles y monopolos, así como espacio en piso y servicios adicionales). Tales condiciones para el acceso y uso compartido de la infraestructura pasiva antes mencionada deberán otorgarse a cualquier PRSTM que requiera el acceso y uso compartido de la infraestructura sobre la que, el sujeto obligado a publicar las condiciones de referencia a través de la OBI, tenga la propiedad o control del acceso.</p> <p>La obligación anteriormente descrita se extenderá a todas las personas naturales o jurídicas a quienes los PRSTM con posición dominante, individual o conjunta, en el mercado “Servicios Móviles” transfieran, a cualquier título, la propiedad, posesión, tenencia o control de la infraestructura pasiva objeto de la obligación acá prevista; lo anterior, para asegurar la efectividad de la medida, respecto de la infraestructura que, con posterioridad, y en vigencia de la medida regulatoria a ser expedida, sea objeto de traspaso de la titularidad del derecho de dominio.</p>
<p>Modificación de las condiciones de aplicación de la tarifa regulada de remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional (RAN) en los servicios de voz y datos para los PRSTM establecidos:</p>	<p>Mantener la tarifa regulada de remuneración por el uso de la instalación esencial de 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 radioeléctrico para la prestación de servicios móviles terrestres en bandas utilizadas en Colombia para las IMT (proveedores establecidos), de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4.7.4.1.1 del artículo 4.7.4.1. y el numeral 4.7.4.2.1 del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, respectivamente, aplicable en aquellos municipios listados en el Anexo 4.8 del Título Anexos Título IV de la citada Resolución, excepto cuando la red visitada en dichos municipios sea la del proveedores que ostenten posición dominante, individual o conjunta con otro PRST, en el mercado relevante “Servicios Móviles”, en cuyo caso la tarifa aplicable, en su calidad de proveedores de la red visitada, corresponderá al valor final de la senda definida en el numeral 4.7.4.1.1 para el servicio de voz, y el valor final de la senda definida en el numeral 4.7.4.2.1 para el servicio de datos, o aquella que la modifique o sustituya.</p>

<p>Obligación de reportar información a la CRC sobre ofertas conjuntas:</p>	<p>Establecer la obligación en cabeza de los operadores móviles de reportar información periódica a través de un nuevo formato denominado “Líneas o accesos y valores facturados de servicios móviles asociados con servicios fijos” que comprenda información relativa a la cantidad de usuarios que cuentan con servicios móviles y deciden adquirir de manera conjunta servicios fijos, y de aquellos que, contando con servicios fijos deciden adquirir adicionalmente servicios móviles.</p>
<p>Modificación de la definición de Operador Móvil Virtual:</p>	<p>Modificar la definición actual de Operador Móvil Virtual contenida en el Título I de la Resolución CRC 5050 de 2016, a fin de señalar que corresponde al Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones que no cuenta con permiso para el uso de espectro radioeléctrico, identificado para IMT en un ámbito geográfico, que puede ser nacional o regional, motivo por el cual presta servicios de comunicaciones móviles al público en dicho ámbito geográfico a través de la red del Operador o los Operadores Móviles de Red (OMR) que lo aloje(n).”</p> <p>De acuerdo con la descripción anterior, el tratamiento que se ha dado en la regulación a Operadores Móviles Virtuales y Operadores Móviles de Red - diferenciados por la tenencia o no de espectro radioeléctrico- seguirán aplicándose solo en aquellas regiones donde no resulten asignatarios de permisos de uso de espectro radioeléctrico identificado para IMT. En tal sentido, si un PRST no tiene un permiso para el uso del espectro radioeléctrico identificado para IMT con alcance geográfico nacional o regional, le seguirán aplicando las disposiciones de la Resolución CRC 5050 de 2016 establecidas para un OMV según le corresponda.</p> <p>Ahora bien, en aquellas regiones donde el PRST sí obtenga un permiso para el uso del espectro radioeléctrico identificado para IMT, no le serán aplicables las disposiciones de la Resolución CRC 5050 de 2016 previstas para los PRST que son OMV debido a que en dicha región (o regiones) el PRST no será considerado un OMV.</p>
<p>Aclaración de obligaciones frente al acceso a la instalación esencial de RAN en zonas geográficas que no han sido solicitadas por el proveedor de red de origen (PRO).</p>	<p>Adicionar una obligación al PRV en el artículo 4.7.2.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, en el sentido de que deberá ofrecer y suministrar en condiciones no discriminatorias, la instalación esencial de Roaming Automático Nacional en la zona geográfica específica, al menos a nivel municipal o en una mayor desagregación geográfica, de acuerdo con las necesidades y la solicitud realizada por el Proveedor de Red Origen, esto último, sujeto a la capacidad técnica del Proveedor de Red Visitada. Asimismo, se debe modificar la obligación correlativa del PRO de informar las proyecciones de tráfico diferenciadas de acuerdo con el servicio a ser soportado y las zonas geográficas requeridas, discriminadas al menos a nivel de municipio o mayor desagregación geográfica de acuerdo con las necesidades del Proveedor de Red Origen. Dichas proyecciones serán revisadas, en conjunto por los dos proveedores involucrados, al menos cada tres (3) meses, con el objeto de revisar el comportamiento del tráfico de cada zona geográfica.</p>
<p>Actualización del Anexo 4.8 del Título Anexos Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016:</p>	<p>En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución CRC 6298 de 2021, actualizar los municipios listados en el Anexo 4.8 del Título Anexos Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, en los que resultan aplicables los valores de remuneración de RAN para el servicio de voz, SMS o datos a los que se refieren los numerales 4.7.4.1.1 y 4.7.4.1.2 del artículo 4.7.4.1 y el numeral 4.7.4.2.1 del artículo 4.7.4.2 del Capítulo 7 Título IV de Resolución CRC 5050 de 2016.</p>

--	--

De la tabla podemos dividir que la regulación que se busca implementar está dividida en dos grupos (i) una regulación general para los operadores y (ii) una regulación para el (los) operador(es) que tenga(n) posición dominante, tal como se muestra a continuación:



(Elaboración propia)

Por lo tanto, a continuación, se harán algunos comentarios respecto de **(i)** las disposiciones del proyecto que busca tutelar los derechos de los consumidores, y **(ii)** las disposiciones que buscan regular a los agentes con posición dominante en el mercado de “servicios móviles”.

3.1 Comentarios a las disposiciones del proyecto que busca tutelar los derechos de los consumidores.

Por un lado, tal como lo menciono la Superintendencia de Industria y Comercio en sus comentarios, este proyecto con la obligación de publicar e identificar en la página web los planes tarifarios y promociones que hacen parte de los programas de fidelización, retención y recuperación de usuarios ofrece una garantía para los consumidores pues les permite tomar mejores decisiones lo que amortiza la situación de desventaja en la que se encuentran frente a los operadores. Sin embargo, hay espacio para mejorar, pues comparto con la SIC que se deben reducir las asimetrías de información en relación con los planes y tarifas que los operadores ofrecen para que los consumidores puedan estar más informados y puedan tomar mejores decisiones.²⁶

De igual manera, la obligación de atención física a los usuarios en ciudades capitales, parece ser una iniciativa positiva para la protección de los consumidores y garantizar la mejor prestación de un servicio. Analizando que Colombia es un país cuya conectividad es complicada, y la educación para el manejo de nuevas tecnologías es generacional, es indispensable garantizar para algunos consumidores la posibilidad de una atención presencial.

Por lo tanto, el CEDEC encuentra que el proyecto regulatorio tiene disposiciones muy importantes que avanza la tutela y la protección de los consumidores.

3.2 Comentarios a las disposiciones que buscan regular a los agentes con posición dominante en el mercado de “servicios móviles”.

Por último, me gustaría hacer referencia a la regulación *ex ante* de los agentes con posición dominante en este mercado, puesto que, está, en particular, requiere y exige de mucha cautela, pues en algunos casos puede proteger la libre competencia y sus bienes jurídicos, en otros casos puede terminar teniendo un efecto completamente contrario.

Si bien es cierto que la visión tradicional de las empresas a la que se refería Milton Friedman, según la cual “Solo hay una y apenas una responsabilidad social para las empresas: usar sus

²⁶ Basado en los comentarios de la Superintendencia de Industria y Comercio disponible en: <https://www.crcm.gov.co/system/files/Proyectos%20Comentarios/2000-38-3-17/Extemporaneos/sic-2000-38-3-17-021023.pdf>

recursos y realizar las actividades tendientes a **aumentar las utilidades**, siempre que ello se haga con observancia de las reglas de juego”²⁷.

Hoy en día esta visión ya ha sido superada, y, que, como lo ha mencionado la Superintendencia de Industria y Comercio en sus guías:

“en el contexto actual las organizaciones no pueden ser concebidas únicamente como un vehículo con vocación de lucro directo o indirecto, sino que en virtud de la función social que les corresponde (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 333), tiene un rol que se identifica con el concepto de ciudadanía corporativa, el cual implica conocer y entender su propia realidad, sus grupos de interés internos y su compromiso con ellos. De esta manera el rol de las organizaciones implica un proceder activo que refleje los resultados concretos en pro del bienestar de la comunidad, para el cual debe desarrollarse un modelo de negocio que, partiendo de una cultura de cumplimiento, repercuta en la perdurabilidad de esta, reduciendo a la probabilidad de incurrir en sanciones y costos de todo tipo derivados de vulneraciones al régimen de libre competencia económica”²⁸.

Por lo tanto, se debe analizar el proyecto regulatorio desde el derecho de la competencia y la preocupación de lo que se conoce como *overenforcement*, cuya consecuencia es la desinversión y mitigación de innovaciones. La regulación *ex ante* es una herramienta del derecho de la competencia que se utilizar para complementar la regulación *ex post* con la finalidad de mejorar la eficiencia de las autoridades de competencia y la prevención de la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia. Por lo tanto, su uso debe provenir de un ejercicio de ponderación en donde la intervención será bienvenida en la medida que el costo de no intervenir sea mayor que el costo de intervenir, y por lo tanto como lo mencionan Cappai y Colangelo, buscan garantizar la equidad, la impugnabilidad o contestabilidad, la transparencia y la innovación, así como salvaguardar los intereses públicos²⁹.

En este orden de ideas, se debe analizar si la regulación *ex post* del proyecto regulatorio frente a operadores con posición dominante cumple con estos principios, pro competitivos, y los pilares constitucionales en los cuales se basa. Esto es la regulación para los operadores con posición dominante **(i)** de abstenerse de contactar a los usuarios que hayan portado a otro Operadores **(ii)** determinar las condiciones para compartir la infraestructura pasiva y

²⁷ Tomado de de *Capitalism and Freedom* de Milton Friedman disponible en Francisco Reyes Villamizar. Derecho Societario. Tomo I. Editorial Temis.

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de l competencia. Dirección de Cumplimiento. Guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia. 2023.

²⁹ La regulación *ex ante* de la competencia en la era digital. Felipe Da Silva. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/f3e37e4c-49c2-413a-b034-786cbde7a287/content>

(iii) implementar las tarifas diferenciales para la tarifa regulada de remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional (RAN) en los servicios de voz y datos.

La constitución lo que prohíbe es **el abuso** de la posición dominante, y en este orden de ideas por eso las conductas que se les prohíben a los agentes del mercado que tienen esta calidad son tan graves, como ejemplo podemos ver los denominados los precios predatorios, la discriminación, la obstrucción del acceso a los mercados o las ventas atadas, entre otras conductas.

El principio Constitucional en el que se **fundamenta la permisibilidad de la posición dominante en Colombia pero se prohíbe su abuso** tiene un doble sentido y una doble protección: es por un lado, la tutela del derecho de las empresas a concurrir libremente en el mercado, defendiendo así la iniciativa privada, la libre participación de las empresas en el mercado y el derecho de la propiedad privada y la empresa. Por otro, lado protege los derechos de los consumidores, y, la eficiencia en el mercado, la cual se busca blindar la esta denominada externalidad que se considera es el abuso de la posición dominante.


Con una regulación *ex post* que no se enfoque **la prevención del abuso de la posición dominante** se estaría dejando a un lado la premisa teórica de que

“la empresa que tiene posición de dominio no obtuvo esta posición ventajosa como resultado de un actuar ilegal o reprochable, sino a través de ser el elegido por los consumidores en virtud de méritos propios. Por eso tener una posición de dominio no es ilegal ni anticompetitivo. La posición de dominio no implica estar actuando de manera ilegal, ni busca la Ley desincentivar que un agente crezca en el mercado al punto que consiga una posición tal. Lo que se impone al agente con posición de dominio es “un régimen especial de responsabilidad (...) [que] se fundamenta en la influencia que los agentes dominantes tienen en el mercado, y, la consiguiente trascendencia que sus conductas implican en el mismo (...), las conductas de los agentes dominantes suponen un rigor y gravedad superior que el exigido a las empresas sujetas a una competencia sin las distorsiones que implica la presencia de un agente dominante”³⁰.

Por lo tanto, dejo la pregunta abierta, **¿cumple esta regulación *ex ante* de los agentes con posición dominante en este mercado, con estos principios en los que se basa la regulación *ex ante* del derecho de la competencia y el espíritu del constituyente de 1991?**

En constancia de lo anterior se firma a los veinticuatro (24) días del mes de noviembre del dos mil veintitrés (2022), con destino a la Comisión de Regulación de Comunicaciones

³⁰ Carlos Ignacio Arboleda Suarez. El abuso de la posición dominante en Colombia. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/03/4-arboleda-111-134.pdf>



Luis Daniel Morales Hernández
Coordinador del CEDEC
C.C. 1.020.815.828