



**ANEXO A LOS COMENTARIOS UNE Y COLOMBIA MÓVIL AL INFORME DE CONSULTORÍA
SOBRE LA VIABILIDAD TÉCNICA Y ECONÓMICA DE IMPLEMENTAR
LA PORTABILIDAD NUMÉRICA EN TELEFONÍA FIJA**

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE EL DESARROLLO DEL PROCESO REGULATORIO.

Acerca de la obligación de demostrar la viabilidad económica de la portabilidad numérica fija en Colombia.

Consideramos que la evaluación de esta viabilidad debe tomar en cuenta que:

1. No se ha demostrado que la ausencia de portabilidad le haya quitado eficiencia y capacidad de entrada a los retadores en el mercado de telefonía fija.
2. Las condiciones existentes en el momento que se realizó el primer análisis de portabilidad fija (2008) no han variado sustancialmente con respecto a las de hoy (estancamiento del mercado, presión de la telefonía móvil, etc.), por lo cual se esperaría que un nuevo estudio arroje una evaluación beneficio-costo negativa (máxime cuando la pérdida de importancia de conservar el número fijo ha sido creciente).
3. El artículo 1 de la ley 1245 de 2008 estableció los siguientes requisitos:
 - Viabilidad económica
 - Viabilidad Técnica
 - En términos de equilibrio financiero
 - Los costos serán asumidos por los PRST, y no se podrán aumentar tarifas a los usuarios.

El estudio del Consultor parte para el análisis del alcance del artículo 1, retomando lo que dijo la CRC en la respuesta a comentarios de la portabilidad que culminó con la Resolución 2355 de 2010, cuando señalaba:

“En forma complementaria, debe tenerse en cuenta que el objetivo de este tipo de evaluación debe orientarse a medir la contribución del proyecto al bienestar económico del país y, por consiguiente, analizar el flujo de fondos reales del proyecto en su conjunto, cuantificando de esta manera la contribución neta del proyecto a la generación de valor o utilidad para toda la sociedad. En particular, la PN debe responder a los fines del servicio público al que se encuentra asociada, esto es, al interés general, por lo cual el análisis de viabilidad económica en términos de equilibrio financiero corresponde al valor agregado que pueda o no generar la implementación de la medida para la sociedad en genera”.

Debe llamarse la atención acerca de que la consultoría considera la viabilidad económica desde una perspectiva de medición global del bienestar colectivo. Esta ponderación realizada por el Consultor no es sostenible en tanto el inciso 2 del artículo 1 señala que la viabilidad económica se analiza “en términos de equilibrio financiero”. Esto supone que la CRC tiene



una facultad legal que está condicionada a parámetros técnicos, uno de ellos es la viabilidad económica la cual se mide en términos de equilibrio financiero.¹ Si se analiza en forma sistemática la ley 1245 de 2008, lo cierto es que debe revisarse la viabilidad económica junto con el equilibrio financiero de cada uno de los operadores (inciso 6 numeral 5 Art 1 Ley 1245 de 2008), acorde con los costos fijos que genera la portabilidad para cada operador.

Ahora bien, en este ejercicio de medición económica el Consultor realiza un ejercicio de pronóstico o de inferencia de cuáles serán los resultados de la portabilidad teniendo unas consideraciones de mercado medidas sobre encuestas de los usuarios (cuyas preguntas pudiesen evidenciar ciertos sesgos en su formulación). Partir de los beneficios calculados con estos insumos, que no han podido ser revisados por los operadores debido a falta de publicación de la totalidad de los resultados del estudio, puede conducir a error regulatorio. De ocurrir tal situación, los operadores afectados tendrían derecho a una reparación integral de perjuicios.²

El término equilibrio financiero se utiliza en materia de contratos estatales (Ley 80 de 1993, artículo 4, 5, 26 y 27) para referirse entre un balance entre derechos y obligaciones del contratista. Refiriéndose a la operación de un servicio, se puede entender como el balance entre beneficios y costos frente a cada uno de los PRST y frente al servicio de telefonía local, como se ve en la ponencia que, en su momento, generó la exclusión del proyecto de ley la portabilidad fija (Gaceta Congreso 474 de 2008):

“Durante la discusión del proyecto se destacaron las bondades del mismo, resaltándose la promoción del desarrollo eficiente de las telecomunicaciones, la generación de un ambiente de sana competencia entre los operadores y la facilidad de movilidad del usuario inconforme, entre otros. De otro lado, fueron expuestas preocupaciones e inquietudes sobre las implicaciones del proyecto señalándose entre estas los problemas técnicos y financieros que generaría a la telefonía básica conmutada la cual además de registrar una baja considerable en la demanda ante la exitosa irrupción de la telefonía móvil es administrada casi en su totalidad por entidades estatales y lo lesivo que resultaría para usuarios el traslado de los costos de implementación y desarrollo de este sistema al valor del servicio”.

“Como resultado del estudio del proyecto, la Comisión decidió establecer la portabilidad numérica sólo para la telefonía móvil y ordenar que los costos de la operación de portabilidad numérica sean asumidos por los operadores. Para este efecto fue aprobado un nuevo artículo. De igual manera se aprobó un parágrafo en donde se establece el seguimiento a la ejecución de la Ley”.

¹ Cualquiera de esas decisiones debe considerar los criterios técnicos a los que se ha sujetado sus facultades. Las autoridades no tienen un ámbito de decisión propio ya que se rigen única y exclusivamente por el concepto o criterio establecido en la norma. DESDENTADO DAROCA, Eva, Los problemas judiciales de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la Jurisprudencia), Cuadernos Civitas, 1990.

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia del 31 de octubre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503), Actor: SOCIEDAD MINERA PELAEZ HERMANOS & CIA; Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA Y OTRO.



En términos de la ley 142 de 1994, existen también criterios como los de suficiencia financiera y eficiencia económica para la determinación de tarifas de telefonía local. Con base en dichos criterios la fijación de tarifas de dichos servicios obedece también a que se consideren los costos de la prestación, la productividad esperada y que estos costos se distribuyan entre operadores y usuarios. Esto supone que el ejercicio de estimación o pronóstico debe considerar estimaciones del mercado de telefonía fija y de costos para cada operador, versus la rentabilidad esperada, que además puedan analizarse y refutarse previamente por los destinatarios de esta regulación.

En caso de que este ejercicio de estimación conlleve a un error regulatorio, los PRST tendrían elementos jurídicos para reclamar compensación de los perjuicios que se les hayan generado, más cuando la Ley ha declarado expresamente como requisito sinequanon de la facultad regulatoria la viabilidad económica en términos de equilibrio financiero.

Acerca de la posible vulneración de la libertad económica.

En ejercicio de la libertad económica y el derecho de libre empresa, y de acuerdo con las prerrogativas existentes en la normatividad vigente, no puede desconocerse el derecho que tienen los operadores para decidir cómo disponer de sus recursos para realizar inversiones estratégicas para su operación. La gestión regulatoria no podría entonces cogestionar injustificadamente la actividad empresarial, generando un costo no previsto por la industria, que posiblemente no generará un beneficio esperable. De ocurrir así, se configuraría un daño específico a un grupo de operadores de la industria, pues se estaría frente a un hecho regulatorio que sólo tendría capacidad de generar beneficio a uno de los operadores.

Debe tenerse en cuenta que “...en materia de restricción de las libertades económicas la jurisprudencia constitucional ha señalado que son constitucionalmente legítimas de cumplir las siguientes condiciones: (i) debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) debe respetar el “núcleo esencial” de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada por la Constitución; y (iv) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato...”

Si se realiza un análisis frente a este proyecto regulatorio, la restricción frente a los recursos de los operadores de telefonía local, podría no cumplir los requisitos exigidos en tanto: (i) la restricción no obedecería a los criterios definidos en la Ley. (ii) se desconocería el núcleo esencial de la libertad de empresa en tanto se distraerían cuantiosos recursos de la industria que no han sido considerados en los planes de negocio de los operadores y que no reportan beneficios respecto a dicha operación. (iii) no sería una inversión razonable si se tiene en cuenta el comportamiento esperado del mercado. Por vía de lograr una mayor competencia en el servicio de telefonía fija y satisfacer una necesidad del mercado (no demostrada en tanto no hay certeza de que el usuario vaya a utilizar masivamente la portabilidad), se podría generar un desbalance en la operación de la industria de telefonía fija que limitaría su capacidad de inversión para la renovación tecnológica y la adecuación de redes para la convergencia de servicios fijos y móviles. Esto haría que se



disminuya la capacidad de innovación de los operadores y por ende se limitará el desarrollo de una operación sostenible.

Acerca de la posible vulneración de los derechos de defensa y contradicción de los operadores.

Si la CRC no permitiera que los destinatarios de esta regulación realicen un análisis económico - técnico del estudio de los Consultores que servirá de base para decidir sobre la viabilidad de la portabilidad fija, se vulnerarían los derechos de debido proceso y defensa por cuanto no se habría seguido el procedimiento para proyectos regulatorios que tienen impacto en las tarifas del servicio (lo cual está dispuesto en el decreto 2696 de 2006) así como los tiempos mínimos para dichos proyectos. En consecuencia, debe publicarse para análisis del sector al menos la siguiente información:

- a) Detalle del análisis pormenorizado de VPN de costos y beneficios por cada municipio (incluidas las estimaciones de churn).
- b) Análisis comparativo del estudio de 2008 que arrojó beneficio-costo negativo para la portabilidad numérica fija, y del nuevo estudio desarrollado por los Consultores, o en su defecto de los ajustes que la CRC efectúe a dicho estudio.

Hasta ahora los operadores no contaron con un espacio suficiente ni con la información pertinente para poder contrastar el análisis realizado por el Consultor, ni tampoco para realizar un estudio de los riesgos directos e indirectos de esta regulación para el crecimiento e innovación en el mercado fijo. En el mismo sentido, y dado los tiempos del proyecto regulatorio propuestos en la Agenda Regulatoria 2014-2015 (II2015), la CRC no contaría con un tiempo prudencial para realizar los análisis correspondientes que le permitan acoger, apartarse o modificar el estudio del Consultor.

De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y “*administrativas*”. No debe olvidarse que la ley obliga a que los operadores puedan tener una viabilidad económica en términos de equilibrio financiero lo cual le supone que tenga la capacidad de recuperar la inversión, los costos, más una utilidad razonable derivada de la explotación del servicio de telefonía. De ahí que la CRC esté obligada a garantizar un procedimiento que permita evaluar seria y concienzudamente el estudio sobre el cual se basará para determinar la viabilidad del proceso regulatorio.

Téngase en cuenta que el derecho de contradicción, en este caso, no sólo supone el otorgamiento de un plazo suficiente para la presentación de observaciones (dada la complejidad y sensibilidad del asunto), sino también la puesta a disposición de los elementos de juicio indispensables para una estimación lógica y razonada de la valoración económica. El principio de publicidad exige a las entidades públicas poner en conocimiento los elementos de juicio considerados para la adopción de una decisión.

En este caso la confidencialidad frente a los cálculos y costos respecto a la operación de UNE, no se pueden oponer a este operador. Ahora bien las estimaciones de mercado y los criterios para la



aplicación del estudio del benchmark realizado por el Consultor al caso colombiano, tampoco pueden oponerse a los operadores.

Puestas así las cosas, la CRC debe tener la precaución de no desconocer el derecho de UNE y los demás operadores a la contradicción y a la publicidad, y debe conceder las garantías de fondo (publicación de la totalidad de los datos del informe de los Consultores) y de forma (seguimiento del procedimiento garantista determinado en el decreto 2696 de 2006, plazos e información suficientes), todo lo cual se requiere para controvertir con suficiente criterio el informe rendido por la Consultoría que será la base para la decisión de la CRC sobre el particular.

OBSERVACIONES A ALGUNOS PUNTOS DE CARÁCTER TÉCNICO CONTENIDOS EN EL ESTUDIO DE LA CONSULTORÍA.

En la sección 5.1.1 Tamaño del mercado y cuando se hace el análisis de la tabla 27 no es correcto afirmar que para los principales operadores, los ingresos por TPBCL y TPBCLE son de aproximadamente un 72 % de los ingresos obtenidos de los servicios de internet porque como se ve en el detalle de la tabla el porcentaje varía entre el 34% (COLTEL) hasta un 176% en el caso de la ETB y en el caso de UNE corresponde al 89%. Adicionalmente hay errores en los totales de la tabla de cada operador.

	Acceso Fijo a Internet	TPBCL & TPBCLE	Total	TPBC/Internet
COLTEL	982.520	331.602	1.314.122	34%
ETB	338.660	597.379	936.039	176%
TELMEX	657.900	395.728	1.053.628	60%
UNE	603.400	534.807	1.138.207	89%
Otros	392.965	287.034	679.999	73%
	2.975.445	2.146.550	5.121.995	72%

En la sección 6.1.7 Análisis de tráfico de voz saliente en las redes de telefonía local de Colombia se menciona que el tráfico promedio por abonado en el grupo 1, en donde se hace mención a Medellín, Bogotá, Cali, es de 34 mili Erlangs. Este dato no corresponde a la información entregada por UNE (0.07 Erl saliente y 0.08 Erl entrante). Por lo tanto solicitamos el detalle de cómo se calculó el valor de 34 mEr/abonado.

En la sección 7.2 Estimación de costos de capital recomendados por la Consultoría para la adecuación de las redes de TPBCL y/o TPBCLE a la PN fija en Colombia, se aclara que el modelo de costos de inversión utilizado busca modelar una estructura de costos para la implementación de la PN para una red eficiente de TPBCL y/o TPBCLE. ¿En este modelo de red eficiente está incluida la implementación de la redundancia geográfica de los componentes más críticos para asegurar que la disponibilidad del servicio se mantenga en los niveles actuales?