

CONCEPTO

Para: Telefónica
De: ECIJA Colombia
Asunto: Análisis sobre las facultades legales de la CRC para la expedición de actos administrativos de carácter general para la toma de medidas *ex ante* para la protección del mercado de telecomunicaciones en Colombia.
Fecha: 24 de noviembre de 2023

Respetados señores:

En atención a su solicitud, a continuación presentamos nuestro análisis sobre el fundamento jurídico de las facultades que tiene la Comisión de Regulación de Comunicaciones para expedición de actos administrativos de carácter general para la toma de medidas *ex ante* para la protección del mercado de telecomunicaciones en Colombia.

1. Resumen

¿Puede la CRC con fundamento en el marco legal vigente definir reglas generales para determinar consecuencias de comportamiento para empresas con posición de dominio en cualquier mercado?

Las comisiones de regulación son una manifestación de la intervención estatal necesaria para preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) está facultada para establecer condiciones regulatorias encaminadas a corregir las fallas en el mercado que identifique, propender porque la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y proporcionar respuestas ágiles frente a las necesidades de los sectores.

Con todo, en virtud de la Ley vigente y en razón de las facultades y funciones legales que se han otorgado al regulador, la CRC puede tomar medidas encaminadas a mejorar las condiciones del mercado y, particularmente, a contrarrestar el la concentración del mercado.

Así pues, la Comisión puede proponer el establecimiento de medidas regulatorias, que si bien estén dirigidas a los proveedores con posición dominante, tengan un ámbito de aplicación general.



Si bien las disposiciones propuestas por la Comisión pueden hacer referencia genérica a situaciones en que hay prestación del servicio por parte de proveedores con posición de dominio en el mercado de Servicios Móviles, esto no implica que estén dirigidas particularmente al(los) operador(es) que en el momento de expedir la norma hayan sido declarados como dominantes. Por el contrario, serán aplicables en ese mercado para todos los proveedores del servicio que eventualmente adquieran la calidad de dominancia, sin discriminación.

2. Supuestos de hecho

- 1) Mediante la Resolución CRC 5108 de 2017 la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) definió el mercado minorista de Servicios Móviles como mercado relevante y estableció que dicho mercado debería declararse como susceptible de regulación *ex ante*.
- 2) Con fundamento en las transformaciones del mercado relevante de Servicios Móviles, la CRC elaboró el documento denominado "Revisión del mercado relevante Servicios Móviles", cuyas conclusiones condujeron a ratificar la definición de este mercado relevante como susceptible de regulación *ex ante*.
- 3) En ese sentido, la Comisión inició el trámite de un proyecto regulatorio con el objetivo de evaluar la pertinencia de establecer medidas regulatorias aplicables a servicios móviles, y modificar o complementar aquellas ya previstas en la regulación respecto, para mitigar las causas asociadas a la falta de competencia efectiva en el mercado de Servicios Móviles y de esta manera promover la competencia en ese mercado.
- 4) Se ha puesto en duda la facultad de la Comisión de expedir actos administrativos de carácter general para promover la competencia en el mercado alegando que, toda vez que el acto administrativo que establece medidas regulatorias al mercado relevante en cuestión impone condiciones a los operadores que ostenten posición de dominio, el trámite de dicho acto administrativo debe seguir las reglas de los actos administrativos de carácter particular.

3. Análisis regulatorio

3.1. Fundamento jurídico para la intervención de la CRC en el mercado de servicios móviles

Funciones de la CRC

El artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 dispone que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público, con habilitación general, que se encuentra bajo la titularidad del Estado; por lo cual, se le aplica lo consagrado en el artículo 365 de la Constitución Política:

"ARTICULO 365. *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional."*



Que dicho servicio sea calificado como público también implica que le sea aplicada toda la teoría del servicio público, esto es:

- (i) Está sometido a un régimen jurídico especial definido por el legislador;
- (ii) Su prestación puede ser realizada por el Estado en gestión directa o indirecta, por los particulares o por comunidades organizadas; y
- (iii) Su **regulación, control y vigilancia está a cargo del Estado.**¹

Adicionalmente, es importante hacer referencia al artículo 333 de la Constitución, que se refiere a la actividad económica y la iniciativa privada. Particularmente, el inciso cuarto del mencionado artículo establece que:

“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

En consecuencia, la Ley 1341 de 2009 determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Dentro de su desarrollo, creó la CRC, entidad encargada de:

*“**promover la competencia en los mercados, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones** y garantizar la protección de los derechos de los usuarios; **con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente**, y refleje altos niveles de calidad, de las redes y los servicios de comunicaciones, incluidos los servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora.”² (Negrilla fuera de texto)*

En ese sentido, la norma expresamente establece **que la CRC puede promover la competencia en los mercados y adoptar las medidas regulatorias que sean necesarias para tal fin**, en desarrollo de los principios establecidos para el sector de las comunicaciones.³

Al respecto, en la exposición de motivos de la Ley 1978 de 2019 que modificó la Ley 1341 de 2009, se hace énfasis en la naturaleza de la CRC como regulador encargado de promover la competencia en los mercados de las redes y servicios de telecomunicaciones. En ese sentido, se contempla la Comisión como la encargada de:

“regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios, con el fin que la

¹ Resolución 6146 de 2021

² Artículo 19, Ley 1341 de 2009

³ Artículo 19, Ley 1341 de 2009



prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad. Para ello, la CRC adoptará una regulación que promueva la inversión e incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la ley (...)"⁴.

En Sentencia C-1162 de 2000, la Corte Constitucional señaló que "(...) la potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación **es una manifestación de la intervención estatal en la economía** –una de cuyas formas es precisamente la regulación- **cuya finalidad es corregir las fallas del mercado**, delimitar la libertad de empresa, **preservar la competencia económica**, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios." (Negrilla fuera de texto)

En concreto, para cumplir con las finalidades señaladas, se establecen funciones y mecanismos explícitos, dentro de las cuales se determina que la CRC debe:

"Promover y regular la libre competencia y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado."⁵ (negrilla fuera de texto)

No sobra resaltar que la Corte Constitucional ha señalado que la intervención estatal en materia de servicios públicos se justifica no sólo para garantizar el cumplimiento de los fines sociales, **sino también para corregir las imperfecciones del mercado** y proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que se encuentran sujetas a permanentes variaciones de los mercados.⁶

Por otro lado, en Sentencia C-389 de 2002, en un análisis de la facultad que tienen las comisiones de regulación respecto de la definición de un régimen tarifario para la prestación de servicios públicos domiciliarios, la Corte concluyó que la "regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia".

⁴ Gaceta del Congreso No. 745 de 2018. Exposición de motivos del Proyecto de Ley Número 152 de 2018 Senado, "por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), sea distribuyen competencias, se suprime la Autoridad Nacional de Televisión, y se dictan otras disposiciones". P. 28. Disponible en: https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta_745.pdf

⁵ Ley 1341 de 2009 modificada por la Ley 1978 de 2019, artículo 22

⁶ CRC en la Resolución 6146 de 2021 basada en la Sentencia C-741 de 2003 de la Corte Constitucional.

En el mismo sentido, en la misma providencia, la Corte señala que la libre competencia no es un derecho absoluto “sino que encuentra límites en el bien común y debe ejercerse en armonía con las finalidades sociales del Estado, de modo que no constituye un obstáculo a la intervención del Estado en la economía ni al logro de los fines que le son propios al Estado Social de Derecho”⁷.

Y, con base en lo anterior, termina la Corte concluyendo que existe situaciones en las que:

“la actuación de las comisiones de regulación está orientada a desarrollar la finalidad social de la intervención del Estado en los servicios públicos evitando que las empresas prestadoras abusen de su posición dominante. Además, en desarrollo de su facultad de configuración en esta materia, el legislador consideró que se requería la presencia de organismos o dependencias altamente especializadas como son las comisiones de regulación, para que en desarrollo de un trabajo interdisciplinario adopten medidas administrativas de intervención policiva que el mercado requiera, función que ejercen por delegación de acuerdo a la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales”⁸.

Finalmente, en la Sentencia C-263 de 2013, la Corte señala que la “intervención de las Comisiones de Regulación mediante tratamientos diferenciales **no puede ser concebida entonces como una censura al éxito empresarial de una compañía**; es, más bien, un **mecanismo de racionalidad instrumental** diseñado para adoptar con celeridad los **ajustes técnicos requeridos en un mercado donde la libre competencia y la iniciativa privada se encuentran constitucionalmente protegidas**, pero cuyo fin último es la prestación eficiente y adecuada de servicios públicos”.

En línea con lo anterior, la CRC está plenamente facultada para expedir medidas regulatorias directamente encaminadas a corregir fallas de mercado previamente identificadas, con el objeto de que el mercado se comporte lo más cercano posible a un mercado en competencia perfecta.

Existencia de un operador con posición dominante en el mercado

En desarrollo de sus funciones, la CRC identificó que en el mercado de servicios móviles hay una falla de mercado. En efecto, mediante Resolución 6146 de 2021 la CRC declaró que el PRST COMCEL tiene posición de dominio en este mercado.

Con todo, una vez identificada la existencia de posición de dominio en el mercado de servicios móviles, corresponde a la CRC intervenir regulatoriamente el mercado con el propósito de corregir y/o mitigar los efectos de esta falla de mercado que afecta la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones. En otras

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-389 de 2002.

⁸ Ibid.



palabras, la CRC no solo está facultada sino que tiene el **deber legal** de tomar medidas regulatorias encaminadas a corregir o mitigar los efectos del poder de dominio en el mercado de servicios móviles, so pena de incurrir en omisión de sus funciones.⁹

De esa manera, tal como lo establece la normatividad, la CRC puede tomar medidas regulatorias bien sea de carácter particular, bien sea de carácter general. Esto nos sitúa antes dos posibles escenarios. El primero, la expedición de actos administrativos de carácter particular, en los que se definan condiciones específicas dirigidas puntualmente a modificar la situación específica de un proveedor en el mercado. Por otro lado, la Comisión puede proponer el establecimiento de medidas regulatorias, que si bien estén dirigidas a los proveedores con posición dominante, tengan un ámbito de aplicación general.

Este es el escenario del caso que nos ocupa. Así, las disposiciones propuestas por la Comisión en el proyecto de regulación hacen referencia genérica a situaciones en las que hay prestación del servicio por parte de proveedores con posición de dominio en el mercado de Servicios Móviles. Sin embargo, esto no implica que estén dirigidas particularmente al(los) operador(es) que en el momento de expedir la norma hayan sido declarados previamente como dominantes. Por el contrario, serán aplicables en ese mercado para todos los proveedores del servicio que eventualmente adquieran la calidad de dominancia, sin discriminación.

Situaciones como estas aparecen incluso desde las regulaciones emitidas por la entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT). A través de la Resolución 463 de 2001, en ejercicio de la facultad de establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos otorgada por la Ley 142 de 1993, definió un sistema para ofrecer cargos de acceso diferenciados en virtud de la clasificación de los operadores en el mercado.

Un ejemplo más reciente aparece en la Resolución CRC 5050 de 2016. El artículo 5.1.8.2. de la Resolución impone condiciones exigibles para los proveedores que obtienen por primera vez permisos para el uso y explotación de espectro radioeléctrico. Así pues, puede decirse que el sujeto de este tipo de regulación es indeterminado y no obedece a la facultad de tomar medidas regulatorias de carácter particular, sino todo lo contrario. Lo anterior es posible con fundamento en el numeral 2 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, que faculta a la Comisión para disponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores (i.e. entrantes, dominantes, etc.).

Así pues, este tipo de medidas regulatorias se toman en el sentido más puro del ejercicio de las facultades de la CRC de promover la competencia en los mercados, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos

⁹ Ley 1341 de 2009, artículo 22, numerales 1, 2, 3 y 4.



de los usuarios, con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente.

4. Conclusiones

- La legislación y la jurisprudencia colombiana facultan a la CRC para adoptar medidas regulatorias que promuevan la competencia en los mercados y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos.
- Las competencias de la CRC permiten que ésta adopte *“regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores”*.
- La Comisión puede proponer el establecimiento de medidas regulatorias, que si bien estén dirigidas a los proveedores con posición dominante, tengan un ámbito de aplicación general.
- Las disposiciones propuestas por la Comisión en el proyecto de regulación hacen referencia genérica a situaciones en que hay prestación del servicio por parte de proveedores con posición de dominio en el mercado de Servicios Móviles. Sin embargo, esto no implica que estén dirigidas particularmente al(los) operador(es) que en el momento de expedir la norma hayan sido declarados como dominantes. Por el contrario, serán aplicables en ese mercado para todos los proveedores del servicio que eventualmente adquieran la calidad de dominancia, sin discriminación.