



REPUBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 2062 DEL 2009

*Por la cual se constata la posición dominante de **COMCEL S.A.** en el mercado relevante de telecomunicaciones denominado "Voz saliente móvil"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las contenidas en la Ley 170 de 1994, la Ley 555 de 2000, la Ley 671 de 2001, la Decisión 462 de la Comunidad Andina, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones y la Resolución CRT 2058 de 2009, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en ejercicio de sus facultades y en cumplimiento del mandato asignado mediante el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones, inició en el segundo semestre del año 2007, el proceso regulatorio tendiente a la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, la identificación de los mercados susceptibles de regulación *ex ante*, la determinación de la existencia de posición dominante en dichos mercados y el establecimiento de las medidas regulatorias aplicables a los mismos. En desarrollo del proyecto regulatorio y de la elaboración de la propuesta regulatoria asociada, la CRT adelantó las siguientes actividades:

Para efectos de llevar a cabo los estudios altamente especializados y complejos que se requieren para la definición de mercados relevantes y la existencia de posición dominante en los mismos, la CRT acudió a expertos de reconocida experiencia en la materia a nivel nacional e internacional, para que en el análisis de la situación de los mercados nacionales se tomaran en cuenta las experiencias y tendencias en otros países. Es así como en el proceso se involucró directamente a los diferentes operadores de telecomunicaciones y, en general, a los diferentes agentes del sector de telecomunicaciones que pudieran resultar afectados con las decisiones que por virtud del proceso regulatorio, se adoptaran.

Es así como el 5 de diciembre de 2007, la CRT remitió una comunicación a todos los operadores de telecomunicaciones, entre ellos a la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**¹, en adelante **COMCEL**, a través de su representante legal, Doctora Hilda María Pardo, por medio de la cual se les informó que con el fin de iniciar la discusión sectorial de la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, se llevaría a cabo el día 10 de diciembre de 2007, un foro académico con la participación de un consultor internacional², con el propósito que todos los interesados tuvieran la oportunidad de conocer en qué consistía el proyecto regulatorio de mercados

¹ Radicación interna 200752280, recibida en COMCEL S.A., el día 6 de diciembre de 2007 (folio 96 Expediente 2000-8-56)

² El conferencista invitado fue el reconocido consultor y tratadista internacional en la materia, Dr. Martin Cave.

CLO.
CCL

Geo.
IP

relevantes de telecomunicaciones, oportunidad en la cual los operadores pudieron presentar sus comentarios en relación con dicho asunto y el proyecto en sí mismo³.

En fecha 14 de febrero de 2008, la CRT publicó en su página web la *Propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia* con el fin que todos los agentes del sector vinculados al proceso regulatorio, entre ellos **COMCEL**, formularan sus comentarios a la referida propuesta y definió como fecha máxima para la presentación de los mismos el día 28 de febrero de 2008. No obstante, dadas las solicitudes de ampliación del plazo presentadas por distintos agentes del sector, entre ellos **COMCEL**⁴, se extendió el plazo para la presentación de comentarios hasta el día 14 de marzo de 2008.

El día 7 de marzo de 2008, la CRT llevó a cabo un foro público denominado "*Definición de mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones*", al cual, tal y como consta en el expediente del proyecto regulatorio, asistieron varios representantes de **COMCEL**, entre ellos su Representante Legal Suplente y en la que, además, estuvieron presentes algunos de los integrantes del equipo de consultores económicos que acompañaron a la Comisión en la estructuración de la propuesta objeto del foro en cuestión.

El día 24 de marzo de 2008, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones publicó para conocimiento del sector en general, los comentarios recibidos sobre la propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia.

El 31 de marzo de 2008, mediante la expedición del Decreto 945 de tal fecha, el Gobierno Nacional extendió el plazo inicialmente previsto en el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones⁵, para la expedición de la regulación enfocada hacia mercados relevantes hasta el 28 de febrero de 2009. Lo anterior, atendiendo los comentarios y observaciones recibidos de todos los operadores vinculados al proyecto de mercados relevantes, en el sentido de ampliar los términos previstos para la adopción de las disposiciones regulatorias que debieran emitirse sobre el particular.

COMCEL mediante comunicación de fecha 21 de mayo de 2008, formuló algunas consideraciones en relación con los comentarios propuestos por varios agentes del sector.

El 30 de mayo de 2008, la CRT publicó para conocimiento del sector el *Documento de Lineamientos en el marco del proyecto regulatorio de régimen de Mercados Relevantes de telecomunicaciones*, en el cual se explicó que el referido proyecto, entre otros objetivos, estaba encaminado a: (i) potenciar el desarrollo sectorial y las condiciones de competencia en los diferentes mercados de telecomunicaciones, y (ii) promover los intereses de los usuarios en ambiente de convergencia, apoyados en un marco regulatorio acorde a las nuevas realidades. Igualmente, se establecieron los pasos a seguir en el desarrollo del proyecto regulatorio de definición de mercados relevantes de telecomunicaciones, se establecieron los espacios de participación y discusión sectorial durante su ejecución y, además, se presentó el cronograma de las actividades a realizar y las fechas asociadas a las mismas, en todo caso dentro de los términos previstos para tal efecto en el Decreto 945 de 2008.

Con base en la metodología que se estableció para el efecto, que está claramente detallada en el referido documento, se dispuso que para la definición de mercados se aplicarían los *test* cuantitativos y cualitativos en donde se incluían estudios de sustituibilidad de demanda y de competencia potencial que se requirieran y se identificaría el alcance geográfico de cada uno de ellos, que concluiría con una lista de mercados relevantes. En una etapa posterior se determinaría cuáles de los mercados identificados como relevantes tenían problemas de competencia y, por lo mismo, podían ser objeto de regulación *ex ante*. En la etapa siguiente se aplicarían los indicadores cuantitativos y cualitativos para la identificación de los operadores que llegaran a ostentar posición de dominio, así como el análisis de las medidas regulatorias aplicables según la evidencia que llegara a encontrarse.

³ Como consta en la lista de asistentes al mencionado evento figuran representantes de COMCEL S.A. (Folios 136 y 137 del Expediente 2000-8-56).

⁴ La representante legal de COMCEL S.A., mediante comunicación de fecha 27 de febrero de 2008, solicitó la ampliación del plazo aduciendo que: "...En atención a que los documentos que soportan el proyecto regulatorio de la referencia, muestran que la intención de la CRT es adaptar el modelo adoptado en Europa al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones en Colombia consideramos que las compañías deben analizar internamente y de manera detallada, las implicaciones que estas nuevas medidas regulatorias podrían causarles".

⁵ El Decreto 2870 de 2007 fue modificado por el Decreto 147 de 2008.

CLO.
UPK

MO.
AP

En fecha 27 de mayo de 2008, los presidentes de los gremios del sector, entre estos ASOCEL del cual es parte integrante **COMCEL**, remitieron una comunicación a la CRT por medio de la cual manifestaban que en aras de colaborar con la construcción del marco regulatorio consideraban fundamental que el cronograma para la expedición del mismo reflejara las siguientes etapas de discusión: (i) determinación y alcance de los criterios para establecer una posición dominante y especificación de las medidas remediales, (ii) definición de los mercados relevantes, (iii) identificación de los operadores con posición de dominio e imposición de remedios.

En respuesta a lo anterior, mediante comunicación de fecha 11 de junio de 2008, la CRT informó a los gremios **ASOCEL**, **ANDESCO** y **CCIT**, de manera detallada las actividades que iba a desarrollar en relación con el proyecto de mercados relevantes. Adicionalmente, el 18 de junio de 2008, la CRT invitó a los presidentes de los gremios mencionados a una reunión con el fin de conocer con mayor detalle los planteamientos expuestos por los mismos, así como para poner en su conocimiento todas las actividades adelantadas en relación con el proyecto en cuestión, reunión a la que efectivamente asistieron representantes de ASOCEL, CCIT, TVPC, ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CALL CENTERS, ASONET, FEDESOFTE y ANDESCO⁶.

En comunicación radicada ante la CRT el 23 de junio de 2008, **ASOCEL**, **ANDESCO** y **CCIT**, solicitaron a la CRT que se precisara el alcance de la propuesta regulatoria, así como que se diera respuesta a los comentarios presentados a las fases de consulta adelantadas con anterioridad.

En fecha 7 de julio de 2008, la CRT mediante comunicación dirigida a **ANDESCO**, **CCIT** y **ASOCEL** informó que de acuerdo con la reunión sostenida el 23 de junio del mismo año y atendiendo las recomendaciones de los gremios, pondría en conocimiento en el mes de julio un documento que contendría la metodología, los principios y criterios a ser utilizados para la definición de los mercados relevantes; la identificación de los operadores con posición de dominio y la elección de las medidas regulatorias correspondientes. Así mismo, se aclaró que la respuesta a los comentarios sólo era posible elaborarla y publicarla únicamente cuando se tuviera certeza sobre el sentido y alcance de la decisión que se adoptara y que sería publicada en la oportunidad prevista en el parágrafo del artículo 10 del Decreto 2696 de 2004. No obstante, se recordó que el replanteamiento del proyecto a efectos de su revisión integral había sido decidido y objeto de la expedición del Decreto 945 de 2008 en respuesta a las inquietudes planteadas por los agentes del sector en las primeras fases de estas consultas.

El 1º de septiembre de 2008, la CRT publicó el documento "*Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia*", con el fin de dar a conocer a los operadores de telecomunicaciones vinculados y demás interesados la metodología y los criterios para: (i) la identificación de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, (ii) la determinación de los operadores con posición de dominio en los mercados de referencia y (iii) los principios que orientarían la definición de las medidas regulatorias correspondientes. Dicho documento se publicó de conformidad con lo ya indicado por la CRT en el documento de lineamientos del proyecto publicado el 30 de mayo de 2008 y, adicionalmente, en atención a las diversas solicitudes efectuadas.

En fecha 21 de octubre de 2008, la CRT publicó para comentarios del sector el documento "*Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los mercados relevantes de telecomunicaciones*", con el propósito de generar la mayor cantidad de escenarios de participación sectorial en el marco del proyecto, tal y como consta en la nota de publicación contenida en la página web de la CRT.

El 22 de octubre de 2008, los diferentes gremios del sector, entre ellos **ASOCEL** del cual hace parte **COMCEL**, solicitaron que se extendiera el plazo para comentarios, a lo cual la CRT mediante comunicado publicado en su página web informó en debida forma a todos los vinculados y demás interesados que el objeto de dicho documento era generar espacios de información al sector, adicionales a los establecidos en el Decreto 2696 de 2004, sobre publicidad y transparencia y así como a los inicialmente previstos, sobre los insumos que se fueran obteniendo en el desarrollo del proyecto regulatorio, los cuales servirían de base para la elaboración de la propuesta regulatoria integral que se presentaría al sector para su conocimiento, discusión y comentarios en los términos inicialmente indicados. Lo anterior, en la medida en que para la CRT era vital que todos los operadores vinculados pudieran tener una participación activa en toda la etapa de construcción de la decisión integral que llegara a adoptarse.

⁶ Expediente 2000-8-56 folio 509

El 25 de octubre de 2008, **COMCEL** remitió sus comentarios y objeciones al documento "*Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los mercados relevantes de telecomunicaciones*", advirtiendo que remitiría comentarios adicionales y más profundos posteriormente. En fecha 3 de diciembre de 2008, **COMCEL** presentó comentarios adicionales a los realizados el 25 de octubre del mismo año, en relación con el documento mencionado, manifestando su oposición a algunos asuntos relacionados con el mercado móvil plasmados en el referido documento.

El 4 de diciembre de 2008 se publicó para comentarios del sector el documento "*Análisis de competencia de los mercados de telecomunicaciones en Colombia*", mediante el cual se presentaron los hallazgos y observaciones en relación con los diferentes mercados estudiados, así como las condiciones de competencia identificadas en cada uno de los mismos.

Con fundamento en todos los estudios y análisis económicos y técnicos elaborados que fueron siendo gradualmente conocidos por los operadores involucrados desde un inicio dentro del desarrollo del proyecto regulatorio, tal y como se desprende del recuento anterior de las comunicaciones, publicaciones, estudios y oportunidades de participación así como del análisis de las observaciones presentadas, tanto por los operadores como por los gremios de los cuales ellos hacen parte, la CRT elaboró la propuesta regulatoria integral para la definición de mercados relevantes, la identificación de los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, así como la existencia de posición dominante en estos últimos, y la puso en conocimiento del sector el 26 de diciembre de 2008 publicándola en su página web y dando plazo para comentarios hasta el día 23 de enero de 2009. Así mismo, el 26 de diciembre de 2008 se publicaron para conocimiento del sector las bases de datos utilizadas para el análisis de los mercados de datos y de voz fija por municipio.

En atención a las solicitudes presentadas por diferentes operadores de telecomunicaciones y agremiaciones, entre ellas **ASOCEL**⁷, la CRT extendió el plazo inicialmente concedido para la presentación de comentarios a la propuesta regulatoria publicada, hasta el 2 de febrero de 2009.

En fecha 2 de febrero de 2009, **COMCEL** presentó un documento con sus comentarios económicos y de mercado a la propuesta regulatoria, titulado "*Análisis sobre mercados relevantes móviles en Colombia y el papel competitivo de COMCEL*" preparado por la firma NERA Economic Consulting. Adicionalmente, presentó tres conceptos jurídicos sobre la legalidad de la propuesta, elaborados por distintas firmas de abogados⁸.

Entre los días 2 y 6 de febrero de 2009, la CRT programó reuniones con los distintos operadores de telecomunicaciones con el fin de recibir y discutir **de manera directa y personal** las inquietudes, observaciones y solicitudes que tuvieran en relación con la propuesta regulatoria puesta en conocimiento del sector. En este sentido, el día 4 de febrero de 2009 se llevó a cabo la reunión con **COMCEL**, en la cual el consultor económico contratado por dicha empresa hizo una exposición suficientemente detallada del documento técnico al que se hizo referencia en el párrafo anterior y, a su vez, el grupo jurídico de tal empresa explicó ampliamente el alcance y contenido de los conceptos jurídicos remitidos.

El día 3 de febrero de 2009 la CRT publicó para conocimiento del sector todos los comentarios, observaciones y sugerencias recibidos sobre la propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia, incluidos los documentos presentados por **COMCEL**, y ha venido también publicando toda comunicación que en forma adicional le haya sido remitida con ocasión del proyecto en cuestión.

2. SOBRE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ADELANTADA RESPECTO DE COMCEL

Habiéndose expuesto los antecedentes de la actuación administrativa adelantada con ocasión del proyecto regulatorio de definición de mercados relevantes de telecomunicaciones, pasa la CRT a resaltar los aspectos específicos de dicha actuación en relación con **COMCEL**. Al respecto, en primer lugar, es importante tener presente el interés que se tutela a través del procedimiento administrativo, el cual no se agota exclusivamente con los fines particulares que pretenda el

⁷ Comunicación de fecha 14 de enero de 2009, suscrita por la representante legal suplente de la Asociación de la Industria Celular ASOCEL, Dra. Angela María Ortiz. Expediente 2000-8-56-3 folio 1095.

⁸ Por los doctores José Gregorio Hernández, José Orlando Montealegre y por la firma Lloreda Camacho Abogados

CLO.

COB

900
11

administrado, sino que a través del mismo se cumple la función administrativa en beneficio del interés general, tal y como lo ha reconocido la H. Corte Constitucional⁹:

"...A partir de una noción de "procedimiento" que sobrepasa el ámbito de lo estrictamente judicial, el procedimiento administrativo ha sido entendido por la doctrina contemporánea como el modo de producción de los actos administrativos. Su objeto principal es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La Constitución Política reconoce la existencia de este tipo de procesos en el mundo jurídico, cuando en el artículo 29 prescribe su sujeción a las garantías que conforman la noción de debido proceso.

Entre el proceso judicial y el administrativo existen diferencias importantes que se derivan de la distinta finalidad que persigue cada uno. Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso.

Así, a partir de una concepción del procedimiento administrativo que lo entiende con un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

De esta manera hay una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos: de un lado el principio del debido proceso con todas las garantías que de él se derivan y de otro los que se refieren al recto ejercicio de la función pública..." (NFT)

Siendo entonces el procedimiento administrativo el vehículo a través del cual se cumple la función administrativa, en este caso encomendada a la CRT, en el caso que aquí nos ocupa, además del deber que le asistía de garantizar el debido proceso respecto de todos los agentes que posiblemente se vieran afectados con la decisión que se adoptara dentro del proyecto regulatorio de mercados relevantes, estaba obligada también a dar aplicación a los principios que informan la actuación administrativa, en especial los principios de igualdad, celeridad e imparcialidad respecto de todos los operadores y en general los agentes del sector.

Teniendo cuenta lo anterior y dado que el procedimiento administrativo debe adelantarse de manera ágil y flexible para que cumpla con su finalidad y con los principios constitucionales mencionados, la actuación desde un inicio involucró en las mismas condiciones y con las mismas posibilidades de intervenir, a todos los operadores de telecomunicaciones, que bien directa o indirectamente pudieran resultar afectados con las resultados de la misma.

Lo anterior, por cuanto la CRT al iniciar los análisis sobre el comportamiento del mercado de telecomunicaciones enfocado hacia mercados relevantes, no podía anticipar en términos absolutos los resultados de los análisis de competencia y, por lo tanto, los mercados respecto de los cuales sería necesario tomar medidas regulatorias *ex ante*. Por tal razón, y en aplicación del principio de igualdad, la CRT decidió vincular a todos los operadores de telecomunicaciones desde el 5 de diciembre de 2007, cuando comenzó la actuación administrativa formalmente. Como consecuencia de lo anterior, todos los operadores de telecomunicaciones, entre ellos **COMCEL**, reaccionaron de diferentes maneras haciéndose partícipes a través de la asistencia a los foros y reuniones, así como

⁹ Sentencia C-640 del 13 de agosto de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

con las diversas observaciones y comentarios que se fueron presentando respecto de cada uno de los actos instrumentales de la decisión.

Tal vinculación se dio, toda vez que desde el inicio era claro para todos los operadores de telecomunicaciones, que el objetivo del proyecto regulatorio no se agotaba con la definición de la lista de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, sino que además se debía establecer qué mercados iban a ser determinados como susceptibles de regulación *ex ante*, determinar la existencia de posición dominante en esos mercados, así como definir las medidas regulatorias aplicables en los mismos, las que bien podían ser de alcance general o particular, inclusive desde la misma expedición del Decreto 2870 de 2007.

Para cumplir con el propósito del proyecto regulatorio en mención, la CRT utilizó la secuencia lógica de la metodología internacionalmente aceptada que es conocida por los operadores y que claramente implicaba que el estudio (i) partiera de lo general, esto es, de la definición de mercados relevantes, de la identificación de cada uno de ellos y del diagnóstico de cada mercado relevante, de tal forma que (ii) a medida que se fuera avanzando en el análisis de los estudios económicos y técnicos así como de la información suministrada por los operadores de telecomunicaciones y los gremios del sector, se identificaran las características distintivas de cada mercado relevante, en especial si era susceptible de regulación *ex ante*, y (iii) que dicha secuencia metodológica culminara, dependiendo de los resultados obtenidos al observar cada mercado relevante, en lo particular, es decir, en la constatación de la situación en la cual se encuentran todos los operadores en cada mercado relevante, tanto los que tienen una posición dominante como los que no la tienen.

En este contexto, dentro de la actuación administrativa asociada al proceso de conformación del acto administrativo general, estaba comprendida la posibilidad, según el resultado de los estudios y la información sobre cada mercado relevante, de la adopción de una decisión que podría involucrar directamente a operadores determinados, de tal suerte que en todas las instancias de instrumentación del acto se surtieron las etapas para que los particulares, esto es, los operadores de telecomunicaciones, pudieran intervenir ampliamente en el proceso de discusión y tuvieran la oportunidad de presentar sus opiniones, así como los estudios económicos y técnicos que demostraran cuáles son las características de cada mercado relevante.

Así las cosas, la CRT se ocupó de generar los espacios de debate y controversia a lo largo de las distintas etapas que iban contribuyendo a la conformación de las decisiones a adoptar, dando a conocer cada uno de los documentos, análisis económicos y técnicos y demás hallazgos y observaciones formuladas. Lo anterior, con el fin que todos los vinculados tuvieran la posibilidad de debatirlos y controvertirlos ante la CRT.

De esta forma, una vez tales hallazgos económicos y técnicos permitieron vislumbrar que algún agente en particular podría tener una posición dominante, se procedió a identificarlo explícitamente para que así estuviera en la posibilidad de presentar todos sus argumentos específicos, en aras del derecho de defensa y contradicción que a todos operadores les asistía. Es así como en la propuesta regulatoria puesta en conocimiento de todos los operadores vinculados el 26 de diciembre de 2008, la CRT planteó la definición de mercados relevantes, los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante* y, como consecuencia de los dos anteriores, la posible existencia de posición dominante de **COMCEL** en uno de los mercados, esto es el de "Voz saliente móvil". Con la publicación de este Proyecto, se garantizaba que **COMCEL** pudiera ejercer de manera específica su derecho de defensa y contradicción respecto de las conclusiones particulares que arrojaba dicha propuesta regulatoria integral, publicada el 26 de diciembre de 2008.

Particularmente, en lo que tiene que ver con la propuesta regulatoria publicada el 26 de diciembre de 2008 y que se refería en uno de sus apartes directamente a **COMCEL** y su posición en el mercado de "Voz saliente móvil", **COMCEL** tuvo la oportunidad desde esa fecha y hasta el 4 de febrero de 2009, de controvertir ampliamente dicha propuesta, como en efecto lo hizo, al aportar estudios técnicos, económicos y jurídicos alternativos, en los cuáles se opuso a los hallazgos y observaciones encontrados por la CRT, y pudo exponerlos *in extenso* personalmente ante la CRT el 4 de febrero de 2009 y también ante las otras instancias que conforman la Sesión de Comisión. En esa medida, y en los términos del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, dicho operador allegó toda la información que consideró necesaria para la evaluación de la CRT.

Es de señalar que toda la información allegada por **COMCEL**, atendiendo lo dispuesto en el artículo 35 del mismo Código, es objeto de análisis en el presente acto administrativo.

CLO.
CDB

mg
11

De esta forma y como puede apreciarse de lo antes expuesto, de la propuesta regulatoria se desprende la posible definición de unos asuntos de carácter general y, dependiendo de los estudios e informes presentados y analizados a lo largo del proceso de participación, de unos de carácter particular: los generales versaban respecto de los principios orientadores, criterios y condiciones para determinar mercados relevantes de telecomunicaciones, criterios para la definición de posición dominante en mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante* y criterios para la definición de las medidas regulatorias aplicables en los mismos, los cuales fueron plasmados por la CRT en la Resolución 2058 del 24 de febrero de 2009.

El asunto de índole particular versa concretamente sobre **COMCEL** y su posición en el mercado "Voz saliente Móvil" definido como mercado susceptible de regulación *ex ante* por la Resolución CRT 2058 de 2009, razón por la cual con fundamento en los análisis efectuados por la CRT, así como en los argumentos y soportes técnicos, económicos y jurídicos presentados por dicho operador, procede la CRT en este acto administrativo a constatar si efectivamente **COMCEL** tiene o no posición dominante en el mercado antes mencionado.

3. COMPETENCIA DE LA CRT

Como ampliamente se explicó en la parte motiva de la Resolución CRT 2058 de 2009, "*Por la cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes y para la existencia de posición dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones*", la CRT cuenta con facultades tanto legales como reglamentarias para intervenir mediante regulación *ex ante* en los diferentes mercados de telecomunicaciones con el objeto fundamental de promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios y generar reglas que permitan que el mercado de telecomunicaciones se desarrolle en un ambiente de competencia efectiva.

De esta manera, si bien los operadores que prestan servicios públicos de telecomunicaciones se encuentran amparados por el principio de libertad económica, ello no obsta para que el Estado a través del organismo regulador, con fundamento en la Ley y en el reglamento, establezca condiciones encaminadas a la protección del interés general en aras de cumplir con los objetivos antes descritos. En relación con los límites a los que se encuentra sometida la libertad económica, la Corte Constitucional en sentencia C-560 de 1994, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, señaló lo siguiente:

"El artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero advierte que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común.

La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social.

Así, en materias como las que tratan las normas demandadas, la Corte estima indispensable recalcar que, a la luz de la preceptiva constitucional vigente y siguiendo el criterio de la prevalencia del interés público en ella consagrado, no puede permitirse que aspectos tales como los límites de endeudamiento de las instituciones financieras, los topes de los créditos que ellas otorgan, las clases y requisitos de las garantías exigidas a los deudores, o los niveles de patrimonio mínimo de quienes ejercen la gestión financiera, queden librados a la más absoluta discreción de los entes participantes o dependan en forma exclusiva de las fuerzas del mercado y del incontrolado juego de la oferta y la demanda. La presencia estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto".

Así mismo, la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-043 de 1998, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, estableció que la libre iniciativa privada no es un límite para las actividades de intervención y regulación a cargo del Estado:

"(...) en un Estado Social de Derecho donde el Poder Público asume responsabilidades tales como la dirección general de la economía, el mejoramiento

CLO.

CAB

11
9wuo

de la calidad de vida de los habitantes y la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, la libre iniciativa privada no puede erigirse como un derecho absoluto ni como un obstáculo insuperable para la actividad de intervención del Estado, particularmente en materia económica y de servicios públicos. Es así como el propio artículo 333 de la Carta permite el desarrollo de dicha iniciativa privada, pero '... dentro de los límites del bien común' y, a su vez, faculta a la ley para delimitar su alcance '... cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.' "

En ese sentido, la regulación sirve a los intereses de la administración como mecanismo de ejecución del mandato legislativo que establece el marco de acción de los particulares. Así, la finalidad de la regulación implica desarrollar una actividad por intermedio de mecanismos previamente establecidos, que implemente y logre el orden económico ya definido en la Constitución, con el objeto de lograr el equilibrio entre intereses generales y particulares que es lo que se denomina regulación *ex ante*, entendida como la creación de normas que desarrollan los preceptos constitucionales y legales, por parte de las autoridades administrativas autorizadas para el efecto. La teoría de la intervención por intermedio de regulación tiene dos objetivos principales: Primero, eliminar la posibilidad que los agentes del mercado marchen sin control y, segundo, corregir las fallas que puedan impedir la eficiencia del modelo de mercado. Este es el modelo que la H. Corte Constitucional ha tomado como orientador de la acción del Estado en la economía. Al respecto, la sentencia C-150 del 25 de febrero de 2003, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, señaló:

"La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema. Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras.

"Esta Corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con problemas de información, oferta limitada y abuso de posición dominante, bienes o servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente, barreras de ingreso al mercado, externalidades, competencia destructiva entre otros, en los que se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

"Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones – además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que "[l]a 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

CLO.
006

AP
Quino

*domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia*¹⁰.

Es por ello que el mismo artículo 333 de la Constitución Política, en su penúltimo inciso consagra que el "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" (NFT).

Bajo este escenario, corresponde a cada entidad estatal dentro del ámbito de su respectiva competencia actuar para **evitar que el derecho constitucional a la libre competencia sea vulnerado, prevenir la concreción de amenazas a tal derecho y crear las condiciones para que se logre la efectividad del mismo**. En esta medida, la CRT al ejercer las funciones de regulación que le han sido asignadas por las normas vigentes, debe encaminar sus acciones con esta finalidad protectora del derecho constitucional mencionado. Al respecto, resulta oportuno citar lo afirmado por la H. Corte Constitucional en sentencia C- 815 de 2001:

"[l]a protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado."

En materia de telecomunicaciones el legislador creó una arquitectura diversa en la cual atribuyó a cada órgano estatal funciones específicas para evitar que se materialicen las amenazas a los derechos constitucionales. Para el caso de la CRT, las funciones devienen de lo establecido en distintas disposiciones de orden legal, supranacional y reglamentario, así:

En primer lugar, se encuentra que los tratados internacionales y normas supranacionales facultan al Estado para expedir regulación *ex ante* para el sector de telecomunicaciones. En efecto, en la Ley 671 de 2001, aprobatoria del "Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa", se establecieron los siguientes principios relevantes para la expedición de regulación *ex ante*:

"Definiciones

"..."

"Un proveedor importante es un proveedor que tenga la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y de suministro) en un mercado dado de servicios de telecomunicaciones básicas como resultado de:

a) El control de las instalaciones esenciales; o

b) La utilización de su posición de mercado.

"1. Salvaguardias de la competencia

"1.1 Prevención de las prácticas anticompetitivas en la esfera de las telecomunicaciones

"Se mantendrán medidas adecuadas con el fin de impedir que aquellos proveedores que, individual o conjuntamente, sean un proveedor importante empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas.

"1.2 Salvaguardias

"Las prácticas anticompetitivas a las que se hace referencia supra incluirán, en particular, las siguientes:

¹⁰ Cita presentada sin las notas al pie del original

"a) Realizar actividades anticompetitivas de subvención cruzada (Nota 1 de Colombia: El Estado colombiano se reserva el derecho de mantener subvenciones entre diferentes estratos de un mismo servicio);

"b) Utilizar información obtenida de competidores con resultados anti-competitivos; y

"c) No poner oportunamente a disposición de los demás proveedores de servicios la información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente pertinente que éstos necesiten para suministrar servicios.

"2. Interconexión

"2.1 Este artículo se refiere al enlace con los proveedores que suministran redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, con objeto de que los usuarios de un proveedor puedan comunicarse con los usuarios de otro proveedor y tener acceso a los servicios suministrados por otro proveedor respecto de los que se contraigan compromisos específicos.

"2.2 Interconexión que se ha de asegurar

"La interconexión con un proveedor importante quedará asegurada en cualquier punto técnicamente viable de la red. (Nota 2 de Colombia: Cuando al proveedor importante [operador] o a cualquier operador existente de servicios de telecomunicaciones se le solicite la interconexión en un punto diferente al propuesto por ellos, tendrán derecho a solicitar al nuevo operador el pago de los costos ocasionados por esta decisión. Cuando exista conflicto sobre el punto de interconexión, el ente regulador podrá definir dicho conflicto y distribuir los costos a la luz de la normatividad respectiva y bajo criterios de justicia y objetividad). Esta interconexión se facilitará:

"a) En términos y condiciones (incluidas las normas y especificaciones técnicas) y con tarifas que no sean discriminatorias, y será de una calidad no menos favorable que la facilitada para sus propios servicios similares o para servicios similares de proveedores de servicios no afiliados o para sus filiales u otras sociedades afiliadas;

"b) En una forma oportuna, en términos y condiciones (incluidas las normas y especificaciones técnicas) y con tarifas basadas en el costo que sean transparentes y razonables, tengan en cuenta la viabilidad económica, y estén suficientemente desagregados para que el proveedor no deba pagar por componentes o instalaciones de la red que no necesite para el suministro del servicio; y

"c) Previa solicitud, en puntos adicionales a los puntos de terminación de la red ofrecidos a la mayoría de los usuarios, a un precio que refleje el costo de construcción de las instalaciones adicionales necesarias."

Como se puede observar, las normas transcritas, que son de rango legal por provenir de tratados internacionales suscritos por Colombia e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, permiten la expedición de regulación *ex ante* con el fin de prevenir la realización de prácticas anticompetitivas en todo el sector de telecomunicaciones. Estas normas le ordenan al Estado "... mantener medidas adecuadas con el fin de impedir que aquellos proveedores que, individual o conjuntamente, sean un proveedor importante empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas".

En segundo lugar, las normas supranacionales expedidas en el seno de la Comunidad Andina, guardan gran simetría con las normas destacadas de la OMC. En efecto, la Decisión 462 de la CAN, dispone, entre otras, lo siguiente:

"Artículo 2.- Definiciones

Para los efectos de la presente Decisión, se entiende por:

"..."

Proveedor Importante: Proveedor que, conforme a lo definido por la Autoridad Nacional Competente, tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación, desde un punto de vista de los precios y del suministro, en un mercado dado de Servicios Públicos de Transporte de Telecomunicaciones como resultado de:

a) El control del acceso a las instalaciones esenciales; o

CLC.
CNC

b) La utilización de su posición en el mercado."(Subrayas fuera de texto)

Por su parte, la Ley 555 de 2000 expedida por el Congreso de la República con el fin de introducir competencia en el mercado de la telefonía móvil, estableció las reglas para la prestación de los servicios de PCS y en el artículo 15 le otorgó a la CRT la facultad de promover y regular la competencia entre los operadores de PCS y el resto del sector de telecomunicaciones. Esta es una norma de rango legal, que también faculta a la CRT para expedir regulación *ex ante* en temas de competencia. La mencionada norma establece lo siguiente:

"Artículo 15: Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La CRT será el organismo competente para promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que sea necesario, expedir el régimen de protección al usuario y dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones.

La CRT expedirá las normas que regulan la interconexión teniendo en cuenta los principios de neutralidad y acceso igual-cargo igual." (Subrayado fuera de texto)

Al respecto, debe señalarse que si bien la Ley 555 de 2000 tiene por objeto principal el de "... *fijar el régimen jurídico aplicable a los Servicios de Comunicación Personal, PCS y establecer las reglas y principios generales para otorgar concesiones para la prestación de los servicios PCS*", el artículo en mención establece que la CRT será competente para promover y regular la competencia no sólo entre los operadores de servicios de comunicación personal, sino también en su relación con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, lo que evidentemente incluye a quienes se dedican a la prestación del servicio de telefonía móvil celular según la definición prevista en el artículo 1º de la Ley 37 de 1993.

De esta forma, la Ley 555 de 2000 no es única y exclusivamente aplicable a los mercados de servicios de PCS sino que también, por la cercanía en relación con la naturaleza y características de la actividad económica, contiene reglas aplicables a los mercados de servicios de telefonía móvil celular y en general al sector de telecomunicaciones¹¹. La cercanía entre estos servicios ha sido reconocida también por la H. Corte Constitucional, la que ha sostenido:

*"De las definiciones expuestas se desprende que ambos [se refiere a los servicios de PCS y al de telefonía móvil celular] son servicios que se prestan dentro del sector de las telecomunicaciones y que, no obstante que pueden presentar diferencias significativas, **se desarrollan alrededor del mercado de la telecomunicación móvil y tienen como elemento fundamental el espacio radioeléctrico asignado por el Estado.***

*"Independientemente de quien preste los servicios, ya sea una entidad de naturaleza pública, mixta o un particular por concesión (como en el caso de PCS y TMC), **el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia en su desarrollo** (artículos 75, 334 y 365 de la Constitución), circunstancia por la cual, puede intervenir con la finalidad de promover la productividad, la eficiencia y la competitividad, o para racionalizar la economía y mejorar la calidad de vida de los habitantes, o para evitar las prácticas monopolísticas en el mercado.*

"Por lo tanto, es el Estado quien en desarrollo de la titularidad del espectro electromagnético determina las condiciones para su utilización y prestación, ya sea de manera directa o indirecta (concesión), siendo titular de las potestades de control y vigilancia para garantizar a la comunidad la prestación regular, continua y eficiente del servicio, y de intervención en aras de alcanzar los objetivos que la Constitución impone (artículos 74, 333, 334 y 365 de la Constitución)¹²".

¹¹ De hecho, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sostenido que el servicio de telefonía móvil celular –TMC- y el de comunicación personal – PCS, hacen parte de un mismo mercado relevante.

¹² *Ibidem*. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia C-1268 de 2000, MP: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Así las cosas, no podría pensarse que la Ley 555 de 2000 únicamente contiene normas dirigidas a los servicios de PCS y que, en ese sentido, no sea posible aplicar ninguna de sus disposiciones a empresas que, dentro del mismo mercado y ámbito de las telecomunicaciones móviles, desarrollan el servicio a través de otro tipo de tecnología. Por el contrario, por expresa disposición del artículo 15 citado, también respecto de ellas la CRT puede ejercer funciones de regulación para promover la competencia.

De otra parte, el Decreto 1130 de 1999 resulta importante en la determinación de las facultades que tiene la CRT para expedir regulación *ex ante*, respecto de los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones, como es el caso de los servicios de Telefonía Móvil Celular -TMC-, los de Comunicación Personal -PCS- y los de telecomunicaciones que utilizan sistemas de acceso troncalizado -*Trunking*-. Por medio de este Decreto, el Gobierno Nacional reestructuró al Ministerio de Comunicaciones, a la CRT y a otros organismos del sector de telecomunicaciones y redistribuyó funciones entre los mismos.

Como se observa a continuación, este Decreto extiende las facultades de la CRT, inicialmente otorgadas solamente respecto de los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, a todo el sector. Adicionalmente, según lo prescribe expresamente su artículo 37, se asignan a la CRT las funciones **"...atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto..."** (Destacado).

Efectivamente, este tipo de distribución está expresamente autorizada por el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, a cuyo tenor indica que *"Corresponde al Presidente de la República (...) 16. Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley."* Los principios y reglas vigentes para este propósito están consagrados en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, entre los cuales figura expresamente el de *"hacer valer los principios de eficiencia y racionalidad de la gestión pública, en particular, evitar la duplicidad de funciones"* (literal a, declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-709 de 1999).

De esta forma, la CRT tiene facultades otorgadas por una norma con fuerza material de Ley para expedir regulación respecto de los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones, toda vez que las facultades de regulación contenidas en el Decreto 1130 de 1999, están sometidas a las directrices del legislador establecidas en la ley.

Al respecto, debe indicarse que la facultad de expedir regulación *ex ante* para todo el sector de telecomunicaciones, que incluya tanto a los servicios domiciliarios como a los no domiciliarios de telecomunicaciones como es el caso de los servicios de TMC, PCS y de telecomunicación que utilicen sistemas de acceso troncalizado -*Trunking*- y otros, proviene de normas jurídicas de rango legal, distintas de la Ley 142 de 1994.

El supuesto según el cual la CRT solamente se encuentra facultada para expedir regulación *ex ante* en materia de competencia, cuando los destinatarios de la regulación son los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, no encuentra soporte en el ordenamiento superior. Ello no es así, porque como se ha dicho, el mencionado Decreto, en desarrollo del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución, radicó en cabeza de la CRT funciones que habían sido establecidas por normas con fuerza de Ley como de competencia del Ministerio de Comunicaciones.

En efecto, el encabezado del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 establece que *"Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente decreto, serán ejercidas por dicha comisión"*. (Subrayado fuera de texto). Así mismo el párrafo del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999¹³, *"...por el cual se reestructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas"* atribuye expresamente a la CRT funciones precisas en relación con todos los servicios de telecomunicaciones, excepto los de radiodifusión sonora, auxiliares de ayuda y especiales, así como los de televisión.

¹³ Expedido por el Presidente de la República, como ya se dijo, *"...en ejercicio de la atribución permanente de que trata el artículo 189 numeral 16 de la Constitución Política y con sujeción a los principios y reglas del artículo 54 de la Ley 489 de 1998..."*

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro que funciones de regulación que venía ejerciendo el Ministerio de Comunicaciones por virtud de la Ley, fueron transferidas por el Presidente de la República a la CRT en ejercicio de la atribución permanente de que trata el artículo 189 numeral 16 de la Constitución Política, esto es, la relativa a la modificación de la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales.

Así, las funciones transferidas a la CRT por virtud del Decreto 1130 de 1999, provienen de lo dispuesto en el Decreto Ley 1900 de 1990, expedido por el Gobierno con base en las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 72 de 1989, el cual le otorgó, entre otras funciones¹⁴, al Ministerio de Comunicaciones las siguientes:

"Artículo 5. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Comunicaciones, ejercerá las funciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones."
(Subrayado fuera de texto)

De otra parte, el artículo 13 del mismo Decreto establece que al otorgar las concesiones se debe respetar el principio de libre competencia. Es importante al respecto recordar que el otorgamiento de las concesiones es una facultad asignada al Ministerio de Comunicaciones. En efecto, la mencionada norma establece:

"Artículo 13. Las concesiones de servicios de telecomunicaciones de que trata el presente decreto deberán otorgarse de modo tal que se promuevan la eficiencia, la libre iniciativa y competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones." (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, el artículo 26 del Decreto 1130 de 1999, otorgó al Ministerio de Comunicaciones la siguiente facultad:

"Artículo 26. El Ministerio de Comunicaciones dictará las normas para asegurar que las redes de telefonía móvil celular que se autoricen en el territorio nacional sean totalmente compatibles entre sí y con las otras redes a las cuales se van a conectar, de tal forma que se comporten como una red única de cubrimiento nacional y su uso sea transparente para cualquier usuario." (Subrayado fuera de texto)

Teniendo claro el alcance del Decreto 1130 citado, debe mencionarse que según lo establecido en su numeral 1º, la CRT tiene competencia para *"Promover y regular la libre competencia para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regular los monopolios cuando la competencia no sea de hecho posible, 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 las empresas en el mercado, de conformidad con la ley."* (Subrayado fuera de texto)

También es de mencionar que la Ley 37 de 1993, en su artículo 15 establece lo siguiente: *"Aplicación legislativa. En lo no previsto en esta Ley, aplicarán a las redes y servicios de telefonía móvil celular, lo dispuesto en la Ley 72 de 1989 y el Decreto-ley 1900 de 1990"*.

Adicionalmente, debe señalarse que el Decreto 2870 de 2007, otorgó precisas facultades a la CRT para expedir regulación orientada hacia mercados relevantes, indicando expresamente que a la misma le corresponde definir los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de posición dominante en dichos mercados.

Es así como en desarrollo de las competencias legales y reglamentarias a las que se ha hecho referencia anteriormente, la CRT expidió la Resolución 2058 de 2009 *"Por la cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes y para la existencia de posición dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones"*.

De lo anterior se evidencia que la CRT, en ejercicio de sus facultades regulatorias *ex ante* y con el fin de prevenir las amenazas contra el derecho constitucional de la libre competencia, debe evaluar y

¹⁴ También resulta oportuno hacer referencia a las funciones contenidas en los artículos 19 y 58 del Decreto Ley 1900 de 1999, entre otros.

CLO.
COT

gmo

analizar la posición de cada una de las empresas en el mercado y, según los hallazgos y observaciones identificados, establecer reglas de comportamiento diferencial fundadas en criterios objetivos, con el fin último de promover la competencia en el sector de telecomunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios.

Así, en el caso concreto que se encuentra que la CRT tiene facultades para constatar la posición que **COMCEL** ostenta en el mercado "Voz saliente móvil" definido como susceptible de regulación *ex ante* mediante Resolución CRT 2058 de 2009 y, si es del caso a partir de las constataciones objetivas, establecer medidas diferenciales para la promoción de la competencia y el cumplimiento de los fines estatales asociados a la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

Teniendo claro lo anterior, debe procederse al análisis de los argumentos expuestos por **COMCEL**, tanto desde la perspectiva jurídica, como técnica y económica, presentados ante la CRT el 2 de febrero de 2009 y expuestos ampliamente de manera específica en la reunión llevada a cabo en la Comisión el 4 de febrero de 2009.

4. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR COMCEL

4.1. Argumentos de orden jurídico

En este aparte del presente acto administrativo se analizan los argumentos presentados por **COMCEL** relativos a la propuesta publicada por la CRT el 26 de diciembre de 2008, y que hace referencia a la posible existencia de posición dominante en uno de los mercados definidos como relevantes y susceptibles de regulación *ex ante*, esto es el de "Voz saliente móvil", asunto éste que atañe directamente a dicho operador. Para tales efectos, **COMCEL** remitió tres conceptos jurídicos¹⁵, así como sus propias consideraciones, a los que se hará referencia de acuerdo con cada uno de los temas abordados:

4.1.1 Sobre la Intervención del Estado en la actividad económica y la iniciativa privada. Facultades de la CRT para intervenir en la economía, y en particular al servicio de Telefonía Móvil Celular TMC.

En relación con la facultad de intervención del Estado en la economía, **COMCEL** indica en primer lugar, que la CRT no se encuentra facultada para intervenir el mercado de telefonía móvil celular, pues ninguna de las leyes ni decretos con fundamento en las cuales la CRT ha sustentado la propuesta de definición de criterios y condiciones para determinar mercados relevantes de telecomunicaciones, así como la existencia de posición dominante en los mismos, guarda relación con el servicio de Telefonía Móvil Celular, ni le otorgan las facultades de intervención económica, en los términos de la Constitución a la CRT, respecto de estos servicios.

Para **COMCEL**, la Constitución Política establece que cualquier intervención del Estado en la iniciativa privada deber ser autorizada por la ley. En este sentido, los artículos 333, 334 y 365 de la Constitución Política validan que la actividad económica y la iniciativa privada son libres en Colombia y, por ende, para desarrollarlas sólo es necesario los requisitos que establezca la Ley. En tal sentido, indica que el Estado sólo por mandato de la Ley evitará y controlará el abuso que hagan las empresas de su posición dominante y, además, que los servicios públicos se desarrollarán de acuerdo al régimen jurídico fijado en la ley, y su intervención se hará en los términos de la misma.

Indica **COMCEL** que la CRT no tiene facultad otorgada por una Ley de la República para limitar su actividad económica e iniciativa privada y, en consecuencia, solicita a la CRT indicar cuál es esa "Ley" que le faculta para intervenir el servicio de Telefonía Móvil Celular -TMC.

Al respecto, considera **COMCEL** que la CRT no puede olvidar que la Constitución Política es la norma de normas y, por ende, su actuar debe estar enmarcado en los términos de la misma. Señala entonces, que en caso de contradicción entre ésta y las normas de inferior jerarquía la CRT deberá acatar la primera para efectos del cumplimiento de sus funciones. Lo anterior significa para **COMCEL** que la CRT no tiene competencia emanada de la Ley para intervenir la actividad económica, estableciéndolo como un operador con posición de domino en el mercado relevante "Voz Saliente Móvil" e imponiéndole obligaciones de disminución tarifarias y oferta mayorista.

¹⁵ Elaborados por las firmas José Gregorio Hernández, López Montealegre & Asociados y Lloreda Camacho & Co

CLO.
COP

11
quero

En el mismo sentido, considera que las normas (leyes y decretos) citadas no son aplicables ni tienen ninguna relación con el proyecto de regulación que la CRT pretende expedir, ni tampoco le confieren facultad alguna de intervención en el servicio de TMC. En particular, los artículos 3 y 4 del Decreto Ley 1900 de 1990, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, por la expresa exclusión que hace dicha ley de este servicio, ni el artículo 15 de la Ley 555 de 2000, ya que esta última ley regula a los servicios de comunicación personal PCS y no a los servicios de TMC.

Ahora bien, en particular en relación con el artículo 37, numerales 1, 2 y 3 del Decreto 1130 de 1999, **COMCEL** señala que dicho Decreto fue dictado por el Presidente de la República con base en facultades que sólo le permiten reformar la estructura de la entidades del poder ejecutivo, pero nunca crear funciones a la entidades, como en su concepto lo interpreta la CRT, dado que el Ministerio de Comunicaciones no tenía funciones para regulación por mercados relevantes, ni para la definición de posición de dominio de un operador de Telefonía Móvil Celular, ni mucho menos para la imposición de sanciones a un operador de estos servicios. Por lo tanto, en su opinión la CRT no puede citar estos artículos, dado que nada tienen que ver con el proyecto regulatorio respecto del cual presenta sus alegaciones.

Por otra parte, indica que si bien el Decreto 2870 de 2007, artículos 10 y 13, confieren facultades a la CRT para definir los mercados relevantes en materia de telecomunicaciones, esta norma es un Decreto ordinario sin fuerza de Ley, que además es contrario a la Constitución Política, pues en virtud del mismo no se le pueden atribuir estas funciones a la CRT, debiendo en consecuencia preferirse la aplicación de la Constitución Política, y no la norma que la contraría.

Así mismo, se indica que las reglas objeto del proyecto regulatorio han debido ser expedidas por el legislador, ya que ha reservado a éste último, la función de establecer las reglas pertinentes a la preservación de la libre competencia, las de regulación de los mercados, así como las de protección a los derechos de los consumidores y usuarios.

En lo que concierne a la actividad empresarial y la iniciativa privada, indica que las excepciones y restricciones a dichos principios, tienen que ser consagradas en la Ley, por lo que asumir la función implica usurpar las funciones del legislador, en clara vulneración de los artículos 3, 113, 121 y 122 de la misma Carta Política. En tal sentido, manifiesta que la regulación no puede llenar los vacíos, ni se le puede dar el alcance de "legislación secundaria", pues con esto se desnaturaliza el concepto mismo de delegación de funciones administrativas, toda vez que excede los límites de ellas y rompe la estructura de separación funcional prevista en la Constitución Política, dado que de ninguna forma se puede admitir que órganos administrativos asuman extraordinariamente una función legislativa, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Carta Política contempla en cabeza del Presidente de la República.

Afirma **COMCEL** que el proyecto de resolución, invoca varias disposiciones, de la cuales no surge la competencia de la CRT, a saber: el Decreto Ley 1900 de 1990, el cual no podría aludir en forma alguna, ni otorgar facultades a la CRT, puesto que no existía en el momento de su expedición, lo cual es diferente de las funciones que el mismo otorga al Ministerio de Comunicaciones, que están directamente radicadas por el legislador extraordinario en dicho Ministerio, que hoy existe y que no ha sido sustituido o reemplazado en norma alguna por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

En relación con el artículo 3 del citado Decreto Ley, que se invoca en el proyecto, señala que su texto no guarda relación alguna con el contenido del proyecto de resolución que nos ocupa, toda vez que del hecho que las telecomunicaciones deban ser usadas dentro de los criterios y principios que la norma impone, no se desprende que la CRT haya quedado habilitada por aquélla para introducir reglas de juego diferentes a las previstas en el momento de celebración de los contratos de Telefonía Móvil Celular. En cuanto al artículo 4 de tal norma, también invocado, considera que éste también resulta ajeno al otorgamiento de facultades en cabeza de la CRT, pues sin perjuicio del carácter de servicio público atribuido a las telecomunicaciones, que nadie pone en duda, hay gran distancia entre ello y clasificar a la Telefonía Móvil Celular como "servicio público domiciliario" – en cuyo ámbito actúan las comisiones de regulación según su norma creadora, de cuyo estatuto (Ley 142 de 1994), no se puede deducir la atribución de una competencia como la que asume en el proyecto la CRT para calificar mercados relevantes, y menos para clasificar a ciertos operadores como detentadores de una posición dominante en el mercado de telecomunicaciones.

En relación con la Ley 142 de 1994, **COMCEL** indica que los artículos 73 y 74.3 están delimitados por el ámbito de aplicación de la misma, que es, muy concretamente, el de servicios públicos

CLO.

07/10

AP

WU

domiciliarios de telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural y las actividades complementarias, entre las cuales no se encuentra la Telefonía Móvil Celular.

Ahora bien, respecto del artículo 15 de la Ley 555 de 2000, indica **COMCEL**, que es claro que dicha Ley tiene por destinatarios a los operadores de los servicios de Comunicaciones Personales -PCS- y no a los de los servicios de Telefonía Móvil Celular, lo que implica que, al menos en lo relativo a estos últimos, la resolución proyectada no puede invocarlo como fuente de su competencia.

Ahora bien, en cuanto al Decreto 1130 de 1999, se señala que éste fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución y se enmarcó, por decisión propia enunciada en su encabezamiento, en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, dado lo cual el Presidente en desarrollo de esta función sólo puede modificar la estructura -no las funciones- de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, "*con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley*". En consecuencia, el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999, no traslada las funciones conferidas al Ministerio de Comunicaciones a la CRT, entre las cuales además no se encuentra la función de determinar criterios y condiciones para determinar mercados relevantes, ni la existencia de poder dominante en dichos mercados, y menos la de calificar arbitrariamente, y sin proceso previo, a un determinado operador de telecomunicaciones como detentador de una posición de dominio. En consecuencia, para **COMCEL** lo que pretende la CRT es amparar su competencia para proferir actos generales y particulares sobre mercados relevantes y para afectar directamente a un operador determinado, en una normatividad administrativa, cuando la exigencia constitucional, es que se trata de temas reservados a la Ley.

En relación con el Decreto 2870 de 2007, indica que el mismo es de carácter reglamentario, al ser expedido, así como sus modificaciones por el Presidente de la República por fuera de su propia competencia, y a pesar de ser un acto administrativo de carácter general y, por ende, gozar de presunción de legalidad, no puede deducirse que las normas constitucionales que establecen la reserva de Ley respecto de la intervención del Estado en la economía, pierdan su vigencia, pues de lo contrario, se estaría aceptando que un acto administrativo prevalezca sobre los preceptos constitucionales.

Añade, que en este caso, la CRT al invocar las disposiciones de este Decreto para sostener su propia competencia, tropezaría necesariamente con la dificultad del choque entre el Decreto reglamentario y la Constitución, dado el principio de reserva legal que rige en estas materias. Al respecto, también se alega que el Decreto 2870 de 2007 se refiere a asuntos relacionados directamente con el acceso y uso del espectro electromagnético, el que de acuerdo con el artículo 75 de la Constitución, es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado, donde es a la Ley a la que le corresponde establecer los términos en los cuales se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso al mismo, así como el mandato de intervención del Estado que corresponda.

Concluye **COMCEL**, que la falta de competencia de la CRT para dictar el proyecto en el que se le declara dominante en el mercado relevante es clara y abierta y, en consecuencia, solicita a la CRT abstenerse de aplicar el mencionado Decreto y, en su lugar, aplicar los artículos 75, 83, 84, 333, 334 y 365 de la Constitución Política, entre otros, que supeditan a lo dispuesto en las leyes la actuación de las autoridades públicas. Esta misma solicitud aparece recogida en otro de los conceptos jurídicos remitidos, en el cual, con fundamento en las disposiciones del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, afirma que "Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable," razón por la cual la CRT ha debido inaplicar lo establecido en el Decreto 2870 de 2007.

En el último concepto jurídico mencionado, también se hace referencia a las facultades de la CRT para designar a **COMCEL** como operador dominante, señalándose que la Ley 142 de 1994 otorga facultades a la CRT para proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir el abuso de la posición dominante, en el marco de los servicios públicos domiciliarios, sin incluir a la telefonía móvil celular, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado, lo cual no significa que la CRT tenga la posibilidad de definir expresamente cuáles operadores ostentan una posición de dominio en el mercado, ni para establecer, por vía de resolución, cuáles son los mercados relevantes bajo su ámbito de regulación, pues esta situación traspasa el ámbito de competencia de la CRT.

CLO.
ODT

11
980

Lo anterior, en la medida en que la propuesta regulatoria no puede clasificarse como acto general para impedir el abuso de la posición dominante o como reglas de comportamiento diferenciales, sino más bien como una afectación directa de la CRT respecto de la posición particular de los operadores de telecomunicaciones, sin dar oportunidad a los mismos de participar en el proceso, tal y como lo establece el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, relativo a la delegación de funciones presidenciales a las Comisiones de Regulación.

Señala **COMCEL** que en materia de servicios de telecomunicaciones, específicamente en relación con el abuso de la posición dominante, a la CRT le fue asignada la labor de *"promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado,"* y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios facultades para *"adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e impondrá las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994¹⁶".* Respecto a los operadores del servicio de telefonía móvil celular, dado que éstos no constituyen servicios públicos domiciliarios, es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) la entidad facultada para *"imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante"*, como lo dispuso el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999.

Por otra parte, el concepto indica que el artículo 11 del proyecto de resolución en el cual se designa este operador como operador con posición dominante, viola la Constitución Política, dado que establece bajo la denominación de "remedios regulatorios" verdaderas sanciones, que le corresponde privativamente determinar al Congreso de la República. De igual forma, el artículo 12 viola las normas referidas y el artículo 333 de la Constitución Política, que establece que la Ley es la única que puede autorizar requisitos para limitar la actividad económica e imponer cargas a las empresas.

En este sentido, se considera que sí la CRT aprueba el proyecto de resolución puesto a consideración del público y, por ende, a **COMCEL**, la CRT estaría ejerciendo funciones que le corresponden a la SIC, como entidad encargada de aplicar, respecto de los operadores de Telefonía Móvil Celular, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, pues en lugar de estar estableciendo medidas *ex ante* y generales, estaría definiendo situaciones particulares para las cuales ni el legislador, ni el constituyente le otorgaron competencia.

Lo anterior, lo reafirma el último de los conceptos jurídicos remitidos por **COMCEL**, en el sentido de reiterar que de conformidad con lo señalado en el Decreto 2153 de 1992, es la Superintendencia de Industria y Comercio la encargada de adelantar investigaciones administrativas e imponer las sanciones que corresponda por el incumplimiento de las normas.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

Con relación a la intervención del Estado en la actividad económica y la iniciativa privada, en virtud de la Ley, así como respecto de las facultades de la CRT para intervenir en la economía y, en particular, el servicio de Telefonía Móvil Celular –TMC–, cabe señalar que tal y como se explicó de manera detallada en el aparte sobre Competencia de la CRT del presente acto administrativo, efectivamente, los artículos 333 y 334 de la Constitución Política establecen que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, *"dentro de los límites del bien común"* y, además, la libertad de competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

En este sentido, si bien la Carta Política reconoce y protege tales derechos en los artículos citados, también prevé que el ejercicio de los mismos se encuentra limitado por la facultad de intervención que tiene el Estado en la economía, con el fin de hacer prevalecer el interés general y el bien común. Lo anterior, ha sido ampliamente analizado por la H. Corte Constitucional, entre otras, en sentencia C-398 de 1995:

"Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la

¹⁶ Ley 142 de 1994, artículo 74, numeral 32

CLO
COB

AP
Jano

prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prolijado.

En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el Poder Público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (artículo 334 C.P.), la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. Esta se debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular. Se trata, al fin y al cabo, de realizar fines esenciales del Estado como los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Preámbulo y artículo 2º C.P.), en ejercicio de un papel dinámico y activo inherente a su función básica de dirección general de la economía (artículo 334 C.P.).

"A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución." (NFT)

En desarrollo de la facultad de intervención en la economía, la Constitución Política también consagra que el Estado, por mandato de la Ley, **impedirá** que se obstruya o restrinja esa libertad económica y **evitará** o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional y, en el mismo sentido, se establece que el Estado, por mandato de la Ley, intervendrá en los servicios públicos, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, entre otros objetivos. Por su parte, el artículo 365 de la Carta Política, enfatiza que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y que los mismos estarán sujetos al régimen que fije la Ley, correspondiendo al Estado, **la regulación**, el control y la vigilancia de estos servicios.

Para el caso de los servicios públicos de telecomunicaciones las funciones de regulación se encuentran asignadas a la CRT en las leyes a las que se hizo referencia detallada en el numeral 2 de la presente resolución, mediante las cuales se le confieren de manera directa e inmediata a la CRT facultades para desarrollar el mandato de intervención en la economía adoptado por el mismo legislador, así como los decretos reglamentarios de dichas leyes. Igualmente, la competencia de la CRT se encuentra cobijada por virtud de la delegación de funciones presidenciales¹⁷. En relación con la función de regulación en cabeza de las comisiones de regulación, es de recordar lo afirmado por la H. Corte Constitucional, entre otras, en Sentencia C-1162 de 2000:

"...En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado...."

¹⁷ Sentencias C-272 de 1998, C-1162 de 2000 y C-150 de 2003.

CLO.
006

10
guro

... La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquella tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios...¹⁸

Así las cosas, las facultades de la CRT están dirigidas a promover y regular la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, determinar el régimen de tarifas, **así como impedir que los operadores con posición dominante dentro de dicho mercado puedan abusar de su posición¹⁹.**

De esta forma y como ya se señaló, corresponde a cada entidad estatal dentro del ámbito de su respectiva competencia actuar para evitar que el derecho constitucional a la libre competencia sea vulnerado, prevenir la concreción de amenazas a tal derecho y crear las condiciones para que se logre la efectividad del mismo. En esta medida, la CRT al ejercer las funciones de regulación que le han sido asignadas por las normas vigentes, debe encaminar sus acciones con esta finalidad protectora del derecho constitucional mencionado.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la CRT ejerce sus funciones atendiendo a precisos mandatos legales y reglamentarios, de tal suerte que la regulación que expide está subordinada a la Ley y al reglamento, en la medida que son actos administrativos de contenido técnico y especializado, tal y como lo explicó la H. Corte Constitucional en la Sentencia C - 1162 antes citada.

De este modo, la regulación que expide la CRT se predica respecto de todos los servicios públicos de telecomunicaciones²⁰, incluidos los servicios de Telefonía Móvil Celular -TMC-, catalogados expresamente por la Ley 37 de 1993, como servicios públicos. La anterior consideración, tiene como fundamento lo siguiente:

En primer lugar, tal y como se explicó en detalle en el numeral 2 de este acto, el Decreto 1130 de 1999, al reestructurar el Ministerio de Comunicaciones, transfirió a la CRT parte de las funciones que la Ley ya le había adscrito a dicho Ministerio; por ende, contrario a lo afirmado por **COMCEL** dicho Decreto no hizo cosa distinta a desarrollar lo dispuesto en el Decreto Ley 1900 de 1990 que establece que al Ministerio de Comunicaciones, en representación del Gobierno Nacional, le corresponde ejercer las funciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones, incluida la Telefonía Móvil Celular -TMC-. Así, las funciones transferidas a la CRT por virtud del Decreto 1130 de 1999, provienen directamente de la Ley toda vez que fueron consagradas primigeniamente en el mencionado Decreto Ley.

En este sentido, el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 tiene plena aplicación respecto de los servicios de TMC y, en esa medida, la función contenida en su numeral 1º relativa a *"promover y regular la libre competencia para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regular los monopolios cuando la competencia no sea de hecho posible, 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 las empresas en el mercado, de conformidad con la ley..."*, necesariamente vincula a quienes prestan dichos servicios.

Con respecto al argumento según el cual la Ley 555 de 2000 no se aplica respecto de los servicios de TMC, se reitera lo expuesto en el numeral 2 de la presente resolución, en el sentido que la misma contiene normas que establecen expresamente que la CRT es competente para promover y regular la competencia, no sólo entre los operadores de servicios de comunicación personal, sino también en su relación con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, lo que evidentemente incluye a quienes se dedican a la prestación del servicio de telefonía móvil celular según la definición prevista en el artículo 1º de la Ley 37 de 1993.

Ahora bien, específicamente en lo que tiene que ver con el argumento de **COMCEL** relativo a que con fundamento en las normas invocadas, la CRT no tiene competencias para definir criterios y condiciones para determinar mercados relevantes, ni posición dominante en los mismos, así como en lo relativo a la excepción de inconstitucionalidad que dicho operador pretende que la CRT aplique

¹⁸ Magistrado Ponente, Dr. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

¹⁹ Artículos 3, 4 y 12 del Decreto Ley 1900 de 1990. Artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994. Artículo 15 de la Ley 555 de 2000. Artículo 37 Decreto 1130 de 1999.

²⁰ Con excepción de los servicios de televisión, radio difusión sonora y servicios especiales.

CLO.
COB

1º
QWQ

en relación con las disposiciones contenidas en el Decreto 2870 de 2007, como antes se indicó, la competencia de la CRT tiene dos claros fundamentos (i) Los postulados y sustentos de índole constitucional referentes a la función reguladora y (ii) El sustento legal y reglamentario de las facultades de la CRT.

Al respecto, es de recordar que en materia de las funciones de la regulación la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de ir precisando el papel específico que cumple la regulación de un sector determinado, y conforme a la Sentencia C-150 de 2003 atrás citada, se precisaron cuáles son esas funciones de intervención estatal en la economía que se efectúan por vía de la regulación de un sector: corregir fallas de mercado, restablecer equilibrios ante cambios económicos y tecnológicos, proteger derechos de agentes y usuarios dentro del respectivo sector y materializar el estado social de derecho mediante una variedad de instrumentos aplicados de manera continua por un órgano autónomo y especializado siguiendo procesos participativos.

De acuerdo con lo anterior, la CRT en ejercicio de su función reguladora y en aplicación de criterios técnicos especializados puede utilizar metodologías de análisis de competencia como es el caso de aquellas enfocadas hacia mercados relevantes y el comportamiento de quienes intervienen en los mismos, con el fin de proteger los postulados constitucionales de amenazas contra la libre competencia económica, a través de la corrección preventiva de las fallas de mercado, así como de la protección del derecho a la libre competencia contenido en el ya citado artículo 333 de la Constitución Política.

Bajo este escenario, resulta claro que las funciones que ejerce la CRT distan sustancialmente de aquellas conferidas a las autoridades de inspección, control y vigilancia, como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien es la competente para imponer sanciones como consecuencia del ejercicio de las funciones de regulación *ex post* que le son propias.

En relación con los argumentos de **COMCEL**, respecto a la inaplicación del Decreto 2870 de 2007, en el que se emplean los conceptos de mercado relevante, de posición dominante en un mercado relevante y de oferta mayorista, basta indicar que es claramente pertinente que se invoque el mismo y no podría la CRT ocuparse de éste tema sin respetar este Decreto reglamentario, sea olvidándolo, eludiéndolo o inaplicándolo, puesto que la normatividad que le otorga competencia a la CRT, que la jurisprudencia constitucional²¹, establecen que los decretos reglamentarios atan, en virtud de que precisan los preceptos de la Ley y contienen normas obligatorias a las comisiones de regulación. Entonces mientras este Decreto esté en vigor y no sea declarado ilegal o inconstitucional ni suspendido por los jueces competentes, se presume su legalidad y debe ser obedecido por la CRT, de tal manera que no resultaría admisible cualquier propuesta en contrario como la señalada por **COMCEL** a la CRT.

De lo anterior, cabe concluir que las facultades regulatorias que ejerce la CRT, como comisión de regulación del sector de telecomunicaciones, tienen un claro y sólido fundamento constitucional respecto de todos los servicios de telecomunicaciones sometidos a su regulación bien sea por mandato legal directo o por virtud de decretos reglamentarios como es el caso del Decreto 1130 de 1999.

De otra parte, en cuanto a que el Decreto 2870 de 2007, se refiere a asuntos relacionados directamente con el acceso y uso del espectro electromagnético, asunto que en consideración de **COMCEL** es de reserva de Ley, resulta necesario aclarar que la CRT no es la autoridad competente para definir la legalidad ó no de las disposiciones contenidas en el mismo a la luz de las facultades por virtud de las cuales fue expedido, razón por la cual la CRT no se pronuncia sobre el particular.

Finalmente, en relación con la referencia a los artículos 3 y 4 del Decreto Ley 1900 de 1990, debe precisarse que si bien los mismos no contienen una facultad específica, encajan claramente dentro de los preceptos constitucionales que ordenan a todas las autoridades, entre ellas la CRT, proteger los derechos y libertades y, por lo tanto, su invocación tenía como propósito ubicar la naturaleza de las telecomunicaciones y la carga que tiene el Estado respecto de la prestación de las mismas.

4.1.2 Sobre la posición dominante en el marco de la Ley

En relación con este tema, **COMCEL** indica que la CRT reconoce expresamente la aplicación de dos regímenes distintos para los servicios de telecomunicaciones no domiciliarios y domiciliarios, sin

²¹ Entre otras, sentencia C-1162 de 2000.

C.L.O.
CPB

10
gmu

embargo, en su concepto, en el análisis de mercados relevantes cuando se define la posición de dominio de este operador en el mercado "voz saliente móvil", la CRT no toma en cuenta la definición establecida en el Decreto Ley 2153 de 1992 y el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones, pues fundamenta toda la posición de dominio de **COMCEL** en el porcentaje de participación que esta empresa tiene en el mercado relevante, pero no prueba que la misma esté determinando directa o indirectamente las condiciones del mercado de "Voz Saliente Móvil", con lo cual considera que se está aplicando la definición de mercado relevante de la Ley 142 de 1994.

Añade **COMCEL** que la CRT deduce de su análisis que hay participación creciente del operador dominante y en tal sentido se pregunta por qué si la CRT reconoce que los competidores se pelean el mercado, cómo puede entonces **COMCEL** determinar las condiciones del mercado?, si las tarifas en Colombia son más bajas que el promedio suramericano, ¿cómo **COMCEL** determina las condiciones del mercado?, lo único que indica la CRT es que hay una participación creciente en el mercado de **COMCEL** pero eso no es posición dominante, dado que ésta se encuentra definida como *"La posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado."*

De igual manera indica **COMCEL** que no es cierto que esté incurriendo en discriminación de tarifas, ni existe ninguna investigación en contra de esta empresa por esta práctica anticompetitiva y, por lo tanto, solicita a la CRT que se aclare este punto. Además, señala que de acuerdo con lo indicado por la CRT los resultados evidencian que **COMCEL** tiene las tarifas off/net más altas, pero nunca se mencionan qué datos se tomaron, ni cómo fue el análisis de esas tarifas, ni qué años se tuvieron en cuenta para los análisis.

Por otra parte, para **COMCEL** en el caso de los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada, la Ley 142 de 1994 ha establecido una definición de Posición Dominante, definición que la CRT no toma en cuenta para el análisis de los mercados relevantes en los cuales se encuentran involucrados los operadores de TPBC, pues en muchos de los municipios colombianos los operadores de TPBC sirven a más del 25% de los usuarios, y no declara la posición de dominio correspondiente, contrariando lo que le exige la Ley 142 de 1994 y, al contrario, desregula las tarifas de estos operadores. En tal sentido, solicita a la CRT que se le indiquen las razones de la inaplicación de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 a los operadores de TPBC.

Adicionalmente, **COMCEL** señala que el presupuesto para que una empresa pueda incurrir en una de las conductas de abuso de posición dominante, es que se demuestre de manera previa, que ésta ostenta una posición de dominio en el mercado relevante presuntamente afectado. En relación con esto, señala que la Superintendencia de Industria y Comercio, como entidad encargada de velar por la libre competencia, ha establecido una serie de pasos para determinar si un agente económico ostenta una posición dominante dentro de su mercado.

De acuerdo con esto, el **COMCEL** expresa que dado que el concepto de mercado relevante se utiliza únicamente para estudiar una cuestión de competencia, y que las cuestiones que afectan la competencia en un mercado cambian constantemente, el examen sobre el mercado relevante debe hacerse caso por caso, y cada vez que vaya a examinarse una posible violación a las normas sobre competencia, además lo que en un momento puede definirse como un mercado relevante, puede cambiar al poco tiempo. Luego, la CRT establece una posición de dominio de carácter general, desconociendo la naturaleza de los conceptos en que se fundamenta el Derecho de la competencia.

Por otra parte, se indica en el concepto jurídico en comento, que se están conculcando varias de las disposiciones del Decreto Ley 2153 de 1992, pues hace aplicable a los servicios de Telefonía Móvil Celular -TMC- un régimen para determinar posición dominante diferente al establecido en la Ley, violando así las competencias asignadas a la SIC para el efecto, y las garantías constitucionales del debido proceso.

Adicionalmente, señala que la sanción de obligarlo a poner en marcha una oferta mayorista constituye una violación directa al artículo 333 de la Constitución Política, dado que conforme lo ha señalado la H. Corte Constitucional de manera reiterada *"la Constitución no prohíbe que las empresas ocupen una posición dominante en un mercado determinado"*, sino que impone al Estado la obligación de evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de ella en el mercado nacional, con lo cual de expedirse la Resolución que declara a **COMCEL** dominante imponiéndole las sanciones en ella consagradas, se estaría castigando a **COMCEL** por el sólo hecho de llegar a tener una posición dominante, es decir, por ser eficiente y por haber logrado, a pesar de muchos obstáculos y de una competencia implacable con los otros operadores móviles, una participación mayoritaria en el mercado a punta de los mejores precios y la mejor calidad al usuario.

CLO.
cdh

900

Luego, si se llega a expedir la resolución imponiendo las sanciones a **COMCEL** se violaría la Constitución Política al castigarle por el hecho de haber logrado obtener un liderazgo en el mercado, cuando la Carta no prohíbe tener una posición de líder en el mercado.

En igual sentido, señala **COMCEL** que en varias oportunidades la SIC ha definido los requisitos para poder considerar que una compañía goza de posición dominante en un mercado, y esta entidad en Concepto 01064306 de 28 de agosto de 2001, manifestó que no está prohibido ostentar posición de dominio dentro del mercado, sino el abuso que se haga de la misma, afectando los derechos de los competidores o de los consumidores, y que conforme con la definición legal y con la doctrina, para que se pueda hacer referencia a la existencia de posición de dominio en el mercado, ésta debe predicarse de una empresa o un grupo de empresas que conformen una unidad o agente económico, cuya característica es la de ostentar el control efectivo o potencial de su mercado relevante.

Conforme lo anterior, no queda demostrado que **COMCEL**, por sí sola y de manera independiente, pueda determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado, sino al contrario, lo que se demuestra es que esta empresa no puede actuar con independencia del comportamiento de sus competidores ni de sus clientes, pues si lo hace seguramente perdería su posición de líder en el mercado. En tal sentido, para **COMCEL**, es falsa la afirmación de la CRT que le cataloga como operador con posición dominante, pues el hecho de ser líder en el mercado, no implica necesariamente controlar el mercado, sin consideración a sus competidores ni a los usuarios.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

Al respecto, cabe reiterar las consideraciones hechas en el acápite relativo a la competencia de la CRT en el sentido que conforme a las facultades a ella encomendadas debe reaccionar frente a las amenazas que se presenten contra el derecho a la libre competencia económica, contemplado en el artículo 333 de la Carta, el cual además supone una serie de responsabilidades, toda vez que las empresas que ejercen la iniciativa privada y la actividad económica libremente, no pueden olvidar las implicaciones de sus actividades, en especial respecto de los usuarios y la sociedad en general.

En relación con esto la Constitución señala los eventos generales en que se debe dar dicha protección, en unos frente a las violaciones del derecho a la libre competencia y en otros, ante la amenaza de dicho derecho, puesto que, como se explicó antes, el Estado no debe esperar a que se manifieste el abuso contra el derecho a la libre competencia para fijar condiciones preventivas a través de la regulación *ex ante* propia de las competencias de la CRT²².

Se reitera entonces, que la definición de criterios y condiciones para definir mercados relevantes, así como la existencia de posición dominante en los mismos, se ajusta al Régimen General de Competencia aplicable a los servicios de telecomunicaciones, establecido en las normas Legales y reglamentarias (Ley 142 de 1994, la Ley 155 de 1959, el Decreto Ley 2153 de 1992, la Ley 256 de 1996, Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones), en la medida en que la CRT a través de la definición de dichos criterios no hizo nada distinto a expedir regulación *ex ante*, esto es de carácter preventivo a fin de evitar que la amenaza del derecho a la libre competencia se concrete, caso en el cual, como antes se mencionó, le correspondería a los organismos de inspección, control y vigilancia a través de la regulación *ex post* tomar las medidas del caso.

Por otra parte, en relación con la supuesta inaplicación de la definición de posición dominante establecida en el Decreto Ley 2153 de 1992 y en el Decreto 2870 de 2007, y la aplicación a **COMCEL** de la definición que trae la Ley 142 de 1994, es preciso indicar, en primer lugar, que no es la participación en el mercado de **COMCEL** *per se*, el criterio fundamental que tiene en cuenta la CRT al analizar la posición de **COMCEL** en el mercado "Voz saliente móvil", como se explicará de manera detallada en el numeral 6 de la presente resolución.

En todo caso debe anticiparse que el análisis adelantado por la CRT para definir los mercados relevantes de telecomunicaciones y establecer la posición de dominio de los operadores respecto de los mismos, no se ha basado de manera exclusiva en la participación de los operadores en el mercado, sino que por el contrario ha aplicado metodologías de reconocido valor en el campo del Derecho de la Competencia.

²² Sentencia 560 de 1994, Sentencia C-398 de 1995.

CLO.
09/6

AP
Quiso

En segundo lugar, es de aclarar que el concepto aplicado por la CRT para realizar este análisis partió de la definición contenida en el Decreto Ley 2153 de 1992, que es concordante con la expuesta en el Decreto 2870 de 2007, la cual está encaminada a demostrar que, además de la participación que ostenta el operador en un mercado determinado, debe tener la capacidad de determinar de manera directa o indirecta las condiciones de ese mercado, tal y como se analizará en el numeral 6 de esta resolución, donde también se revisa lo relativo a las tarifas en el mercado de "Voz saliente móvil", así como el impacto de las mismas en relación con la posición de **COMCEL** en el mercado.

En tercer lugar, debe anotarse que la CRT comparte lo expuesto por **COMCEL** en el sentido que la sola presencia de la posición dominante en un mercado no es prohibida *per se*. En efecto, la CRT a través de la regulación por mercados relevantes lo que está haciendo es fijar las reglas para que dicha posición de dominio en un mercado determinado no amenace o ponga en riesgo las condiciones de competencia en que ese mercado se desenvuelve.

En cuanto al argumento de **COMCEL**, en el sentido que la CRT aplicó la definición de posición dominante de la Ley 142 de 1994 respecto de dicha empresa pero no respecto de los operadores de TPBCL a quienes sí les obliga dicha definición, se debe tener en cuenta que en el mercado de voz saliente local (fija y móvil), conforme a la definición del artículo 14.13 de la citada Ley, el análisis de los mercados no puede perder de vista los servicios que prestan los operadores, así como "*los sustitutos próximos a éste*". En tal sentido, la CRT una vez realizados los estudios correspondientes, evidenció que los servicios de TPBC tienen como sustitutos a los servicios de TMC, PCS y de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado -Trunking, por lo que el análisis del mercado correspondiente a los servicios de TPBC, no podía limitarse únicamente al porcentaje de usuarios que conforman dicho mercado, sino que se debe tener en cuenta la presencia de los citados sustitutos según lo indica la misma Ley 142 de 1994, máxime cuando los estudios que ha venido adelantando la CRT le han indicado que las empresas de TPBC soportan una importante presión competitiva respecto de los operadores móviles.

Por otra parte, y respecto a las consideraciones de **COMCEL** en cuanto a que el concepto de mercado relevante se utiliza únicamente para estudiar una cuestión de competencia y que el estudio debe hacerse caso por caso, es preciso indicar que dicho concepto se aplica dentro de una metodología de análisis internacionalmente aceptada por reguladores como idónea para revisar el comportamiento de la competencia en los mercados y poder identificar así cuales de ellos, ante la existencia de amenazas, son susceptibles de regulación *ex ante*, en la medida en que se utiliza para delimitar los horizontes geográficos y de producto de un mercado, respecto del cual se quiere analizar cómo se comporta la oferta y la demanda y, en general, cuáles son las condiciones de competencia. Es de resaltar que para cumplir con su función regulatoria, la CRT está en libertad de escoger las metodologías técnicas y operativas más recomendables en la disciplina regulatoria y en esa medida fue que se siguió la metodología de mercados relevantes, tal como se le informó al sector en numerosas ocasiones.

En este sentido, en relación con lo afirmado por **COMCEL** respecto a que el análisis de mercados relevantes debe realizarse caso por caso y no de manera general, debe aclararse que la definición de criterios objetivos que ha de seguir la CRT para determinar los mercados que van a ser calificados como relevantes, no puede hacerse caso por caso, en la medida en que dicho análisis sólo procede cuando se entra a revisar el comportamiento de un operador determinado en uno de los mercados que, además de ser definidos como relevantes, es catalogado como susceptible de regulación *ex ante*.

De igual manera, debe aclararse que el análisis que aborda la CRT como autoridad de regulación *ex ante*, de ningún modo comporta la verificación de posibles infracciones al régimen de competencia y, mucho menos, la imposición de sanciones que conllevan necesariamente el ejercicio del poder punitivo del Estado, competencias estas que son propias de las autoridades de control, inspección y vigilancia en aplicación de la regulación *ex post* y no de la CRT como manifestación de la intervención del Estado en la economía para promover la competencia.

Así, la propuesta regulatoria, como se ha dicho a lo largo de este acto administrativo, obedeció al análisis de competencia de los mercados de telecomunicaciones, con el fin de expedir regulación de carácter preventivo en aras de promover la generación de condiciones de competencia en los mismos en el marco de las facultades de regulación *ex ante* a cargo de la CRT. En esta medida, el análisis aquí expuesto no versa sobre algún tipo de infracción al régimen general de competencia por parte de un operador de telecomunicaciones, el cual, además de corresponder como atrás se

dijo, a las autoridades de inspección, control y vigilancia, comportaría la imposición de sanciones a quien estuviere transgrediendo dicho régimen.

4.1.3 Sobre el debido proceso y el derecho de defensa que debe gobernar la actuación administrativa.

Al respecto, **COMCEL** indica que la CRT le ha conculcado su derecho de defensa y al debido proceso, con base en los siguientes planteamientos:

- Se afirma que el acto que la CRT pretende expedir es un acto de carácter general, toda vez que al hacer referencia al Decreto 2696 de 2004, dicho procedimiento es el que se debe surtir en relación con los proyectos regulatorios de carácter general, y no el propio de un acto particular y concreto que tiene efecto sobre una persona jurídica en particular. Explica **COMCEL** que el proyecto en discusión es un acto administrativo "mixto", pues tiene algo de general y también de particular, dado que establece principios generales de la regulación, como por ejemplo principios y criterios para la definición de la posición dominante en los mercados relevantes, pero también se establece como operador dominante dentro del mercado de "Voz Saliente Móvil" a **COMCEL** y le impone una serie de obligaciones particulares (llamadas "remedios regulatorios") que no tiene ningún otro operador, modificando la situación de este operador en el mercado, generando efectos particulares y concretos frente al mismo, con lo cual se está en presencia de una actuación administrativa particular.
- Considera que se presenta violación del derecho fundamental al debido proceso, y del principio administrativo de contradicción, estipulados en la Constitución Política y en el Código Contencioso Administrativo, dado que la Comisión no ha decretado pruebas ni permitido que **COMCEL** las controvierta y solicite, ni le ha otorgado los recursos que por Ley le corresponden frente a una actuación que le genera efectos particulares y concretos en su persona. Señala que desde el punto de vista constitucional, es clara la ostensible vulneración del debido proceso, que se configuraría si se convirtiera en acto lo proyectado en el anexo 02 de la propuesta, dado que se trata de acto individual y concreto, con nombres propios, en el que se plasman condenas y sanciones, siendo un hecho irregular que las mismas hagan parte integral de la resolución de carácter general. Además, aduce que se trata de un acto unilateral con el cual se sorprende a **COMCEL**, sin previa notificación acerca de que se ha iniciado en su contra un proceso o una actuación administrativa para calificar a la empresa como "operador con posición de dominio" en todo el territorio nacional.

De igual manera, anota **COMCEL** que sufrirá graves perjuicios como consecuencia de dicha declaración sin que haya tenido la más mínima oportunidad de hacer valer sus razones, ni de presentar o solicitar la práctica de pruebas, ni de controvertir las que en su contra tenga la CRT, ni de procurar un cotejo objetivo de los estudios sobre condiciones de competencia llevados a cabo, vulnerándole su derecho al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, además de los principios de buena fe y confianza legítima, en los cuales se ha fundado el contrato de concesión vigente.

También advierte **COMCEL** que se viola el principio de contradicción de las actuaciones administrativas, definido en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo, pues la CRT pretende, mediante una Resolución de carácter general, afectar situaciones de particulares, negándole a las empresas afectadas directamente la posibilidad de defenderse y de aportar los elementos necesarios para que no se profiera una decisión en firme que lesione injustificadamente sus intereses. Considera **COMCEL** que de ser posible establecer medidas *ex ante* particulares en orden a evitar el abuso de la posición dominante, esto solo podría hacerse luego de haber realizado un análisis profundo sobre las condiciones de los distintos mercados, con la posibilidad que las empresas afectadas participaran en el respectivo procedimiento, pudiendo hacer valer su derecho de contradicción, aportando pruebas, interponiendo recursos, etcétera.

Adicionalmente, dice **COMCEL** que la CRT no se limita a tipificar las conductas sancionables, sino que de manera ilegal y arbitraria procede a imponer dos sanciones a **COMCEL** por actuaciones que ni siquiera han sido reglamentadas íntegramente o en su totalidad, con lo cual se viola flagrantemente el derecho de defensa, al imponerle unas sanciones, a partir del mismo instante en que la conducta tipificada comience a regir, cuando la misma Constitución Política indica que toda sanción requiere de norma preexistente, y que debe estar precedido de una

CLO.
004

10
0000

actuación administrativa particular que le hubiese permitido a **COMCEL** ejercer el derecho de defensa.

- **COMCEL** solicita a la CRT que se le dé respuesta a todos los derechos de petición que han sido elevados ante la misma, en desarrollo del proyecto regulatorio que no han sido contestados en su totalidad, resultándole imposible entregar todos los comentarios al proyecto.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

En primera instancia, en relación con el argumento en el sentido que la propuesta regulatoria publicada contenía un acto administrativo de carácter mixto, debe mencionarse que, como bien se explicó en el numeral 2 sobre la actuación administrativa adelantada respecto de **COMCEL**, la propuesta regulatoria, por virtud de la metodología internacionalmente aceptada que debía seguir la CRT para la definición de los mercados relevantes y la existencia de posición dominante en aquellos susceptibles de regulación *ex ante*, necesariamente implicaba que desde el inicio, la actuación involucrara a todos los operadores que podían resultar afectados y, por esa razón, la CRT los vinculó a la misma desde el 5 de diciembre de 2007.

Así las cosas, la formación del acto administrativo de carácter general, iba de la mano del análisis y definición de las condiciones de competencia en unos mercados determinados que involucraba el comportamiento de agentes específicos en los mismos. En esta medida el análisis abordado por la CRT desde diciembre de 2007, implicaba la adopción tanto de decisiones generales como de decisiones que sólo afectaban a un operador en particular, tal es el caso de **COMCEL**, quien a partir del 26 de diciembre de 2008 fue identificado explícitamente como posible afectado, con el objeto que tuviera la oportunidad de controvertir de manera específica los hallazgos y observaciones encontrados por la CRT y presentar sus argumentaciones y pruebas sobre el particular, garantizando de esta forma el derecho de defensa y contradicción en cabeza de dicho operador, como en efecto lo hizo.

Como consecuencia precisamente de los argumentos expuestos por **COMCEL** en ejercicio de tales derechos, la CRT separó la decisión que atañía directamente a aspectos regulatorios de carácter general, de aquéllos que tuvieran incidencia directa respecto de dicho operador y, es por ello, que mediante la Resolución CRT 2058 del 24 de febrero de 2009, la CRT solamente estableció los criterios y condiciones generales para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones, la identificación de las condiciones de competencia en los mercados analizados, la determinación de la existencia de posición dominante en los mismos y la definición de las medidas aplicables en los mismos, sin incluir el Anexo 02 de la propuesta regulatoria publicada, el cual por tratarse de una situación particular y concreta es objeto de constatación en el presente acto administrativo de carácter particular y concreto para el operador **COMCEL**.

En este sentido, la CRT considera que al plantear en el presente acto administrativo las consideraciones específicas en torno a la posición de **COMCEL** en el mercado "Voz saliente móvil", se está dando cumplimiento al debido proceso administrativo en esta instancia, por cuanto y como se ha señalado antes, **COMCEL** vinculado desde el 5 de diciembre de 2007 y quien actuando en consecuencia, conoció, discutió y expuso todas sus argumentaciones en cada uno de los actos preparatorios de la decisión general y cuando el análisis de competencia arrojó como posible resultado una afectación concreta y particular a dicho operador, la CRT lo puso de presente en los documentos publicados el 26 de diciembre de 2008, para que dicho operador y los demás interesados se pronunciaran sobre el particular²³.

Ahora, en relación con el análisis particular de la situación de **COMCEL** en el mercado "Voz saliente móvil", solamente en este acto administrativo la CRT entrará a constatar lo evidenciado en la propuesta regulatoria, frente a las contra argumentaciones presentadas por **COMCEL** al respecto, para lo cual y en aplicación del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, se referirá a los asuntos puestos de presente por dicho operador. Al respecto, resulta oportuno mencionar lo afirmado por la H. Corte Constitucional:

²³ Para tales efectos se estableció un plazo comprendido entre el 26 de diciembre de 2008 y el 2 de febrero de 2009. Adicionalmente en la semana comprendida entre el 2 y el 6 de febrero de 2009 la CRT abrió un espacio con el fin de llevar a cabo reuniones individuales para que los operadores interesados expusieran sus argumentos y controvirtieran la propuesta regulatoria presentada, entre ellos **COMCEL** quién pudo ampliamente manifestar sus comentarios y observaciones al respecto.

"(...) la Administración, al decidir, no puede afectar a un particular con su acto sin expresar, siquiera sumariamente, cuáles son los motivos en que se basa para hacerlo, dando así efectividad a la garantía de defensa y control que la motivación supone.

"En otros términos, lo que la disposición enjuiciada contempla es un mínimo, exigible a quien profiere el acto e imprescindible para la validez del mismo, por medio del cual se asegura al particular afectado que tendrá, cuando menos, noticia sucinta sobre las razones que invoca la Administración. En esas condiciones, **la motivación es imprescindible para dictar tales actos, lo que significa que si son expedidos sin motivación implican abuso en el ejercicio de la autoridad y necesariamente responsabilidad de quien ha omitido tal deber.**

(...) no está exonerada la Administración de expresar en su acto la totalidad de los elementos jurídicos y de hecho en que se funda, en lo relativo al origen de la actuación administrativa, que puede consistir, de acuerdo con el Código (art. 4), en el ejercicio del derecho de petición en interés general o particular, en el cumplimiento de una obligación o deber legal, o en la actividad oficiosa de la autoridad.²⁴ (El resaltado no es del texto original)

Así las cosas, la regla general de exigencia de motivación de los actos administrativos es sin duda más estricta cuando quiera que se trata de actos administrativos de contenido particular y concreto, dado que en ellos es necesario que la autoridad administrativa manifieste de manera expresa los motivos en que el acto encuentra soporte, teniendo el deber de responder, además, a cada una de las cuestiones planteadas durante el trámite de su expedición. Evidentemente, esta mayor severidad constituye una verdadera garantía para la persona o personas a quienes el acto se refiere.

Por otra parte, la situación aquí analizada no resulta sorpresiva para **COMCEL**, toda vez que desde el inicio del proyecto regulatorio, esto es desde diciembre de 2007, e inclusive desde la misma expedición del Decreto 2870 de 2007 como se indicó anteriormente, era claro para todos los operadores vinculados que el objetivo del mismo no se agotaba con la definición de la lista de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, sino que además se debía establecer qué mercados iban a ser susceptibles de regulación *ex ante*, determinar la existencia de posición dominante en esos mercados, así como definir las medidas regulatorias aplicables en los mismos.

De esta forma, cuando los diferentes actos instrumentales de la decisión fueron conduciendo a que algún agente en particular podría sufrir afectación específica, la CRT procedió a hacer referencia explícita a **COMCEL** para que así estuviera en la posibilidad de presentar todos sus argumentos. En el caso concreto se encuentra que, como ya se ha mencionado, el 26 de diciembre de 2008 la CRT hizo referencia a **COMCEL**, planteando la posibilidad –y no la decisión por cuanto hasta ese momento se trataba tan sólo de una propuesta– que **COMCEL** tuviera posición de dominio en el mercado denominado como "Voz saliente móvil".

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha manifestado que las autoridades pueden adoptar todo tipo de decisiones, siempre que éstas no se apliquen "...de manera sorpresiva e intempestiva de suerte que afecte derechos subjetivos consolidados y fundamentados en la convicción objetiva de legalidad de la conducta desplegada"²⁵. En el caso bajo análisis, la decisión respecto de **COMCEL**, solamente hasta ahora será adoptada en este acto administrativo particular y concreto, el cual se expide con arreglo a las formas propias del debido proceso administrativo, entre ellas la posibilidad de controvertir la decisión que aquí se adopte mediante el ejercicio de los recursos que la ley le confiere.

Ahora bien, en cuanto al establecimiento de sanciones aplicables a los operadores dominantes que según **COMCEL** está aplicando la CRT, es preciso indicar que los ejes definitorios del proyecto de resolución muestran claramente que de lo que se trata es de adoptar **medidas regulatorias** para evitar o prevenir que el operador con posición dominante termine abusando de su poder en el mercado. Tales **medidas regulatorias** se dirigen, como antes se mencionó, contra una amenaza al derecho a la libre competencia, que ha sido identificada por la CRT, a partir del desarrollo de una

²⁴ Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia C-371 de 1999, MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁵ Sentencia T-053/08. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

CLO.
W

AP
9/10

metodología técnica y económica previamente conocida e internacionalmente aplicada, sin que la misma tenga como finalidad imponer sanciones por abusos de posición de dominio, que como antes se señaló son propias de la regulación *ex post* en cabeza de las autoridades de inspección, control y vigilancia, tal y como la CRT lo ha reiterado en diversas ocasiones.

Por otra parte, la constatación de **COMCEL** como operador con posición dominante que se realiza en el presente acto, no parte del supuesto que **COMCEL** ha violado la Ley, ó que su conducta es ilegal, ó que se esté calificando el plan de negocio y la gestión comercial de dicho operador y de sus competidores en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* en cuestión, sino que parte de un estudio técnico y económico altamente especializado sobre las condiciones de competencia de un mercado, con el fin de adoptar medidas regulatorias *ex ante* para promover la competencia y evitar que el mercado evolucione hacia condiciones monopolísticas o que amenacen el derecho a la libre competencia, las cuales de ninguna manera son constitutivas de sanciones, como sí lo son otro tipo de actos de la administración como las multas o las penas cuya competencia corresponde a las autoridades de inspección, control y vigilancia y que no viene al caso mencionar.

De igual manera, debe precisarse que el hecho que en la propuesta regulatoria se hiciera referencia específica a **COMCEL** como operador con posición dominante en el mercado "Voz saliente móvil", en sí mismo no puede entenderse como una violación del debido proceso, toda vez que en el plano técnico y económico el debate sobre la metodología empleada para la definición de mercados relevantes, los criterios aplicados, la información obtenida y los resultados arrojados, tienen una trascendencia circunscrita a evidenciar una realidad fáctica de dichos mercados, así como de la posición de cada operador dentro del mismo. Adicionalmente, **COMCEL**, se reitera, pudo presentar todas sus observaciones, comentarios y desacuerdos, como efectivamente lo realizó ampliamente, los cuales además no se limitaron a esta última etapa, sino que a lo largo de este proceso iniciado el 5 de diciembre de 2007, tuvo la oportunidad suficiente de controvertir los análisis y manifestar con sus pruebas y argumentaciones que en su concepto no tiene posición dominante en el mercado "voz saliente móvil".

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha señalado: "...de conformidad con el artículo 29 Superior, toda persona tiene derecho a unas garantías mínimas como son "(i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra."²⁶

Por último, en lo que tiene que ver con el contrato de concesión suscrito entre la Nación – Ministerio de Comunicaciones- y **COMCEL**, es de señalar que de acuerdo con lo establecido en el mismo "...el concesionario declara conocer todas las normas vigentes sobre el servicio de telefonía móvil celular y acepta por lo tanto ajustarse en la ejecución del presente contrato a todas ellas y a las posibles modificaciones a que hubiere lugar en las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia..."

4.1.4 Sobre la motivación del acto administrativo

Señala **COMCEL** que el proyecto de acto administrativo que se sometió a comentarios del sector podría presentar falsa motivación, por varias razones: la ausencia de facultades para que la CRT intervenga el servicio de Telefonía Móvil Celular y específicamente establezca como operador dominante a **COMCEL**, restringiendo sus condiciones de mercado y el hecho que la CRT se aparte de la definición legal de posición de dominio señalada en el Decreto 2153 de 1992, al designarlo como operador dominante dentro del mercado relevante de "voz saliente móvil", sólo por el hecho de tener la mayor participación en el mercado de telefonía móvil.

Afirma **COMCEL** que la ausencia de pruebas que demuestren la existencia de fallas de mercado en el mercado relevante de "voz saliente móvil", así como la capacidad de **COMCEL** para determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado móvil, también sustentan la falsa motivación del acto administrativo correspondiente.

Adicionalmente, este operador considera que las afirmaciones realizadas de manera infundada por la CRT en el documento denominado "*Propuesta Regulatoria para la Definición de Mercados Relevantes*

²⁶ Sentencia C-074 de 2004

CLO.
CAB

1P
CAB

de las Telecomunicaciones en Colombia', no concuerdan con la realidad, razón por la cual en su concepto, hay falsa motivación en la determinación del mercado relevante de voz, y cita la Resolución 012343 del 11 de junio de 2003 de la SIC, en la que confirmó que ETB y EPM no violaron la ley antimonopolio al no solicitar autorización para integrarse en Colombia Móvil y, por lo tanto, no es cierto que *"la telefonía móvil ejerce una presión competitiva sustancial sobre (el servicio de voz fija) que modera la capacidad de los operadores de voz fija de ejercer poder de mercado"*, ni tampoco es cierto que *"los usuarios de servicio telefónico móvil, esto es, de voz móvil, no consideran la alternativa de hacer sus llamadas a través de un teléfono fijo como un sustituto suficientemente bueno, ni cuando hacen llamadas locales, ni cuando hacen llamadas de larga distancia nacional"*; de lo anterior **COMCEL** concluye que el consumidor prefiere la telefonía fija sobre la móvil y, en consecuencia, no es cierto que la telefonía móvil tenga la capacidad de cohibir la competencia de parte de la telefonía fija, sino que sucede todo lo contrario.

En relación con lo anterior, también señala **COMCEL**, que aunque la CRT indica en apartes del documento regulatorio que existen barreras legales para el acceso de nuevos operadores al mercado móvil, no encuentra una evidencia en todo el documento de la referencia a cuáles son esas barreras legales y, por ende, solicita a la CRT explicar cuáles son éstas y justificarlas debidamente.

Consideraciones de la CRT

En relación con lo afirmado por **COMCEL** en el sentido que se configura falsa motivación en la propuesta regulatoria, por ausencia de facultades en cabeza de la CRT para regular el servicio de TMC, basta reiterar lo ya expuesto de manera detallada en los numerales 2 y 4.1.1. de la presente resolución, en donde queda demostrado que la CRT sí tiene competencia para expedir regulación *ex ante* y, en esa medida, establecer normas tendientes a prevenir las amenazas contra el derecho a la libre competencia.

Ahora bien, en cuanto a la ausencia de aplicación de la definición legal de posición de dominio señalada en el Decreto Ley 2153 de 1992, al hacer referencia a **COMCEL** como posible operador dominante dentro del mercado relevante de "voz saliente móvil", cabe reiterar lo dicho en el numeral 4.1.2. en el sentido que el análisis sobre posición dominante que la CRT abordó en la propuesta regulatoria publicada y que es objeto de constatación en el presente acto administrativo en el mercado en mención, partió de la definición que sobre dicho concepto contiene la referida norma la cual es concordante con la prevista en el Decreto 2870 de 2007, de tal suerte que el análisis no se circunscribió exclusivamente a la porcentaje de participación de **COMCEL** en el mercado mencionado, asunto al que se hará referencia en el numeral 6 de esta resolución.

De otra parte, en relación con la cita a la que alude **COMCEL** a partir de la cual concluye que el consumidor prefiere la telefonía fija sobre la móvil y, en consecuencia, no es cierto que la telefonía móvil tenga la capacidad de cohibir la competencia de parte de la telefonía fija, sino que sucede todo lo contrario, es de señalar que los estudios técnicos especializados desarrollados por la CRT en el marco del proyecto de mercados relevantes pusieron en evidencia una situación fáctica que demostró que los servicios móviles ejercen presión competitiva sobre servicios de TPBC.

Adicionalmente, la definición del mercado "Voz saliente móvil" como mercado relevante, hizo parte de los estudios que sirvieron de base para la expedición de la Resolución CRT 2058 de 2009 de contenido general, razón por la cual el debate sobre tal clasificación resulta ajena al objeto de este acto administrativo particular y concreto.

4.1.5 Sobre los principios constitucionales

a. Principio de igualdad

COMCEL indica que la CRT con la propuesta está violando flagrantemente el principio de la igualdad dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Política, recogido a su vez por el artículo 5 de la Ley 671 de 2001, por cuanto que está actuando de manera parcial y discriminatoria en su contra, al imponerle unas sanciones por ser el líder del mercado, a pesar que la competencia de **COMCEL**, hoy en día Telefónica Móviles, fue líder durante varios años, esto es desde 1994 hasta el año 2000, sin que se le hubieran impuesto obligaciones específicas durante ese lapso de tiempo. Considera además que no puede aplicarse test "de razonabilidad" ninguno, por el hecho de ser **COMCEL** el líder del mercado, ya que el criterio para establecer el trato desigual es el mismo que ha debido aplicárseles a Celumovil y a Bellsouth y que nunca se les aplicó.

CLO.
000

11
3000

Además, indica que el trato a **COMCEL** ha sido tan discriminatorio y desigual, que el contrato de concesión empezó a regir primero para Celumovil, su competidor, por un lapso de varios meses, y cuando **COMCEL** comenzó a participar en el mercado contaba con cero por ciento del mismo, mientras que su competidor Celumovil (hoy día Telefónica Móviles), contaba con el 100% del mercado.

De igual forma, señala que se viola el derecho a la igualdad, en cuanto a que evaluada la actividad en el mercado por parte de Telefónica Móviles, de la misma manera como se evalúa la actividad de **COMCEL**, no solo con el rasero del volumen de participación, se podría concluir necesariamente que Telefónica Móviles también tiene la capacidad por sí sola de afectar sustancialmente el mercado, llegando inclusive a imponer las condiciones del mismo. Por lo tanto, en opinión de **COMCEL** no debería declararse a este operador como dominante en el mercado, a no ser que también se declarara simultáneamente a Telefónica Móviles como tal.

b. Principio de razonabilidad y proporcionalidad

Al respecto, **COMCEL** afirma que en su concepto, la determinación adoptada en la norma, resultaría claramente violatoria de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues debe tenerse en cuenta que el principio que rige el mercado es el de libertad económica y la excepción es la regulación de los mismos, lo cual se justifica en la prevalencia del interés general y, por ende, las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado deben ser claras, así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad para dicha intervención.

Considera que la regulación de mercados se basa en la existencia de supuestos que justifiquen la intervención (protección del interés general), así como en la existencia de competencias de las entidades reguladoras y la aplicación de principios de razonabilidad y proporcionalidad entre la situación a resolver y las medidas a implementar y, en consecuencia, de llevarse a cabo la intervención de un mercado determinado, la misma debe ser acorde con su finalidad, es decir, las medidas que se interpongan deben responder de manera clara a la situación de hecho que se busca prevenir, así como a los resultados que se persiguen, para lo cual deben aplicarse los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad.

Además, indica que no es técnicamente ajustado determinar que la existencia de un operador con participación mayoritaria, implica la existencia de una posición dominante, más aún cuando la posibilidad de determinar condiciones del mercado dependen de los otros operadores, y con quien se tiene una relación de dependencia, en el sentido que un cambio en sus tarifas genera desplazamiento de los usuarios y mejoras de las tarifas del competidor.

Por último, afirma **COMCEL** que la sanción que pretende imponer la CRT, exigiéndole el establecimiento de la Oferta mayorista resultaría absurdamente desproporcionada, pues con la misma se pretende obligar a **COMCEL** en los términos y condiciones que establezca la CRT, violando ostensiblemente el derecho de la libertad de empresa, intervención que equivaldría casi a una expropiación, lo que se hace más patente por el hecho de que en ningún momento se ha probado, ni su posición dominante, ni tampoco, el abuso de la misma, sino que la CRT ha manifestado que se trata de medidas *ex ante*, o sea que lo que pretenden es evitar eventuales abusos por parte del líder en el mercado.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

En cuanto a la supuesta violación a los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad a los que hace referencia **COMCEL**, es preciso indicar, en primer lugar, que la Constitución Política consagra el derecho a la igualdad en su artículo 13 en los siguientes términos: "*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...*", y al respecto la H. Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"El verdadero alcance del derecho fundamental a la igualdad consiste, no en la exactitud matemática de las disposiciones que se apliquen a unas y otras personas, sino en la adecuada correspondencia entre las situaciones jurídicas objeto de regulación o gobierno y los ordenamientos que se hacen exigibles a ellas. La igualdad se rompe cuando, sin motivo válido -fundado en razones objetivas, razonables y justas-, el Estado

CLO.
006

AP
Ena

otorga preferencias o establece discriminaciones entre los asociados, si éstos se encuentran en igualdad de circunstancias o en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico...".²⁷

Lo anterior, implica que el derecho a la igualdad debe ser entendido en un sentido material y no formal, es decir, debe entenderse que la exigencia de aplicar la igualdad se predica de los iguales, y la diferenciación de los desiguales. Conforme lo anterior, la igualdad ante la Ley no se entiende como una igualdad abstracta, sino como lo ha expresado también la H. Corte Constitucional como una "... *generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos...*".

Esto implica que el derecho a la igualdad, en el sentido en que debe ser entendido en cuanto a su consagración constitucional, conlleva una autorización para el establecimiento de un trato diferente, siempre y cuando el mismo esté razonablemente justificado y es en este punto y bajo esta premisa que se debe determinar el alcance de dicha razonabilidad²⁸. Con este fin, la H. Corte Constitucional ha aplicado el denominado "test de razonabilidad" (o "test de igualdad") que consiste en examinar o analizar si una medida respeta el principio de igualdad. Ahora bien, la intensidad²⁹ y la forma de aplicar este test varían según la materia de que se trate la norma que se dice vulnera el principio de igualdad³⁰.

Al respecto, es de anotar que el análisis de la posición de **COMCEL** en el mercado "Voz saliente móvil" al que se hará referencia en el numeral 6 de este acto administrativo, fue precedido por la revisión integral del mercado de telecomunicaciones en su dimensión de producto y geográfica, de tal suerte que la CRT efectivamente al desarrollar la metodología económica y técnica para definir los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, lo hizo atendiendo criterios de razonabilidad, en la medida en que dicha clasificación fue producto de la evidencia empírica del comportamiento de la competencia en cada uno de los mercados. Así, únicamente en aquéllos mercados en los que se identificó la existencia de distorsiones competitivas, se propuso la intervención regulatoria *ex ante*, como manifestación de la intervención del Estado en la economía.

De otra parte, es preciso indicar que la situación puesta de presente por la CRT en la propuesta regulatoria, no resulta similar a la que según **COMCEL** existió entre los años 1994 y 2000, razón por la cual obviamente no puede ser comparable una situación con otra, más aún cuando en un sector como el de telecomunicaciones se generan cambios vertiginosos y permanentes ante los avances tecnológicos. Así, los supuestos de hecho en los que se sustenta la presente intervención regulatoria no son comparables de ninguna manera con los supuestos fácticos de 15 años atrás y, en esa medida, el actuar de la CRT bajo las circunstancias actuales debe ser distinto al que pudo adoptarse en aquella época y ello no es razón para afirmar que se presenta trato discriminatorio.

Por otra parte, en cuanto a los argumentos asociados al porcentaje de participación de **COMCEL** en el mercado "Voz saliente móvil" como único factor dentro del análisis de posición dominante realizado por la CRT, debe reiterarse que esta Entidad ha aplicado metodologías de reconocido valor en el campo del Derecho de la Competencia.

En lo que se refiere a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es preciso indicar que el artículo 3 de la Resolución CRT 2058 de 2009, consagra que las medidas a imponer serán temporales y proporcionales en consideración al nivel de competencia que se logre alcanzar con las mismas.

Finalmente, es de aclarar que las medidas planteadas en la propuesta regulatoria no están dirigidas a sancionar el abuso de posición dominante, pues como se ha manifestado a lo largo del presente acto administrativo, a través de la regulación enfocada hacia mercados relevantes de ninguna

²⁷ Sentencia C-384/97. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

²⁸ También al respecto se puede ver la sentencia C-013/93 de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde la Corte determinó que una empresa por sus especiales condiciones no podían asimilarse a otras empresas para efectos de su liquidación: "*La liquidación de la Empresa Puertos de Colombia no puede asimilarse a la liquidación de cualquier empresa, ni mucho menos puede pretenderse que la situación de sus trabajadores se homologue a la situación de trabajadores en empresas que no estén sufriendo un proceso de liquidación. Por ello no se encuentra que haya sido vulnerado el principio de la igualdad...*"

²⁹ Según lo ha mencionado la Corte la intensidad de aplicación de este test puede ser leve, intermedio o estricto.

³⁰ Sentencia C-673/2001. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

CLO.
CLO

10
CLO

manera se está ejerciendo el poder punitivo del Estado, sino que se está ejerciendo la facultad de regulación *ex ante* en procura de evitar que el derecho a la competencia se vea amenazado por la capacidad que un operador determinado tenga de definir de manera directa o indirecta las condiciones en que el mismo se desenvuelve. De acuerdo con lo anterior, la propuesta regulatoria estuvo acorde con los límites que imponen los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad.

4.2. Argumentos de orden económico y técnico

En este aparte del presente acto administrativo se procederá a presentar los argumentos de orden económico y técnico presentados por **COMCEL** en relación con la constatación como operador con posición dominante en el mercado "*voz saliente móvil*", definido como mercado susceptible de regulación *ex ante* en los términos del Anexo 02 de la Resolución CRT 2058 de 2009.

Estos argumentos fueron expuestos por **COMCEL** en sus comunicaciones, directamente o a través de los consultores contratados por este operador, en el marco de la discusión de los documentos económicos y técnicos que hacen parte del proyecto regulatorio que llevó a la adopción de la resolución de definición de criterios y condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de posición dominante en los mismos. Frente a estos argumentos, la CRT procede a continuación a responder de manera clara y concreta cada uno de ellos. En tal sentido, en el numeral 6 que se presenta más adelante, se encuentra la ampliación de cada una de las respuestas a estos mismos comentarios en un mayor nivel de profundidad tanto teórica como empírica. En este orden de ideas, para mayor claridad en el apartado que sigue a continuación se hará referencia a diferentes gráficas y tablas que se encuentran dentro del numeral en mención.

4.2.1. Problema con el indicador usado por la CRT para constatar dominancia.

En relación con los indicadores que ha utilizado la CRT para constatar la dominancia de **COMCEL**, el operador considera que la Comisión no ha tomado en cuenta que la cuota de mercado no necesariamente es un indicador adecuado para concluir sobre la presencia o ausencia de poder sustantivo de mercado y menos aún es el único indicador que define poder de mercado³¹.

En este sentido, **COMCEL** estima, en primer lugar, que la CRT ha realizado un análisis inconsistente en la forma en cómo ha definido mercados relevantes, presentando problemas en la metodología empírica que utilizó, tales como los cálculos de la elasticidad de demanda de voz móvil.

En segundo lugar, el operador afirma que la CRT no ha realizado un análisis económico consistente para demostrar por qué **COMCEL** es considerado dominante y sujeto a remedios *ex ante*. Sus criterios para la determinación de dominancia descansan en que la CRT considera "altas" las cuotas de mercado de **COMCEL** y, segundo, la existencia de tarifas On/net y Off/net estarían permitiendo a **COMCEL** ganar mayor participación de mercado, ignorando que la evolución de las cuotas de mercado en el mejor de los casos proveen una débil relación al actual proceso competitivo que puede estar tomando lugar en el mercado.

Al respecto, **COMCEL** resalta que si bien es cierto que un competidor con poder de mercado requiere una cuota importante en el mismo. No obstante, **COMCEL** afirma que una cuota de mercado importante de un competidor no garantiza la tenencia de poder de mercado. Por consiguiente, el hecho que **COMCEL** posea cuotas de mercado que son elevadas a juicio de la CRT, no es condición suficiente para inferir que **COMCEL** tenga poder sustantivo de mercado. Es necesario considerar otras dimensiones de análisis tales como las posibilidades de sustitución de demanda y de oferta que existirían si se diera un hipotético incremento unilateral de precio.

A manera de justificación del crecimiento de las cuotas de mercado de **COMCEL**, el operador afirma que su cuota está en gran medida explicada por la evolución del precio de **COMCEL** en relación con el de los competidores, es decir el precio relativo de **COMCEL**.

Según el operador, el único indicador que utiliza la CRT para concluir que **COMCEL** tiene poder de mercado es que tiene un tamaño "grande", medido a través de su participación en el mismo. A nivel

³¹ La CRT considera pertinente aclarar que el poder de mercado se refiere a la capacidad de un participante o un número limitado de competidores para: imponer o elevar unilateralmente los precios por encima del nivel competitivo, por un tiempo prolongado y sin incurrir en pérdidas significativas. Es decir, para concentrar los recursos. No obstante, un operador puede tener poder de mercado y no ser dominante, como es el caso de los mercados de tipo oligopólico, donde operadores con igual cuota de mercado (ninguno es dominante) pueden coludir.

del total de consumidores móviles, se constata, según este operador, un aumento sustancial del excedente del consumidor debido a la continua y sustantiva caída de precios móviles y aumento de consumo, y que desde el año 2000 son los más bajos del mercado. En consecuencia, **COMCEL** asegura que la explicación del aumento de su cuota se debe a que ha fijado precios menores a sus competidores y en tal sentido son los consumidores quienes se han beneficiado.

Por todo lo anterior, **COMCEL** considera que la CRT no ha logrado demostrar en ninguna parte de su análisis que el tamaño de **COMCEL** le habría permitido a este competidor actuar independientemente de sus otros competidores en el mercado, que tiene cautivos a sus usuarios, que ha aumentado sus precios por encima de los niveles competitivos que le permitan obtener utilidades por encima de las competitivas, que brinda servicios de mala calidad, que ha cometido abusos contra la libre competencia desde su pretendida posición de dominio o que lo podrá cometer en el futuro, entre otras. De acuerdo con lo argumentado por el operador, la CRT no ha podido articular ninguna de estas relaciones dado que todo indica que **COMCEL** y los otros competidores móviles en Colombia compiten vigorosamente en el mercado y que la existencia de una cuota "alta" de mercado no es necesariamente sinónimo de ausencia de competencia efectiva entre pocos competidores.

Es opinión de **COMCEL** que si la CRT hubiera analizado al menos los indicadores señalados –con excepción de la cuota de mercado que es el único indicador que finalmente la CRT muestra como señal de poder de mercado de **COMCEL**–, la CRT hubiera llegado a la conclusión que existe competencia efectiva en el mercado móvil al por menor.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

Con respecto a la utilización de indicadores que muestran el tamaño de **COMCEL** en relación con las cuotas de mercado de todos los participantes en el mismo, la CRT considera pertinente señalar que si bien dicho indicador no es el único determinante de la posición dominante de un operador en el mercado, es condición necesaria, aunque no suficiente, que todo operador para ser identificado con posición dominante tenga una elevada cuota de mercado³². En efecto, en orden a establecer su cuota de participación en el mercado, es preciso tener en cuenta que, como se demuestra más adelante, desde el año 2005 **COMCEL** ha ganado 9 puntos porcentuales en suscriptores, 16 puntos porcentuales en tráfico y 19 puntos porcentuales en ingresos. Es así como para el cuarto trimestre de 2008 las cifras muestran que **COMCEL** tiene el 63% de participación por ingresos, 66% por usuarios y 73% por tráfico cursado. Estas cifras permiten concluir, sin lugar a dudas, que **COMCEL** tiene una alta cuota de mercado que se incrementa en el tiempo (ver gráfica 1).

En el análisis de competencia, se parte del principio que elevadas cuotas de mercado están típicamente asociadas con elevados grados de poder de mercado (ignorando por el momento la posibilidad de nuevos entrantes) debido a que los pequeños competidores pueden estar limitados en su habilidad para incrementar suficientemente su producto para restringir el comportamiento de la empresa más grande.³³ Tal es el caso en el mercado móvil colombiano, pues es evidente que **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** y **AVANTEL S.A.** no tienen la capacidad de atender nuevas fracciones del mercado geográfico dado que no cuentan actualmente con la cobertura necesaria para hacerlo, por lo que no podrán reaccionar en el corto plazo a modificaciones en las condiciones del mercado generadas por decisiones del operador **COMCEL**. Este fenómeno se conoce en la literatura como la incidencia de barreras de expansión³⁴. Ver Gráficas 15 y 16.

³² "La participación de mercado es el mayor indicador de la existencia de dominancia individual. Los lineamientos de la Comisión Europea sobre el análisis de mercado y la evaluación de poder significativo de mercado afirman que "la dominancia individual normalmente surge en el caso de empresas con cuotas de mercado de más del 40 %" (parágrafo 75). Solamente en un caso la Comisión Europea estableció posición dominante individual por debajo de una cuota de mercado de 40%, siendo dicha cuota del 39.7% en dicho caso. Esto sugiere que cualquier empresa con una cuota de mercado inferior al 40% tendría que tener ventajas significativas sobre un rango de otros criterios a fin de tener dominancia individual". (*Review of competition: mobile access and call origination. A consultation issued by the Director General of Telecommunications. 11 April 2003. OFTEL*).

De acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia de la EC, cuotas de mercado muy grandes – que excedan el 50%– son por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, evidencia de la existencia de posición dominante. (*Case C-62/86, AKZO Chemie BV v. Commission, [1991] ECR I-3359 (hereinafter "the AKZO judgment")*).

³³ *Wik Consult & Square Sanders (2003): Methodologies for market definition and market analysis.*

³⁴ El análisis de mercado y los lineamientos sobre posición significativa de mercado de la EC reconocen el impacto de las barreras de expansión sobre elevadas cuotas de mercado, estableciendo que "grandes cuotas de mercado pueden convertirse en medidas precisas solamente bajo el supuesto de que los competidores no son capaces de expandir su producto en

En la práctica internacional, y más particularmente para el caso europeo, se sugiere que el sector las comunicaciones móviles se caracteriza por bajas barreras a la expansión siempre y cuando las inversiones en redes, distribución y marca, en el momento de la entrada hayan sido realizadas proporcionalmente por todos los operadores que participan en el mercado. Dado lo anterior, el costo marginal de proveer capacidad adicional para cada uno de los operadores es reducido y por ende, es de esperarse que los operadores móviles expandan su producto, disminuyan sus precios y logren capturar cuota de mercado de sus competidores.³⁵

La realidad del mercado de voz saliente móvil en Colombia es diferente, ver gráficas 15 y 16, debido a que las condiciones actuales de cobertura hacen evidentes las barreras de expansión en este mercado. En efecto, dado el diferencial de radiobases entre operadores y su ubicación geográfica es imposible que los operadores en segundo y tercer lugar tengan la capacidad de capturar, en el corto plazo, clientes que consideran la posibilidad de suscribirse a una u otra red en este momento o aquellos que ante un supuesto incremento unilateral de las tarifas de **COMCEL**, quisieran cambiar de operador.

Por otra parte, al tener una elevada cuota de mercado, **COMCEL** incurre en menores costos medios por minuto dado que elevados volúmenes de tráfico y suscriptores le permiten a este operador beneficiarse de las economías de escala, por cuanto los costos promedio son más bajos dado que los costos fijos están siendo repartidos entre mayores volúmenes de tráfico y usuarios.

Ahora bien, frente al comentario de **COMCEL** en donde indica que la CRT considera que la existencia de diferenciales entre las tarifas on/net y off/net le estaría permitiendo a **COMCEL** ganar mayor participación de mercado, ignorando que la evolución de las cuotas de mercado en el mejor de los casos (argumenta **COMCEL**) proveen una débil relación al actual proceso competitivo que puede estar tomando lugar en el mercado, la CRT estima necesario aclarar que, el problema no se origina en que se realice dicha diferenciación tarifaria, sino que el diferencial puede favorecer más al operador con mayor participación en el mercado y, por lo tanto, generar una asimetría en las condiciones de competencia cuyo desenlace puede ser la concentración futura del mercado, tal y como se analiza a continuación..

Diferentes entidades regulatorias a nivel internacional, entre ellas el Grupo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ERG, por sus siglas en Inglés) y la ARCEP (regulador Francés de Comunicaciones Electrónicas y de Correos) han coincidido en ratificar en documentos públicos el efecto que puede tener sobre el desempeño del mercado de comunicaciones móviles la combinación de operadores con altas participaciones de mercado y el usual esquema de diferenciación de tarifas on/net – off/net (fenómeno que desde la perspectiva de la literatura económica viene siendo estudiado asiduamente en los últimos años y cuyas referencias bibliográficas se encuentran en el documento "Análisis de competencia de los mercados de telecomunicaciones en Colombia").^{36 37}

En este sentido la CRT considera que los diferenciales entre tarifas on/net y off/net son característicos de mercados móviles dinámicos en los que las ofertas que promueven las llamadas on/net a través de precios bajos le permiten a los operadores de las redes móviles optimizar sus balances financieros.

De hecho, tanto desde la perspectiva teórica como práctica se evidencia que las ofertas on/net conducen a costos correspondientes a la capacidad adicional que sería necesaria para soportar el tráfico extra generado por dichas ofertas. De otra parte, las ofertas off/net conducen a pagos directos correspondientes a los cargos de acceso requeridos para terminar llamadas en las redes de otros operadores y también consideran los costos relativos a la originación de las llamadas en la red del operador dueño de la misma.

cantidad suficiente como para satisfacer cambios en la demanda derivados de incremento en el precio de su rival. Wik Consult & Square Sanders (2003): *Methodologies for market definition and market analysis*.

³⁵ Teniendo en cuenta que las condiciones de cobertura geográfica son menos exigentes en los mercados europeos, la industria móvil de esta región ha experimentado durante su relativa corta historia, una fuerte competencia entre los operados nuevos y establecidos para incrementar el crecimiento de los suscriptores, así como una significativa tasa de desafiliación entre los operadores. (Wik Consult & Square Sanders, 2003)

³⁶ ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates (2008). ERG (07) 83 final 080312.

³⁷ Décision n° 08-1176 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 2 décembre 2008 portant définition de l'encadrement tarifaire des prestations de terminaison d'appel vocal mobile des opérateurs Orange France, SFR et Bouygues Telecom pour la période du 1er juillet 2009 au 31 décembre 2010.

CLO.

006

10
9420

Así pues, en la medida en que el diferencial de tarifas on/net – off/net genera que la señal del costo interno para las llamadas on/net esté por debajo de la señal de costos externos para las llamadas off/net (el último siendo igual a la tasa de terminación móvil más el costo asociado a la originación de la llamada) existen incentivos para que cualquier operador móvil promueva las ofertas on/net.

Como consecuencia de lo anterior, tal y como lo señalan los documentos públicos mencionados anteriormente, los operadores con mayor participación de mercado pueden fortalecer la externalidad de red, de la cual se benefician (y por lo tanto podrán incrementar el atractivo de sus ofertas on/net) a través de dos mecanismos:

- a) *Originación de llamadas:* cuando un consumidor hace una llamada a alguien que esta suscrito a la red más grande (lo cual sucede con elevada probabilidad, dependiendo de cómo el círculo de contactos de dicho usuario se distribuye entre los distintos operadores del mercado), dicho consumidor pagará un precio on/net si él también es suscriptor de la red de mayor tamaño o pagará un precio off/net en caso de que sea suscriptor de una red diferente. Manteniendo todo lo demás constante, la decisión más probable del usuario sería la de pertenecer a la red más grande debido a que la tarifa promedio de sus llamadas sería más económica en ese caso.
- b) *Terminación de llamadas:* bajo el supuesto que el usuario deriva alguna utilidad por recibir llamadas y si el operador dueño de la red más grande carga un elevado precio off/net, entonces los consumidores están menos dispuestos a cursar llamadas dirigidas hacia las otras redes. Por lo tanto la valoración que hace un consumidor al hecho de pertenecer a la red más pequeña es reducida debido a que dicho usuario internalizar el efecto que en estas condiciones, menos personas tendrían incentivos a llamarlo.

A partir del análisis anterior, se pone en evidencia que un diferencial importante de tarifas on/net – off/net en cabeza del operador con mayor participación de mercado, coincide con un menor nivel de competencia en el mercado pues se facilita el aprovechamiento de las externalidades de red características de dicho operador.

En este contexto, las externalidades de red asociadas al tamaño del operador, representan una condición de mercado a favor del operador con mayor participación de mercado, por lo que el tamaño de **COMCEL** tiene más importancia de lo que el operador reconoce, en el mantenimiento de condiciones de competencia en el mercado.

En la industria de telecomunicaciones, las externalidades de red surgen cuando el usuario se beneficia por la presencia de un mayor número de usuarios en la misma red a la cual él pertenece. Así, en la medida en que hay una mayor cantidad de usuarios suscritos, el usuario percibe mayores beneficios. En consecuencia, los operadores con una elevada base de usuarios tienen una ventaja automática sobre los operadores con una base de usuarios menos importante.

Los mercados que se caracterizan por externalidades de red pueden estar sujetos a "tipping", fenómeno que se asocia con economías de escala por el lado de la demanda que generan efectos positivos de retroalimentación en la medida en que más usuarios deciden suscribirse a un operador, lo cual en últimas inclina el balance del poder de mercado a favor de una de las firmas (efecto bola de nieve).

La literatura económica reconoce que el uso de las externalidades de red con el objeto de afectar la estructura del mercado mediante la creación de cuellos de botella requiere tres condiciones básicas: (i) que las redes usen estándares propios, (ii) que ningún consumidor requiera adquirir servicios de más de un propietario de red y (iii) que los consumidores estén cautivos en la red a la cual se han suscrito así como que existan considerables costos de cambio. Este es el caso de la industria móvil. Se hace la claridad que los costos de cambio a los cuales se hace referencia en este apartado son de tipo endógeno y surgen en la medida en que los usuarios valoran no solo el hecho de hacer llamadas sino también de recibirlas.

Es así como frente a elevadas tarifas off/net del operador de mayor tamaño, un usuario suscrito a dicha red tiene pocos incentivos a cambiarse pese a que los operadores pequeños ofrezcan planes comerciales con menores tarifas (on/net y off/net), por cuanto si lo hace, la cantidad de llamadas que recibiría perteneciendo a una red diferente será mucho menor.

En este sentido, más adelante se muestra que la posibilidad para **COMCEL** de extraer altas rentas, considerablemente superiores a las de sus competidores en el mercado, e incluso superiores a las de su matriz en América Latina, unido a un impacto nulo en su rentabilidad frente a la reducción en los

CLO.
10 016

(amo)

márgenes de sus competidores (evidencia de costosos esfuerzos comerciales³⁸) constituye evidencia contundente para afirmar que los efectos de externalidad de red y efectos club³⁹ han logrado que **COMCEL** minimice los efectos de las políticas comerciales de sus competidores logrando actuar en el mercado al margen de lo que hagan los demás.

Con respecto a las consideraciones que hace el operador sobre la definición de mercados relevantes, los cuales fueron evaluados para determinar sus condiciones de competencia, la CRT considera importante resaltar que es perfectamente factible que la elasticidad precio de la demanda para el mercado móvil haya variado en comparación con la encontrada en los estudios de la CRT en el año 2005, lo anterior por cuanto los ejercicios desarrollados previamente (en el 2003 y el 2005) fueron realizados en momentos en los que el mercado móvil presentaba "fundamentales" técnicos y económicos distintos a los del presente. De otra parte, la CRT resalta que las estimaciones de 2005 se basaron en un modelo sistémico orientado a identificar las relaciones de sustitución entre usuarios de telefonía fija, por cuanto la encuesta elaborada se limita a este tipo de usuarios, cuyo consumo es especialmente elástico al precio.

En virtud de lo anterior, la CRT considera que dada la evolución de la telefonía móvil, las variaciones a la baja en las elasticidades propias de este servicio estimadas en diferentes momentos (2003, 2005 y 2008) dan cuenta del cambio en las condiciones de mercado de la telefonía móvil a lo largo del tiempo, así como de las evidentes diferencias de metodología de cálculo de las mismas. No debe descontextualizarse este hecho, dado que las mediciones en la materia han sido llevadas a cabo en distintas etapas de madurez del mercado móvil y, por lo mismo, los resultados de los estudios desarrollados recogen características momento-específicas de la demanda por este servicio en el país.

De todas maneras es importante reiterar que, dentro del análisis desarrollado por la CRT (y en coherencia con la literatura económica reciente⁴⁰), la alta y creciente participación de mercado de **COMCEL** es una condición necesaria (pero no suficiente) para la constatación de la existencia de posición dominante en un mercado por parte del operador respectivo. En este sentido, y en respuesta a la afirmación de **COMCEL** sobre la unidimensionalidad de análisis, es importante resaltar que para el análisis del mercado se han tenido en cuenta, en complemento a las participaciones en el mercado (tamaño relativo), su tamaño absoluto, las barreras a la entrada y a la expansión del mercado, su conducta en el mismo y las fallas de mercado inherentes asociadas a las externalidades de redes. Más adelante se presenta el análisis contentivo de todos los diferentes aspectos que fueron considerados como evidencia de la constatación de la posición dominante de **COMCEL**.

En particular, y tal como se expone más adelante de manera más amplia, ante la existencia de significativas externalidades de red mayores para el operador con mayor participación de mercado, la capacidad de respuesta de los otros operadores es más baja de lo que se esperaría. Si bien los competidores de **COMCEL** pueden tener la capacidad tecnológica para responder ante incrementos de precios de dicho operador, no tienen gran capacidad para responder ante un incremento relativo de precios off/net dado que, de acuerdo con la teoría económica⁴¹, a causa de los efectos generados por las externalidades de red, el usuario tiene fuertes incentivos de pertenecer a la red más grande que a una diferente.

³⁸ Tal como se muestra más adelante, los competidores de **COMCEL** han reducido de manera más vigorosa sus tarifas off net luego de la reducción de cargos de acceso establecida en la Resolución CRT 1763 de 2007; este es uno de los esfuerzos comerciales que han realizado los competidores de **COMCEL**.

³⁹ El efecto "Calling club" implica ofrecer un precio especial para que un suscriptor llame a cierto número fijo de destinatarios, los cuales pueden ser sus amigos, su familia o alguien con una demanda fija importante por comunicación. El prerrequisito de esta oferta es que todos los suscriptores pertenecen al mismo operador y el precio es normalmente más bajo que el de otras llamadas incluyendo on net, algunas veces son gratis y están denominadas bajo el nombre de ilimitadas. (Haobo Wang, 2007)

⁴⁰ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2002): Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Hou, Liyang. "SMP vs. Dominance: Divergence out of Convergence" PhD Progress Report, Faculty of Law, KULeuven. Noviembre 2007.

Hou, Liyang. "SMP vs. Dominance: Divergence out of Convergence" PhD Progress Report, Faculty of Law, KULeuven. Noviembre 2007.

Hou, Liyang. "SMP vs. Dominance: Divergence out of Convergence" PhD Progress Report, Faculty of Law, KULeuven. Noviembre 2007.

⁴¹ Wik Consult & Square Sanders (2003) presentan de manera resumida la intuición teórica que explica los efectos de las externalidades de red.

Adicionalmente, si bien es cierto que los precios en el mercado de voz saliente móvil y los de **COMCEL** han disminuido, también es cierto que dicha disminución no obedece exclusivamente a las decisiones del operador sino que dicho fenómeno es natural en una industria que está en la etapa empinada de la curva de difusión tecnológica, y concentración de usuarios en el segmento prepago, situación que incentiva los tráficos entrantes en cada red. Este perfil tecnológico y económico favorece mayoritariamente a **COMCEL**, debido a que es el operador con mayores economías de escala en el mercado.

Finalmente, es importante tener en cuenta que las economías de escala representan costos medios decrecientes de largo plazo, lo que a su vez se ve reflejado en la posibilidad de fijar menores precios y, segundo, la necesidad de vincular nuevos usuarios implica atraer usuarios que posiblemente tienen una menor disponibilidad de pago y, por lo tanto, sea necesaria una reducción de precios para ofrecerles incentivos a suscribirse. Por lo tanto, una reducción de precios no es una condición suficiente para considerar que existe competencia en un mercado. Sobre este tema se presenta un análisis mas profundo más adelante.

4.2.2. Características de dominancia en un competidor.

COMCEL afirma que la CRT no ha logrado demostrar que el tamaño de este operador le habría permitido a este competidor: (i) actuar independientemente de sus otros competidores en el mercado; (ii) que mantiene cautivos a sus usuarios; (iii) que ha aumentado sus precios por encima de los niveles competitivos que le permitan obtener utilidades por encima de las competitivas; (iv) que brinda servicios de calidad deficiente; (v) que ha cometido abusos contra la libre competencia, entre otras.

Según expone **COMCEL**, una empresa posee poder de mercado si su precio excede el costo marginal de producción, o más generalmente, si excede un nivel competitivo. Sin embargo, si la empresa incurre en costos fijos en la producción, es de esperar que el precio sea mayor al costo marginal, justamente para cubrir los costos fijos. Si la empresa enfrenta competencia puede muy bien observarse que sus utilidades económicas son cero y que obtiene solamente un retorno competitivo o normal. En cambio si la empresa obtiene utilidades más allá de las competitivas y por un largo período, se puede decir que tiene poder monopólico.

COMCEL afirma que la distinción entre empresas con poder de mercado y poder monopólico es relevante en mercados en los que se observa costos fijos importantes en la producción como las industrias de telecomunicaciones. Más aún para el análisis de casos de competencia, trátase por ejemplo de fusiones o de conductas de competencia, lo importante en el análisis respectivo es el cambio en el poder de mercado en el mercado relevante.

De acuerdo con el operador, en telecomunicaciones existen diversas situaciones en las cuales es justificado que los precios estén por encima de costos en algunos casos o por debajo de los mismos en otros casos. Sin embargo, considera que para demostrar poder de mercado se deben estudiar al menos tres variables importantes: (i) elasticidad de la demanda; (ii) elasticidad de la oferta; y (iii) cuota de mercado. Según resalta **COMCEL**, la CRT encontró un parámetro de elasticidad-precio uso de la demanda de mercado de tráfico de voz móvil de **0,54** en términos absolutos,⁴² el cual resulta muy inferior a las elasticidades anteriormente estimadas por la propia CRT.

Sin embargo, para **COMCEL** la elasticidad precio de **0,54** para Colombia es también mucho menor a estimados de elasticidades en otros países. La elasticidad precio de telefonía móvil de Colombia de acuerdo con anteriores trabajos de la CRT fluctúan en valores absolutos entre **1,2** y **1,3** reflejando el carácter elástico de la demanda de voz frente a cambio en precios, lo cual **COMCEL** considera es consistente también con la evidencia internacional que señala que la demanda móvil es elástica al precio. En este mismo sentido, **COMCEL** considera que llama la atención que en el desarrollo del proyecto, la CRT obtenga ahora elasticidades precio propias de telefonía fija local (en valores absolutos) de **0,95 a 1,05**, lo que reflejaría que la telefonía fija local es elástica, cuando en estudios anteriores hechos por la propia Comisión se encuentran valores bastante menores para el caso de Colombia y la evidencia internacional también señala que la demanda de telefonía fija local es inelástica, no elástica como ahora pretende argumentar la CRT.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

⁴² CRT (2008). Resultados del Análisis Cuantitativo para la Definición de Mercados relevantes de Telecomunicaciones. Octubre Páginas 8-9

CLO.
10 oct

imo

En relación con el comentario sobre la denominada incapacidad de la CRT para demostrar que el tamaño de **COMCEL** le permite al operador actuar independientemente del mercado, la CRT considera pertinente señalar, en primera instancia, que en un mercado en competencia perfecta, esto es, sin fallas de mercado, posiblemente ocurra que aun con un tamaño considerable, un operador no pueda ejercer poder de mercado. Sin embargo, en un contexto de un mercado oligopólico caracterizado por economías de red y efectos club, el tamaño de la red representa un papel determinante en la posición en el mercado de un operador.

Si bien todos los operadores hacen diferenciación de precios en los tráficos on/net y off/net, es importante tener presente que, tal como se explicó anteriormente, las mayores externalidades de red que caracterizan al operador con mayor participación de mercado, acentuadas por los diferenciales de precios on/net y off/net repercuten en el mercado al menos en dos aspectos: (i) ante un vector de precios on/net/ off/net, un usuario preferirá pertenecer a la red más grande por que probabilísticamente una mayor cantidad de sus llamadas terminarán en dicha red, lo que incentiva al usuario a vincularse a la red más grande; (ii) ante el mencionado vector de precios, para un usuario cuyo club pertenezca a la red más grande (también es más probable que un club en particular pertenezca a la red más grande), resulta más costoso desafilarse de su red para suscribirse en la de la competencia.

Esto se debe a dos factores, el primero, hacer llamadas hacia su club (ahora en una red diferente) le resulta más costoso, y segundo,, las llamadas que los usuarios de su club hacen para comunicarse con él ahora salen más costosas, por lo que recibe menos llamadas. En este sentido, las externalidades de red efectivamente tienen un efecto sobre los costos de cambio de los usuarios y, por lo tanto, el operador tiene poder de mercado sobre los mismos. Puede resultar menos costoso soportar precios menos competitivos siempre y cuando éstos se encuentran por debajo de la tarifa off/net de los demás operadores. Más adelante se discutirá extensamente sobre estos aspectos.

Adicionalmente, como de hecho menciona **COMCEL**, una supuesta posición de dominio⁴³ puede venir acompañada de mayores rentabilidades que las normales y en general, mayores rentabilidades que las de los demás operadores. En este sentido, y tal como se describe más adelante en detalle, se observa que **COMCEL** mantiene una relación EBITDA/Ingresos considerablemente superiores a los de su competencia y, en general, por encima de la rentabilidad promedio en el mercado (ver gráfica 21). De hecho, dentro del grupo económico empresarial al que pertenece **COMCEL**, su rentabilidad es superior a la de la mayoría de las unidades en América Latina salvo el caso de México y el consolidado de Centroamérica (ver gráfica 22). Lo anterior junto con la estabilidad de cuotas en el mercado, con una ligera tendencia al alza (ver gráfica 1), confirman la posibilidad de que **COMCEL** se aleje de la presión competitiva de los demás operadores del mercado móvil.

Con respecto a la elasticidad de la demanda, **COMCEL** hace referencia permanentemente a estudios de elasticidad realizados por la CRT en el año 2005 y 2003. Al respecto es necesario hacer dos consideraciones. La primera, tal y como se dijo anteriormente, dada la evolución de la telefonía móvil, las variaciones a la baja en las elasticidades propias de este servicio estimadas en diferentes momentos (2003, 2005 y 2008) dan cuenta del cambio en las condiciones de mercado de la telefonía móvil a lo largo del tiempo. Así mismo, la estimación desarrollada en el año 2003, reflejaba un mercado con precios notablemente superiores a los actuales. De otra parte, las estimaciones del año 2005 se basan en un modelo sistémico orientado a identificar las relaciones de sustitución entre usuarios de telefonía fija, por cuanto la encuesta elaborada se limita a este tipo de usuarios, cuyo consumo es especialmente elástico al precio.

En complemento, y como bien ha señalado **COMCEL**, la reducción de precios de la telefonía móvil la ha hecho más comparable con el servicio de TPBC y, en general, el nivel de adopción al que ha llegado en la actualidad la ha convertido más en una necesidad que en un artículo de lujo como lo fue inicialmente. De esta manera, es totalmente factible que la elasticidad haya cambiado en el tiempo y ahora sea, como se encontró, más inelástica. En este sentido, en Milne (2006)⁴⁴ se reportan elasticidades en línea con lo presentado por la CRT, por lo que también se encuentra de acuerdo con benchmark internacionales. Es importante hacer claridad que las estimaciones de 2008 obedecen a

⁴³ El poder de mercado se refiere a la capacidad de un participante o un número limitado de competidores para: imponer o elevar unilateralmente los precios por encima del nivel competitivo, por un tiempo prolongado y sin incurrir en pérdidas significativas. Es decir, para concentrar los recursos. No obstante, un operador puede tener poder de mercado y no ser dominante, como es el caso de los mercados de tipo oligopólico, donde operadores con igual cuota de mercado (ninguno es dominante) pueden coludir.

⁴⁴ Milne, Claire. "Telecoms demand: measures for improving affordability in developing countries". Media@LSE Department of Media and Communications. January 2006.

demandas marshallianas específicamente orientadas a la aplicación del Test del Monopolista Hipotético el cual se usa para definir el mercado relevante.

4.2.3. Presencia de competencia en móviles.

El principal argumento que esgrime **COMCEL** para concluir que no es posible constatar su dominancia es que las fuerzas de la competencia han situado a Colombia como uno de los países con los menores precios, incluso de los países de la OECD en donde existe también activa competencia.

En este sentido, el operador afirma que los importantes resultados de la telefonía móvil en términos de indicadores de producción se deben a la conjunción de varios factores que afectan la demanda y oferta de servicios de los diversos mercados de telecomunicaciones. Entre los factores más importantes se encuentra la evolución de precios pagados por el consumidor en telefonía móvil. **COMCEL** indica que de acuerdo a las estadísticas de la CRT, el precio de la telefonía móvil, medido como el ingreso promedio por minuto pagado por el usuario final, ha mostrado una disminución considerable en pesos constantes.

Según **COMCEL**, la evolución de precios al por menor de los servicios móviles en Colombia ha mostrado una continuada e importante disminución a lo largo de los años, con lo cual el excedente de los consumidores en el país se ha incrementado en forma concomitante. Al respecto, el operador considera que tanto la literatura económica y la práctica de competencia en otras jurisdicciones reconocen hoy en día que las participaciones de mercado no necesariamente son indicadores adecuados para concluir presencia o ausencia de poder sustantivo de mercado. La utilización de precios pagados por los consumidores finales es información fundamental que forma parte del cálculo del excedente del consumidor.

En este sentido, **COMCEL** considera que la comparación de precios para Colombia con respecto a países en los que hay amplio consenso que existe una vigorosa competencia efectiva en los mercados minoristas, puede dar una mejor idea si los precios en Colombia están por encima de los niveles competitivos que debieran existir. Si existiera poder de mercado de alguno de los competidores o un subconjunto de ellos en la industria móvil de Colombia, habría que esperar que el nivel de precio observado en el mercado en Colombia se ubique muy por encima de los precios que se observan en otros países que exhiben competencia efectiva.

De acuerdo con lo anterior, el operador afirma que las estadísticas disponibles permiten concluir contundentemente que la industria móvil en Colombia exhibe una vigorosa competencia debido a que el precio en Colombia es menor a los precios competitivos en otros países donde existe competencia efectiva.

De esta manera **COMCEL** pretende demostrar que existe una activa y profunda competencia en la industria móvil del país, que las fuerzas de la competencia han situado a Colombia como uno de los países con los menores precios entre un conjunto amplio de países donde existe también activa competencia, tal como se documentó en el capítulo anterior y que por lo tanto no es procedente considerar que existe un operador con poder de mercado. El abaratamiento del precio de **COMCEL** en comparación al de sus competidores TELEFONICA MÓVILES COLOMBIA S.A., COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. y AVANTEL S.A., es el factor determinante que explica en gran medida la evolución de participaciones de mercado.

El operador argumenta que la CRT no ha examinado la evolución de precios móviles por operador en el país, y que cada competidor tiene cierta capacidad para fijar sus precios a los usuarios finales, lo que en buena medida está determinado por su estrategia de competencia frente a sus rivales.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

En primer término, debe señalarse que para la CRT es claro que se ha dado un importante dinamismo en el mercado móvil a nivel de precios, pero este no es el único escenario a analizar. La reducción de los ingresos promedio por minuto es innegable, tanto para **COMCEL** como para los demás operadores del mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado "voz saliente móvil". Tal y como se expuso anteriormente, dicha disminución no obedece exclusivamente a las decisiones del operador sino que dicho fenómeno es natural en una industria que está en la etapa empujada de la curva de difusión tecnológica, basada en el segmento de prepago, situación

CLO.

AP 006

900

que sesga el tráfico hacia las llamadas entrantes. Este fenómeno tecnológico y económico favorece mayoritariamente a **COMCEL**.

De otro lado, también es cierto que este indicador puede encontrarse afectado por tráfico adicional que de por sí el usuario tiene derecho a acceder a precio cero, como es el tiempo al aire para servicio al cliente. Sin embargo, para hacer la comparación internacional, **COMCEL** no demuestra un cálculo de tarifas promedio sobre la distribución de los usuarios por plan y, por lo tanto, compara un valor subestimado con referentes internacionales, estudió que contrasta considerablemente con los estudios realizados por la UIT a partir de canastas de la OECD. En tal sentido la similitud o diferencia de los precios en un mercado particular frente a precios que puedan ser consideradores competitivos puede ser un indicativo de los niveles de competencia en dicho mercado. **COMCEL** argumenta, citando un estudio realizado por Merrill Lynch⁴⁵, que los precios para la telefonía móvil en Colombia son inferiores a los de la mayoría de países de la OECD, considerados como competitivos, y por lo tanto el mercado móvil colombiano tiene un nivel suficiente de competencia. Sin embargo, el estudio citado por el operador contrasta considerablemente con un documento recientemente publicado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones⁴⁶ en el que Colombia se encuentra en el puesto 85 (entre 154) en el escalafón de precios de las tecnologías de la información y las comunicaciones como proporción del ingreso nacional bruto per cápita, el cual incluye canastas de precios de servicios de telefonía fija, telefonía móvil y acceso a Internet de banda ancha.

Tomando en cuenta únicamente la canasta asociada a los servicios de telefonía móvil, Colombia se encuentra en el puesto 86. Si se hace una comparación de Colombia frente a países de Centro y Sur América, el país se encuentra por encima del promedio, tal como se observa en las gráficas 10 y 11.

Aun cuando se reconoce que el tamaño del operador en el mercado es una condición necesaria más no suficiente para determinar la posición dominante en el mismo, también es necesario recordar que la disminución de precios no es una condición suficiente para considerar que un mercado presenta niveles adecuados de competencia. Es importante destacar en este punto que la reducción de precios (tarifas) es un fenómeno que en industrias como la de telecomunicaciones se encuentra profundamente ligado al aumento de la penetración del servicio, de tal suerte que dicho factor permite alcanzar mayores economías de escala que permiten menores precios y a la inclusión marginal de los clientes con menores disposiciones a pagar (individuos con menores ingresos). Más adelante se presenta un mayor detalle sobre este aspecto.

Adicionalmente, el objetivo de la Comisión es fomentar un adecuado nivel de competencia en el mercado que se traduzca en mayores beneficios para todos los usuarios. Esto implica necesariamente analizar situaciones en las cuales una participación de mercado pueda crecer a niveles cercanos al monopolio. Si dicho objetivo se ve amenazado, la CRT debe intervenir en el mercado en aras de promover la competencia en el mismo, por lo que una mayor concentración en el mercado a favor de **COMCEL**, como ha venido ocurriendo, es motivo de legítima preocupación, si bien se reconoce que se han presentado avances importantes en esta materia dentro del ambiente de competencia imperfecta que se ha observado en el mercado voz saliente móvil.

Como se ha resaltado anteriormente, la CRT no desconoce que los precios del mercado voz saliente móvil hayan disminuido constantemente, tanto los de **COMCEL** como los de los demás operadores. Sin embargo, también es necesario tener en cuenta que en el mercado existe un operador que mantiene una participación considerablemente superior al 50%, que su participación es de más del doble que su seguidor inmediato, y que la tendencia alcista de su participación persiste.

En este sentido, por ejemplo, la Comisión Europea en diversas oportunidades, ha alertado sobre los riesgos para la competencia que un operador tenga el 65% del mercado, como es el caso del mercado de voz saliente móvil en Colombia. En este sentido, para el caso de la Comisión Europea la identificación de posición dominante se juzga aplicando diversos criterios, cuya evaluación se basa en un análisis prospectivo del mercado que tiene en cuenta las condiciones existentes. Adicionalmente, se considera que las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas (superiores al 50 %) atestiguan por sí mismas, la existencia de una posición dominante. Puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene posición significativa en el mismo, y por tanto ocupa una posición dominante, si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo.

⁴⁵ Merrill Lynch. *Global Wireless Matrix*, 2Q 2008.

⁴⁶ ITU. "Measuring the Information Society – The ICT Development Index". 2009 Tabla 6.1: ICT Price Basket 2008

El hecho de que una empresa con una posición significativa en el mercado sufra una merma paulatina de su cuota puede ser indicio de que el mercado se está haciendo más competitivo, pero ello no excluye que se declare la existencia de un peso significativo en el mercado⁴⁷. Según Hou (2007)⁴⁸, en la experiencia de la Unión Europea, si bien se establece que operadores con participaciones superiores al 50% tienen posición dominante salvo algunas excepciones⁴⁹, en la práctica el umbral se ha elevado al 65% de la participación. Si bien no es el único criterio, cuando el operador llega a este umbral es prácticamente determinante su posición dominante, y de hecho la utilización de criterios adicionales es para incluirlo dentro de la lista de casos excepcionales.

4.2.4. Consumidores se han beneficiado de la competencia.

En cuanto a la evolución de precios móviles, **COMCEL** destaca que el promedio de caída del precio por minuto de telefonía móvil ha sido de 23% por año en pesos constantes, lo que ha beneficiado directamente a los consumidores que han visto incrementado su bienestar a medida que los precios han caído y les ha permitido aumentar su consumo.

Dado lo anterior, **COMCEL** considera que si en la industria móvil en Colombia existiera una conducta contra la competencia o existiera poder de mercado de alguno o un grupo de competidores, debiera observarse que los consumidores están siendo perjudicados a través de precios cercanos a los de monopolio de tal suerte que en la medida que los precios se incrementan el bienestar de los consumidores debe disminuir.

Ahora bien, **COMCEL** afirma que las mismas estadísticas de la CRT sobre precios a los consumidores móviles reflejan contundentemente una sostenida y significativa disminución a lo largo de los años y, en consecuencia, la disminución sostenida de las tarifas móviles para los usuarios finales ha significado una mejora sostenida y significativa en el bienestar de los abonados móviles.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

Frente al argumento de **COMCEL** de la reducción sostenida de sus precios, debe tenerse en cuenta que la reducción de los mismos por sí sola no es señal de competencia vigorosa. Tal y como lo indica la teoría económica, en industrias que se caracterizan por presentar grandes costos fijos y hundidos, el costo marginal de proveer bienes y servicios se acerca a cero, en tanto que el costo medio se hace decreciente con el nivel de producción. En este sentido **COMCEL** explota economías de escala las cuales están asociadas a la reducción de costos unitarios de largo plazo a medida que se amplía la escala de producción, fenómeno que posibilita una reducción de los precios en la misma medida. Esta situación se puede evidenciar más adelante en la gráfica 4. Unido a lo anterior, los suscriptores marginales captados por la empresa son abonados mayoritariamente bajo la modalidad prepago y de menor nivel de ingresos que el promedio. Estos dos factores contribuyen a la baja en los precios aún en presencia de débil competencia, tal como se discutirá más adelante.

Si se considera el efecto sobre el bienestar del consumidor, es motivo de legítima preocupación para el regulador que a largo plazo el mercado se encuentre concentrado en un sólo operador, dado que el interés regulatorio es el de promover la competencia y, por ende, el bienestar social que incluye a los consumidores y proveedores de servicios.

Ahora bien, aunque el ARPM de **COMCEL** ha venido cayendo en el tiempo, también es cierto que por su mayor tamaño en el mercado, presenta ventajas de tipo económico con respecto a los otros operadores y a potenciales entrantes. El volumen de tráfico y suscriptores le permiten a **COMCEL** explotar economías de escala que, como se mencionó anteriormente, están asociadas a la reducción de costos medios de largo plazo a medida que se amplía la escala de producción, fenómeno que posibilita una reducción de los precios.

⁴⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2002): Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

⁴⁸ Hou, Liyang. "SMP vs. Dominance: Divergence out of Convergence" PhD Progress Report, Faculty of Law, KULeuven. Noviembre 2007

⁴⁹ Las directivas de la Comisión Europea establecen que un supuesto necesario para poder llegar a la conclusión que un operador es dominante, tan solo por el hecho de mantener altas participaciones en el mercado, es que los competidores no estén en condiciones de ampliar su producción en un grado suficiente para cubrir el desplazamiento de la demanda resultante del incremento de precio del incumbente.

Dado que **COMCEL** presenta el mayor efecto de escala por una creciente e importante participación de mercado en el tiempo, le permite una mayor reducción en los ARPMs y una ventaja en costos frente a los demás operadores. Tal y como se explica más adelante en la gráfica 4, **COMCEL** presenta las mayores economías de escala del mercado denominado voz saliente móvil.

4.2.5. La cuota de COMCEL se debe a mejores precios que sus competidores y a otras consideraciones dinámicas

En relación con la cuota de mercado, **COMCEL** argumenta que el abaratamiento de sus precios en comparación con los de sus competidores móviles es el factor que explica en gran medida la evolución de su cuota.

Por otra parte, asegura que la magnitud de los costos fijos y hundidos en los que han incurrido sus competidores, son un factor que asegura la permanencia de rivalidad y competencia en el mercado lo cual indica que no es fácil que se retiren del mismo.

Otra de las razones que manifiesta **COMCEL** para explicar su mayor participación en el mercado, es su compromiso con una estrategia de servicio, arriesgando recursos importantes y atendiendo zonas, regiones y grupos socioeconómicos como no lo hizo ningún otro operador en Colombia.

De igual manera, **COMCEL** asegura que ha incrementado su participación a través de un número mayor de centros de atención al cliente y una inversión significativamente mayor que las de sus competidores en puntos de venta. Adicionalmente, afirma que ha dedicado mayores recursos de capital que sus competidores y que incorporó nuevas tecnologías, tema en el que según **COMCEL** ha sido pionero.

Finalmente, a manera de conclusión, **COMCEL** explica que en términos generales, la ganancia en participación de mercado se debe a una estrategia continuada y consistente en el tiempo, con una visión de mediano y largo plazo, que se ha reflejado en administraciones y cuerpos directivos así mismo estables y consistentes en el tiempo.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

Dentro de los diferentes factores que **COMCEL** argumenta como explicativos de su elevada participación de mercado, menciona el abaratamiento de sus precios frente a los de sus competidores. Al respecto, si bien es cierto que el ARPM de **COMCEL** ha presentado reducciones en el tiempo, el problema que se evidencia en el mercado proviene de la combinación de dos factores a saber: una elevada participación de mercado y un alto diferencial de precios on/net y off/net que refuerzan el efecto club o de comunidad. Lo anterior se observa en las gráficas 13 y 14 en donde se muestra, respectivamente, que la tasa de afiliación neta de **COMCEL** es la más alta del mercado y presenta una tendencia creciente a partir de diciembre de 2007, y que la tasa de desafiliación (bajas sobre líneas totales) de **COMCEL** es la más baja de los tres operadores y con tendencia decreciente.

Dado lo anterior se deduce que si bien **COMCEL** ha venido presentando reducciones en sus precios minoristas, las externalidades de red de las cuales disfruta, acentuadas por el efecto club y el diferencial de precios, hacen que la competencia se vea limitada y que los competidores de **COMCEL** no puedan ejercer dinamismo sobre la misma.

Ahora bien, **COMCEL** argumenta que la inversión en costos fijos y hundidos por parte de sus competidores asegura su permanencia en el mercado. Al respecto, teniendo en cuenta que los costos precisamente ya fueron hundidos, el operador permanecerá en el mercado sí y sólo sí sus ingresos cubren sus costos variables, de lo contrario abandonaría el mercado. Frente a este hecho, no es condición necesaria ni suficiente para la permanencia de los operadores competidores de **COMCEL** haber incurrido en una serie de costos fijos y hundidos, sino que su permanencia está relacionada con su capacidad real de competir, para lo cual es necesario que el regulador intervenga en ejercicio de sus facultades legales con relación a las condiciones necesarias para garantizar la competencia.

Si bien es cierto que **COMCEL** cubre zonas geográficas alejadas en el país y que la CRT reconoce el manejo que ha dado a su estrategia y gestión comercial, lo que le ha permitido competir más

CLO.
11 006

San

agresivamente que sus competidores, esta no es una condición que necesariamente explique una participación de mercado como la que tiene **COMCEL**, siendo esta más del doble que la de su competidor más próximo -TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.- cuya participación es aproximadamente del 28% medido en número de abonados y del 23% medido en tráfico cursado. La elevada concentración de mercado proviene de factores intrínsecos propios a la presencia de externalidades de red que presenta **COMCEL**.

Aunque es reconocido que **COMCEL** presenta el mayor nivel de inversión⁵⁰ y que ha adoptado nuevas tecnologías que le han permitido mejorar su nivel de servicio calidad y cubrimiento, tal y como se mencionó anteriormente, su mayor participación en el mercado es originada en factores ya explicados previamente como las externalidades de red y los efectos club, que al ser, magnificados por los diferenciales significativos de tarifas, y las correspondientes consecuencias en la captura de usuarios así como la mayor eficiencia en costos, comprenden evidencia clara sobre la posibilidad que tiene **COMCEL** de actuar con independencia de los demás operadores del mercado.

Finalmente, frente al argumento de **COMCEL** en donde expone que su elevada participación en el mercado se debe a una estrategia continuada y consistente en el tiempo, la CRT no desconoce este hecho, sin embargo, es necesario aclarar nuevamente que la elevada participación en el mercado de este operador es originada y reforzada por sus externalidades de red y su política de diferenciación de precios, que a su vez es facilitada por altos costos de traspaso y altas barreras a la entrada, lo que en últimas refuerza aún más su participación en el mercado.

Se reitera nuevamente, que la posición dominante no es ilegal ni abusiva y que en ningún momento la CRT busca sancionar el comportamiento de un operador que legítimamente ha conseguido su participación en el mercado. Como se ha explicado detalladamente, el objetivo de la CRT se enmarca en su función de promover la competencia y evitar que se generen concentraciones de tal forma que pueda verse amenazado el derecho a la competencia, constitucionalmente protegido.

4.2.6. No existen barreras a la entrada de nuevos competidores.

Con respecto a las barreras a la entrada por parte de nuevos competidores, **COMCEL** afirma que hay espectro suficiente no concesionado que podría ser entregado a nuevos entrantes y que a menos que los entrantes paguen por el espectro por encima de lo que pagaron los establecidos, no existen barreras a la entrada.

Con respecto a barreras de tipo legal, afirma **COMCEL** en sus comentarios que si no hubiera espectro disponible entonces habría una barrera absoluta a la entrada, al igual que si existiera una prohibición legal para constituir una nueva empresa móvil en el país. Sin embargo, afirma el operador que en caso que hubiera disponibilidad de espectro y el Estado decidiera entregarlo en concesión al nuevo entrante, bajo condiciones similares a las otorgadas a las firmas establecidas, entonces el espectro no sería una barrera a la entrada y que el pago de espectro por parte de un entrante sería una barrera económica a la entrada si éste tuviera que pagar más de lo que pagaron los establecidos.

Según el operador, si en la industria móvil de Colombia un competidor o grupo de competidores o la industria en su conjunto estuvieran obteniendo utilidades económicas por encima de las competitivas, entonces habría que esperar que potenciales competidores entraran el mercado, de tal forma que asegurarían que las utilidades extraordinarias desaparecieran. Es a partir de ello, argumenta **COMCEL**, que cabe analizar si existen potenciales barreras a la entrada de nuevos competidores en la industria móvil de Colombia.

Adicionalmente, **COMCEL** comenta que la posibilidad de entrada al mercado de un nuevo competidor no solamente está determinada porque existan costos fijos, sino también por el precio del servicio en el mercado, el cual será determinado por el vigor de la competencia y que el análisis de la entrada a un mercado debe ser hecho tomando en cuenta no solamente los costos (o su estructura) sino también los ingresos.

⁵⁰ El operador Comcel argumenta que no es dominante pues el mercado está altamente competido, tiene las tarifas más bajas del continente, y si los usuarios prefieren Comcel, es porque gracias a sus inversiones, superiores a las de los competidores, tienen una mayor red de cobertura y servicio al cliente. Un análisis de la empresa muestra que entre 2003 y 2008, Comcel invirtió 2.206 millones de dólares frente a 998 millones de dólares de Movistar y 649 millones de dólares de Tigo. Tras estas inversiones, hoy, en ese mismo orden, el primero tiene 27 millones de usuarios, el segundo 9,9 millones y el tercero, 3,7 millones. En puntos de venta, el primero tiene 21.992, el segundo 4.069 y el tercero 1.503. (Fuente El Universal, 24 de febrero de 2009).

Según el operador, el supuesto para que las economías de escala se conviertan en barreras a la entrada y se dificulte para los consumidores cambiarse de operador hacia el operador entrante, no se cumple para el caso colombiano. Indica el operador, que las estadísticas de rotación de usuarios entre proveedores alternativos muestran que los usuarios se cambian con mucha facilidad, reflejando la existencia de muy bajas barreras para cambiarse de operador.

Como argumentación a lo anteriormente expuesto, **COMCEL** afirma que el tamaño eficiente de planta o Escala Mínima Eficiente -EME-, en casos en los que la industria experimenta tasas de crecimiento importantes y es caracterizada por innovación permanente, como ocurre en la industria móvil de Colombia, es un concepto dinámico y no estático, indicando que la CRT sobreestima el verdadero nivel de escala mínima. El operador indica que los competidores móviles constantemente optimizan sus tamaños de planta a través de constantes inversiones, en especial si la industria experimenta altas tasas de crecimiento y que, por lo tanto, el tamaño de EME es una medida cambiante, no estática y depende de las inversiones que los mismos competidores realicen.

Afirma el operador en sus comentarios que los costos fijos no constituyen barreras a la entrada debido a que los competidores existentes en el mercado y los potenciales entrantes poseen el acceso a la misma tecnología de producción, es decir, a la misma estructura de costos.

Por lo tanto, **COMCEL** considera que no todos los costos fijos son barreras a la entrada indicando que los costos hundidos sí se pueden convertir en barreras de entrada pero que no todos los costos fijos son hundidos y, por lo tanto, no todos los costos fijos se constituyen en barreras a la entrada.

Para **COMCEL**, las barreras de entrada asociadas con las economías de alcance y de ámbito implican supuestos que no son necesariamente ciertos ya que una vez ha entrado un nuevo operador, los establecidos podrían reducir su producción para evitar que sus utilidades caigan a cero. En tal caso, afirma el operador, las utilidades del nuevo entrante también evitarían caer a cero, por lo que la entrada podría ser rentable ex - ante.

Por otra parte, comenta que los factores de tiempos para lograr licencias, requisitos burocráticos, etcétera, no constituyen barreras a la entrada de largo plazo y que todos los operadores establecidos han tenido que cumplir con esas obligaciones, y que la rapidez y otorgamiento de concesiones, permisos, etcétera a nuevos entrantes depende exclusivamente de organismos del Estado.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

Con respecto a las barreras a la entrada a las que hace referencia **COMCEL** en sus argumentos, la CRT considera pertinente señalar que, en primera instancia, el otorgamiento de permisos para la asignación de espectro radioeléctrico es competencia del Ministerio de Comunicaciones y, por lo tanto, excede las facultades regulatorias a cargo de la Comisión, pero adicionalmente se constituye como un factor que no se puede determinar de manera endógena en el mercado y, por lo tanto, se debe considerar como una barrera en tanto que los agentes del mercado no tienen control sobre la misma. En este sentido, se manifiesta **COMCEL** y supone "*en caso de que hubiera disponibilidad de espectro y el Estado decidiera entregarlo en concesión al nuevo entrante, bajo condiciones similares a las otorgadas a las firmas establecidas, entonces el espectro no sería una barrera a la entrada*", pero dado que es una decisión del Estado y no de los operadores *per se*, al tratarse de un recurso escaso en sí mismo, la disponibilidad de espectro radioeléctrico se considera una barrera a la entrada. Sobre este aspecto se profundizará mas adelante.

Con respecto a los incentivos que pueda tener un nuevo operador de entrar a un mercado donde existen altas rentabilidades de uno o varios operadores ya establecidos, es importante resaltar que una situación similar se presenta en el mercado actualmente y no se ha traducido en una entrada masiva de operadores al mercado para disminuir dicho margen. De otra parte, mientras **COMCEL** mantiene rentabilidades por encima del promedio nacional de la industria móvil (ver gráfica 21), sus competidores más cercanos no llegan siquiera al promedio y por el contrario su rentabilidad ha caído. Esto representa un alto riesgo para las eventuales nuevas inversiones y, por lo tanto, representa una barrera a la entrada al observar que operadores que permanecen en el mercado no son capaces de mantener los mismos niveles de rentabilidad que el operador más grande. Tal como se ampliará más adelante, la rentabilidad de **COMCEL** supera holgadamente el 35%, rentabilidad superior a la del mercado colombiano en general (ver gráfica 21), e incluso considerablemente superior al promedio de rentabilidad de su casa matriz en América Latina (ver gráfica 22).

CLO.

11 006

amw

Así mismo, las mayores economías de escala del operador (con mayor participación en el mercado), que le permite ofrecer precios más competitivos y que, por lo tanto, restringe los posibles ingresos que percibiría un operador entrante, representa a su vez una barrera a la entrada. Para que un operador entrante pueda competir en el mercado requiere de la posibilidad de adquirir usuarios a una gran velocidad con el fin de obtener las economías de escala de los operadores establecidos. Esto representa un mayor problema en un mercado donde a diciembre de 2008 la penetración es del 92.5%⁵¹ y la cantidad de usuarios que falta por suscribirse es marginal en comparación a la cantidad de usuarios que ya hay suscritos a alguna de las redes. Sin embargo, las externalidades de red, acentuadas por el diferencial de precios on/net y off/net, incrementan los costos de cambio de los usuarios y limita la posibilidad de que un operador nuevo atraiga usuarios provenientes de los otros operadores establecidos en el mercado, por lo que esto también constituye una barrera a la entrada para operadores entrantes⁵².

Por otra parte, las mayores economías a escala *per se* representan una barrera a la entrada. Como se ha podido observar en los estudios adelantados por la CRT, en particular en el documento "Análisis de Competencia de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia". Así mismo en la gráfica 4 se observa la disminución en los costos por usuario en los que incurre un operador en la medida en que vincula cada vez más usuarios. Aun cuando los operadores entrantes puedan adquirir la misma tecnología de los operadores establecidos, el mayor aprovechamiento de la capacidad instalada por parte del operador de mayor tamaño le permite reducir los costos por minuto y, por lo tanto, las condiciones son diferentes para unos y otros operadores. Sobre este tema se presenta un análisis extenso más adelante.

Con respecto a la posibilidad que afirma **COMCEL** que tiene un operador de disminuir su producción con la intención de mantener niveles de utilidad superiores a cero, la CRT considera necesario resaltar que la presencia de economías de escala en la industria móvil colombiana (ver gráfica 4), implica que ante una mayor cantidad de suscriptores el costo medio decrece y por lo tanto al reducir la cantidad de suscriptores los costos se elevan y disminuye la rentabilidad. Es así como, en el contexto del mercado móvil en Colombia, y ante la presencia de tan significativas externalidades de red, la inercia generada a favor del operador con mayor participación en el mercado no permite la sostenibilidad de la participación de operadores pequeños que no compiten por usuarios.

Por último, en lo que se refiere al trámite burocrático que tienen que superar los operadores para entrar al mercado, y dado que **COMCEL** considera que si todos los operadores pasaron por este trámite entonces no es una barrera a la entrada, precisamente por el reconocimiento de la existencia de un trámite que por lo general no se surte en el corto plazo es que se puede considerar que existen altas barreras a la entrada y, por lo tanto, la posibilidad que los operadores se disciplinen por un entrante potencial es muy baja.

En resumen, y de acuerdo con la explicación que sobre este particular se presenta más adelante, las barreras legales y administrativas no permiten la entrada de un operador en el corto plazo y, en cuanto a las barreras tecnológicas y económicas, difícilmente un operador podría adquirir una masa suficiente de usuarios para competir a una escala comparable a la de los demás operadores. Este factor es más crítico aún por cuanto la penetración en Colombia ronda el 90% e implica que para incrementar la cantidad de usuarios, un operador entrante tendría que atraer usuarios de los operadores establecidos.

⁵¹ Fuente: DANE y Ministerio de Comunicaciones (último trimestre de 2008).

⁵² En presencia de externalidades de red, el usuario se ve beneficiado por la presencia de otros usuarios en la misma red de telecomunicaciones a la cual él pertenece, y en la medida en que hay una mayor cantidad de usuarios suscritos, el usuario percibe mayores beneficios. Esto se debe a que, por un lado, el usuario se beneficia de poder utilizar el servicio (hacer llamadas) y poder contactar a un mayor número de usuarios, y por el otro, a que hay un mayor número de personas que están en la capacidad de contactarse con él (recibir llamadas). Las externalidades de red efectivamente tienen un efecto sobre los costos de cambio de los usuarios y, por lo tanto, el operador tiene poder de mercado sobre los mismos. En este sentido, las elevadas tarifas off/net del operador más grande generan costos de cambio endógenos y por lo tanto reducen la competencia entre las redes. Estos costos de cambio surgen en la medida en que los usuarios valoran no solo el hecho de hacer llamadas sino también de recibirlas. Frente a elevadas tarifas off/net del operador de mayor tamaño, un usuario suscrito a dicha red tiene pocos incentivos a cambiarse pese a que los operadores pequeños ofrezcan planes comerciales con menores tarifas (on/net y off/net), por cuanto si lo hace, la cantidad de llamadas que recibiría perteneciendo a una red diferente será mucho menor: probabilísticamente, la mayor cantidad de llamadas originadas en la red de **COMCEL** terminarían en la misma red, y dado que es el operador con mayor cantidad de usuarios (la cuota de mercado de **COMCEL** en términos de abonados es del 66% para el cuarto trimestre de 2008) buena parte de los contactos frecuentes del usuario que eventualmente migrase desde **COMCEL** hacia alguno de los otros operadores, permanecerán suscritos al operador de mayor tamaño.

CLO.
11/09/08

www

4.2.7. No existen barreras a la expansión de la producción por parte de los competidores de COMCEL

De acuerdo con el operador, la CRT omite el hecho de considerar cuál sería la reacción de sus competidores móviles actuales –TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y AVANTEL S.A.- frente a un aumento significativo y sostenido del precio por parte de **COMCEL** y que cualquier intento de **COMCEL** de elevar unilateralmente su precio sería neutralizado por los competidores.

COMCEL indica que así como la CRT reconoce en varias partes de sus documentos que la industria móvil está caracterizada por economías de escala y ámbito debido a la presencia de altos costos fijos y hundidos, así como reducidos costos marginales para operar en el corto plazo, por lo que un incremento en la producción conllevaría un aumento no significativo de costos marginales totales y que si los competidores tienen capacidad ociosa no utilizada para producir, es de esperar que si deciden aumentar su nivel actual de producción sus costos marginales por unidad sean constantes.

Según **COMCEL**, los competidores no tienen ninguna barrera a la expansión de sus niveles actuales de producción dirigida a suplir parte de la demanda actualmente atendida por **COMCEL** si es que este último decidiera unilateralmente aumentar su precio ya que cuentan con acceso a todos los insumos básicos que son necesarios para expandir su producción, además de que ya han invertido en infraestructura (tales como equipos de transmisión y conmutación), poseen espectro suficiente concesionado, cuentan con interconexión plena garantizada por contratos de interconexión, y que recientemente la CRT ha reducido los cargos de terminación en redes móviles y que la propuesta regulatoria de diciembre de 2008 busca declarar que cada operador móvil es dominante en su mercado de terminación móvil.

Comenta el operador que la CRT no ha realizado un análisis cuantitativo ni cualitativo de la "pérdida crítica" ("critical loss") de **COMCEL** y que, de hacerla, **COMCEL** sería neutralizado por los competidores si intentara incrementar su precio unilateralmente (por decir un 5%) debido a que perdería clientes que migrarían a los competidores y que no hay costos importantes para el traslado de consumidores entre distintos proveedores.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

Con relación a la inexistencia de barreras a la expansión por parte de los competidores de **COMCEL**, la CRT considera importante resaltar que el análisis realizado por **COMCEL** ignora, en repetidas ocasiones, las externalidades de red presentes en el mercado. Dado que al menos dos de los operadores cuentan con la misma asignación de espectro radioeléctrico y que todos tienen cobertura nacional, es correcto considerar que los operadores no tienen ningún tipo de restricción de capacidad nominal para atender usuarios de **COMCEL** ante un supuesto incremento de precios por parte de este operador, pero no es cierto que la cobertura geográfica de los tres operadores sea simétrica como para atraer clientes en todas las regiones del país, como tampoco es cierto que los usuarios respondan a dicho incremento como lo harían si no existieran externalidades. De hecho, como lo menciona **COMCEL**, con una capacidad instalada ociosa los costos marginales son muy cercanos a cero, y en cambio cada minuto adicional cursado representa una disminución en los costos medios, por lo que dichos operadores son los más interesados en poder incrementar el uso de su capacidad instalada. Sin embargo, y como se explico anteriormente la principal barrera de expansión son las asimetrías de cobertura existentes actualmente en el mercado de voz saliente móvil en Colombia tal como se puede observar en las gráficas 15 y 16.

Por otra parte, el incremento de tarifas off/net por parte de **COMCEL** no tendría una respuesta de sus usuarios por cuanto las llamadas que recibiría en caso de migrar a un operador en el mercado serían más costosas y, por lo tanto, serían de una menor cantidad que si perteneciera a la red más grande.

En este sentido, existe evidencia en el mercado que **COMCEL** ha sostenido niveles de tarifas off/net por encima de las de sus competidores (ver gráficas 17) y esto no ha representado una salida masiva de usuarios que exija de **COMCEL** una reducción de precios (ver gráfica 14). Si bien es cierto que dicho operador mantiene el ARPM más bajo, este se ha alimentado de tarifas on/net más bajas y promociones limitadas a tráfico on/net y, por lo tanto, utiliza su posición en el mercado para hacer más difícil una potencial salida de sus usuarios (si un usuario cambia de operador el 66% de

CLO.

11/07

uno.

los usuarios en el mercado percibirían una tarifa off/net considerablemente más alta que la on/net para llamarlo) y por lo tanto, el usuario que valora la utilidad que le genera la recepción de llamadas, desistiría del cambio.

Es así como, aún cuando es cierto que la sustituibilidad por el lado de la oferta es un factor determinante al momento de evaluar la competencia en un mercado, en el contexto antes descrito pierde relevancia y tienen más consecuencias en el mercado las fallas que se presentan en el mismo.

4.2.8. No existen barreras para la rotación de usuarios hacia otros competidores.

COMCEL indica en sus comentarios que si decidiera elevar unilateralmente su precio, los usuarios de éste se trasladarían a consumir servicios sustitutos producidos por sus competidores.

COMCEL considera que en Colombia no hay barreras para trasladarse de operador y que es uno de los países donde mayor rotación de usuarios existe. Además, indica que más del 85% del total de usuarios móviles son de prepago, que por definición no cuentan con contratos de permanencia mínima y valoran muy poco la facilidad de portar su número a otro operador. Así mismo, afirma que las tasas de desafiliación de los tres operadores móviles inician un ascenso sostenido a partir del 2005, desde que se intensificó la competencia móvil en el país.

Por otra parte, el operador considera que la CRT no encontró evidencia acerca de la fácil rotación de usuarios. Indica **COMCEL** que según un informe de la CRT de febrero de 2008 sobre satisfacción de usuarios, del total de clientes residenciales que disponen del servicio de telefonía móvil, el 74% manifestó que podía cambiarse de proveedor libremente, sin grandes complicaciones y sin mayores costos.

Adicionalmente, el operador afirma que la implementación de la portabilidad numérica antes del 2010 en el país, elevará aún más la facilidad de cambiar de operador sin que el usuario tenga que perder su número móvil reduciendo los costos de traslado que los usuarios enfrentan si quieren cambiar de operador.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

Con respecto a la elevación unilateral del precio a la que hace referencia **COMCEL** en sus argumentos, la CRT considera pertinente señalar que, en primera instancia, si se diera dicho incremento, los usuarios potencialmente no irían a consumir servicios sustitutos de los competidores, pues tal y como se explicará más adelante, **COMCEL** disfruta de externalidades de red que unidas al efecto comunidad o "efecto club", hace que aún ante incrementos en los precios, los usuarios prefieran quedarse en la red más grande, pues los usuarios de los servicios de telecomunicaciones no asignan la misma probabilidad de llamar a cualquier usuario, sino que con una mayor probabilidad van a llamar a sus conocidos (*amigos y familia* en términos de mercadeo).

Lo anterior, conlleva a que al realizar llamadas por un menor valor dentro de la misma red, los integrantes del club preferirán simultáneamente pertenecer a la misma. Por un lado, esto les permite realizar más llamadas a un menor precio y, por el otro, es más barato para los usuarios que pertenecen a su club comunicarse con él, por lo que recibe más llamadas. Esta dinámica tiene implicaciones sobre el costo de cambio de los usuarios.

Ahora bien, en cuanto a las barreras de trasladarse de operador a las que hace referencia **COMCEL** y la evidencia de fácil rotación de clientes, tal y como se mencionó en el párrafo anterior y como se verá más adelante, existe un costo de cambio para los usuarios. Si bien la CRT ha adelantado acciones para minimizar los efectos de las restricciones al cambio de operador, entre otras, con la Resolución CRT 1732 de 2007 en lo que se refiere al establecimiento de cláusulas de permanencia mínima, y con el proyecto que adelanta sobre la implementación de la portabilidad numérica con base en el mandato de la Ley 1245 de 2008, existen otros factores que inhiben al usuario de cambiarse del operador de mayor tamaño hacia los otros operadores competidores, en este sentido, en el caso especial de los clubes de usuarios, para un usuario cuyo club pertenece a una red en particular resulta muy costoso cambiarse de red, dado que por un lado, dicho usuario deberá pagar la tarifa off/net del otro operador para comunicarse con su club y, por el otro, los usuarios de su club deberán pagar tarifas off/net (más altas en comparación de las tarifas on/net del operador más grande) para comunicarse con él. Estos son los denominados costos de cambio endógenos, explicados anteriormente.

CLLO.

11 vado

Quero

Frente al argumento de las tasas de desafiliación de los operadores móviles al cual hace referencia **COMCEL**, la CRT plantea que se puede observar, tal y como se complementará más adelante, que la tasa de desafiliación (bajas sobre líneas totales) de **COMCEL** es la más baja de los operadores y con tendencia decreciente. Las tasas de desafiliación de los otros operadores son más altas y con tendencia creciente, lo cual evidencia que gracias al efecto club y las externalidades de red con que cuenta **COMCEL**, los usuarios prefieren mantenerse en dicha red. (Ver gráfica 14)

4.2.9. Tarifas On/net y Off/net como señal de competencia, no ausencia de ella. No es necesario preocuparse por la diferenciación de precios por parte del operador más grande, y en general de ningún operador.

El operador afirma que la diferencia de tarifas On/net y Off/net, es el resultado de la competencia, más que una falta de ella y que justamente la presencia de costos fijos da lugar a que los competidores adopten precios diferenciales pero eso no implica que exista poder de mercado por parte de ninguno de ellos. Afirma a su vez que las tarifas On/net y Off/net las aplican cada uno de los cuatro operadores móviles (**COMCEL**, **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** y **AVANTEL S.A.**) así como también tienen precios distintos dependiendo de la hora o día en que se realizan llamadas, precios diferenciados para la suscripción al servicio (que consiste fundamentalmente en el precio del aparato celular, debido a que el nivel de financiamiento otorgado depende de cada operador), descuentos por el número de servicios incluidos en el paquete que contrata un usuario móvil, etcétera, lo que equivale a tener precios diferenciados o discriminatorios.

Adicionalmente, el operador indica que los planes de consumo que las empresas competidoras móviles ofrecen a los consumidores son por lo general complejos, dado que involucran varias dimensiones o características al involucrar servicios de voz (local, larga distancia internacional, On/net, Off/net), casillero de voz, llamadas tripartitas, datos (SMS o MMS), descuentos en precios de las llamadas prepago a través de recargas de las tarjetas, entre otros.

COMCEL indica que la discriminación de precios tiene sentido, dado que prefieren brindar a los usuarios más minutos por un mismo monto de dinero (logrando que se produzca una caída en el precio promedio consumido a través de otorgar más minutos) ya que el sector se caracteriza por altos costos fijos y bajos costos marginales, por lo que las empresas prefieren que el incremental de sus ingresos sea positivo y no cero y que cualquier ingreso adicional que pueda ser recolectado de los consumidores ayuda a la empresa a cubrir sus costos fijos.

Así mismo, afirma que las recientes inversiones de los principales competidores móviles, como **COMCEL**, en redes de tercera generación añadirá nuevos servicios u otros de mejor calidad a la oferta de los servicios que se ofrecerán en el mercado y que es probable que se observe también mayores innovaciones en la forma en cómo se fijan los precios para los planes de consumo.

De igual manera, **COMCEL** afirma que los servicios de llamadas On/net y Off/net, son parte de un mercado relevante más amplio, el cual es definido considerando toda la gama de servicios móviles y que, como tal, no pueden analizarse aisladamente servicios dentro del mercado relevante.

COMCEL afirma que la tarifa Off/net de prepago más alta de los cuatro operadores móviles la tiene **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, no **COMCEL**, y que la tarifa Off-net más baja la tiene **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**, pero no el operador más pequeño del mercado que es **AVANTEL S.A.**

El operador comenta que la mayor diferencia entre tarifas Off/net y On/net la tiene **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, seguido de **AVANTEL S.A.** A su vez, que la menor diferencia entre tarifas Off/net y On/net también la tiene **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, en su plan donde no hay tarifas diferenciadas, sino únicas.

Afirma el operador que no tiene mucho sentido económico el análisis de tarifas individuales en planes tarifarios que involucran varios precios y que desde el punto de vista del consumidor, cuando éste compra el paquete de servicios de un operador móvil analiza no solamente un precio de los varios que involucra el paquete sino el paquete en su conjunto.

Según **COMCEL**, de las cifras de la CRT en su análisis de precios (ingresos) promedio por minuto por operador, se muestra contundentemente que desde el año 2000 hasta el presente, el menor precio promedio efectivo de voz móvil (que incluye todo tipo de tráfico) pagado por los consumidores en Colombia pertenece a **COMCEL**, seguido de **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** y el más alto

CLO.

AP 006

CLO

corresponde a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P de igual manera que utilizando canastas típicas de consumo empleadas por la OECD. El operador indica que en prepago la situación también es similar.

Adicionalmente, señala que de acuerdo con la teoría económica, cuando los competidores en una industria ofrecen un sólo precio, como sería el caso de eliminar la existencia de tarifas On/net y Off/net, existen mayores incentivos a que se produzca una colusión entre operadores, la cual llevaría a ofrecer un precio más alto a los usuarios y, por tanto, menor bienestar económico para los consumidores y que, en consecuencia, la presencia de tarifas On/net y Off/net evita que se dé el incentivo de colusión entre los competidores y es un indicador que existe competencia efectiva, no un indicador de su ausencia.

Otro punto de consideración de **COMCEL** es que los operadores de telefonía fija en Colombia ofrecen planes de consumo en los que los consumidores pagan una determinada renta mensual (que generalmente les da derecho a consumir un número determinado de minutos) y pagan un precio por unidad (digamos minuto o segundo) por cada minuto consumido fuera de un cierto número de minutos permitidos y que los operadores de telefonía móvil también ofrecen planes similares en especial los dirigidos a usuarios pospago y comerciales que resultan en un mayor bienestar para los consumidores que tarifas lineales.

Por otra parte, indica que los servicios ofrecidos en combo o paquete resultan más baratos que comprar cada servicio independientemente. Esto es una forma de descuento y por lo tanto una forma de discriminación de precios que incentivan la competencia y benefician a los consumidores y que desde el punto de vista de las empresas, los combos favorecen la realización de economías de ámbito.

A su vez, el operador señala que la Comisión Europea redujo los mercados relevantes debido a que los mercados son dinámicos y cambiantes en el tiempo y que la CRT no toma en cuenta la naturaleza de los mercados bilaterales o de dos partes (*"two-sided markets"*) en telecomunicaciones.

De igual manera, afirma el operador que de acuerdo con la Recomendación del 2002 de la Comisión Europea, el mercado minorista móvil no puede ser segmentado debido a que lo que es importante desde el punto de vista de los usuarios móviles es el conjunto de servicios móviles que vienen en el paquete a ser consumido y, segundo, las alternativas de sustitución de los servicios que conforman el mercado relevante son tan amplias que limitan cualquier acción anticompetitiva unilateral por parte de alguno de los operadores móviles.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

En cuanto al argumento de **COMCEL** referente a que la diferencia de tarifas on/net y off/net son resultado de la competencia, debe precisarse en primer término que en ningún momento la CRT ha manifestado que no sea así, toda vez que todos los operadores móviles con base en practicas comerciales ampliamente aceptadas, diferencian el precio de las llamadas on/net y off/net y en principio no es malo e incluso puede ser bueno para el mercado y los usuarios. El problema no se origina en que se realice dicha diferenciación, sino que el diferencial puede favorecer más al operador con mayor participación en el mercado, por lo tanto, generar una asimetría en las condiciones de competencia cuyo desenlace puede ser la concentración futura del mercado, tal y como se ha venido exponiendo y se analizará en detalle más adelante.

Adicionalmente, tal y como lo argumenta **COMCEL**, los planes de consumo que los operadores competidores móviles ofrecen a los consumidores podrían considerarse por lo general complejos, e incluyen entre otras alternativas que se adaptan al perfil de consumo de los usuarios, llamadas on/net y off/net, no obstante la CRT insiste nuevamente en que la diferenciación por sí misma no indica falta de competencia, y esto queda demostrado en que todos los operadores móviles lo hacen y lo incluyen en sus planes tarifarios, el asunto es que tal diferenciación acentúa y fortalece las externalidades de red de las cuales se beneficia el operador de mayor tamaño lo cual potencia su poder de mercado.

Ahora bien, frente a que la presencia de costos fijos da lugar a que los competidores adopten precios discriminatorios como lo manifiesta **COMCEL**, la CRT no considera que la diferenciación de precios *per se* considere un argumento para determinar la dominancia, sino que en lo que a externalidades de red se refiere, si un operador es considerablemente más grande que los otros, la probabilidad de concluir llamadas en el operador de mayor tamaño es mayor que en cualquier otro operador. De esta forma un usuario, ante un mismo vector de tarifas on/net/off-net va a esperar

CLO.

11 feb

una factura menor si se suscribe al mayor operador, porque una proporción mayor de sus llamadas está cobijada por las tarifas on/net que son menores. El proceso es dinámico porque al contemplar esta externalidad en las decisiones de suscripción, cada vez se vinculan más usuarios al operador de mayor tamaño, con lo cual la externalidad se fortalece.

Para el caso particular de **COMCEL**, la tarifa off/net ofrecida por el mismo es la que más se aleja, en cada uno de los planes, del cargo de acceso, tal y como se muestra más adelante en la gráfica 19. La diferenciación entre las tarifas on/net y off/net se incrementa al considerar las promociones que **COMCEL** implementa exclusivamente para tráfico on net. En consecuencia, frente al argumento de **COMCEL** que la diferenciación de precios tiene sentido, dado que prefieren brindar a los usuarios más minutos por un mismo monto de dinero, la CRT aclara que tal y como se ahondará más adelante, un mercado en competencia se caracteriza por presentar disminuciones sostenidas de todos los precios por parte de los agentes que lo conforman, lo cual beneficia el bienestar del consumidor y que para el caso particular de **COMCEL**, la CRT nota que no sigue la misma tendencia que sus competidores en lo que respecta a las tarifas off net, lo que se corrobora más adelante en las gráficas 17 y 18. En este sentido, pese a todas las estrategias comerciales y de precios que utilizan sus competidores (incluidas ofertas comerciales que incluyen tarifas off net), este hecho parece no tener efecto sobre el comportamiento del operador de mayor tamaño.

Por otra parte, **COMCEL** argumenta que ha realizado importantes inversiones en nueva tecnología y que esto permitirá mayor innovación en la forma cómo se fijan los precios, sobre lo cual la CRT debe aclarar que el estudio técnico y económico que llevó a cabo en su propuesta regulatoria, en ningún momento pretende analizar, premiar ó cuestionar un modelo de negocio, sino que lo que pretende el regulador es imprimir mayor competencia en el mercado que garantice el bienestar del usuario en aras de la satisfacción de los intereses generales que tutela desde la perspectiva regulatoria.

En este sentido, la CRT no desconoce que aunque **COMCEL** ha sostenido un alto nivel de inversión y cobertura, sí se ha identificado un problema de competencia asociado al mercado móvil, razón por la cual su función es asegurar el correcto funcionamiento de los mercados desde el punto de vista de sus facultades de regulación *ex ante*, y no premiar o castigar como se mencionó anteriormente, por parte del operador, un modelo de negocio en particular.

Ahora bien, frente a las consideraciones relativas a que los servicios de llamadas on/net y off/net son parte de un mercado relevante más amplio y que el análisis de precios individuales carece de sentido, adicionalmente a que el mercado minorista móvil no puede ser segmentado, consideraciones expuestas por **COMCEL**, la CRT aclara que por definición las llamadas on/net y off/net hacen parte del mercado de voz saliente móvil y que en sus estudios identificó dicho mercado relevante, dentro del que se encuentran estas llamadas, en consecuencia la CRT no realizó un análisis de la gama de servicios móviles o análisis de servicios aislados. En este sentido, se hace pertinente indicar que la existencia de diferenciales de tarifas on/net off/net de ninguna manera significa que exista un mercado on/net y otro off/net. Precisamente, al existir un diferencial tarifario se corrobora que el mercado de voz saliente móvil es uno solo y que es precisamente la asimetría de estos precios en cabeza de un operador como **COMCEL** la que genera los problemas de competencia identificados en este mercado.

Frente al argumento que presenta **COMCEL** sobre no tener la tarifa off/net en prepago más alta de los operadores móviles, sino que quien la tiene es TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., de acuerdo con los comentarios realizados por este último operador en comunicación remitida a la Comisión con fecha de 23 de febrero de 2009, y con motivo de comentarios realizados por **COMCEL**, si bien es cierto que la tarifa registrada en planes diferenciales prepago es de \$899, menos del 10% del tráfico off/net prepago paga esta tarifa, frente a las demás tarifas que ofrece el operador de \$199, \$420 y \$599, todas inferiores a las ofrecidas por **COMCEL**. Lo anterior también se constata con la información reportada por los operadores móviles a la CRT en referencia a sus planes tarifarios. Por otra parte, en cuanto a que la tarifa off/net más baja no la tiene COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. sino AVANTEL S.A., la CRT reconoce este hecho, pero en cualquier caso esto no tiene ninguna implicancia en que en la práctica, la tarifa off/net en prepago más alta sea la de **COMCEL**.

En cuanto a las afirmaciones de **COMCEL** relacionadas con el hecho que la presencia de tarifas On/net y Off/net evita que se dé el incentivo de colusión entre los competidores, siendo un indicador de que existe competencia (y no un indicador de su ausencia), la CRT reitera que, como se ahondará más adelante, el diferencial de precios *per se* no implica una práctica que limite la competencia, dado que todos los operadores del mercado con base en prácticas comerciales

CLO.
11 006

ampliamente aceptadas, diferencian el precio de las llamadas on/net y off/net. De esta manera, el problema no se origina en que hagan la diferenciación, sino que surge en cuanto a que el diferencial favorece más al operador de mayor tamaño y, por lo tanto, se genera una asimetría en las condiciones de competencia cuyo desenlace puede ser la concentración futura del mercado.

En relación con los análisis del ingreso promedio por minuto de **COMCEL**, cabe mencionar que existen dos factores que como se explicará más adelante, afectan el ARPM de **COMCEL**, el primero es que el volumen de tráfico y suscriptores le permiten explotar economías de escala, lo que redundaría en una mayor reducción de precios por la reducción de costos unitarios. El efecto escala por una creciente participación de mercado en el tiempo permite una reducción en los ARPMs, y una ventaja en costos frente a los demás operadores. El segundo obedece a que actualmente el suscriptor marginal (esto es, aquél que acaba de adquirir el servicio) es, con mayor probabilidad, un suscriptor prepago y de menor nivel de ingresos.

Otro de los argumentos a los que **COMCEL** hace referencia es que la Comisión Europea redujo los mercados relevantes debido a que los mercados son dinámicos y cambiantes en el tiempo, frente a lo cual la CRT aclara que la Comisión Europea en los mercados de comunicaciones móviles teniendo en cuenta el atributo de movilidad como principal diferenciador de otros servicios, consideró que constituyen un mercado relevante en sí mismo más que un mercado relevante mucho más amplio, en este sentido consideró tanto en su recomendación del año 2002 como en el año 2007 que no era necesaria la inclusión del mercado minorista de origenación y acceso debido a que existe suficiente competencia medida a través de diferentes variables de mercado. Posteriormente, en el año 2003, consideró incluir el mercado mayorista de origenación, motivada en las restricciones de acceso al espectro, sin embargo dicha recomendación fue eliminada en el año 2007 debido a que se encontró que el mercado minorista era suficientemente competido teniendo en cuenta el impacto de los operadores móviles virtuales y operaciones de reventa. De otra parte, la experiencia internacional en el mercado móvil europeo muestra que muy pocos operadores líderes superan el 50% del mercado, lo cual contrasta ampliamente con la elevada cuota de mercado de **COMCEL** superior al 60%. (Ver gráficas 1 y 2).

En este entendido, es necesario aclarar que si bien la doctrina europea permite analizar desde el punto de vista analítico y teórico la definición de mercados, no constituye un indicativo para establecer en efecto los mercados susceptibles de regulación ex ante, sino que constituye una práctica que debe compararse con la realidad de los mercados colombianos.

4.2.10. Consideraciones sobre estimaciones de demanda

COMCEL comenta que en el informe de octubre de 2008, la CRT no explica ni justifica adecuadamente los motivos para la especificación, métodos de estimación o períodos utilizados en las distintas regresiones econométricas de telefonía fija local, móvil, etcétera, y no queda claro por qué utiliza datos trimestrales del período 1996 T1-2007 T4 (48 observaciones por cada serie) para estimar la demanda móvil, mientras que para las demandas de telefonía fija local utiliza solamente el período 2006 T3 - 2007 T4 (6 observaciones por cada serie) y que para las demandas de larga distancia nacional e internacional en cambio, la CRT usa datos anuales, no trimestrales.

Por otro lado, continúa **COMCEL** diciendo que para la estimación de demanda de voz móvil la CRT utiliza como variable dependiente el tráfico promedio por usuario móvil, mientras que para las demandas de voz de larga distancia nacional y de larga distancia internacional utiliza el tráfico total.

COMCEL afirma que utilizando la misma metodología econométrica de estimación de la CRT pero cambiando ligeramente la especificación de la demanda de voz móvil, encuentra resultados bastante diferentes. Que tomando el mismo período de la CRT (1996 T1 - 2007 T4), la misma estimación de panel con efectos fijos por empresa, pero teniendo como variable dependiente el tráfico total por empresa y como variables explicativas el ingreso promedio por minuto de voz móvil (pesos constantes), el ingreso promedio por minuto de larga distancia nacional (pesos constantes), y el PIB total (pesos constantes), encuentran una elasticidad-precio de **0,97** (en términos absolutos), es decir casi el doble de lo que obtiene la CRT, confirmando los estudios hechos por la propia CRT antes de octubre de 2008.

Adicionalmente, afirma que la estimación de la demanda agregada de mercado indica también que la demanda de voz móvil es más elástica que la que estima la CRT en su informe de octubre de 2008 indicando un valor de la elasticidad precio propia de la demanda de **1,1** en valor absoluto, confirmando los estudios hechos por la propia CRT antes del 2008. De igual manera, el operador

CLO.

12 CRT

CLO

afirma que cambios ligeros de la especificación planteada por la CRT arroja resultados bastante diferentes y que frente esta inestabilidad, la CRT debiera replantear sus especificaciones de demandas y aplicar métodos econométricos más rigurosos en la estimación o recaer en parámetros de elasticidades precio de estudios más rigurosos hechos por la misma CRT en el pasado y/o en la evidencia internacional, los cuales sugieren que la demanda de voz móvil de mercado en Colombia es elástica.

De igual manera, **COMCEL** comenta que la evidencia indica que la demanda de telefonía móvil en Colombia es más elástica de lo que sugiere la CRT en su informe de octubre 2008, que el margen entre el precio y costo marginal, que busca medir poder de mercado para un competidor, sería menor al que sugeriría la CRT en su análisis.

Por otro lado, indica que el poder de un competidor está en indirecta relación a la elasticidad de oferta de los competidores frente a un aumento del precio del operador que se está analizando y que este análisis lo ha obviado la CRT en su análisis.

CONSIDERACIONES DE LA CRT

En términos generales, es importante tener presente que en el proyecto desarrollado durante la primera etapa de estudio y publicado en febrero de 2008 no se estimaron funciones de demanda. Los resultados presentados durante la segunda etapa del proyecto son los que arrojan las estimaciones econométricas realizadas con base en los datos estadísticos disponibles. Este trabajo de la consultoría desarrollada por los expertos nacionales fue revisado y avalado por los expertos internacionales.

Respecto al comentario sobre los diferentes periodos de tiempo considerados para el análisis de los servicios de voz fija y móvil, la CRT aclara nuevamente que para el caso de telefonía fija se utiliza una serie de tiempo reciente y se considera que esto es lo adecuado por cuanto el esquema de regulación de precios cambió para este servicio en el tiempo. Esto es posible además por la riqueza de los datos disponibles (por tipo de usuario, por empresa, por municipio, por trimestre). En este sentido, la riqueza de la base de datos tipo panel para el servicio de TPBC permite tener suficiente información para estimar las diferentes regresiones.

En el caso de la telefonía móvil el período en efecto es más largo y, además, la forma de fijación de precios de este servicio no ha cambiado en el tiempo por efecto de ninguna regulación. Realizar una estimación de demanda en este caso acortando el período no es posible, porque esto significaría acortar aún más la serie de tiempo, dado que la información disponible de las empresas de telefonía móvil es nacional. De esta manera, de haber restringido en la estimación de demanda de la telefonía móvil el período a 2006-3 – 2007-4 no se habrían tenido suficientes datos para la estimación. Los operadores móviles al prestar el servicio a nivel nacional no deben discriminar la información por municipio para cada periodo de tiempo y, por lo tanto, la riqueza en cantidad de datos es inferior, lo que se debe compensar con series de tiempo más largas.

En cuanto a las series de larga distancia nacional, la CRT aclara que la serie de larga distancia es anual y por empresa. Se obtuvo un precio promedio por minuto móvil para cada año dividiendo el ingreso total (de las tres empresas) por los minutos totales (de las tres empresas).

En cuanto a los resultados obtenidos en el cálculo elasticidad del servicio de voz móvil, tal como se mencionó anteriormente dada la evolución de la telefonía móvil, las variaciones a la baja en las elasticidades propias de este servicio estimadas en diferentes momentos (2003, 2005 y 2008) dan cuenta del cambio en las condiciones de mercado de la telefonía móvil a lo largo del tiempo. Así mismo, la estimación desarrollada en 2003, reflejaba un mercado con precios notablemente superiores a los actuales. De otra parte, desde una perspectiva metodológica, se debe resaltar que las estimaciones del año 2005 se basaron en un modelo sistémico orientado a identificar las relaciones de sustitución entre usuarios de telefonía fija, por cuanto la encuesta elaborada se limita a este tipo de usuarios, cuyo consumo es especialmente elástico al precio.

De otra parte, al considerar el ejercicio alternativo de estimación de la función de demanda del servicio de voz saliente móvil presentado por **COMCEL**, es pertinente tener claro que la regresión presentada por el operador no guarda la misma especificación general a la del ejercicio realizado por la CRT, pues el operador presenta dos estimaciones de demanda de voz móvil (una a nivel de empresa y otra a nivel de industria), cada una incluyendo como único bien sustituto al servicio de

CLO.
12 01/06

Qum

larga distancia nacional, en tanto que el ejercicio desarrollado por la CRT incluye tanto el servicio de telefonía fija y al de larga distancia nacional como bienes sustitutos del servicio móvil.

De otra parte, la información suministrada por **COMCEL** respecto a los detalles de las estimaciones por él desarrolladas, no es clara en precisar si la ecuación de demanda estimada corresponde a una función de demanda marshalliana o por el contrario corresponde a una función de demanda residual. En este orden de ideas, si se supone que las estimaciones presentadas por **COMCEL** hacen referencia a una función de demanda marshalliana, es posible realizar un ejercicio de sensibilidad en los resultados del *actual loss* y *critical loss* para el mercado de voz saliente móvil tilizando los resultados de las estimaciones de elasticidades presentadas por el operador en sus comentarios. Haciendo este ejercicio se encuentra que, introduciendo una elasticidad propia de -0,97 (manteniendo todo lo demás constante), el test del monopolista hipotético indica que el mercado de voz saliente móvil es un mercado relevante en sí mismo, por lo que los resultados encontrados por la CRT son robustos frente a la elasticidad propia del servicio móvil calculada y reportada por el operador en sus comentarios. Lo mismo sucede si se toma la elasticidad propia de la demanda para la función de demanda de la industria de -1,07. (Ver la siguiente tabla)⁵³

Parámetros	CRT	COMCEL	COMCEL
		1	2
Delta p	0.10	0.10	0.10
E propia	-0.54	-0.97	-1.10
Mark up	0.62	0.62	0.62
Critical loss	0.14	0.14	0.14
Actual loss	0.05	0.10	0.11

De otra parte, y en cuanto al comentario que sugiere que el markup sería menor, efecto de una mayor elasticidad propia, a continuación se presenta un ejercicio de sensibilidad para cada una de las estimaciones de **COMCEL**, variando el markup en cada uno de los escenarios planteados por el operador. Como se observa, llevando el markup a un nivel mínimo, el resultado del test del monopolista hipotético se mantiene al indicar que en cualquier caso el servicio de voz saliente móvil es un mercado relevante en sí mismo. (Ver la siguiente tabla).

Parámetros	CRT	COMCEL	COMCEL
		1	2
Delta p	0.10	0.10	0.10
E propia	-0.54	-0.97	-1.10
Mark up	0.62	0.00	0.00
Critical loss	0.14	1.00	1.00
Actual loss	0.05	0.10	0.11

No obstante, si las estimaciones presentadas por **COMCEL** corresponden a una función de demanda residual, el ejercicio anteriormente enunciado no se podría realizar considerando que las funciones de demanda marshallianas y residuales son diferentes. En este sentido, las primeras son relevantes para los ejercicios de definición del mercado, y las segundas son relevantes en el análisis de efectos competitivos⁵⁴.

5. INTERVENCIÓN DE TERCEROS

En este aparte se hará referencia a los comentarios presentados por los operadores vinculados al proyecto regulatorio *"Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados*

⁵³ Se aclara que no se modifica el valor estimado para la elasticidad cruzada según lo presentado por **COMCEL**, toda vez que, como se expresó con anterioridad, el ejercicio del operador no incorporó de manera simultánea los precios de voz fija y larga distancia nacional.

⁵⁴ Son los efectos unilaterales derivados de una disminución en la intensidad competitiva entre las partes involucradas, que les otorga incentivos a incrementar sus precios independientemente de cuál sea la reacción del resto de las firmas competidoras. (Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Argentina, 2004).

CLO.
19 09/04

Qms

convergentes de telecomunicaciones en Colombia", así como a los presentados por otros agentes del sector. Teniendo en cuenta que los comentarios mencionados tienen relación directa con el asunto que aquí es objeto de análisis, la respuesta a los mismos se da a través de las consideraciones expuestas a lo largo del presente acto administrativo.

5.1. AVANTEL

En comunicación del 28 de enero de 2009, **AVANTEL** argumenta que a la luz de la experiencia internacional el mercado móvil nacional resultaría claramente candidato a regulación y manifiesta su acuerdo con la identificación de dominancia por parte de **COMCEL** en el mercado minorista de "Voz Saliente Móvil" que ha venido reduciendo a ritmo creciente las posibilidades para competir, atentando contra el principio constitucional de libre competencia y contra el bienestar de los usuarios de las telecomunicaciones. Dicha dominancia se demuestra plenamente en documento de comentarios de **AVANTEL**, donde presenta una serie de pruebas relacionadas con el test de dominancia basado en concentración de mercado, de las diferentes autoridades reguladoras y de competencia alrededor del mundo; el test cualitativo que se aplica con base en la Directiva Europea CE-21 y el artículo 82 del *Treaty*; y el test de dominancia alternativo propuesto por Melnik, et. al., (2007), para complementar los hallazgos de la CRT.

AVANTEL encuentra que la aplicación de un test cualitativo para el caso del mercado de comunicaciones originadas en ubicaciones móviles en Colombia arroja evidencia contundente acerca de la existencia de dominancia por parte de **COMCEL**. Dicha evidencia se contrastó con la aplicación de un test de dominancia, cuyo objeto es buscar el nivel máximo de participación y contrastarlo con los niveles de participación de la firma evaluada, para lo cual se tuvo en cuenta el poder de mercado relativo de la firma líder frente a su principal competidor, la importancia relativa del resto de las firmas y la potencia o fuerza con que actúa la competencia bien sea a través de potenciales competidores, el poder de los compradores, la regulación económica, entre otros.

Frente a la aplicación de estas pruebas realizadas por **AVANTEL**, este operador manifestó su acuerdo en la necesidad de regular a **COMCEL**, toda vez que el mercado por sí mismo no va a disciplinar las evidentes acciones discriminatorias y anticompetitivas que **COMCEL** ha puesto en práctica con sustento en el desproporcionado tamaño que éste ha alcanzado y con las limitadas oportunidades que existen hoy en día para competir en igualdad de condiciones, acciones que también serán demostradas.

Por otra parte, **AVANTEL** argumenta que una vez desmostada la dominancia de **COMCEL**, es necesario ahora evaluar qué efectos ha tenido esto en el mercado. Al respecto, **AVANTEL** coincide completamente con la CRT en relación con la discriminación que se ha venido presentando contra los usuarios de otras redes a través de la fijación de diferenciales amplios de tarifas Off-Net y On-Net. Adicionalmente, **AVANTEL** expone que una alta concentración del mercado y los altos diferenciales On-Net vs. Off-Net detectados por la CRT, es factible esperar que se esté reduciendo de manera significativa la capacidad para competir en el mercado Colombiano, lo que requiere la inmediata regulación del mercado en el corto plazo para cesar dichos efectos negativos y en el mediano plazo de mecanismos efectivos para introducir la competencia y así dificultar el resurgimiento de estas u otras prácticas anticompetitivas.

Señala también que dada la inusual concentración del mercado a favor de **COMCEL**, y un menor *churn* en los usuarios de esta red, lo que puede estar indicando la presencia de *switching costs* endógenos y una externalidad de red inducida por las tarifas, adicional a el creciente diferencial tarifario On-Net vs. Off-Net, sugiere la existencia de un sobre-precio para los usuarios de las redes competidoras de **COMCEL** que refuerza su poder de mercado y mina la capacidad de competir. En ese sentido es de esperar que las tarifas Off-Net sean excesivamente altas.

Al considerar la evidencia teórica y empírica, **AVANTEL** manifiesta que se demuestra que **COMCEL** es dominante en el mercado minorista de comunicaciones originadas desde ubicaciones fijas, que dicha dominancia se ha traducido en tarifas alejadas de las que prevalecerían en competencia y que de no disciplinar dicha conducta, será imposible estimular la competencia en el mercado móvil y por esta vía beneficiar al usuario.

Dados los estudios realizados por la CRT, **AVANTEL**, está de acuerdo con la identificación de dominancia por parte de **COMCEL** en el mercado minorista de "Voz Saliente Móvil" y concluye que ha venido reduciendo a ritmo creciente las posibilidades para competir, atentando contra el principio constitucional de libre competencia y contra el bienestar de los usuarios de las telecomunicaciones.

CLO.

11 006

gmm

5.2. TELEFONICA MÓVILES

TELEFONICA MÓVILES en comunicación del 2 de febrero de 2009, manifiesta que la persistencia de las cuotas de mercado por parte de **COMCEL** se debe a una relación de precios off-net / on-net elevada en un mercado donde evidentemente es el operador con mayor número de abonados. De esta forma **TELEFONICA MÓVILES** concluye que un futuro cliente, a la hora de decidir a qué red suscribirse, notaría que en la red grande, una mayor proporción de sus llamadas serían onnet, con lo que la red grande se vuelve más atractiva, porque conduce a unos precios medios inferiores para el usuario.

Uno de los argumentos de **TELEFONICA MÓVILES**, es que la diferenciación tarifaria según destino es una práctica habitual en telefonía móvil, sin embargo, expone que su utilización en mercados como el colombiano, con diferencias de cuota tan evidentes, hace que la selección de los precios se convierta en un mecanismo de retención de clientes que tiene un efecto bola de nieve, lo que se ve reflejado en que a mayor cuota, mejor oferta comercial y, por tanto, mayor ganancia neta. Esto conduciría que largo plazo, la estrategia puede suponer la eliminación de los operadores más pequeños del mercado.

En lo referente al incremento del tráfico on/net frente al off/net, **TELEFONICA MÓVILES** argumenta que en los últimos años, junto con la sostenida consolidación de un operador que se permite ofrecer las tarifas más altas del mercado, no es más que el resultado de una diferencia importante y sistemática entre estas tarifas off-net y on-net por parte del operador dominante, quien a través de este mecanismo ha transmitido a los usuarios el mensaje de que su gasto en telefonía celular será menor si se suscribe a su red, corroborando el efecto de exclusión que ha señalado la CRT en ocasiones anteriores.

En lo que tiene que ver con el operador con mayor cuota del mercado, **TELEFONICA MÓVILES** argumenta que ha mantenido una oferta comercial caracterizada por una diferencia importante entre los precios por llamada on/net vs off/net, lo que induce a que las tarifas que este operador cobra a sus abonados por llamar a otras redes, exceden de manera considerable el cargo de terminación sin que aparentemente exista una justificación distinta a la de potenciar su efecto comunidad.

En consideración de todos los argumentos presentados por **TELEFONICA MÓVILES** solicita a la CRT tener en cuenta el impacto sobre la estructura del mercado que ha tenido el efecto comunidad en manos de **COMCEL** como operador dominante.

5.3. ASUCOM

En comunicación del 29 de enero de 2009, **ASUCOM**, manifiesta su conformidad con la decisión de la CRT de replantear su propuesta inicial que excluía a los operadores móviles del análisis de mercados relevantes, y considera que la evidencia clara y sencilla se encuentra en la mayor participación del operador dominante en su propio mercado de abonados móviles y en la discriminación tarifaria que realiza entre llamadas en su red y llamadas a otros destinos.

5.4. EPM TELECOMUNICACIONES

EPM TELECOMUNICACIONES en comunicación del 2 de febrero de 2009, manifiesta que tanto el Decreto 2870 de 2007, como el regulador han acertado al establecer y acoger una definición única de posición de dominio para efectos de definir cuándo un operador de telecomunicaciones la ostenta y definir los remedios correspondientes. Por otra parte, **EPM TELECOMUNICACIONES** argumenta que la definición adoptada para evaluar la existencia de posiciones de dominio redundante en la equiparación del régimen regulatorio necesario para la convergencia, evita asimetrías injustificadas e inconsistentes con los principios de la regulación por mercados de telecomunicaciones, reconoce la realidad fáctica del sector, y en suma proporciona el carácter dinámico que deben tener las medidas de la regulación ex ante de la competencia.

5.5. COLOMBIA MÓVIL

En comunicación del 2 de febrero de 2009, **COLOMBIA MÓVIL** argumenta que el actual operador con posición de dominio tiene una estructura tarifaria que se caracteriza por ofrecer precios más bajos, e incluso ofertas de llamadas ilimitadas gratis on/net a más de 8 números, y en contraposición, ofrece precios más altos para llamadas a otras redes (llamadas off/net), con el

CLO.

11 col

www

objeto de explotar las economías de red y tender hacia la consolidación de un monopolio al eliminar a sus competidores, en este sentido, **COLOMBIA MÓVIL** expone que el operador más grande, le permite al usuario poder realizar llamadas y transferir información a un mayor número de usuarios, en condiciones desventajosas, en tanto lo castiga con mayores precios para las llamadas a otras redes. En consecuencia, **COLOMBIA MÓVIL** manifiesta que para la competencia es tan perjudicial que se limite, mediante precios muy altos las llamadas hacia las otras redes, como que el operador dominante ofrezca precios muy inferiores para llamadas on/net, porque con ello refuerza su poder de mercado, debilitando la misma al dificultar que mantengan su presencia y su crecimiento, por efecto de la concentración exponencial en el número de usuarios en su red, como bien se demuestra en las cifras relativas a su participación de mercado y crecimiento sostenido en el tiempo, adicionalmente a que el beneficio de los usuarios nuevos que captura y que requiere hacer llamadas a otras redes es cada vez menor.

6. ANÁLISIS DE LA POSICIÓN DE COMCEL EN EL MERCADO "VOZ SALIENTE MÓVIL"

La constatación de la posición de **COMCEL** en el mercado denominado en la Resolución CRT 2058 de 2009 "Voz saliente móvil" se realizará en la presente resolución bajo la óptica de la definición de posición dominante establecida de manera específica en el Decreto 2870 de 2007, la cual fue desarrollada en la Resolución CRT 2058 de 2009, con fundamento en la cual se establecen los criterios de carácter general a ser tenidos en cuenta para establecer la misma.

Es de señalar en todo caso que la definición de que trata el Decreto 2870 de 2007, es consistente con la definición establecida en el numeral 5 del artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992, que contiene el régimen general de competencia aplicable a quienes desarrollan actividades económicas y que no están sujetos a un régimen especial, como es el caso de los operadores de servicios no domiciliarios de telecomunicaciones, dentro de los cuales se encuentra **COMCEL**.

6.1. Metodología para el caso concreto. Dominancia

Los criterios económicos para la determinación de posición dominante dominancia de un operador, corresponden a un grupo de indicadores que de manera conjunta conforman evidencia de que el operador fija condiciones económicas a sus usuarios de manera independiente a sus competidores. Los indicadores y su aplicación son específicos al mercado "Voz Saliente Móvil" a partir de las condiciones de competencia observadas en el mismo.

Los indicadores utilizados por la CRT para la determinación de dominancia en el mercado "Voz Saliente Móvil", son los siguientes:

- **Tamaño Relativo:** El tamaño relativo del operador en el mercado, calculado a partir de su participación en términos de usuarios, tráfico e ingresos, se utiliza con el fin de evaluar la posición de **COMCEL** en el mercado. Estos indicadores no son determinantes de las condiciones de competencia *per se*, por lo que a su vez se estudia su evolución en el tiempo y su tendencia.
- **Tamaño Absoluto:** El tamaño absoluto del mercado, y en particular de **COMCEL**, se estudia con el fin de analizar consideraciones de economías de escala que implican menores costos por minuto en los que incurre el operador y sus efectos sobre los precios finales y condiciones de competencia en el mercado.
- **Competitividad de precios a nivel internacional:** Cuando los precios en un mercado son asimilables a de los de un mercado en competencia, es posible afirmar que hay cierta competencia en dicho mercado. Sin embargo, una mayor distancia es indicativo de un mercado con problemas de competencia.
- **Barreras a la entrada:** Se examinan los factores que inciden en la limitación a la entrada de un nuevo operador en el mercado en el corto o mediano plazo, el cual pueda ejercer una presión competitiva en el mercado. Estas barreras pueden ser de tipo tecnológicas, económicas, legales o administrativas.
- **Fallas de mercado:** Las fallas de mercados tales como las externalidades de red pueden tener implicaciones en las decisiones de afiliación de los usuarios, y esto a su vez, genera efectos sobre la competencia en el mismo. Se estudian los efectos que tiene para la competencia que un usuario perciba beneficios adicionales por suscribirse a una u otra red.

CLO.

11 006

Cmo

- **Conducta de la firma:** Se analizará la incidencia del comportamiento de **COMCEL** sobre las decisiones en el mercado tiene consecuencias sobre las decisiones de los usuarios, las cuales pueden tener efectos sobre la competencia. Para esto se estudiará el diferencial de precios, la tasa de desafiliación de los usuarios, y los descuentos por lealtad y demás promociones.

6.2. Aplicación de la metodología en el caso concreto

6.2.1. Tamaño Relativo:

a) Tamaño Relativo de **COMCEL** en el mercado "voz saliente móvil"

En primer lugar, la CRT considera pertinente resaltar que en el desarrollo del proyecto se ha señalado que la utilización de indicadores como el HHI y las participaciones de mercado se deben usar con cautela por cuanto no son determinantes para definir las condiciones de competencia de un mercado, en línea con lo dicho por otros reguladores a nivel mundial. Sin embargo, no por esto se puede ignorar que desde el año 2005 **COMCEL** ha ganado 9 puntos en suscriptores, 16 puntos en tráfico y 19 puntos en ingresos. Es así como para el cuarto trimestre del año 2008, **COMCEL** tiene el 63% de participación por ingresos, 66% por usuarios y 73% por tráfico cursado. Esta participación tiene particular importancia si se tienen en cuenta los siguientes factores:

i) Su participación de mercado supera holgadamente el 50% en el mercado nacional colombiano de telefonía móvil. Como se mencionó en el documento soporte de la propuesta regulatoria, uno de los criterios empleados por la Comisión Europea para la determinación de posición dominante, es el que las cuotas de mercado sean extraordinariamente elevadas (superiores al 50%) y que éstas evidencian por sí mismas la existencia de una posición dominante. Puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene posición dominante en el mercado si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo⁵⁵. En la práctica este criterio se ha extendido hasta el 65%⁵⁶, rango en el que se encuentra **COMCEL**. Si bien las directivas de la Comisión Europea establecen que un supuesto necesario para poder llegar a la conclusión que un operador es dominante, tan solo por el hecho de mantener altas participaciones en el mercado, es que los competidores no estén en condiciones de ampliar su producción en un grado suficiente para cubrir el desplazamiento de la demanda resultante del incremento de precio del incumbente (en este caso referido al operador de mayor tamaño, **COMCEL**). Al respecto, la CRT considera importante resaltar dos puntos. El primero, la participación de mercado no es el único criterio que utiliza la CRT. El segundo, y como se expondrá más adelante, la capacidad de atender a la demanda desplazada por incrementos en los precios por parte del operador más grande es restringida por las asimetrías de cobertura geográfica de los operadores potenciales que capturarían dicha demanda y no es una condición suficiente para considerar que hay importantes presiones competitivas en el mercado dado que existen costos de cambio asociados a las externalidades de red y efectos club que limitan la respuesta de los competidores en la práctica;

ii) Dicha participación es más del doble que la de su competidor más próximo (TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., cuya participación es aproximadamente del 24% medido en número de abonados y del 20% medido en tráfico cursado);

iii) Las participaciones de **COMCEL**, tanto en número de abonados como en tráfico de llamadas, crecieron sustancialmente en el período 2004-2008, pasando del 57% al 66% en abonados, y del 50% al 73% en tráfico cursado.

A continuación se muestra la evolución de la participación del **COMCEL** frente a los demás operadores en términos de ingresos, minutos y usuarios:

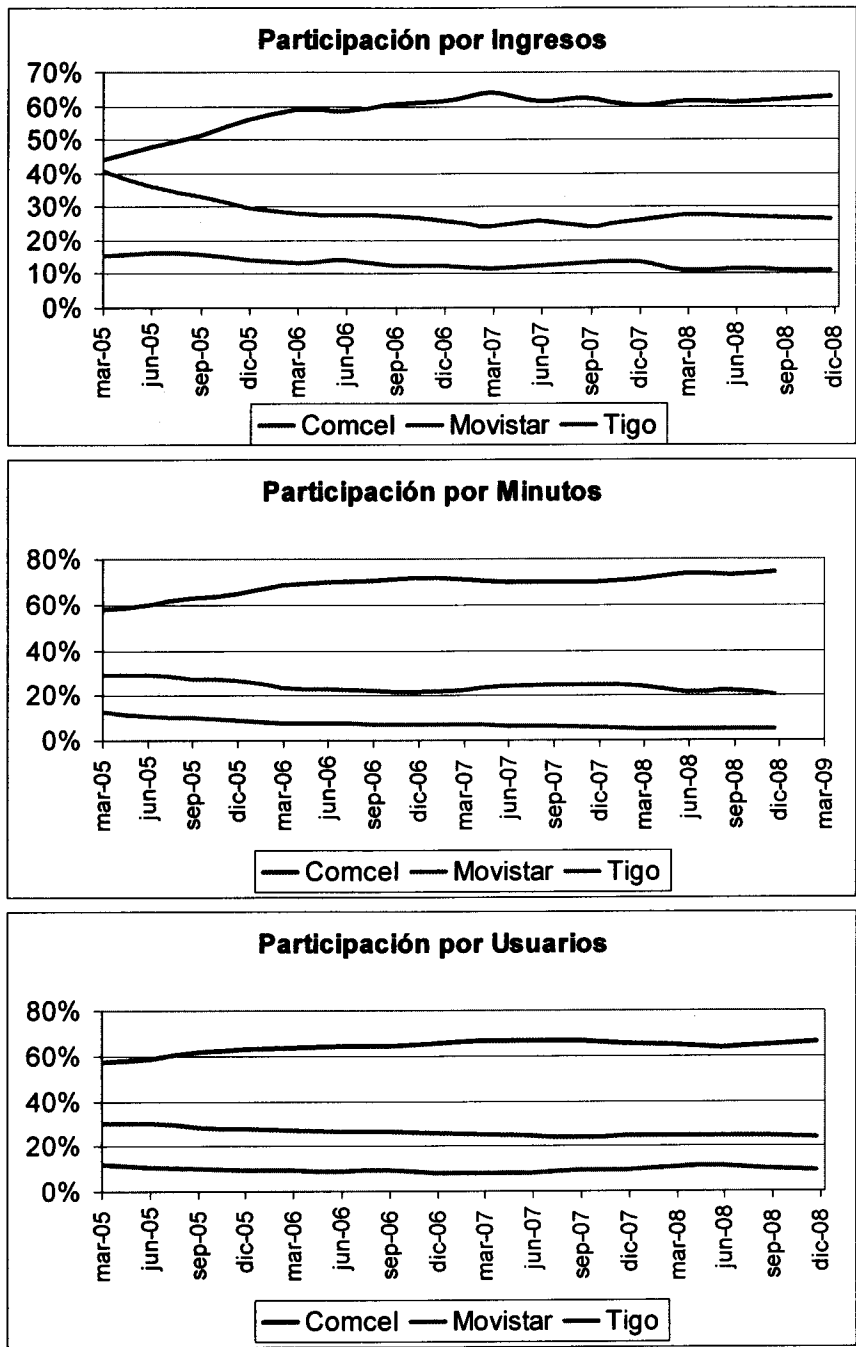
⁵⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2002): Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

⁵⁶ Hou, Liyang. "SMP vs. Dominance: Divergence out of Convergence" PhD Progress Report, Faculty of Law, KULeuven. Noviembre 2007.

CLO.
01 Col

uno

Gráfica 1. Participación por Operador en el Mercado por Trimestre



Fuente: Ministerio Fondo de Comunicaciones

b) Tamaño Relativo de COMCEL en el mercado móvil colombiano frente a referentes internacionales

COMCEL argumenta en sus comentarios que la regulación del mercado móvil se ha desestimado innecesaria en países de la Comisión Europea, en donde ésta ha considerado que en términos generales se observan niveles adecuados de competencia y por lo tanto no se encuentra que sea susceptible de regulación ex ante.

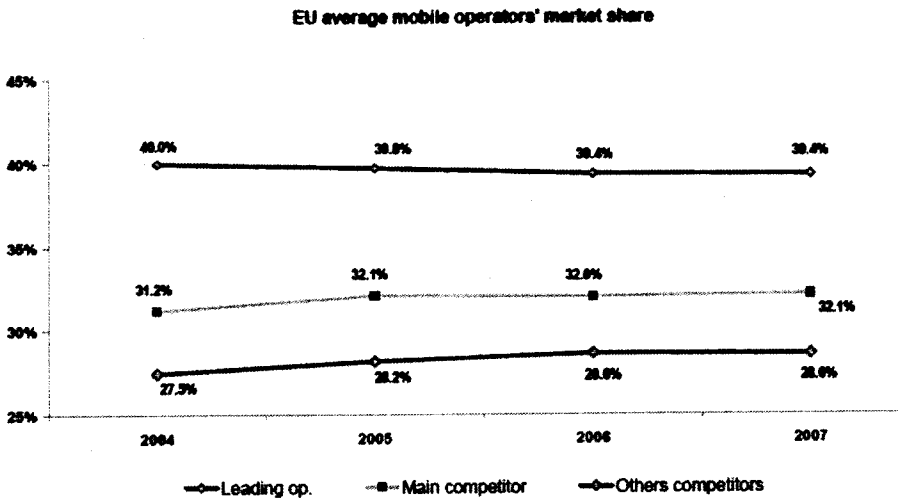
Al respecto la CRT considera necesario hacer dos aclaraciones. La primera, la Comisión Europea *per se* no regula los mercados relevantes de telecomunicaciones en Europa, esto corresponde a las Agencias Nacionales de Regulación, quienes se encargan de hacer los estudios correspondientes a cada uno de los países y determinar si dicho mercado es no susceptible de regulación ex ante a luz de las **recomendaciones** de la Comisión Europea.

CLO.
AD CDP

luno

Como se puede observar en el siguiente gráfico, en promedio se observa que los operadores líderes tienen una participación menor o igual al 40%, y el operador seguidor no se aleja en más de 10 puntos de esta participación.

Gráfica 2. Participación promedio de operadores líderes y seguidores de los países de la Unión Europea

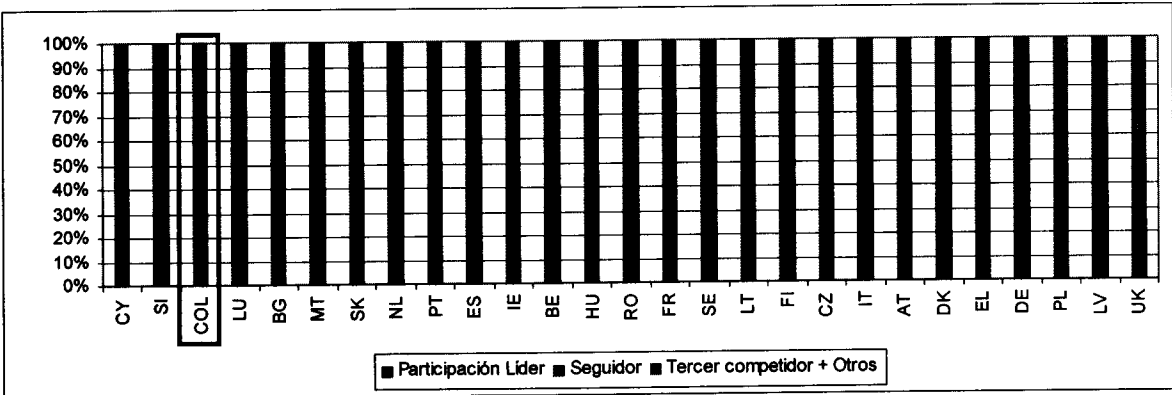


Market share of the leading operator in the mobile market, October 2007

Fuente: Commission staff working document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2007 (13th REPORT)

La segunda aclaración que se considera pertinente hacer es que aun cuando la recomendación de la Comisión Europea haya sido abstenerse de intervenir en este mercado, las disímiles condiciones en cada uno de los mercados ha arrojado resultados diferentes para algunos de los países miembros. De la siguiente gráfica se observa que tanto Chipre como Eslovenia tienen operadores líderes con participaciones mayores o iguales que las de COMCEL en Colombia y dicho operador se ha considerado como dominante y se les han impuesto obligaciones de acceso para permitir la entrada de operadores móviles virtuales⁵⁷.

Gráfica 3. Indicadores de participación de operadores en el mercado móvil para los países de la Unión Europea para los cuales la información es pública y Colombia



Fuente: Commission staff working document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2007 (13th REPORT) y Ministerio de Comunicaciones.

Como se puede observar, la participación de COMCEL no es "alta" tan solo para el mercado colombiano, sino en comparación con mercados que el operador ha considerado como competidos a nivel internacional, y de hecho asimilable a mercados en los que la Comisión Europea ha reconocido

⁵⁷ Commission staff working document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2007 (13th REPORT).

CLO.
11 oct

uno

que existen problemas de competencia, aceptando los estudios presentados por las Agencias Nacionales de Regulación respectivas.

Como bien expone **COMCEL**, la participación y tamaño absoluto de un operador no son condiciones suficientes para calificar la posición que un operador sostiene en el mercado. Así mismo manifiesta **COMCEL** que es más representativo de las condiciones de competencia en el mismo, el cambio en la organización industrial del mercado. La información antes expuesta confirma la persistencia en las altas participaciones de **COMCEL** en comparación con las de sus competidores, y cómo éstas superan holgadamente el 50%. Adicionalmente, se observa una tendencia al alza en dicha participación, a costa, por supuesto, de la participación de los demás operadores en detrimento de la participación de sus competidores y no se percibe que existan factores que modifiquen esta tendencia en el futuro próximo. Así mismo se encuentra que aun en comparaciones internacionales la participación que **COMCEL** sostiene en el mercado es considerablemente elevada. La CRT considera necesario hacer énfasis en esto, no por que solo la utilización de estos indicadores sustenten la posición de **COMCEL** en el mercado, sino por que estas características son de particular importancia en un contexto de economías de red y las externalidades que se presentan, las cuales no son tenidas en cuenta en el análisis presentado por **COMCEL**.

Como se expondrá posteriormente, el tamaño de **COMCEL** tiene implicaciones sobre la dinámica de suscripción de los usuarios, generando una inercia en la concentración del mercado a favor de **COMCEL**.

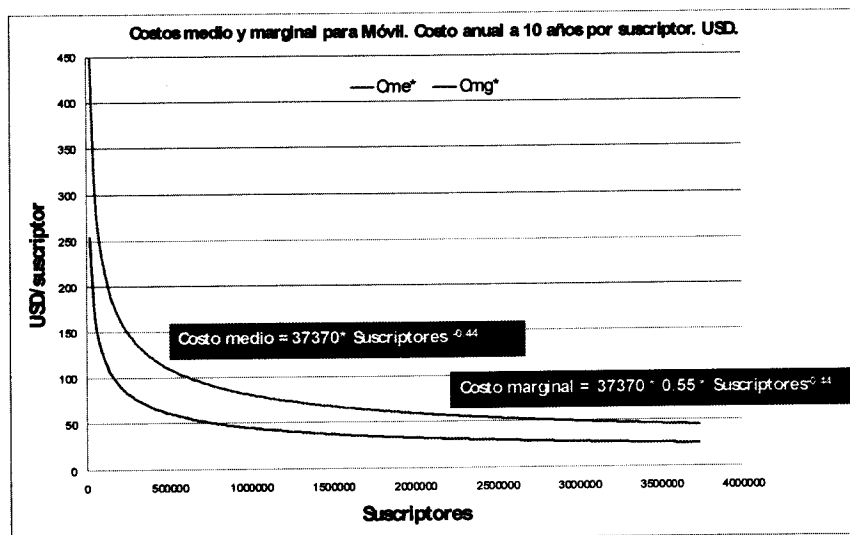
6.2.2. Tamaño Absoluto:

a) Economías de escala presentes para el mercado colombiano

El mercado móvil colombiano se ha caracterizado por presentar continuas reducciones tanto en los ARPM como en los ARPU⁵⁸, constituyéndose en uno de los principales argumentos de **COMCEL** para desestimar los estudios de la CRT, aduciendo que esta dinámica sólo se puede presentar en un mercado en competencia.

Al respecto la CRT considera pertinente resaltar que la presencia de economías de escala en la industria móvil⁵⁹ reduce los costos medios por minuto y por lo tanto permite así mismo reducir los precios en el mercado. Estas economías de escala fueron puestas de manifiesto por la CRT en el documento "Análisis de Condiciones de Competencia en los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia", como se observa a continuación.

Gráfica 4. Economías de Escala para la Telefonía Móvil



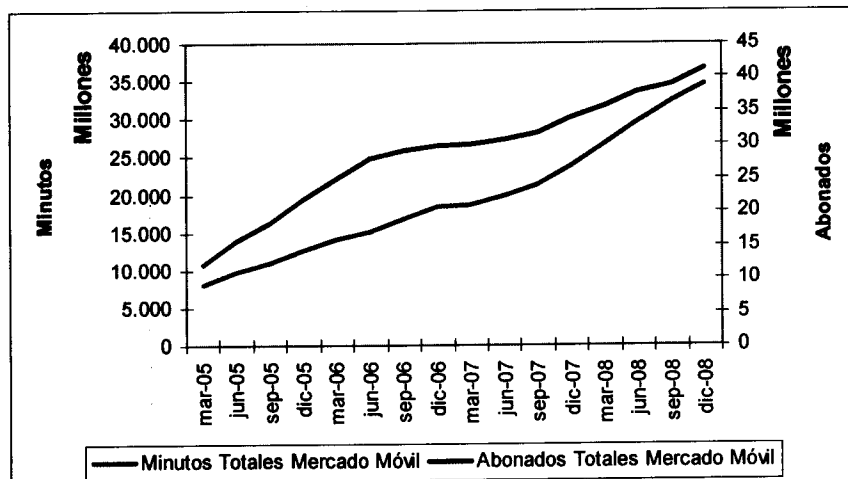
Fuente: Económica Consultores

⁵⁸ Por sus siglas en inglés, ingreso promedio por minuto (ARPM) y por usuario (ARPU).

⁵⁹ "Una red de telecomunicaciones (móvil) se caracteriza por presentar economías de escala y de alcance substanciales. Las economías de escala se encuentran presentes cuando el costo medio de producir X unidades de un servicio baja en la medida en que X aumenta. Las economías de alcance están presentes cuando el costo de producir dos servicios distintos de manera conjunta es inferior al costo de producir los dos servicios de manera separada." Cost Structures in Mobile Networks and their Relationship to Prices Reporte Final para la Comisión Europea preparado por Europe Economics. Noviembre 28 de 2001.

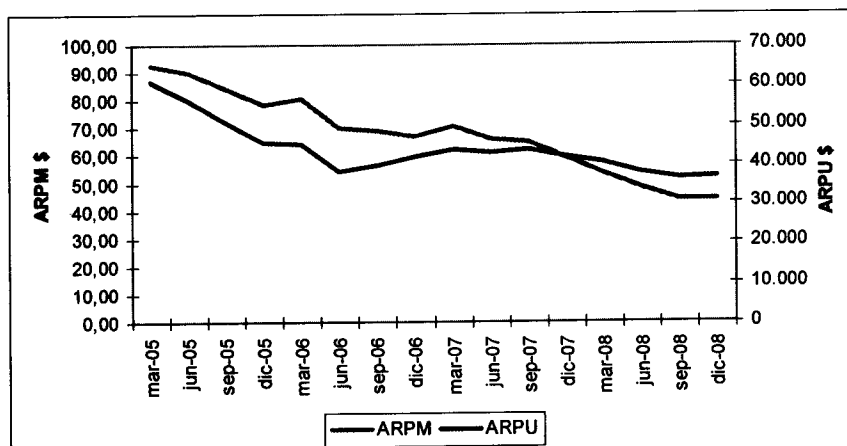
La cantidad de usuarios y tráfico cursado en todo el mercado móvil colombiano se ha multiplicado por más de cuatro veces desde el primer trimestre del año 2005 hasta el cuarto trimestre de 2008, por lo que los costos medios por minuto y por usuario se han reducido considerablemente, lo que ha permitido la continua reducción de precios.

Gráfica 5. Cantidad Total de Abonados Activos en el Mercado Móvil y Tráfico Cursado



Fuente: Ministerio de Comunicaciones

Gráfica 6. ARPM y ARPU para el Mercado Móvil Colombiano



Fuente: Ministerio de Comunicaciones
Cálculos: CRT

b) Suscriptor Marginal:

Una explicación adicional de la reducción temporal del ARPM se debe a que el suscriptor marginal (esto es, aquél que acaba de adquirir el servicio) es, con mayor probabilidad, un suscriptor prepago y de menor nivel de ingresos. Esto se debe a que los usuarios de mayor nivel de ingresos estaban en la posibilidad de adquirir el servicio cuando las tarifas eran mayores, razón por la cual para vincular a usuarios con menor disponibilidad de pago, los operadores ofrecen tarifas más bajas.

Estas dos razones explican parcialmente una reducción de ARPMs aún con insuficientes niveles de competencia, por cuanto como se acaba de demostrar, **la reducción de ARPMs en el tiempo por sí sola no es evidencia de fuerte competencia en el mercado.**

El argumento principal de **COMCEL** para justificar que el mercado "voz saliente móvil" presenta suficiente competencia es que el sostenido descenso en el nivel de las tarifas solo se podría dar en un mercado en competencia. Sin embargo, de lo expuesto con anterioridad se puede concluir claramente que la disminución en precios no se presenta por una intensa competencia entre operadores si no que, por un lado, existen características de la función de costos de los operadores que reducen los costos medios por minuto (economías de escala) y, por otra parte, la necesidad de reducir precios para vincular a más usuarios impulsa los precios a la baja.

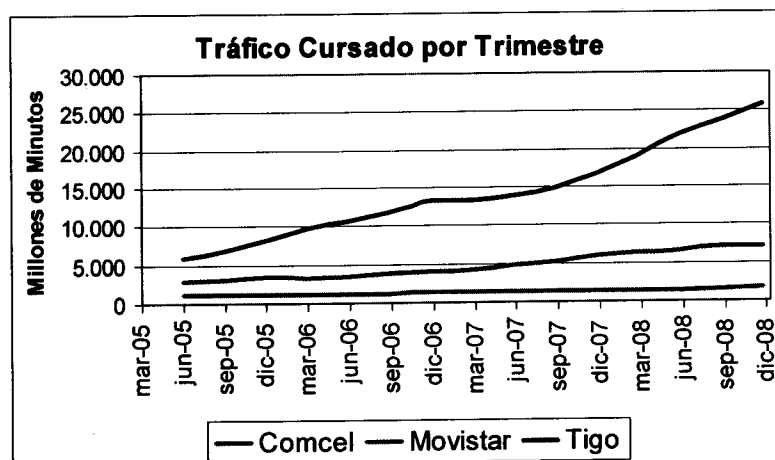
CLC.
11/08

gww

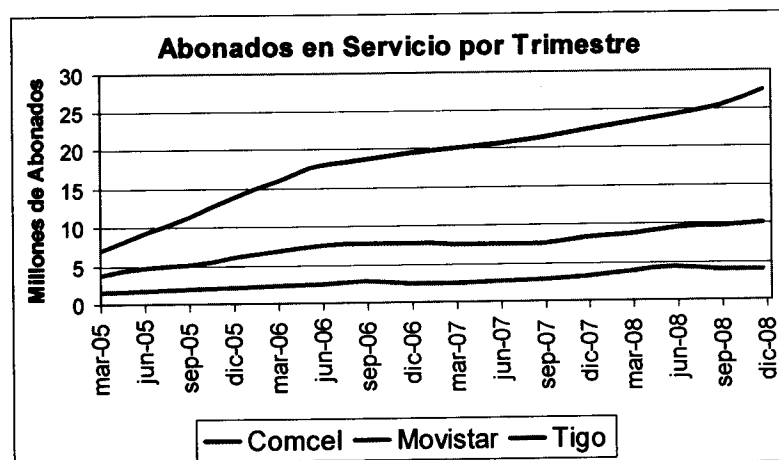
c) Economías de Escala de COMCEL

Ahora bien, teniendo en cuenta la presencia de economías de escala en la industria móvil, y en particular para cada uno de los operadores en el mercado, es necesario mostrar que el volumen de tráfico y suscriptores le permiten a **COMCEL** explotar mayores economías de escala que sus competidores, lo que debería redundar en una mayor reducción de precios por la reducción de costos medios. El efecto escala por una creciente participación de mercado en el tiempo explica una reducción en los ARPM, y una ventaja en costos frente los demás operadores.

A continuación se observa la cantidad de tráfico que cursa **COMCEL** en comparación de sus competidores, y la cantidad de abonados activos suscritos a cada una de las diferentes redes.

Gráfica 7. Tráfico Cursado por Operador

Fuente: Ministerio de Comunicaciones

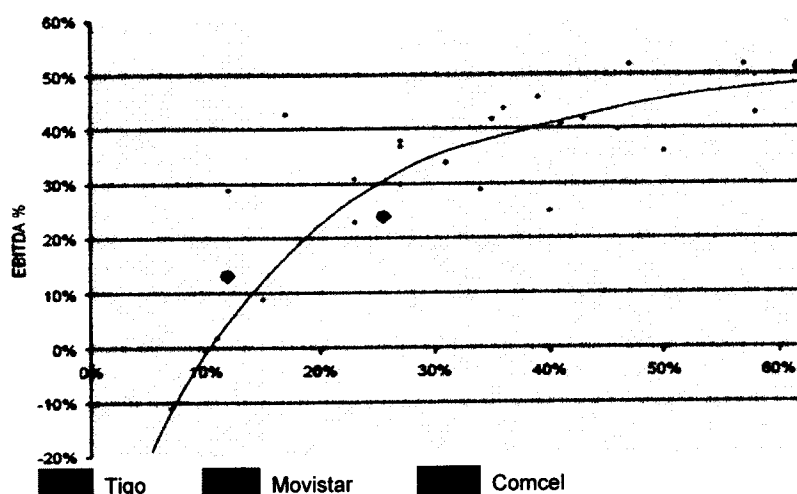
Gráfica 8. Número de Usuarios por Operador

Fuente: Ministerio de Comunicaciones

Las economías de escala entre operadores han sido estudiadas previamente para el caso europeo, y resulta evidente la ventaja de los operadores con mayores participaciones frente a los operadores seguidores, como se muestra a continuación.

CLO.
11/08

9/10

Gráfica 9. Relación Participación / Margen EBITDA para operadores de la UE y Colombia

Fuente: Barriers to competition in the supply of electronic communications networks and services Ovum (2003) y cálculos CRT a partir de Informes Anuales y Trimestrales de América Móvil, Telefónica y Millicom.

A partir de la información antes expuesta se puede concluir que ante la inminente reducción de costos por minuto y por usuario por los efectos de las economías de escala, **COMCEL** presenta una ventaja en costos frente a los demás operadores que lo aleja de los mismos y le permite obtener una mayor rentabilidad a precios similares.

6.2.3. Competitividad de precios a nivel internacional

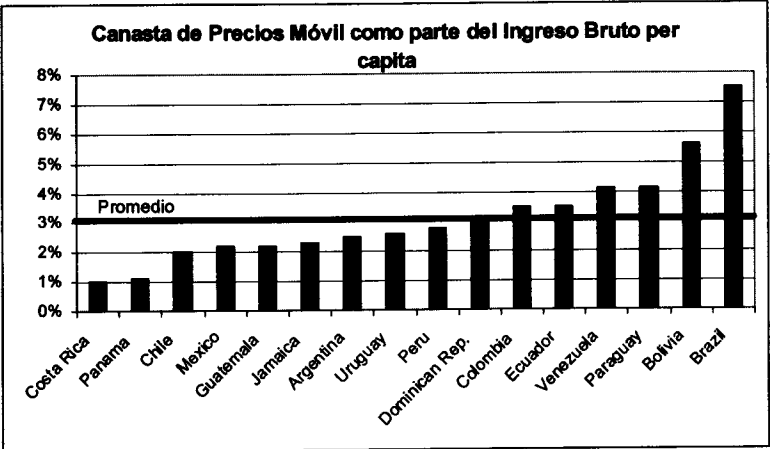
La similitud o diferencia de los precios en un mercado particular frente a precios que puedan ser considerados competitivos puede ser un indicativo de los niveles de competencia en dicho mercado. **COMCEL** argumenta, citando un estudio realizado por Merrill Lynch⁶⁰, que los precios para la telefonía móvil en Colombia son inferiores a los de la mayoría de países de la OECD, considerados como competitivos, y por lo tanto el mercado móvil colombiano tiene un nivel suficiente de competencia. Sin embargo, el estudio de citado por el operador contrasta considerablemente con un documento recientemente publicado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones⁶¹ en el que Colombia se encuentra en el puesto 85 (entre 154) en el escalafón de precios de las tecnologías de la información y las comunicaciones como proporción del ingreso nacional bruto per capita, el cual incluye canastas de precios de servicios de telefonía fija, telefonía móvil y acceso a Internet de banda ancha.

Tomando en cuenta únicamente la canasta asociada a los servicios de telefonía móvil, Colombia se encuentra en el puesto 86. Si se hace una comparación de Colombia frente a países de Centro y Sur América, el país se encuentra por encima del promedio, como se observa en la siguiente gráfica.

⁶⁰ Merrill Lynch. Global Wireless Matrix, 2Q 2008.

⁶¹ ITU. "Measuring the Information Society – The ICT Development Index". 2009 Tabla 6.1: ICT Price Basket 2008

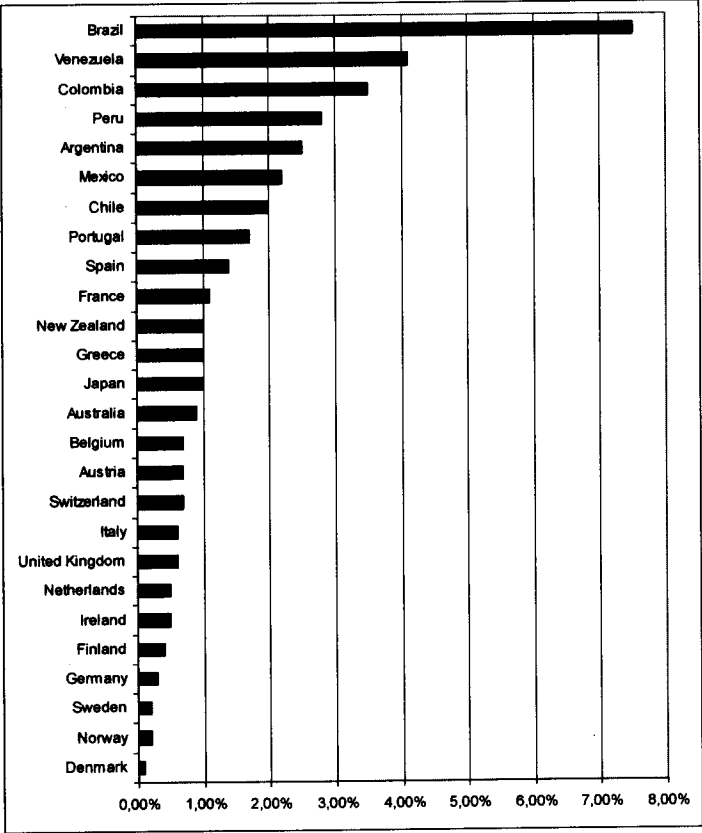
Gráfica 10. Canasta de Precios para Telefonía Móvil como parte del Ingreso Bruto per capita para Centro y Sur América



Fuente: "Measuring the Information Society – The ICT Development Index"- ITU 2009
Realización: CRT

Si se toman en cuenta los resultados para la serie de países expuesta por COMCEL en sus comentarios, se observa una mayor distancia entre los países con precios competitivos y los precios en Colombia.

Gráfica 11. Canasta de Precios para Telefonía Móvil como parte del Ingreso Bruto per capita



Fuente: "Measuring the Information Society – The ICT Development Index"- ITU 2009
Realización: CRT

La diferencia en los dos estudios se puede deber, principalmente a que el ingreso disponible per capita en Colombia frente a los países desarrollados a los que hace referencia el operador es considerablemente inferior, y por lo tanto los precios a los que se hace referencia son relativamente más caros para los colombianos que para los residentes en dichos países. En este sentido, la información relevante para una comparación internacional no son los precios absolutos sino los precios ajustados por el poder adquisitivo de cada país.

CLO.
OK

11

hmo

Se debe tener en cuenta que la falta de información en el mercado móvil debido a la renuencia del operador en remitirla⁶², no permitiría calcular un precio promedio que se ajuste a la distribución de usuarios por plan y su distribución de consumo entre minutos on/net y off/net, por lo que podría recurrirse tan solo al ARPM, que a su vez se encuentra viciado por minutos que necesariamente deberían ser gratis para los usuarios, como el servicio al cliente. El ARPM, si bien es un referente para observar la tendencia de los precios, no permite calcular con exactitud en realidad cual es el precio promedio pagado por los usuarios, y por lo tanto pierde validez la comparación internacional.

6.2.4. Barreras a la entrada:

La posibilidad de entrada de un operador al mercado en el corto plazo representa una presión competitiva sobre el mercado denominada competencia potencial. Sin embargo, en el caso que un operador estuviera interesado en ingresar a competir en el mercado "Voz Saliente Móvil", en concepto de la CRT, enfrentaría las siguientes barreras a la entrada:

a) Tecnológicas:

La asignación de espectro radioeléctrico para un operador entrante del servicio de TMC (tal y como está definido en la Ley 37 de 1997) estaría sujeto a lo dispuesto por el Ministerio de Comunicaciones y a la disponibilidad del mismo dado que se trata de un recurso escaso en sí mismo y a las disposiciones del Ministerio de Comunicaciones como entidad competente para tal fin, por lo que no necesariamente contaría con la cantidad de espectro radioeléctrico que se le ha asignado a los operadores establecidos para poder competir en igualdad de condiciones. Dado que las empresas experimentan reducciones unitarias de costos al contar con mayor espectro, este eventual entrante se encontraría en desventaja con los operadores establecidos.

b) Legales y/o Administrativas:

En primer lugar, por exigencia legal la prestación del servicio de TMC y PCS debe hacerse a través de contratos de concesión, a los cuales antecede el trámite de licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos, términos y demás disposiciones legales. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta dos características esenciales del espectro radioeléctrico a saber: i) es el elemento principal del mercado móvil, y ii) es un recurso escaso. Por lo anterior, corresponde al Ministerio de Comunicaciones su control y gestión. Adicionalmente, si bien algunas reglas se han flexibilizado, tales como la relativa a títulos habilitantes convergentes que prevé el Decreto 2870 de 2007, ello no implica que efectivamente la entrada al mercado sea libre y fácil y que en consecuencia exista para el mercado la posibilidad real y pronta de entrada al mercado de nuevos agentes, lo cual le permite a los operadores actuar más independientemente de los usuarios.

c) Económicas:

Para poder operar en condiciones competitivas en el mercado ofreciendo precios (como mínimo) similares a los de la competencia, el entrante potencial debería alcanzar una escala mínima de operación que le permitiera repartir sus costos de operación e inversión (hundidos) entre una mayor cantidad de tráfico. Para ello debería estar en condiciones de captar una gran cantidad de suscriptores de sus competidores. Sólo si el operador potencial tiene la certeza de que podrá alcanzar dicha escala mínima eficiente en un lapso prudencial de tiempo, realizará la inversión y entrará al mercado respectivo, de lo contrario se mantendrá fuera de éste mercado. Dada la baja tasa de desafiliación presente (ver gráfica 14) en especial la de **COMCEL**, es altamente improbable que un número significativo de suscriptores cambien de operador y, se pasen a un operador entrante como para justificar una inversión de semejante magnitud.

Las barreras antes mencionadas limitan la entrada de nuevos operadores al mercado, por lo que no actúan como una fuerza que ejerza una presión competitiva sobre el mercado en general (esto es, a todos los operadores). Por lo tanto, contrario a lo que argumenta **COMCEL**, el hecho que los operadores puedan entrar al mercado por disponibilidad de espectro radioeléctrico y que dispongan de la misma tecnología para entrar, no equipara sus condiciones de entrada con las de los operadores establecidos. En primer lugar, como se expuso en este numeral, las barreras legales y administrativas no permiten la entrada de un operador en el corto plazo, y en segundo lugar, en cuanto a las barreras tecnológicas y económicas, difícilmente un operador podría adquirir una masa

⁶² La CRT le requirió a COMCEL mediante comunicación de fecha 20 de junio de 2008, radicación 200851588.

suficiente de usuarios para competir a una escala comparable a la de los demás operadores. Este factor es más crítico aún por cuanto la penetración en Colombia ronda el 90% e implica que para incrementar la cantidad de usuarios, un operador entrante tendría que atraer usuarios de los operadores establecidos.

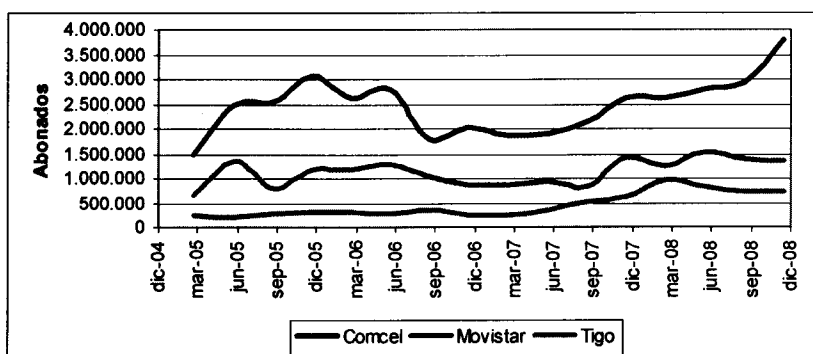
6.2.5. Fallas de Mercado:

En un contexto de una única red de telecomunicaciones, el usuario se ve beneficiado por la presencia de otros usuarios en la misma, y en la medida en que hay una mayor cantidad de usuarios suscritos, el usuario percibe mayores beneficios. Esto se debe a que, por un lado, el usuario se beneficia de poder utilizar el servicio (hacer llamadas) y poder contactar a un mayor número de usuarios, y por el otro, a que hay un mayor número de personas que están en la capacidad de contactarse con él (recibir llamadas). En el contexto colombiano, donde se encuentran cuatro redes que prestan servicios móviles interconectadas entre sí, en principio sería de esperar que los usuarios se beneficiaran de la presencia de todos los otros usuarios suscritos a cada una de las redes.

En lo que a externalidades de red⁶³ se refiere, si un operador es considerablemente más grande que los otros, la probabilidad de concluir llamadas en el operador de mayor tamaño es mayor que en cualquier otro operador. De esta forma un usuario, ante un mismo vector de tarifas on-net/off-net va a esperar una factura menor si se suscribe al mayor operador porque una proporción mayor de sus llamadas está cobijada por las tarifas on/net que son menores. El proceso es dinámico porque al contemplar esta externalidad en las decisiones de suscripción, cada vez se vinculan más usuarios al operador de mayor tamaño, con lo cual la externalidad se fortalece.

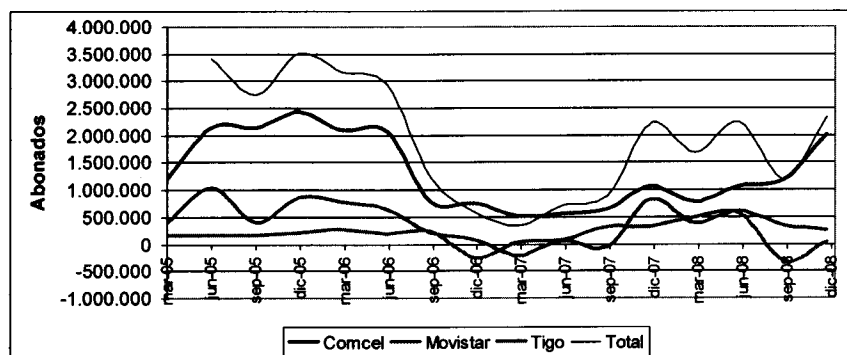
Como se evidencia en las siguientes gráficas, **COMCEL** es el operador que más vincula usuarios por trimestre, con una tendencia al alza creciente a partir de marzo de 2008 en la vinculación neta usuarios.

Gráfica 12. Abonados Activados por Trimestre



Fuente: Ministerio de Comunicaciones

Gráfica 13. Vinculación Neta de Abonados (Activados menos Retirados)



Fuente: Ministerio de Comunicaciones
Cálculos: CRT

⁶³ Se entiende por externalidad de red el cambio en el beneficio, o excedente, que un agente deriva de un bien cuando cambia el número de otros agentes que consumen el mismo tipo de bien o al menos uno compatible. Oz Shy. The Economics of Network Industries. Cambridge University Press, 2001.

De las anteriores gráficas también se puede observar que con posterioridad a la expedición de la Resolución CRT 1763 de 2007, tanto TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. como COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. revirtieron temporalmente (Dic-07 hasta Jun-08) la tendencia que traían desde el año 2005 de vincular cada vez menos usuarios, incluso perdiendo hasta el punto de perder usuarios (en los primeros trimestres del año 2007). La tendencia decreciente de vinculación de usuarios ésta que se empieza a repetir a partir del primer trimestre de 2008, y se consolida a partir del segundo trimestre del año 2008.

Sin embargo, es importante resaltar un fenómeno particular en la tendencia que se observó a partir del tercer trimestre de 2006 y hasta el tercer trimestre de 2007 (primer periodo) frente a la que se presenta desde el primer trimestre de 2008 (segundo periodo). En efecto, en el primer periodo se observa una caída en la vinculación neta de usuarios de todos los operadores, lo que se debe a que a medida que incrementa la penetración en el mercado disminuye el crecimiento en la base de suscriptores, fenómeno conocido como saturación. Sin embargo, las reducciones de precios posteriores a la Resolución CRT 1763 de 2007 fomentaron el crecimiento de la base total de usuarios, lo que revirtió la tendencia que se observaba previamente.

El segundo periodo no muestra un descenso en la vinculación neta de usuarios por parte de todos los operadores, sino tan solo por parte de los más pequeños. Esto quiere decir que el crecimiento en la base de usuarios de **COMCEL** se ha alimentado de usuarios de los otros operadores y ha absorbido a la mayoría de nuevos usuarios. Como se explicó anteriormente, cuando los usuarios contemplan la externalidad generada por el tamaño de un operador en particular, ésta se fortalece y atrae a más usuarios hacia la red más grande. En los gráficos se puede observar este fenómeno comparando la vinculación total de usuarios para el mercado, frente a la vinculación de cada uno de los operadores. El periodo de tiempo en el que los operadores pequeños revirtieron la tendencia decreciente (Dic-07 hasta Jun-08) se debió a la expansión en el tamaño del mercado total, mientras que en el periodo final el crecimiento del mercado ha sido impulsado por **COMCEL** en detrimento de la participación de sus competidores. Esto deja ver se puede ver en que pese a todas las estrategias comerciales llevadas a cabo por los otros operadores con el fin de atraer clientes a sus redes, dentro de las que se encuentran planes con promociones sobre tarifas off/net, no se evidencia que dichas ofertas tengan efecto alguno sobre la tendencia creciente de la participación de mercado de **COMCEL**.

Por otra parte, la existencia de efectos club⁶⁴ acentúa los efectos de las externalidades de red. Este se refiere a que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones no asignan la misma probabilidad de llamar a cualquier usuario, sino que con una mayor probabilidad van a llamar a sus conocidos (amigos y familia en términos de mercadeo). Esto hace que, al realizar llamadas por un menor valor dentro de la misma red, los integrantes del club preferirán simultáneamente pertenecer a la misma red. Por un lado, ésto les permite realizar más llamadas a un menor precio, y por el otro, es más barato para los usuarios que pertenecen a su club comunicarse con él, por lo que recibe más llamadas. Esta dinámica tiene implicaciones sobre el costo de cambio de los usuarios, sobre lo que se elaborará más adelante. Es importante aclarar que los efectos club no son negativos *per se*, y no son consecuencia de la estrategia comercial de **COMCEL**, si no que el operador aprovecha la existencia de estos fenómenos que afectan la demanda por un servicio para incrementar su base de usuarios y mantenerlos cautivos.

La importancia de las "comunidades de interés" (clubes) ha sido estudiada de tiempo atrás por la Comisión Europea y surge como un desarrollo por el lado de la demanda en el que los usuarios demuestran cierta sensibilidad frente a los precios de las llamadas entrantes⁶⁵. En estos estudios ha quedado claro que los usuarios reciben la mayor cantidad de llamadas por parte de sus conocidos y por lo tanto valoran el hecho de poder hacer y recibir llamadas a precios preferenciales (este efecto es aún más crítico para usuarios prepago por cuanto le dan más importancia al tráfico entrante, lo que corresponde a más del 80% de los usuarios en Colombia). Como se ha mencionado anteriormente, ante un vector de precios on/net/ off/net, los usuarios escogerán la red a la que se hayan suscrito sus conocidos, que con mayor probabilidad será la red más grande, en este caso **COMCEL**.

⁶⁴ El efecto "Calling club" implica ofrecer un precio especial para que un suscriptor llame a cierto número fijo de destinatarios, los cuales pueden ser sus amigos, su familia o alguien con una demanda fija importante por comunicación. El prerrequisito de esta oferta es que todos los suscriptores pertenecen al mismo operador y el precio es normalmente más bajo que el de otras llamadas incluyendo on net, algunas veces son gratis y están denominadas bajo el nombre de ilimitadas. (Haobo Wang, 2007)

⁶⁵ Study on Market Definitions for Regulatory Obligations in Communications Markets, por Squire Sanders and Dempsey y Wik Consult. Chapter 6 Wholesale and retail mobile networks and service, para la Comisión Europea - Julio de 2002

Sobre los temas desarrollados en este numeral es importante destacar que la utilización de indicadores de tamaño y participación son menos relevantes en industrias sin la presencia de externalidades de red y efectos club, pero para el mercado de voz móvil tiene efectos considerables sobre la dinámica de la competencia. En este sentido, los mayores beneficios que perciben los usuarios por pertenecer a **COMCEL** y no a otro operador, alimentan el crecimiento de la base de usuarios que éste maneja, a expensas de las bases de usuarios de los otros operadores. Un crecimiento más acelerado de un operador que el de los otros incrementa la concentración en el mercado a favor de ese operador y, por lo tanto, fortalece su posición en el mismo.

6.2.6. Conducta de la firma:

Como se mencionó en el apartado anterior, la conducta del operador es fundamental a la hora de evaluar los efectos de las externalidades de red en las condiciones de competencia en el mercado. Una red que ofrece tarifas no diferenciadas por destino permite al usuario comparar de una manera simple entre precios de operadores, y los demás beneficios que estos ofrecen. Con tarifas diferenciadas no solo se evalúa el precio frente al de los demás operadores, sino que se tiene en cuenta el vector de precios on/net-off/net, el tamaño de cada una de las redes y la presencia de los conocidos (usuarios que pertenecen al mismo club del potencial suscriptor). Esto a su vez tiene efectos sobre la posibilidad de que los usuarios se cambien de redes.

a) Diferencial de Precios:

Para el caso particular, la práctica de diferenciación de precios on/net y off/net empleada por todos los operadores, se incrementa en el caso de **COMCEL** al considerar las promociones que **COMCEL** implementa exclusivamente para tráfico on/net. Adicionalmente, como se verá en el numeral relativo a la evidencia empírica, **COMCEL** es el operador con mayor diferencial entre la que fija su tarifa off/net y más por encima del cargo de acceso.

Vale la pena resaltar nuevamente que varias entidades regulatorias a nivel internacional, entre ellas el Grupo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ERG, por sus siglas en Inglés) y la ARCEP (regulador Francés de Comunicaciones Electrónicas y de Correos) han coincidido en ratificar en documentos públicos el efecto que puede tener sobre el desempeño del mercado de comunicaciones móviles la combinación de operadores con altas participaciones de mercado y el usual esquema de diferenciación de tarifas on/net – off/net (fenómeno que desde la perspectiva de la literatura económica viene siendo estudiado asiduamente en los últimos años y cuyas referencias bibliográficas se encuentran en el documento "*Análisis de competencia de los mercados de telecomunicaciones en Colombia*").^{66 67}

De hecho, tanto desde la perspectiva teórica como práctica se evidencia que las ofertas on/net conducen a costos correspondientes a la capacidad adicional que sería necesaria para soportar el tráfico extra generado por dichas ofertas. De otra parte, las ofertas off/net conducen a pagos directos correspondientes a los cargos de acceso requeridos para terminar llamadas en las redes de otros operadores y también consideran los costos relativos a la originación de las llamadas en la red del operador dueño de la misma.

Así pues, en la medida en que el diferencial de tarifas on/net – off/net genera que la señal del costo interno para las llamadas on/net esté por debajo de la señal de costos externos para las llamadas off/net (el último siendo igual a la tasa de terminación móvil más el costo asociado a la originación de la llamada) existen incentivos para que cualquier operador móvil promueva las ofertas on/net.

Como consecuencia de lo anterior, tal y como lo señalan los documentos públicos mencionados anteriormente, los operadores con mayor participación de mercado pueden fortalecer la externalidad de red, de la cual se benefician (y por lo tanto podrán incrementar el atractivo de sus ofertas on/net) a través de dos mecanismos:

- i) *Originación de llamadas:* cuando un consumidor hace una llamada a alguien que esta suscrito a la red más grande (lo cual sucede con elevada probabilidad, dependiendo de

⁶⁶ ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates (2008). ERG (07) 83 final 080312.

⁶⁷ Décision n° 08-1176 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 2 décembre 2008 portant définition de l'encadrement tarifaire des prestations de terminaison d'appel vocal mobile des opérateurs Orange France, SFR et Bouygues Telecom pour la période du 1er juillet 2009 au 31 décembre 2010.

C.W.
10 oct

amw

cómo el círculo de contactos de dicho usuario se distribuye entre los distintos operadores del mercado), dicho consumidor pagará un precio on/net si él también es suscriptor de la red de mayor tamaño o pagará un precio off/net en caso de que sea suscriptor de una red diferente. Manteniendo todo lo demás constante, la decisión más probable del usuario sería la de pertenecer a la red más grande debido a que la tarifa promedio de sus llamadas sería más económica en ese caso.

- ii) *Terminación de llamadas: bajo el supuesto que el usuario deriva alguna utilidad por recibir llamadas y si el operador dueño de la red más grande carga un elevado precio off/net, entonces los consumidores están menos dispuestos a cursar llamadas dirigidas hacia las otras redes. Por lo tanto la valoración que hace un consumidor al hecho de pertenecer a la red más pequeña es reducida debido a que dicho usuario internalizar el efecto que en estas condiciones, menos personas tendrían incentivos a llamarlo.*

Con base en lo anterior, es importante aclarar dos cosas: (i) Todos los operadores del mercado, con base en prácticas comerciales ampliamente aceptadas, diferencian el precio de las llamadas on/net y off/net; (ii) El problema no es que hagan la diferenciación, el problema es que el diferencial favorece más al operador de mayor tamaño y, por lo tanto, se genera una asimetría en las condiciones de competencia cuyo desenlace puede ser la concentración futura del mercado.

Una mayor concentración del mercado es perjudicial para la competencia en el mercado por cuanto reduce los incentivos de los operadores a ofrecer mayores beneficios a los usuarios (menores precios, mayor cantidad de servicios, mejor calidad de servicio), quien en definitiva es el más perjudicado.

Las implicaciones que tiene esto sobre el mercado móvil colombiano son evidentes. La participación mayoritaria de **COMCEL** en el mercado implica que la mayor cantidad de llamadas terminarán (y se originarán) en esta red. Ante precios diferenciales, los usuarios pagarán menos por hacer sus llamadas dentro de la red y, por lo tanto, cada vez más usuarios querrán pertenecer a dicha red. De otra parte, la diferenciación de precios también desestimula el tráfico desde la red de **COMCEL** hacia la red de sus competidores, fenómeno que exacerba la externalidad de red de **COMCEL**. Adicionalmente, dada la sensibilidad de los usuarios frente al precio de las llamadas entrantes, y el beneficio que perciben por cada una de estas, los usuarios preferirán pertenecer a la red que con mayor probabilidad va a originar esas llamadas, es decir, **COMCEL**.

b) Costos de Cambio:

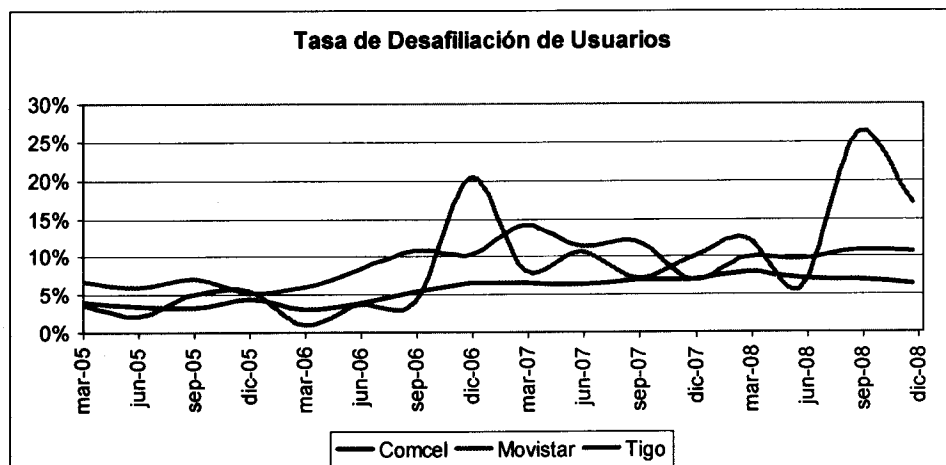
Los suscriptores enfrentan algunos costos para cambiarse de compañía (cambio de terminal, SIM card, número telefónico y cláusulas de permanencia mínima), lo cual reduce la intensidad de la competencia. Si bien la CRT ha adelantado acciones para minimizar los efectos de las restricciones al cambio de operador, entre otras, con la Resolución CRT 1732 de 2007 en lo que se refiere al establecimiento de cláusulas de permanencia mínima⁶⁸, y con el proyecto que adelanta sobre la implementación de la portabilidad numérica con base en el mandato de la Ley 1245 de 2008, existen otros factores que sin lugar a dudas inhiben al usuario de cambiarse del operador de mayor tamaño hacia los otros operadores, como por ejemplo la pertenencia de sus conocidos a cada una de las redes (efecto club)..

La captura de usuarios es una manifestación de las externalidades de red antes mencionadas, toda vez que un usuario va a elegir pertenecer a la red más grande por el hecho de poder hacer y recibir llamadas a precios preferenciales (en comparación a lo que sucedería si perteneciera a las otras redes), limitando así los incentivos que tiene un usuario para cambiar de red. En el caso concreto se encuentra que **COMCEL** aprovecha las externalidad que le aporta el tamaño de su red, magnificada mediante la fijación de tarifas diferenciales on/net y off/net, los cuales responden a los precios preferenciales antes señalados. En el caso especial de los clubes de usuarios, para un usuario cuyo club pertenece a una red en particular resulta muy costoso cambiarse de red. Por un lado, dicho usuario deberá pagar la tarifa off/net del otro operador para comunicarse con su club y, por el otro, los usuarios de su club deberán pagar tarifas off/net (más altas en comparación de las tarifas on/net del operador más grande) para comunicarse con él.

⁶⁸ Al respecto, vale la pena anotar que incluso se han presentado casos en los cuales el operador establece cláusulas de permanencia mínima superiores a un año, situación que está siendo objeto de conocimiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En el gráfico siguiente puede observarse que la tasa de desafiliación (bajas sobre líneas totales) de **COMCEL** es la más baja de los tres operadores y con tendencia decreciente. Las tasas de desafiliación de los otros dos operadores son más altas y con tendencia creciente.

Gráfica 14. Abonados Desactivados como parte del Total de Abonados



Fuente: Ministerio de Comunicaciones y Cálculos CRT.

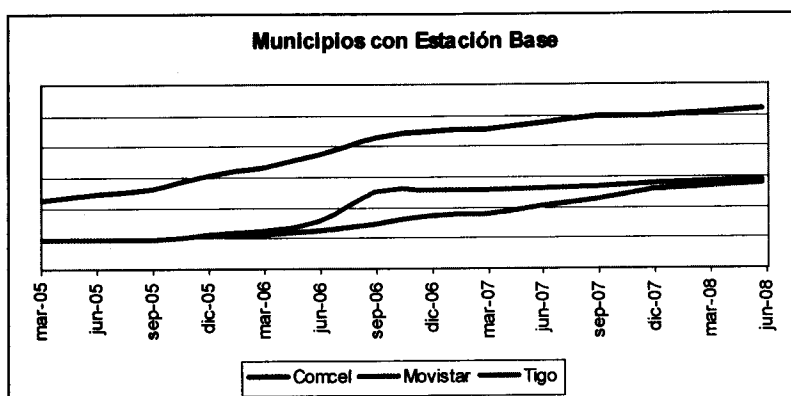
En los comentarios presentados por **COMCEL**, el operador manifiesta en repetidas ocasiones que los bajos costos de cambio para los usuarios en Colombia fomentan la competencia en el mercado. La CRT así lo ha considerado también y, como se ha expuesto anteriormente, ha adelantado acciones para disminuir estos costos. Sin embargo, la estrategia comercial de **COMCEL** induce mayores costos de cambio para los usuarios, diferentes a los atribuibles a otro tipo de factores (como la ausencia de portabilidad numérica y la existencia de cláusulas de permanencia mínima) debido a la diferenciación de tarifas on/net y off/net, ya que hace más costoso el cambio para un usuario que se quiera cambiar de operador, más aun si el usuario está suscrito a **COMCEL**. Esto se demuestra en las bajas tasas de desafiliación de **COMCEL** frente a las de sus competidores.

Así mismo, estos mayores costos de cambio también tienen implicaciones sobre la sustituibilidad por el lado de la oferta que **COMCEL** considera que la CRT no tuvo en cuenta para estudiar la competencia en el mercado de voz saliente móvil.

Al respecto, debe precisarse que la sustituibilidad de la oferta hace que los operadores no puedan ejercer poder de mercado debido a que sus competidores podrían atraer usuarios que respondan desfavorablemente ante una acción particular del operador y, por lo tanto, no exista una posición dominante. Sin embargo, ante la presencia de costos de cambio para los usuarios, asociadas a la existencia de externalidades de red y efectos club, en este caso inducidos por el operador, hace que la sustituibilidad por el lado de la oferta no aplica en la práctica. Como se verá en el siguiente numeral, **COMCEL** es el operador con las tarifas off/net más altas del mercado y esto no ha sido motivo de crecimiento en la base de usuarios de los demás operadores.

Adicionalmente, no es cierto que los competidores de **COMCEL** puedan atender **toda** la demanda que quisiese desplazarse de **COMCEL**. En este sentido, es importante recordar que el operador con mayor cobertura en el país es **COMCEL** y existen municipios en donde éste es el único operador móvil presente. Tomando como una variable proxy de cobertura la cantidad de municipios en donde cada uno de los operadores ha instalado estaciones base, y la cantidad de las mismas, se puede observar una diferencia notable entre la presencia de **COMCEL** por municipio y sus competidores.

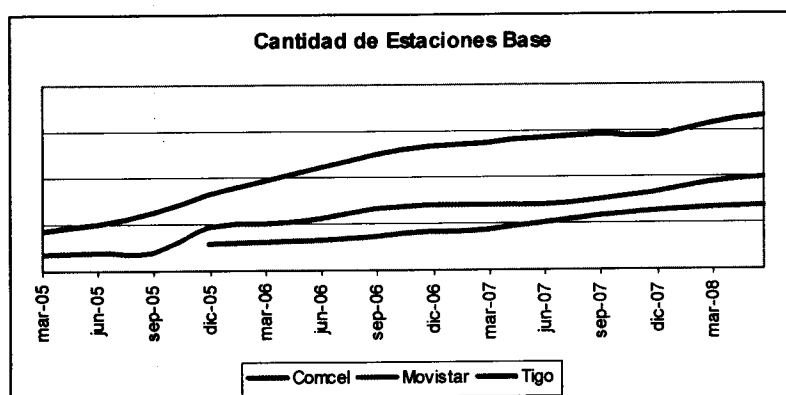
Gráfica 15. Cantidad de municipios con estaciones base



Fuente: Ministerio de Comunicaciones

Nota: La información reportada por los operadores es confidencial y por lo tanto no se muestran los valores entregados por los mismos.

Gráfica 16. Cantidad de estaciones base



Fuente: Ministerio de Comunicaciones

Nota: La información reportada por los operadores es confidencial y por lo tanto no se muestran los valores entregados por los mismos.

De lo anterior se puede aducir que si bien los competidores de **COMCEL** tendrían alguna capacidad de atender demanda desplazada de **COMCEL**, no cuentan con la capacidad de atenderla toda. Si se tienen en cuenta los bajos incentivos que puede tener un usuario para cambiarse de operador por efectos de las externalidades de red y efectos club mencionado en este numeral, la sustituibilidad de la oferta no ejerce una presión competitiva sobre **COMCEL**.

Todo lo anteriormente expuesto constituye evidencia clara y suficiente sobre la posibilidad que tiene **COMCEL** de alejarse de sus demás competidores y de esta forma determinar las condiciones del mercado. La manifestación de los fenómenos expuestos se expondrá en el artículo siguiente.

6.3. Efectos empíricos sobre la Competencia a partir de la posición en el mercado de COMCEL.

La posibilidad de **COMCEL** de alejarse de su competencia tiene dos manifestaciones específicas que demuestran la capacidad de dicho operador de determinar las condiciones del mercado "Voz Saliente Móvil".

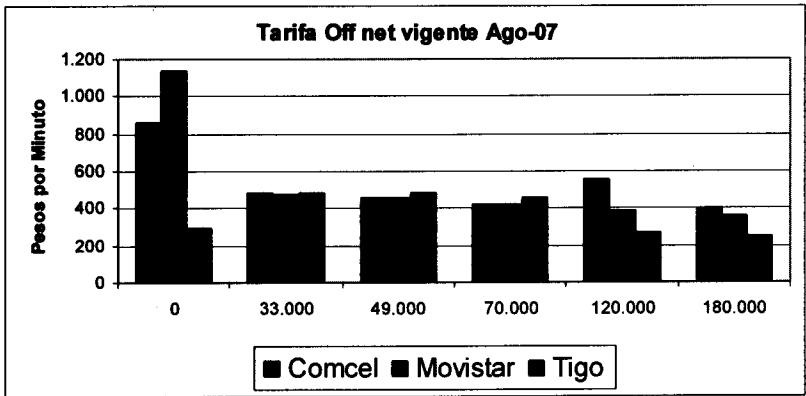
6.3.1. Competencia en precios

Si bien es cierto que las tarifas de los operadores de TMC y PCS vigentes a diciembre de 2008 son inferiores a las ofrecidas con anterioridad a la expedición de la Resolución CRT 1763 de 2007⁶⁹, las reducciones de precios en las tarifas off/net de los operadores más pequeños son superiores a las de

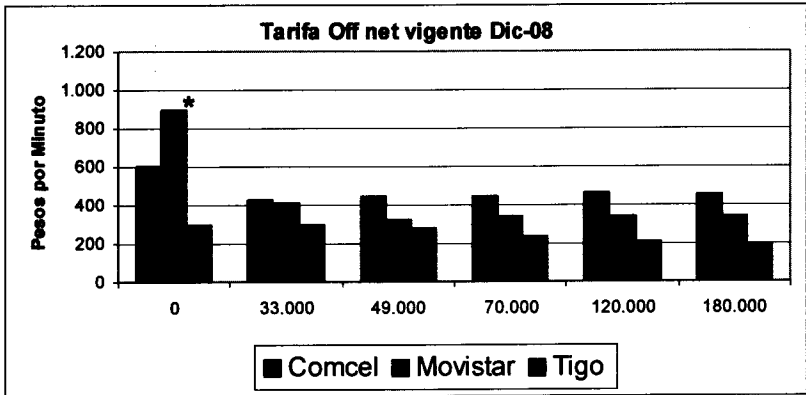
⁶⁹ Con la expedición de esta resolución se generó una disminución en el valor de los cargos de acceso que debe remunerarse los operadores móviles cuando se interconectan entre sí, de \$250 a \$123.74.

COMCEL. A continuación se presenta la variación en las tarifas off/net para una muestra representativa de planes organizadas por cargo básico⁷⁰.

Gráfica 17. Tarifas Vigentes Off/net antes y después de la Resolución CRT 1763 de 2007 por Operador



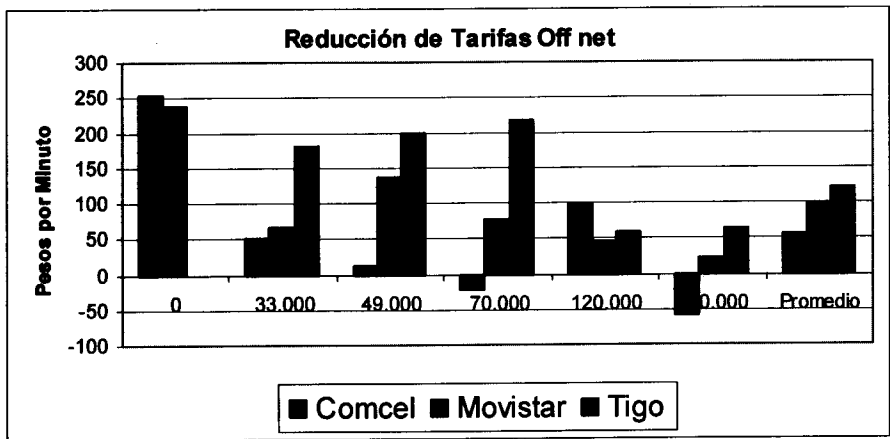
Fuente: SIUST



Fuente: SIUST

* Si bien se observa que la tarifa prepago de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A es la más alta del mercado, de acuerdo a los comentarios realizados por el operador en carta con fecha de 23 de febrero de 2009 con motivo de comentarios realizados por **COMCEL**, la tarifa efectivamente percibida por el usuario es cercana a los \$424 ya que tan solo el 10% del tráfico off/net paga \$899 y las demás tarifas para tráfico off/net registradas se encuentran entre \$199 y \$599, todas inferiores que las de **COMCEL**.

Gráfica 18. Reducción (Incremento) Tarifas Off/net - Agosto de 2007 y Diciembre de 2008



Fuente: SIUST

⁷⁰Los rangos de planes se estudian variando desde planes prepago (cargo básico 0) hasta cargo básico de \$180.000. En total seis grupos.

CLO.
dp 006

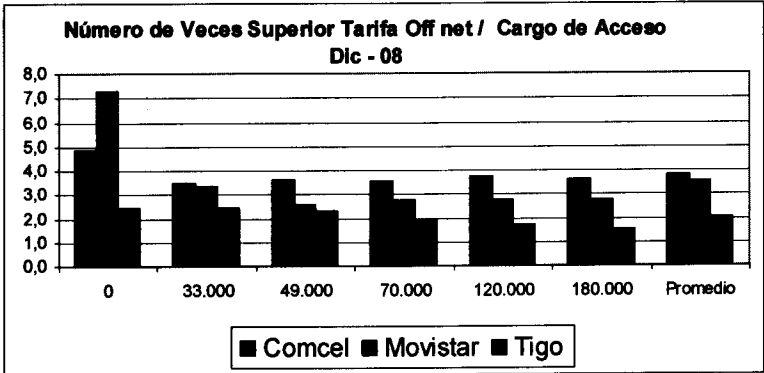
lmo

De los anteriores gráficos se puede extraer información valiosa para los efectos del presente análisis. Por un lado, se observa lo positivo que fue para el mercado la reducción de cargos de acceso por su impacto en las tarifas finales off/net. Aunque en diferente proporción para todos los operadores, la reducción de cargos de acceso se tradujo en reducciones de precios off/net en ocasiones de la misma magnitud que dicha reducción. También se puede observar que en promedio el operador que más redujo la tarifa off/net fue COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P, seguido de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. Si en un momento inicial algún operador ofrece tarifas excesivamente competitivas, la reducción de tarifas de dicho operador, no necesariamente se reflejaría en una menor disminución de tarifas frente a sus competidores, sin embargo, ese no es el caso de **COMCEL**.

Adicionalmente, se observa que en agosto de 2007 los operadores tenían tarifas off/net muy similares en cada uno de los planes. A diciembre de 2008, con los efectos de la reducción de cargos de acceso consolidados, se puede observar, como se mencionó anteriormente, una reducción generalizada de tarifas off/net. Sin embargo, se resalta que son los operadores más pequeños los que han reducido más vigorosamente sus tarifas. Así como en agosto de 2007 no se observan grandes diferencias entre las tarifas off/net de los operadores, en diciembre de 2008 existe una marcada tendencia de tarifas off/net más altas de **COMCEL** en comparación con las de sus competidores, así como en todos los casos es COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. el que mantiene permanentemente las tarifas off/net más bajas. Al respecto es importante anotar que, un mercado en competencia se caracteriza por presentar disminuciones sostenidas de **todos** los precios por parte de los agentes que lo conforman y, dado lo anteriormente expuesto, se evidencia que **COMCEL** no sigue la misma tendencia que sus competidores en lo que respecta a las tarifas off/net.

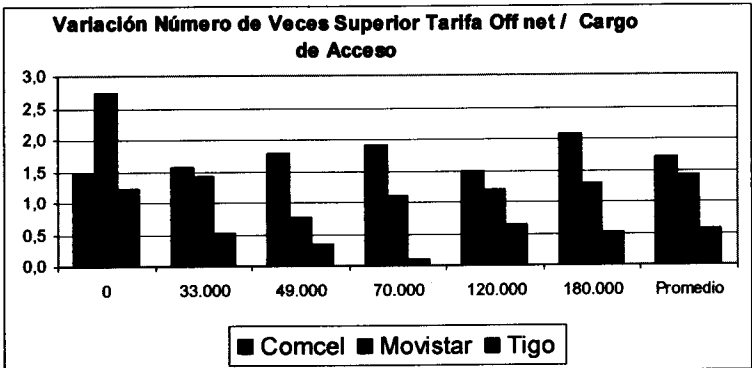
Adicionalmente, de los datos observados se puede inferir que la reducción en los cargos de acceso de \$250 a \$123,74 hace que ahora exista cierta independencia entre la tarifa off/net y el cargo de acceso para **COMCEL**. Como se observa a continuación, la tarifa off/net ofrecida por **COMCEL** es significativamente más alta que el cargo de acceso en cada uno de los planes antes estudiados, más aún que los demás operadores.

Gráfica 19. Tarifas off-net vigentes a Dic-08 en comparación al Cargo de Acceso



Fuente: SIUST
Cálculos: CRT

Gráfica 20. Variación en rentabilidad por minuto off/net cursado – Agosto de 2007 y Diciembre de 2008



Fuente: SIUST
Cálculos: CRT

CLO.
11 09/0

END

La reducción de cargos de acceso, en el caso concreto de **COMCEL**, le ha permitido percibir una mayor rentabilidad por minuto cursado (tarifa off/net menos cargo de acceso) que los demás operadores. Como se observa en el Gráfica 19, la reducción de tarifas como consecuencia de la reducción de cargos de acceso ha hecho que **COMCEL** incremente su rentabilidad por minuto frente a la percibida en agosto de 2007, y que conduce a que sea este operador el que más ha explotado la reducción de cargos de acceso a su favor. Esto quiere decir que hoy **COMCEL** presenta cierta independencia para la fijación de la tarifa off/net en relación con el cargo de acceso, y de hecho ha salido muy beneficiado de la reducción de cargos de acceso por cuanto cada minuto es más rentable que antes, dada su menor reacción en la reducción de las tarifas a los usuarios.

Adicional a las tarifas ofrecidas, es importante tener en cuenta que **COMCEL**, como los demás operadores, ha implementado promociones que reducen el valor por minuto efectivo percibido por los usuarios. Sin embargo, este operador en particular ha diseñado sus promociones para incluir únicamente minutos on/net dentro de las mismas. El resultado de este tipo de estrategias comerciales es que los usuarios no comparan la tarifas on/net y off/net de los planes ofrecidos por **COMCEL** sino que comparan un minuto en promoción de **COMCEL** (así la oferta contemple una cantidad limitada de minutos) contra los minutos off/net. El diferencial que observan los usuarios, por lo tanto, es considerablemente mayor.

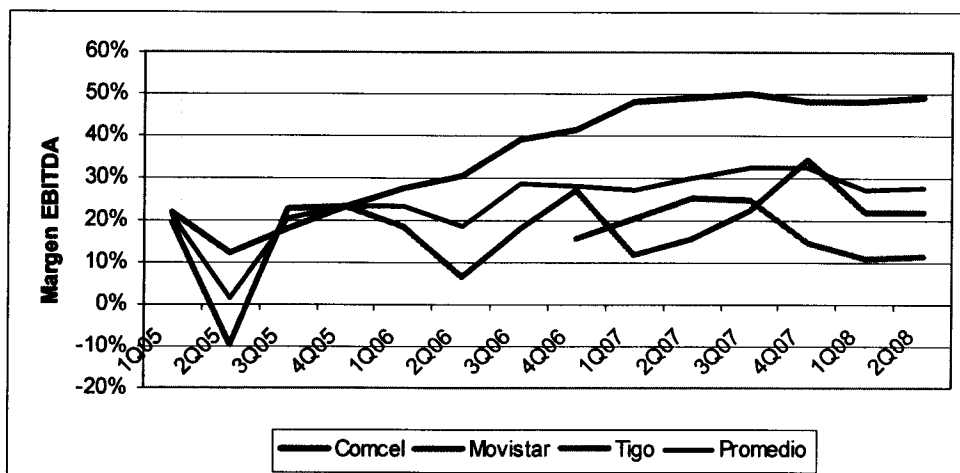
Como se detallará en el siguiente punto, la respuesta de los otros operadores móviles, para contrarrestar las políticas comerciales de **COMCEL**, es a un costo considerablemente superior y ha reducido el margen de acción de los mismos, reflejado en una reducción de su rentabilidad.

De lo anteriormente expuesto puede concluirse que la respuesta de **COMCEL** a la reducción de cargos de acceso fue inferior a la respuesta de sus competidores, y esto no se vio reflejado en mayores participaciones de mercado de los mismos. De hecho, el operador COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., ha experimentado durante en el tercer trimestre del año 2008, la mayor tasa de desafiliación promedio en el periodo estudiado (2005-2008) desde el primer trimestre de 2005, aun cuando es el operador que más redujo tarifas off/net a partir de la entrada en vigencia de la Resolución CRT 1763 de 2007.

6.3.2. Variación en la rentabilidad de los operadores

La agresiva política comercial que han utilizado los competidores de **COMCEL**, reflejada entre otras en la reducción de tarifas, no ha tenido el impacto suficiente para cambiar la tendencia del mercado, de tal suerte que dicho esfuerzo no se ha compensado en mayores participaciones en el mercado en términos de tráfico, usuarios, ni mucho menos de ingresos, como se evidenció en las gráfica de participación y, como se observa en la siguiente gráfico, sí se ha reflejado en una reducción de la rentabilidad. ha sido a costa de sacrificar rentabilidad considerablemente.

Gráfica 21. Evolución de Rentabilidad Trimestral por Operador

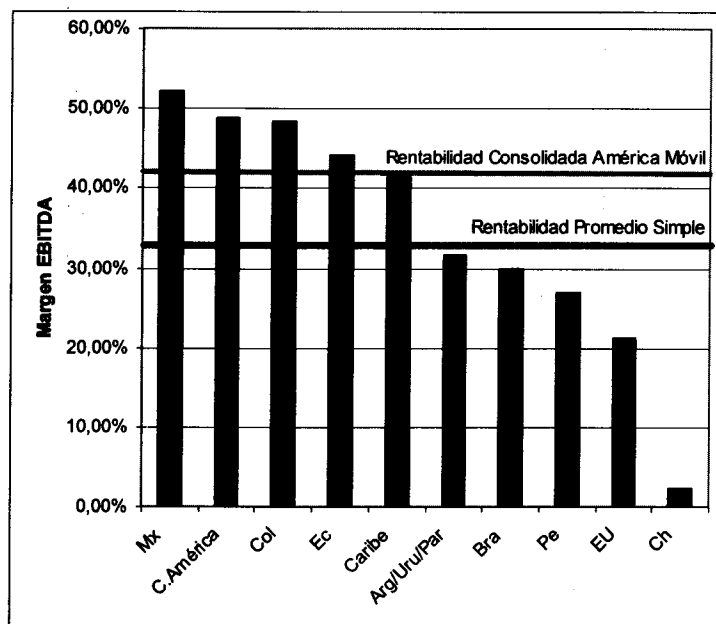


Fuente: Informes Trimestrales América Móvil, Informes Trimestrales Telefónica, e Informes Trimestrales de Millicom (a partir del cuarto trimestre del año 2006 cuando adquiere el 50% más una acción de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.)

En un mercado en competencia, una política tan agresiva en reducción de precios y por ende en reducción de márgenes debería ser generalizada para todos los operadores. Sin embargo, esto ocurre para los operadores más pequeños mas no para **COMCEL** por las razones indicadas en el presente acto administrativo.

La estrategia comercial implementada por **COMCEL**, mediante la cual magnifica las externalidades de red presentes en el mercado, le permite al operador extraer rentas superiores a las de sus competidores, en un mercado en competencia, tendiendo a convertirse en rentas monopolíticas. Como se observó en el anterior gráfico, la rentabilidad del operador supera holgadamente el 35%, superior a la rentabilidad del mercado móvil colombiano en general, e incluso considerablemente superior al promedio de rentabilidad de su matriz América Móvil en América Latina, como se observa en el siguiente gráfico.

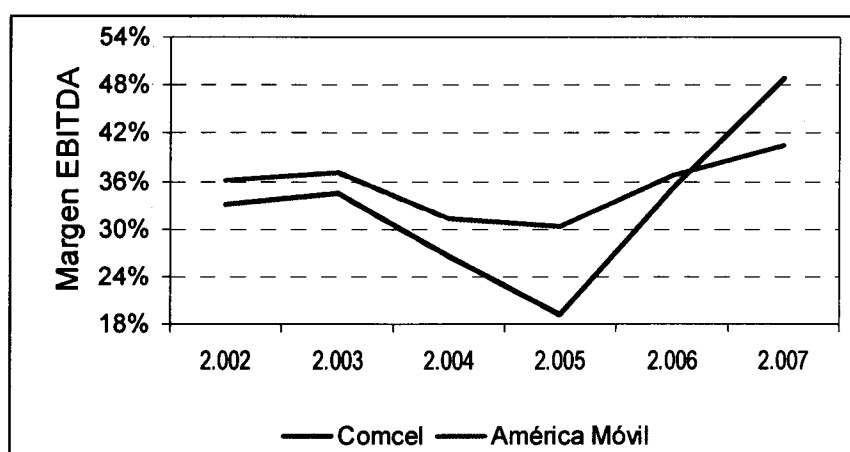
Gráfica 22. Rentabilidad América Móvil en América Latina



Fuente: Informe trimestral América Móvil – Segundo Trimestre de 2008

La rentabilidad de **COMCEL** frente a la de su casa matriz en América Latina, América Móvil, no ha sido siempre tan marcadamente superior. De hecho, como se observa a continuación, el operador tuvo un margen de EBITDA inferior hasta el 2005, y posteriormente empezó a registrar rentabilidades cada vez superiores.

Gráfica 23. Comparación de Rentabilidad de COMCEL y América Móvil en el tiempo



Fuente: Informes Anuales América Móvil

La posibilidad de extraer rentas asimilables a monopolíticas considerablemente superiores a las de sus competidores en el mercado, e incluso superiores a las de su casa matriz en América Latina, unido a una variación nula en su rentabilidad frente a los esfuerzos de sus competidores, constituye

CLO.

11/08/08

MO

evidencia contundente para afirmar que los efectos de externalidad de red y efectos club han logrado que el operador dominante no se vea afectado por las políticas comerciales de sus competidores y, por lo tanto, por sí mismo pueda determinar las condiciones de mercado para sus usuarios, al margen de lo que hagan los demás competidores en el mismo.

Con fundamento en el análisis anterior, se constata que **COMCEL** tiene la posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones del mercado "Voz Saliente Móvil" y, en consecuencia, tiene posición dominante en dicho mercado.

6.4. Efectos sobre el mercado

La posición de **COMCEL** en el mercado no representa *per se* un problema que deba ser corregido mediante regulación *ex ante*. La CRT reconoce que el operador desarrolló ha desarrollado un modelo de negocio que resultó exitoso a la luz de los contundentes resultados a su favor, entre estos se encuentra mayor cobertura, mayor cantidad de puntos de atención al cliente y puntos de venta, e incluso mayores gastos en publicidad frente a sus competidores. En relación con lo anterior, es de aclarar que la CRT de ninguna manera pretende cuestionar, penalizar o castigar un modelo de negocio particular, sino que lo que pretende el regulador es imprimir mayor competencia en el mercado que garantice el bienestar del usuario.

Sin embargo, el impacto que pueda tener la posición de **COMCEL** en el futuro del mercado voz saliente móvil sí es motivo de legítima preocupación para la CRT. La tendencia alcista en su participación, por cualquiera de los indicadores que se mida, el crecimiento exponencial de su base de usuarios frente a un decaimiento en la capacidad de vinculación de sus competidores y, finalmente, el incremento en la participación del tráfico on/net como parte del total de tráfico, constituyen evidencia sobre el riesgo de que **COMCEL** se convierta en un monopolio en el mercado, o al menos en una red que fije las condiciones de competencia prácticamente de manera independiente de las demás.

El proceso en sí mismo es una espiral, cuyo desenlace bien puede ser la monopolización del mercado. Las etapas serían las siguientes:

1. En un momento inicial el operador más grande en el mercado implementa un importante diferencial de precios para el tráfico on/net y el tráfico off/net.
2. Los usuarios contemplan el vector de precios on/net-off/net, y dado que probabilísticamente una mayor cantidad del tráfico que originan va a terminar en la red más grande, deciden vincularse a esa red dado que esperan facturas (o costos por minuto) inferiores.
3. La suscripción de más usuarios incluye comunidades completas de usuarios, para los que hay una mayor probabilidad de contactar.
4. Una mayor cantidad de usuarios en la red más grande concentra el tráfico originado en on/net, a costa de una menor participación del tráfico off/net.
5. La demanda por minutos off/net se reduce y se vuelve más inelástica, por lo que el operador no tiene incentivos a reducir la tarifa off/net, y en cambio reduce las tarifas on/net.
6. Mayores tarifas relativas off/net/on/net hacen más caro ese tipo de tráfico, por lo que al valorar recibir llamadas, los usuarios prefieren estar en la red más grande.
7. Los usuarios pertenecientes a comunidades no se pueden permitir estar por fuera de la red más grande por el incremento en costos que esto representa (hacer y recibir llamadas más costosas), por lo que los usuarios quedan cautivos en la red más grande.
8. Ante mayores costos de cambio, y tarifas relativas crecientes off/net, los competidores en el mercado pierden capacidad de respuesta frente al operador dominante, aun cuando técnicamente estarían en la capacidad de absorber usuarios que quisiesen cambiar de operador.
9. Los argumentos anteriormente mencionados refuerzan el efecto inicial y constituyen un ciclo que se repite hasta que los demás competidores ya no son capaces de vincular más usuarios y

CLO.

11/08/09

Ano.

en cambio empiezan a perderlos. Eventualmente, todos los usuarios quedarían vinculados a **COMCEL**.

Por la amenaza que esto significa para la competencia, dado ya que a medida que **COMCEL** se aleje más de sus competidores y adquiera facultades para comportarse como un monopolio y los usuarios se vean perjudicados, la CRT considera imperativo intervenir en el mercado relevante en cuestión de manera *ex ante* con el fin de fomentar la competencia en el corto y largo plazo, para que en definitiva sean los usuarios los que se benefician de la mayor competencia en el sector.

6.5. Constatación de la Posición Dominante de **COMCEL**

Con fundamento en la evidencia expuesta en la propuesta regulatoria publicada el 26 de diciembre de 2008, de acuerdo con la cual **COMCEL** posiblemente tenía posición dominante en el mercado relevante, susceptible de regulación *ex ante*, denominado "Voz saliente móvil", las pruebas remitidas por **COMCEL** para desvirtuar los hallazgos de la CRT, así como la aplicación de la metodología descrita en este numeral la CRT constata con fundamento en los factores que se describen a continuación que **COMCEL** tiene posición dominante en dicho mercado:

1. Existencia de barreras a la entrada que reducen la competencia en el mercado voz saliente móvil.
2. El tamaño absoluto y relativo de **COMCEL** que tiene implicaciones sobre la estructura de costos y la magnitud de las externalidades de red.
3. Las Externalidades de red y efectos club que incrementan los costos de cambio de los usuarios.
4. La diferenciación de tarifas on/net y off/net acentúa las externalidades de red.
5. La capacidad de distanciarse de sus competidores que le permite fijar tarifas por encima de estos.
6. Los efectos de externalidad de red y efectos club que han logrado que **COMCEL** no se vea afectado por las políticas comerciales de sus competidores y, por lo tanto, por sí mismo pueda determinar las condiciones de mercado para sus usuarios, al margen de lo que hagan los demás competidores en el mismo.

7. OTRAS CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo expuesto a lo largo del presente acto administrativo, la CRT en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Resolución CRT 2058 de 2009 y atendiendo los principios de que trata el artículo 3 de la misma, establecerá las medidas regulatorias que sean necesarias para solucionar el problema de competencia identificado.

Por último, lo anterior no agota la posibilidad de adoptar otro tipo de medidas de regulación *ex ante* por parte de la CRT, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.

Con base en sus facultades y en virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Constatar que la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** tiene posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* "Voz Saliente Móvil" definido en la Resolución CRT 2058 de 2009.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente la presente resolución al Representante Legal de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** o a quien haga sus veces, de conformidad con lo

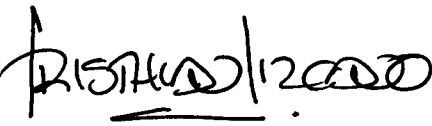
CLO.
11/006

establecido en el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

Dado en Bogotá D.C., a los 27 FEB 2009

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


1P **MARIA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA**
Presidente


CRISTHIAN LIZCANO ORTIZ
Director Ejecutivo


ZVM/LMDDV/AC/PAB/JPV/MV/CDG
C.E. (23/02/09) Acta 643
S.C. (27/02/09) Acta 199
Cód. proy.: 2000-8-56