



REPUBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 2152 DEL 2009

*"Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por **COMCEL S.A.**"*

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 1999 y la Resolución 432 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones, la Resolución CRT 2058 de 2009 y según lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la expedición de la Resolución 2062 del 27 de febrero de 2009, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones constató que la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, en adelante **COMCEL**, tiene posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante definido en la Resolución CRT 2058 de 2009 como "Voz Saliente Móvil".

Por medio de comunicación radicada el 7 de abril de 2009 bajo el número 200931084, **COMCEL** a través de su apoderado especial, Dr. Camilo Valencia, interpuso recurso de reposición contra la Resolución anteriormente mencionada y solicitó que, con fundamento en lo expuesto en su escrito y en los artículos 50 a 55 del Código Contencioso Administrativo, se revoque en su integridad la Resolución CRT 2062 de 2009.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo, el recurso presentado por **COMCEL** cumple con los requisitos de Ley, el mismo deberá admitirse y proceder a su estudio, para lo cual se seguirá el mismo orden propuesto por el recurrente.

2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

2.1. Falta de competencia legítima de la CRT para determinar la posición de dominio en el sector de telecomunicaciones. Violación del artículo 4º de la Constitución Política. Violación de la doctrina constitucional contenida en la Sentencia C-251 de 2002

En relación con este cargo, el recurrente, en resumen, afirma que según lo dispuesto en el artículo 6º de la Constitución Política los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, mientras que los funcionarios públicos adicionalmente son responsables

RS

9/2/09

por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Así mismo, expresa que según el artículo 121 de Constitución, ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas a las atribuidas por la Constitución y la Ley.

En este contexto, afirma el recurrente que la CRT *"al declarar a **COMCEL** como operador con posición dominante en el mercado de voz móvil, actuó sin competencia otorgada de conformidad con la Constitución, que ordena a las autoridades públicas inaplicar cualquier norma incompatible con la Constitución, como quiera que ninguna de las normas invocadas en la parte considerativa de la resolución, le otorgan competencia legítima para la declaración de **COMCEL** como operador con posición dominante en el sector de las telecomunicaciones"*.

Continúa su argumentación haciendo referencia a lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual considera que en lugar de fortalecer el sustento de las competencias de la CRT, lo debilita, toda vez que la CRT está invocando una norma de rango constitucional que exige que la intervención del Estado se haga por mandato de la Ley, de manera que la determinación de **COMCEL** como operador con posición de dominio debe hacerse por mandato o con autorización de la Ley.

Así mismo, en relación con la mención que la CRT hace de la Ley 671 de 2001, por medio de la cual se aprueba el Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio, como fuente de su competencia, el recurrente afirma que en la misma no figura una norma que establezca la competencia para efectuar tal declaración. Considera que el hecho de que para efectos del cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado colombiano en la OMC, dicho protocolo haya definido lo que debe entenderse por un proveedor importante, no significa que la CRT tenga competencia alguna para declarar operador con posición dominante a **COMCEL**.

Agrega el recurrente que la CRT debe entender que una cosa son las obligaciones que adquiere un Estado en virtud de la suscripción y ratificación de un tratado internacional, y otra muy distinta las competencias que la Ley le atribuye a las entidades administrativas para la consecución de los fines del Estado. Explica *"que en el caso de la Ley 671, el Estado colombiano adquirió el compromiso de 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. De ahí, no obstante, mal puede extraerse una competencia específica de una entidad administrativa, en este caso la CRT, para determinar a un operador de TMC como dominante en un mercado."*

Adicionalmente, considera que *"la tesis peligrosista adoptada por la CRT y sus asesores, significa que los compromisos internacionales adoptados por el Estado, constituyen patente de corso para que las entidades adopten las decisiones que a bien tengan, con total prescindencia de la Constitución y de la ley, pues en nombre de tales compromisos estarían facultados para hacer todo lo que no esté prohibido."*

De otra parte, en relación con la Ley 555 de 2000, el apoderado de **COMCEL** considera que la referencia a dicha Ley, parte de una interpretación errónea del artículo 15 de la misma toda vez que, contrario a lo expuesto por la CRT, dicha competencia implica promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, o entre éstos y otros operadores, donde uno de los regulados, como mínimo, debe ser un operador de PCS, de modo que dicha Ley no habilita a la CRT para regular a otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones. Así mismo, indica que la Ley 555 en comento nada dice en relación con la existencia de competencias de la CRT para determinar posición de dominio y que si la referida Ley hubiere querido establecer competencias regulatorias respecto de servicios distintos a los de PCS, lo habría hecho expresamente.

En este punto, el recurrente agrega que si a todas las leyes que rigen los diferentes servicios se le diera la interpretación efectuada por la CRT, *"entonces, por ejemplo, la ley 142 resultaría aplicable a la TMC, pues ella también establece como función de la CRT la de "(...) regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad."*

Adicionalmente, considera que la existencia de competencias administrativas "no se determina en función de los servicios o productos que los economistas consideren, hacen parte de un mismo mercado relevante, o de lo que la CRT denomina la "cercanía en relación con la naturaleza y características de la actividad económica".

En relación con lo expuesto por la CRT respecto a que la competencia radica en el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999, que atribuye funciones previamente encomendadas al Ministerio de Comunicaciones, el recurrente considera que "de nuevo yerra la CRT en el punto, porque dentro de las funciones atribuidas al Ministerio por el artículo 5º de tal decreto [Decreto 1900 de 1990], no puede entenderse incluida la de determinar la posición dominante de un operador de telecomunicaciones en el respectivo mercado relevante para efectos de regulación ex ante."

Posteriormente, el recurrente procede a citar doctrina para efectos de argumentar que el derecho es un producto histórico-cultural y que, en consecuencia, no puede olvidarse que "como lo sabe cualquiera que tenga mínimos conocimientos del sector de las telecomunicaciones en Colombia, el decreto ley 1900 de 1990, expedido con base en las facultades extraordinarias conferidas por la ley 72 de 1989, es una casi idéntica copia de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) de España expedida en 1987, fruto de la asesoría española que recibió, por la época, el Gobierno Colombiano". En este contexto, el apoderado de **COMCEL** realiza una amplia explicación de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de España, de sus antecedentes y de su propósito y explica que la primera referencia a operadores con Poder Significativo del Mercado apareció tan sólo en 1997, mediante la directiva 97/51/EC, concepto que no pertenecía a la esfera de la ley española explicada.

Expone el recurrente que en Europa sólo se consolidó la regulación ex ante para los operadores de telecomunicaciones a través de herramientas del derecho a la competencia en el año 2002 y, en España, el nuevo marco regulador ha sido incorporado mediante su transposición por la Ley 32 de 2003. Así, considera que en la medida en que "la ley de ordenación de las telecomunicaciones de España LOT de 1987, de la cual viene, en versión prácticamente idéntica el decreto 1900 de 1990 de Colombia, no contenía referencia alguna a la metodología de mercados relevantes para imponer regulación ex ante a los operadores con posición dominante o poder significativo en el mercado", es imposible que, como lo sostiene la CRT, el Decreto Ley 1900 de 1990 le hubiera otorgado al Ministerio de Comunicaciones facultades de regulación ex ante para determinar mercados relevantes de telecomunicaciones, y mucho menos cuando, en aquella época preconstitucional, la regulación como mecanismo de intervención en la economía para la promoción de la competencia no se concebía de la manera en que se hace hoy en día, cuando la Corte Constitucional ha sentado doctrina que permite establecer sus fines, alcances y límites.

Adicionalmente, considera que dado que las leyes antes mencionadas no le otorgaban competencia a la CRT "para fijar posiciones dominantes en orden a imponer regulación ex ante en un mercado relevante, que el Ministerio de Comunicaciones se vio en la necesidad de expedir, aunque inconstitucionalmente, el decreto 2870 de 2007, a efectos de atribuir dicha función a la CRT, específica y exclusivamente para imponer la oferta mayorista y ordenar la desagregación de la red", siendo claro para la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que las competencias de las comisiones de regulación, deben provenir de la Ley.

Al respecto, el recurrente hace referencia a los conceptos rendidos por el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y por la firma de abogados Esguerra, Barrera y Arriaga, indicado que dichos asesores externos al hacer referencia a las competencias de la CRT, claramente mencionan que la misma tiene competencias regulatorias, siempre y cuando dicha facultad se encuentre establecida en la ley, para lo cual transcribe algunos apartes del concepto elaborado por la firma en mención.

En este sentido, considera que "las funciones atribuidas a la CRT por el decreto reglamentario 2870 de 2007 no estaban previamente creadas en ley alguna que rigiera el sector de las telecomunicaciones, por lo que mal puede señalarse que el decreto se limitó a instrumentalizar su aplicación. No. Las competencias fueron creadas por decreto, en clara violación a la Constitución." Continúa su argumentación explicando las razones por las cuales el Decreto 2870 de 2007 resulta inconstitucional y, por lo tanto, la CRT ha debido inaplicarlo, concluyendo sobre el particular que "cuando la CRT, con plena conciencia y conocimiento de la inconstitucionalidad de las normas que le otorgan ciertas competencias, decide ejercerlas, aún por encima de la Constitución y de la ley, está violando, sin atenuantes, el artículo 4º de la Constitución Política, sin sonrojarse ante el hecho de que el artículo 34 de la ley 734 de 2002, impone como deber a los servidores públicos, "Cumplir

206
900

75

y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución (...)", y que el artículo 35 de tal norma les prohíbe "Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitarlas (sic) funciones contenidas en la Constitución ". Acudir, como la hace la CRT, al fácil expediente de la presunción de legalidad del decreto 2870, señalando que "los decretos reglamentarios atan", y que "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", es negar la supremacía de la Constitución y el Estado Constitucional que es hoy nuestra República, privilegiando la aplicación de la ley sobre la Norma Superior, en una posición que envidiaría cualquier juez decimonónico."

Así mismo, considera que no resulta admisible "que la CRT subordine la Constitución del Estado a un simple decreto reglamentario, mientras un juez no lo anule, cuando tiene la obligación, constitucional y disciplinaria, de actuar de manera precisamente contraria. Qué útil le resulta a la CRT la Constitución Política para sustentar su poder de intervención en la economía, y qué prescindible le resulta cuando lo que está en juego son los límites que ella impone a tal poder y los derechos de los administrados, vaya paradoja."

Concluye este cargo el recurrente afirmando que "la CRT, si decide confirmar su resolución, deberá explicar en el acto administrativo que resuelve este recurso, por qué privilegia la aplicación de un decreto reglamentario claramente inconstitucional, sobre la Constitución misma, cuando el artículo 4° de ésta le ordena lo contrario."

Consideraciones de la CRT

En relación con lo expuesto en este cargo, es del caso mencionar que tal y como afirma el recurrente las autoridades administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Constitución Política, deben dar cabal cumplimiento a la Constitución y a la Ley y son responsables por la omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, en relación con lo expuesto en el sentido que ninguna de las normas citadas en la Resolución recurrida le otorgan competencia a la CRT, cabe mencionar que precisamente en dicha Resolución se hizo referencia específica al artículo 333 de la Constitución Política, en la medida en que el mismo hace referencia a los límites que se predicán del derecho a la libertad económica y que la misma puede en efecto, ser restringida en desarrollo del postulado constitucional de intervención del Estado en la economía, el cual procura el cumplimiento y preeminencia del interés general. Así las cosas, si bien el apoderado especial de **COMCEL** considera errado citar como parte de la estructura normativa que conforma las competencias de las autoridades regulatorias, el referido artículo 333 de la Constitución Política, ello realmente no se compadece con los desarrollos jurisprudenciales que ha planteado la H. Corte Constitucional en relación con el rol de la regulación en el ordenamiento jurídico colombiano y, particularmente, el carácter que tiene la intervención regulatoria de las Comisiones de Regulación en los servicios públicos, en este caso de telecomunicaciones, como instrumento de intervención del Estado en la economía.

En efecto, en la Sentencia C-150 de 2003 la H. Corte Constitucional, al hacer referencia a las características definitorias de la función de regulación que la distinguen de las demás formas de intervención estatal en la economía, hace referencia al postulado constitucional contenido en el artículo 333 citado, así:

4.1.1.1. En un Estado social de derecho la intervención estatal en el ámbito socio-económico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y de la propiedad expresamente consagrada en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un "orden político, económico y social justo" (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (artículos 334 inc, 1°, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.); una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, numeral 19, por ejemplo); y, todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como "función social" (artículo 58 C.P.) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la "función social" de la empresa (artículo 333 C.P.) en aras de la "distribución equitativa de

75

206
9no

las oportunidades y los beneficios del desarrollo" (artículo 334 C.P.).

De esta forma, es claro entonces que el artículo 333 de la Carta Política propende por la intervención del Estado en la economía, a través de la regulación, de tal suerte que, si bien la libre competencia económica es un derecho de todos, a la luz del mismo precepto, ésta supone responsabilidades, por lo cual la Ley en efecto delimita el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros, el interés social.

En este contexto, se encuentra entonces que la referencia al artículo 333 en mención, resulta ajustada al sustento del esquema normativo en el que se encuentran definidas las competencias de la CRT, como uno de los postulados constitucionales de la intervención regulatoria, el cual ha sido desarrollado por normas del orden legal. Al respecto, es importante recordar que en el acto recurrido la CRT relacionó de manera detallada y concatenada, las normas legales y reglamentarias que le otorgan competencia para efectos de establecer medidas regulatorias que impliquen la constatación de la posición de dominio de uno de los agentes en un mercado determinado como realidad económica y de mercado en el mismo, en aras de promover la competencia, mediante regulación *ex ante*.

Para tales efectos, la CRT partió de los postulados legales contenidos en la Ley 671 de 2001, la cual no sólo implica la incorporación de principios generales, sino la definición de obligaciones en cabeza del Estado Colombiano. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Tratado de Marrakesh, constitutivo de la OMC, al cual adhirió Colombia por medio de la Ley 170 de diciembre 15 de 1994, se encuentra desarrollado, en materia de telecomunicaciones, por la Lista de Compromisos Específicos del Cuarto Protocolo, aceptados por Colombia, protocolo que fue incorporado a la legislación nacional por la Ley 671 de 2001, razón por la cual las normas que contiene no son meros principios sino normas jurídicas obligatorias que se deben cumplir en Colombia.

De esta manera, en las definiciones se hace referencia al concepto de proveedor importante como aquél que tiene *"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"*, y se establece expresamente la necesidad de **prevenir** la presencia de prácticas anticompetitivas. Así mismo, en la referida Ley se dispone que corresponde al órgano regulador adoptar decisiones las cuales "serán imparciales con respecto a todos los participantes en el mercado".

En este mismo sentido se encuentra que la Ley 170 de 1994, en relación con la reglamentación nacional, establece que **"en los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Miembro se asegurará de que todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial."**

De esta forma, corresponde a la CRT en desarrollo de las funciones de regulación contenidas en las normas que le otorgan competencias, como es el caso de la Ley 142 de 1994, la Ley 555 de 2000 y el Decreto 1130 de 1999, asegurar que las medidas regulatorias que se adopten cumplan también con los lineamientos contenidos en la citada Ley 170, siendo una manifestación de esta responsabilidad encomendada a la CRT, las reglas definidas en el Decreto 2870 de 2007 en el sentido de expedir la regulación enfocada hacia mercados relevantes, de manera razonable, objetiva e imparcialmente así como la definición de medidas de prevención del abuso de la posición dominante.

Así las cosas, es necesario mencionar que la CRT no se está arrogando facultades a partir de la Ley 671 de 2001 sino que ha ejercido las funciones regulatorias que le han sido asignadas por la Ley y, particularmente, la de promover la competencia en el sector de telecomunicaciones, lo cual es consistente con la obligación pactada por el Estado Colombiano en el marco del cuarto protocolo anexo al Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la Organización Mundial de Comercio en el sentido de mantener medidas adecuadas con el fin de impedir que un proveedor importante emplee o siga empleando prácticas anticompetitivas en los términos indicados en dicho instrumento.

Así, las decisiones que se adopten en el contexto de dicha disposición, no sólo se desarrollan de manera ajustada a una Ley de la República, sino que también se ajustan a los preceptos

constitucionales, máxime sí, como en este caso, la H. Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la Ley en comento.

Al respecto, vale la pena señalar que la H. Corte Constitucional al realizar la revisión de constitucionalidad de la Ley 671 de 2001, "por medio de la cual se aprueba el "Cuarto protocolo Anexo al Acuerdo general sobre el Comercio de Servicios con la lista de compromisos específicos de Colombia anexa", hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997", en la Sentencia C-369 de 2002 expresamente reconoció que el tratado contenía reglas que permitían al Estado desarrollar sus funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos de telecomunicaciones:

24- Con todo, podría argumentarse que el presente protocolo, en la medida en que hace referencia a los servicios de telecomunicaciones, muchos de los cuales pueden ser caracterizados como servicios públicos, entra en contradicción con el artículo 365 de la Carta, que regula estas actividades. Conforme a ese reparo, si bien esa disposición constitucional autoriza que los servicios públicos sean prestados por particulares, sin embargo no sólo confiere al Estado la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios sino que además prevé que, por razones de soberanía o de interés social, el Estado puede, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, y por iniciativa del Gobierno, "reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos". Según ese reparo, el presente convenio sería inconstitucional por cuanto propugna por un régimen de libertad de comercio en un área, como las telecomunicaciones, que no sólo deben ser controladas y reguladas por el Estado sino que, además la Carta autoriza que sean objeto de una reserva estatal, lo cual es contrario al régimen de libertad de comercio al cual Colombia se compromete.

La Corte considera que la anterior objeción no es de recibo por las siguientes dos razones: de un lado, los compromisos que Colombia adquiere no excluyen las labores de vigilancia y control del Estado sobre la prestación de los servicios públicos. Es más, precisamente la libertad de comercio en ciertas actividades presupone una vigilancia estatal que asegure que los actores no incurran en prácticas monopólicas, desleales o que obstruyan la misma libertad de comercio. Por ello, el propio documento anexo o de referencia, en donde Colombia desarrolla sus compromisos adicionales al AGCS, establece, de manera expresa, distintas formas de vigilancia estatal sobre esas actividades de telecomunicaciones, por ejemplo, para impedir que aquellos proveedores que, individual o conjuntamente, sean un proveedor importante empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas, o para asegurar que las tarifas estén basadas en el costo y sean transparentes y razonables.

De otro lado, el Estado colombiano asumió compromisos adicionales que se encuentran en el documento de referencia anexo, el cual se ocupa de definir algunos conceptos relativos al marco regulatorio de los servicios de telecomunicaciones básicas. Así, determina las salvaguardias de la competencia, la interconexión, el servicio universal, la disponibilidad pública de los criterios de concesión de licencias, la independencia de la entidad de regulación, y la asignación y utilización de recursos escasos". Subrayado fuera de texto.

Así las cosas, es la propia H. Corte Constitucional, quien relaciona lo dispuesto en la Ley 671 de 2001 con el postulado constitucional contenido en el artículo 333 de la Constitución Política, afirmando que "Las anteriores disposiciones incorporan regulaciones sobre la libre competencia y las garantías que el Estado debe otorgar al respecto, a fin de garantizar la publicidad y el acceso en igualdad de condiciones para los posibles operadores de servicios de telecomunicaciones. Es claro para esta Corte que tales preceptos desarrollan lo establecido en la Constitución, que en su artículo 333 determina la importancia y los límites a la libertad económica, y que además promueve la internacionalización de las relaciones económicas (CP arts 226 y 227) y el acceso igualitario al espectro electromagnético (CP arts 75 y 76)".

En este punto resulta necesario mencionar que no resulta explicable para esta Comisión que **COMCEL** considere que el ejercicio legítimo de funciones asignadas por la Ley o delegadas por el Presidente de la República a la CRT, se asimilen a una "Patente de Corso", pues ni éstas la invisten de autoridad al margen del marco legal que debe atender, ni han sido utilizadas para atacar derechos sino, todo lo contrario, para asegurar su plena vigencia.

re

col
ano

Ahora bien, respecto de la referencia a la Ley 555 de 2000, considera importante la CRT reiterar que si bien dicha Ley 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 15 de la misma establece que la CRT es competente para promover y regular la competencia no solamente 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.

Como quiera que a las normas debe interpretárselas en el sentido que las mismas produzcan el alcance que motiva su expedición, debe entenderse el artículo 15 citado en un sentido diferente al de otorgarle facultades a la CRT para lograr hacer efectiva la promoción de la competencia sólo respecto de los servicios de comunicación personal -PCS- sino también en función de la relación que éstos tienen con los demás servicios públicos de telecomunicaciones con los cuales está interconectado, como el caso de los servicios de telefonía móvil celular -TMC-. Adicionalmente, es de mencionar que la alusión que trae el recurrente a una posible interpretación analógica sobre el artículo de la Ley 142 de 1994 no es de recibo para la Comisión, en razón a que esa norma tiene como ámbito de aplicación claramente definido los servicios públicos domiciliarios, en tanto que la Ley 555 de 2000 tiene como objeto **principal** la fijación del régimen jurídico aplicable a los servicios de comunicación personal -PCS- en sí mismos y en su relación con otros servicios, lo cual incluye el desarrollo del entorno regulatorio asociado y la asignación de las funciones correspondientes a la CRT, funciones bien distintas a las otorgadas por la Ley 142 de 1994 que se encuentran enmarcadas en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios y así debe entenderse la alusión que sobre estas facultades trae el artículo 73 y el literal a) del artículo 74.3 que se refiere a los servicios de telecomunicaciones.

De hecho, otros artículos que contiene la citada Ley 555 hacen también relación a la situación de los operadores de telefonía móvil celular, lo que desvirtúa la tajante y errónea apreciación del apoderado especial de **COMCEL** dirigida a limitar absolutamente su ámbito de aplicación al de los servicios de comunicación personal -PCS-. Así, por ejemplo, el párrafo primero del artículo 17 establece que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones reglamentará cláusulas de protección a los usuarios en "*los contratos para la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles*", incluyendo en esta expresión a todos aquéllos que se dedican a esa actividad; de igual manera, el párrafo segundo del mismo artículo establece una regla dirigida a los operadores de "*todos los servicios móviles de telecomunicaciones*", mediante la cual dispone que ellos sólo podrán almacenar y registrar datos que, según las normas o pautas que fije la CRT, se consideren relevantes para evaluar el perfil económico de sus titulares.

Lo anterior demuestra cómo a pesar de que el objeto principal de la Ley 555 de 2000 se refiere a los servicios de comunicación personal -PCS-, por la cercanía en relación con la naturaleza y características de la actividad económica, contiene reglas aplicables a los servicios de telefonía móvil celular y en general al sector de telecomunicaciones¹. La cercanía entre estos conceptos ha sido reconocida también por la H. Corte Constitucional, 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.

¹ 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.

*"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)."*²(Negrilla fuera de texto)

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

De otra parte, en relación con lo expuesto por el recurrente sobre las funciones trasladadas a la CRT por virtud de lo dispuesto en el Decreto 1130 de 1999, debe reiterarse que el Presidente de la República en ejercicio de sus funciones, al modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, puede trasladar las funciones de una autoridad administrativa a otra (artículo 189 numeral 16 de la Constitución Política).

En el caso concreto, se encuentra que 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 Nacional con base en las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 72 de 1989, el cual le otorgó al Ministerio de Comunicaciones, entre otras funciones³, 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)

Como se evidencia del artículo anteriormente transcrito, la función de regulación versa respecto de todos los servicios de telecomunicaciones, dentro de los cuales se encuentra el servicio de Telefonía Móvil Celular -TMC-. Al respecto, vale la pena recordar que si bien el servicio de Telefonía Móvil Celular tiene una norma de orden legal específica, dicha disposición no hace referencia alguna a las funciones de regulación del Ministerio de Comunicaciones, razón por la cual y por expresa remisión de la Ley 37 de 1993, se deben aplicar las disposiciones generales contenidas en la Ley 72 de 1989 y en el Decreto Ley 1900 de 1990. En efecto, el artículo 15 de la citada Ley, textualmente dispone lo siguiente:

"Artículo 15. 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"

En este sentido, se evidencia entonces que las funciones de regulación de carácter general y particular que ejerce la CRT respecto de los servicios públicos no domiciliarios de telecomunicaciones, dentro de los cuales se encuentran los servicios de Telefonía Móvil Celular, provienen directamente de la Ley, sea por traslado de funciones asignadas al Ministerio de Comunicaciones por la Ley 72 en virtud del Decreto 1130 de 1999, sea por asignación directa en virtud de la Ley 555 de 2000, sea en cumplimiento de disciplinas regulatorias adoptadas en virtud de la Ley 671 de 2001.

A este respecto, vale la pena anotar que si bien el Decreto 1900 de 1990 fue expedido antes de la Constitución Política de 1991, dichas disposiciones tienen aún plena vigencia y aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Debe recordarse que el decreto ley en comento ha sido objeto de revisión de constitucionalidad⁴ y no ha sido identificado como una norma respecto de la cual

² Ibídem. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia C-1268 de 2000, MP: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

³ También resulta oportuno hacer referencia a las funciones contenidas en los artículos 19 y 58 del Decreto Ley 1900 de 1990, entre otros.

⁴ Tal es el caso de la Sentencia C-189 de 1994.

col
ano

76

pueda predicarse una inconstitucionalidad sobreviniente, concepto definido por la H. Corte Constitucional como " ... el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente ocurre siempre que una disposición que era originalmente constitucional se torna inconstitucional, en virtud de que contradice abierta y materialmente normas del nuevo estatuto fundamental en forma tal que dicho precepto resulte inejecutable. Por su propia naturaleza, es claro que tal fenómeno sólo puede predicarse de normas vigentes en el momento que entra a regir el nuevo estatuto. Por cuanto respecta a los efectos propios de la inconstitucionalidad sobreviniente, ella se asimila en buena medida a la derogatoria..."⁵

De esta forma, es claro que la referencia a la función de regulación contenida en el citado artículo 5 del Decreto Ley 1900 de 1990, como ya se anotó, se encuentra plenamente vigente y está contemplando una función que por virtud de lo dispuesto en el Decreto 1130 de 1999, corresponde ejercer a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En este punto, conviene recordar que el alcance y contenido de la función de regulación ha sido ampliamente explicado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-150 de 2003, ya citada en este acto administrativo, oportunidad en la cual el máximo tribunal constitucional manifestó que existen múltiples mecanismos a través de los cuales el Estado puede ejercer dicha función, la cual implica el análisis permanente del comportamiento de los mercados, de las condiciones de competencia en los mismos y de la revisión de la posición de cada uno de los agentes en los referidos mercados para efectos de adoptar las medidas necesarias para la efectiva promoción de la competencia y la protección de los derechos de los usuarios.

Teniendo claro lo anterior, vale la pena anotar que en consonancia con lo atrás expresado sobre los fines de la regulación, es claro que ésta surge como respuesta a la necesidad económica de corregir las fallas de mercado que se presentan en la prestación de distintos ámbitos y, para el caso particular en los servicios de telecomunicaciones, con el fin de promover la competencia y proteger los derechos de los usuarios. En este contexto, al ejercer su función de regulación, la CRT debe dar aplicación a las diferentes herramientas y metodologías de análisis económico de los mercados, con el fin de analizar las condiciones de competencia existentes en el mercado de telecomunicaciones, siendo una de dichas herramientas, el análisis de los mercados relevantes de telecomunicaciones susceptibles de regulación *ax ante*.

Para tales efectos, la CRT procedió a establecer la metodología para la definición de los mercados relevantes a partir de la evaluación de las condiciones de competencia en los mismos, evaluando una realidad económica de mercado con el fin de verificar si se requiere o no intervención regulatoria y qué tipo de intervención es la llamada a corregir ciertas fallas de mercado. De esta forma, resulta evidente que el ejercicio de la función de regulación, implica la adopción de diferentes tipos de decisiones regulatorias asociadas al análisis de los mercados, la revisión de las condiciones de competencia en los mismos, la identificación de la posición de cada uno de los agentes que participa en dichos mercados y la determinación de las medidas regulatorias pro competitivas aplicables a los mismos.

Cosa distinta es considerar que las funciones de regulación económica encomendadas a la CRT, excluyen la realización de los análisis económicos que permiten conocer la posición de los diferentes agentes en los mercados, cuyos resultados llevan a constatar si existe o no existe posición de dominio en cada uno de estos mercados. Al respecto, resulta indispensable aclarar que la función de regulación no sólo no excluye la realización de los estudios económicos sino que la realización de tales análisis del comportamiento del sector respectivo y la utilización de herramientas o metodologías regulatorias orientadas para tal efecto, son elementos que permiten establecer medidas que respondan a las necesidades y situaciones que se presenten en la realidad de los mercados; así lo ha explicado la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-150 de 2003, ya citada:

"... el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación, carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República.

Adicionalmente, la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 1993, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón

006
QW0

RE

la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo.
(...)

Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia."(Subrayado fuera de texto)

Si bien el espectro de acción de la función regulatoria es amplio, la normatividad vigente de manera clara ha establecido cuál es el propósito que debe perseguir la CRT al desarrollarla. En efecto, el cometido por el que debe propender la regulación que expida la Comisión, sea ésta de carácter general y abstracto o de carácter particular y concreto, es la promoción de la competencia en el sector de telecomunicaciones y la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, para lo cual debe acudir a las herramientas técnicas y avances de la teoría regulatoria que le permitan efectivamente analizar el comportamiento de los mercados y adoptar las decisiones que sean del caso para cumplir con los cometidos estatales que le han sido encargados. Así mismo, resulta pertinente recordar que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, como autoridad técnica, debe analizar e implementar los criterios de dicha naturaleza que permitan el cumplimiento de sus objetivos, de tal suerte que puede dar aplicación a diferentes tipos de criterios y herramientas técnicas en aras de promover la competencia y proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

De esta forma, el análisis de la posición de los operadores en un mercado determinado de telecomunicaciones y de las condiciones de competencia en el mismo, pueden generar como consecuencia, que se constate la existencia de posición de dominio en el mismo como realidad económica y de mercado objetiva, situación que impone al regulador el deber de adoptar las medidas pro competitivas necesarias para prevenir o corregir eventuales fallas del mercado derivadas de dicha posición y así generar condiciones de mayor competencia en el largo plazo.

En este sentido, resulta evidente que contrariamente a lo afirmado por el recurrente los mandatos a los que hace referencia el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones, se sustentan en las funciones de fuente legal y por tanto no se trata de funciones nuevas que fueron creadas por dicho Decreto. En efecto, las reglas establecidas en el Decreto 2870 en mención se enmarcan dentro de las funciones de regulación encomendadas a la CRT y tienen como finalidad que el órgano regulador analice el comportamiento de los mercados de telecomunicaciones en un ambiente de convergencia. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en las normas que le otorgan competencias regulatorias a la CRT, particularmente en relación con la regulación del mercado de telecomunicaciones, como arriba se describió. Cosa bien distinta es que el Decreto mencionado le haya impuesto al regulador un mandato en términos de plazos para adelantar un análisis de mercado y le indicara la posibilidad de adoptar al menos dos medidas regulatorias para aquéllos

18

casos en que se constatará la existencia de posición dominante en mercados susceptibles de regulación ex ante y siempre que los resultados de los estudios llevados a cabo por la Comisión así lo recomendarán.

Así las cosas, es claro que las normas legales y reglamentarias en las cuales sostiene la CRT su competencia en la Resolución recurrida, la facultan para adoptar decisiones regulatorias como la contenida en la Resolución CRT 2062 de 2009.

De otra parte, en relación con la referencia que trae el recurrente en relación con el concepto rendido por los consultores externos de la CRT, resulta importante mencionar que dichas referencias resultan y son presentadas de manera descontextualizadas, dado que al revisar el contexto al que pertenece el párrafo relacionado por el apoderado especial de COMCEL se concluye que su verdadero sentido es diametralmente distinto a aquél que pretende asignarle el recurrente en su escrito.

En efecto, el recurrente cita únicamente la conclusión a la que se llega en el concepto elaborado por la firma de abogados Esguerra, Barrera y Arriaga, así:

"Asimismo lo señalan los doctores Juan Carlos Esguerra y Alfonso Miranda, asesores externos de la CRT en la materia, quienes, en su análisis sobre las competencias de la Comisión, señala contundentemente:

"Como se vio en el capítulo 1, consideramos, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la CRT puede expedir regulación en materia de competencia, en la medida en que tal facultad haya sido establecida por ley y le haya sido válidamente asignada." (Subraya fuera de texto)"

No obstante, las líneas citadas conforman la parte introductoria del numeral 4º del concepto titulado precisamente "COMPETENCIA DE LA CRT PARA EXPEDIR REGULACIÓN EX ANTE EN MATERIA DE COMPETENCIA". El texto íntegro de esta parte introductoria es del siguiente tenor:

"Como se vio en el capítulo 1, consideramos, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la CRT puede expedir regulación en materia de competencia, en la medida en que tal facultad haya sido establecida por ley y le haya sido válidamente asignada.

"El problema consiste en que a pesar de los esfuerzos que diferentes gobiernos han realizado en Colombia durante las últimas dos décadas, el país no cuenta aún con una ley de telecomunicaciones que le asigne la facultad de regulación Ex Ante del sector, en materia de competencia a una sola autoridad, como sería lo deseable en atención a la acelerada evolución tecnológica y a la tendencia que presenta hacia la convergencia en la prestación de los servicios.

Como se sabe, la CRT fue creada como una autoridad regulatoria para los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, pero de manera progresiva se le han ido asignando válidamente facultades de regulación Ex Ante a través de diversas normas jurídicas como se verá en el presente capítulo, las cuales no constituyen, como de manera errónea parecen entenderlo algunos de los consultores a los que acudió COMCEL para sustentar sus observaciones, un ejercicio del poder sancionatorio o punitivo del Estado que, en consecuencia, deba estar precedido de un procedimiento en el que se garantice la participación de los eventuales afectados, sino que comporta, en realidad, el ejercicio de la facultad de intervención que por mandato constitucional tiene el Estado en la economía." (Subraya en texto)

La lectura integral del aparte en el que fue incluido este párrafo muestra que, en realidad, la idea allí plasmada claramente es la de que en nuestro ordenamiento la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones sí puede expedir una regulación ex ante para promover la competencia y que tal potestad encuentra sustento en distintas normas de rango legal que de manera progresiva le han asignado a la CRT facultades para tales efectos.

Por las razones precedentes, el cargo propuesto no procede.

2.2. Violación del artículo 29 de la constitución política. Violación de los artículos 1, 2, 4, 28, 29, 34, y 35 del Código Contencioso Administrativo. Expedición del acto administrativo en forma irregular. La CRT incurrió en vía de hecho por defecto procedimental y falsa motivación del acto administrativo.

En este aparte del recurso de reposición el apoderado especial de **COMCEL** en resumen, afirma lo siguiente:

En primer lugar explica que el debido proceso es un elemento medular de los Estados constitucionales de derecho contemporáneo y considera que incorporando la tendencia global, la Constitución Política de 1991 incluyó dicho derecho en su artículo 29.

Posteriormente, el recurrente cita varias sentencias de la H. Corte Constitucional para efectos de explicar el alcance y contenido del derecho al debido proceso, concluyendo que para la Corte el debido proceso *"se vulnera cuando no se verifican los actos y procedimientos establecidos en la ley y reglamentos, sin que le esté dado a la Administración o a los particulares que ejercen funciones públicas acatar y respetar aquellos términos o procedimientos que los benefician, y desconocer o ignorar aquellos que les sean desfavorables, de conformidad con su propio criterio. De tal modo, ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas puede depender de su propio arbitrio, sino que se encuentran sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley..."*.

En este contexto, afirma el recurrente que la CRT al expedir la Resolución 2062 de 2009 violó el debido proceso de **COMCEL** y la doctrina constitucional que le da alcance, toda vez que la CRT puso a disposición del público el proyecto regulatorio con fundamento en el capítulo II del Decreto 2696 de 2004, relativo a resoluciones de carácter general y al darse cuenta **COMCEL** de que mediante dicho acto general la CRT pretendía crear situaciones de carácter particular y concreto en su contra, lo puso de presente ante la CRT, en ejercicio de la buena fe. Considera que siendo *"evidente la imposibilidad de imponer medidas de carácter particular y concreto contra COMCEL a través de acto administrativo general, lo lógico era la apertura de una actuación administrativa contra COMCEL en los términos del Libro Primero del CCA"*. No obstante, el 6 de marzo de 2009 **COMCEL** recibió una citación de la CRT para notificarse personalmente de la resolución recurrida.

Explica el recurrente que al expedir un acto administrativo de carácter definitivo, particular y concreto contra **COMCEL**, sin que previamente se le hubiere notificado de la apertura de un procedimiento administrativo en su contra y sin dar aplicación al procedimiento que rige las actuaciones administrativas, la CRT violó el debido proceso de **COMCEL**.

Así mismo, el recurrente recuerda que el procedimiento señalado por el Decreto 2696 de 2004 sólo establece requisitos a las comisiones de regulación para garantizar el proceso de participación del público en la expedición de actos administrativos de carácter general y no establece procedimientos para actos administrativos de carácter particular y concreto. Adicionalmente, indica que es el legislador el órgano competente para expedir procedimientos, y el mismo no ha establecido uno especial para la expedición de actos administrativos particulares por parte la CRT, distintos a los del Código Contencioso Administrativo. Agrega que en esta medida la CRT violó el debido proceso de **COMCEL** pues no dio aplicación al procedimiento previsto en el CCA, toda vez que debió haberlo notificado de la apertura de un procedimiento administrativo en su contra y adelantarlo de conformidad con las formalidades y condiciones que la ley le impone a la administración.

Afirma también que la CRT obró contra la expresa recomendación del equipo de abogados que contrató para asesorarla y, procede a citar apartes de los conceptos rendidos para la CRT por dichos asesores⁶.

Continúa su argumentación afirmando que no existe duda alguna de que la actuación administrativa en los términos del Libro Primero del Código Contencioso Administrativo no existió y que la CRT debe entender que el debido proceso no se garantiza ni se protege de la manera que cada entidad administrativa considera que lo está garantizando, sino conforme lo dispone la Constitución y la Ley, de tal modo que resulta no sólo vano, sino falso lo expuesto por la CRT en el

⁶ Conceptos elaborados por la firma de abogados Esguerra, Barrera, Arriaga y por el Dr. Manuel José Cepeda.

cas
9mo

25

numeral 2º del acto recurrido donde se intenta demostrar el respeto por los derechos fundamentales de **COMCEL**. Advierte que tales afirmaciones resultan falsas pues la CRT nunca remitió a todos los operadores, incluido **COMCEL**, una comunicación mediante la cual los vinculara a una actuación administrativa, toda vez que la carta que la CRT referencia como tal, fue una invitación a una conferencia académica y no una apertura de una actuación administrativa, razón por la cual la CRT motiva falsamente el acto administrativo cuando se refiere a una actuación administrativa contra **COMCEL** que nunca existió.

Adicionalmente, manifiesta que **COMCEL** fue objeto de un acto administrativo de carácter particular y concreto, sin que previamente se le hubiera abierto y notificado una actuación administrativa en su contra, como lo prescribe la ley, y afirma que dicha apertura y notificación no se produjo porque la CRT sólo consideró la expedición de un acto particular y concreto cuando "se percató de la ilegalidad de su conducta" por virtud de lo expuesto por **COMCEL** y los asesores jurídicos de la CRT.

Afirma que ya era demasiado tarde para la CRT cumplir con la Ley, porque en su criterio, haberlo hecho hubiera implicado la caducidad de las facultades otorgadas por el Decreto 2870 de 2007 y la CRT en lugar de obtener la ampliación de los términos de dicho Decreto, prefirió sacrificar los derechos de los administrados.

De otra parte, manifiesta el recurrente que *"deja perplejo que, quien enarbola el interés general, no tenga la más mínima idea de su alcance y sus límites. Que este sea el momento y la ocasión para que la CRT los conozca"*, para después citar jurisprudencia de la H. Corte Constitucional sobre el particular y concluir que el interés general que la CRT *"dice perseguir, no se puede alcanzar a costa de los derechos fundamentales de **COMCEL**."*

Afirma el recurrente que en consecuencia de lo anterior, la CRT ha violado el debido proceso de **COMCEL**, pues no se inició de oficio ni se notificó a **COMCEL** una actuación administrativa en los términos del artículo 4º del Código Contencioso Administrativo. También se violó el artículo 28 del mencionado código pues la CRT ha debido comunicar a los terceros interesados que pudieran resultar afectados en forma directa con la actuación administrativa sobre la existencia y el objeto de la misma.

Adicionalmente, se violó el artículo 29 del CCA, pues al no abrir una actuación administrativa, omitió la CRT la obligación de formar el respectivo expediente de **COMCEL**, integrado con los documentos relacionados con dicha empresa, violando además el derecho de **COMCEL** de examinar su expediente y obtener copias y certificaciones sobre el mismo. Al respecto considera que *"mal puede aducirse que el "expediente" de **COMCEL** esté constituido por el conjunto de documentos relacionados con la expedición de la resolución 2058... en la medida en que conforme al decreto 2696, dichos documentos fueron publicados en orden a expedir un acto administrativo de carácter general"*.

En todo caso, afirma que *"aún si ello fuese aducido, habría que concluir que también en ese caso se habría violado el debido proceso de **COMCEL**, pues, sin haber sido notificada de la apertura de una actuación administrativa particular en su contra, habría sido abierto un expediente por parte de la CRT, en su contra y a sus espaldas."*

También manifiesta que el artículo 34 del CCA fue violado, pues el derecho a solicitar la práctica de pruebas hace parte del núcleo esencial del debido proceso administrativo y dicho derecho ha sido violado por la CRT, pues no le dio la oportunidad a **COMCEL** de solicitar y allegar pruebas durante la actuación administrativa, esto es, antes de que se dicte el acto que ponen fin a dicha actuación de tal suerte que el administrado pueda ejercer su derecho, antes, no después de culminada la actuación respectiva.

Así mismo, considera que la CRT violó el artículo 35 del CCA, en la medida en que la oportunidad para pronunciarse fue otorgada al público en general para enviar comentarios en el marco de la expedición de la Resolución CRT 2058 de 2009 y no a **COMCEL**, quien remitió sus comentarios de conformidad con un procedimiento de participación pública llevado a cabo en los términos del Decreto 2696 de 2004. De esta forma, tales comentarios *"jamás tuvieron por objeto ni como efecto, ejercer los derechos de defensa de **COMCEL** en desarrollo de una actuación administrativa particular y concreta que tuviera como objeto tomar medidas concretas contra **COMCEL**, actuación que nunca existió"*. Al respecto considera que el hecho de tomar los comentarios de **COMCEL**

como el ejercicio de su derecho de defensa en el marco de una actuación particular, "no sólo resulta violatorio de la Constitución y de la ley, y constitutivo de falsa motivación, sino que deja mucho que desear acerca del comportamiento de la CRT, impropio de una entidad seria y con importantes responsabilidades en el ámbito del sector y para el país."

Concluye su argumentación insistiendo en que la CRT con la expedición de la Resolución recurrida violó los procedimientos y formalidades establecidas por el Código Contencioso Administrativo para el desarrollo de actuaciones administrativas que culminan con la expedición de un acto definitivo, particular y concreto y que dejó a "su propio criterio el acatamiento y respeto de aquellos términos o procedimientos que la beneficiaban y desconoció e ignoró aquellos que le eran desfavorables, acudiendo al expediente fácil y expedito de la imposición de plano de un acto administrativo que afecta los intereses de COMCEL", razón por la cual la CRT incurrió en vía de hecho por defecto procedimental.

Consideraciones de la CRT

Para efectos del análisis del presente cargo, considera la CRT importante recordar cuál es la naturaleza del procedimiento administrativo y qué lo comprende. En efecto, como tuvo oportunidad de mencionarse en el acto recurrido, la actuación administrativa busca el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general, debiéndose aplicar en ella tanto los postulados propios del debido proceso, como principios que informan la actuación administrativa, respecto de todos los operadores y en general los agentes del sector. Así lo expuso la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-640 de 2002:

"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."

Lo anterior indica que el concepto de procedimiento administrativo analizado por la jurisprudencia aplica de igual manera tanto al trámite que debe dársele a las actuaciones de carácter particular y concreto como a las de carácter general, según las reglas definidas directamente en el procedimiento contenido en el Código Contencioso Administrativo.

En este contexto, es del caso mencionar que dentro del ámbito de la función administrativa las actuaciones llamadas generales y las llamadas particulares no constituyen categorías ontológicamente distintas y separadas. Se trata, en ambos casos, de los trámites que deben cumplirse, bien a instancias de quien ha formulado una petición en interés general o en interés particular, bien de manera oficiosa o en ejercicio de un deber legal, para que una autoridad administrativa pueda acopiar los elementos de juicio suficientes para resolver un asunto de su competencia, mediante una decisión que incorpora en un acto administrativo. Es decir, se trata de especies de un mismo género, que por lo tanto tienen en común unos mismos elementos esenciales. Así, unas y otras son instrumentos de la función administrativa y forman parte de los que el Libro Primero del Código Contencioso Administrativo denomina "Procedimientos Administrativos".

Por consiguiente, ambas tienen como objetivos fundamentales los que señala la Constitución Política y la Ley y se encuentran sujetas a los principios básicos consagrados en ellas, se les aplican, de modo general, las mismas reglas de procedimiento y, culminan con unas decisiones que deben adoptarse conforme a unos mismos parámetros, tanto formales como de fondo. Las únicas diferencias entre las actuaciones particulares y generales se derivan del tipo de interés —general o particular— que se invoca por quien las pone en marcha por medio de una petición y tocan apenas, con algunos requisitos especiales que deben cumplirse en relación con algunas de ellas, como es el caso de la forma de darles publicidad a las decisiones que les ponen fin. Se trata, pues, de

diferencias que en nada tocan con los elementos que definen una actuación administrativa o que constituyen lo fundamental de una cualquiera de ellas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en lo que respecta al debido proceso, para la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto, de conformidad con la Ley y la jurisprudencia, se deben cumplir, por lo menos, los siguientes requisitos: **(i)** El inicio de la actuación administrativa debe ser comunicado al afectado (art. 28 C.C.A.); **(ii)** De ser pertinente, durante el procedimiento debe efectuarse la citación de los terceros determinados que puedan estar directamente interesados en las resultas de la decisión (art. 14 C.C.A.); **(iii)** En el trámite de la actuación administrativa se debe garantizar que el operador pueda pedir pruebas y allegar las informaciones que sean del caso (art. 34 C.C.A.); **(iv)** Habiéndoseles dado la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, se tomará la decisión, que deberá ser motivada, al menos en forma sumaria, mediante acto administrativo en el que deben resolverse todas las cuestiones planteadas durante el trámite e indicarse los recursos que proceden contra el mismo (art. 35 C.C.A.) y, **(v)** Finalmente, la decisión deberá ser notificada personalmente al afectado, mediante el procedimiento previsto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo.

Así, en lo que respecta a la comunicación del inicio de la actuación administrativa debe mencionarse que el recurrente pretende equiparar la obligación de *comunicar* a los eventuales afectados la existencia de la actuación administrativa, establecida en el artículo 28 del C.C.A., con la de *notificarla*, exigencia que no fue prevista por el legislador para estos asuntos y que constituye una figura radicalmente distinta. Efectivamente, mientras que, de acuerdo con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, "*comunicar es simplemente informar por cualquier medio sobre la existencia y objeto de la actuación administrativa*", la notificación es un acto formal al que se encuentran sujetas ciertas y precisas actuaciones administrativas y judiciales por ministerio de la Ley.

En este sentido, es claro que la autoridad administrativa debe comunicar el objeto y alcance de la actuación administrativa, lo cual puede efectuarse "*por cualquier medio*", que permita al administrado efectivamente conocer el alcance, el propósito de la actuación administrativa en particular.

En concordancia con lo anterior, se encuentra que según lo establecido por el artículo 44 del CCA los actos que deben notificarse personalmente, son aquéllos que ponen término a una actuación administrativa, definidos en la parte final del artículo 50 del mismo Código como los actos "*que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto*".

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-224 de 2006, hizo referencia específica a la aplicación y alcance que debe dársele a la comunicación de las actuaciones administrativas a las que hace referencia el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, así:

"5.2. Pues bien, de conformidad al artículo 28 del mencionado Código, respecto de las actuaciones administrativas iniciadas de oficio, se tiene que existe por parte de los entes el deber de comunicar a los afectados lo referente a la existencia y objeto de las mismas. Dice así la norma:

*"Art. 28. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma".
Igualmente, el artículo 44 del mismo Código, solamente se refiere a la notificación personal de "las decisiones que pongan término a una actuación administrativa".*

*De esta manera, para la Sala resulta claro que **los actos de trámite o preparatorios, como el de dar inicio a una actuación administrativa, que en este caso se concreta en un pliego de cargos, debe ser comunicado al interesado, pues la notificación personal no se predica de los mismos, máxime cuando contra éstos no proceden recursos**, tal como lo consagra el artículo 49 del C.C.A."* (subraya y negrilla fuera de texto)

Así las cosas y como quiera que el legislador no estableció la forma en que deben efectuarse estas comunicaciones ni una ritualidad o formalidad en particular en torno a este asunto, bajo la

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-215 de 2006, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

perspectiva de la jurisprudencia constitucional el derecho al debido proceso de los afectados se garantiza siempre que la Entidad acuda a un medio que resulte *eficaz* como mecanismo para asegurar que éstos tendrán conocimiento del procedimiento administrativo iniciado de oficio. En este sentido, lo que se exige como nota fundamental de estas actuaciones es la *eficacia* del medio que se utiliza para dar a conocer el hecho y no el estricto sometimiento a un trámite en particular. En efecto, en la sentencia antes citada, la _H. Corte Constitucional sostuvo que⁸:

*"Ahora bien, a diferencia de la notificación personal, donde se debe hacer entrega al notificado de copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, o en su defecto citarlo a la entidad a través de correo certificado para la realización de la misma (art. 44 C.C.A.), la comunicación debe hacerse a **través de un medio eficaz**". (negrita fuera del texto)*

Teniendo claro lo anterior, en relación con la comunicación de la actuación administrativa, debe mencionarse que tal y como se expuso en la Resolución recurrida, la CRT mediante comunicación de fecha 5 de diciembre de 2007, radicada internamente bajo el número 200752280⁹, comunicó a **COMCEL** y a los demás agentes del sector sobre el inicio del proceso de análisis que iba a adelantar la CRT para la definición regulatoria de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, la definición de los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, la existencia de posición dominante en los mercados definidos por la CRT y la definición de medidas regulatorias pro competitivas en dichos mercados, proceso regulatorio que debe entenderse como la actuación administrativa. En la comunicación mencionada efectivamente se invitó a **COMCEL** y a los demás agentes del sector, a un foro que se llevó a cabo el 10 de diciembre de 2007. De esta forma, desde el 5 de diciembre de 2007, tanto **COMCEL** como los demás operadores de telecomunicaciones tenían noticia y hacían parte activa del proceso específico de regulación de mercados relevantes iniciado por la CRT, cuyo objeto, según resulta evidente desde la misma expedición del Decreto 2870 del 31 de julio de 2007, implicaba tanto el análisis del comportamiento de los mercados, la definición de los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, la existencia de posición dominante en los mercados definidos por la CRT y la definición de medidas regulatorias pro competitivas en dichos mercados.

Es más, el 30 de octubre de 2007, es decir, con anterioridad a la comunicación de fecha 5 de diciembre de 2007 antes referenciada, la CRT publicó para conocimiento y discusión con el sector, el alcance de la agenda regulatoria que sería adelantada por la CRT durante el año 2008, en la cual específicamente se expuso sobre el asunto bajo análisis, ya habiéndose expedido para dicho momento el Decreto 2870 de 2007 como se indicó anteriormente, lo siguiente:

"Además de lo anterior, uno de los principales referentes es el denominado Decreto de Convergencia, cuya finalidad esencial es permitir la convergencia en los servicios de telecomunicaciones, promover la competencia y asegurar el acceso y uso de las redes y servicios a todos los habitantes del territorio. El mandato asignado a la CRT en el citado decreto de convergencia, incluye tres acciones: la determinación de los mercados relevantes y de la existencia de posición dominante en dichos mercados; el establecimiento de las condiciones técnicas y económicas que los operadores dominantes, en un determinado mercado relevante, deben ofrecer para permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, y la adecuación del marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones, en un ambiente de convergencia tecnológica."

Vale la pena anotar que **COMCEL** presentó diversos comentarios específicamente en relación con el tema antes referenciado, asunto al cual se hizo referencia en el documento de respuestas a los comentarios de los operadores de la siguiente manera:

"COMCEL

*En el documento se indica que de acuerdo con lo establecido en el decreto 2870 de 2007, la CRT debe determinar "... los mercados relevantes y la existencia de posición de dominio en dichos mercados..." este pronunciamiento se repite en varias partes del documento paginas 2, 6 y 7, se debe hacer una precisión en que lo que textualmente el decreto 2870 establece es que la CRT definirá "... **los criterios y las condiciones***

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-224 de 2006, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹ Folio 1 del Expediente 2000-8-56. Anexo II Actuación Administrativa COMCEL. Cuaderno 1

002
040

28

para determinar mercados relevantes..." y no simplemente como lo menciona la CRT en su propuesta la "determinación de mercados relevantes".

R/ Cabe precisar que la iniciativa desarrollada por la CRT parte efectivamente de la definición de criterios y condiciones para la determinación de mercados relevantes, pero no se limita estrictamente a dicha tarea. Lo anterior por cuanto el mismo Decreto 2870 de 2007 en su artículo 13 determina lo siguiente:

Artículo 13. OBLIGACIONES ESPECIALES PARA OPERADORES CON POSICIÓN DOMINANTE. Los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, deberán ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, identificados como instalaciones esenciales, así como las cabezas de los cables submarinos y el bucle de abonado, según las condiciones técnicas y económicas que para el efecto establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, garantizando la prestación de los servicios relacionados, la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura y los incentivos adecuados a la inversión en modernización de infraestructura y redes de nueva generación.

*Para efectos de lo previsto en este Artículo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones definirá **dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente Decreto**, los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, **la existencia de posición dominante en dichos mercados**, así como la oferta respectiva de elementos desagregados de red.*

*La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones revisará periódicamente dichos criterios y condiciones, y podrá intervenir, a solicitud de parte, para hacer efectiva la obligación de ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, en el evento en que no se logre un acuerdo sobre la misma como resultado de la negociación que adelanten las partes. **(negrita fuera del texto)***

*Así las cosas, en el proyecto Régimen de Mercados se desarrollarán no solamente los criterios antes citados, sino también se realizará la definición de los respectivos mercados relevantes, y a partir de lo anterior, se efectuará un análisis de competencia para cada uno de los mismos **y se determinará si existen operadores que ostenten posición de dominio en dichos mercados relevantes, para la aplicación de las medidas regulatorias a que haya lugar.**"(NFT)*

Adicionalmente, vale la pena mencionar que a lo largo de la actuación administrativa la CRT comunicó a todos los operadores de telecomunicaciones de manera detallada, en varias oportunidades cuál era el propósito y alcance de la actuación administrativa a través de la cual se adelanto el proyecto regulatorio denominado "Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia".

En efecto, en el foro llevado a cabo el 10 de diciembre antes mencionado, la CRT, a través del consultor internacional, explicó detalladamente cuáles eran los elementos que hacían parte de la identificación de la posición dominante en el sector de telecomunicaciones, incluyendo información sobre el trámite detallado que debía seguirse, el cual se cita en inglés, tal y como consta en la presentación que hace parte del expediente administrativo, así:

"The procedure in detail

- *Market definition: "relevant" markets identified, using anti-trust principles, as candidates for ex ante regulation*
- *Market analysis: is there (single, joint or vertically leveraged) dominance/SMP in the relevant markets*

Remedies: if there is SMP, a remedy is selected"¹⁰

Lo anterior fue corroborado en el proyecto regulatorio publicado por la CRT el 14 de febrero de 2008, en el cual la CRT manifestó expresamente que "la regulación deberá basarse en el análisis de las condiciones de competencia en los mercados relevantes que para tal efecto se definan y, posteriormente, en la aplicación de una metodología que permita establecer la existencia de posición dominante en dichos mercados con el fin de determinar obligaciones especiales aplicables

¹⁰ "El procedimiento en detalle: • Definición del mercado: identificación de mercados "relevantes", utilizando los principios del derecho a la competencia, como candidatos de regulación ex ante, • Análisis de mercado: si se presenta (singular, conjunta, verticalmente apalancado) dominancia o PSM Medidas: si existe PSM, se selecciona un remedio/medida"

a los operadores que ostenten dicha posición. En este sentido, la propuesta regulatoria tiene tres etapas”.

Así mismo, en el foro de fecha 7 de marzo de 2008¹¹, al cual asistieron varios funcionarios de **COMCEL** y su representante legal¹², la CRT nuevamente comunicó a todos los operadores de telecomunicaciones qué pasos debían darse y serían abordados por la Comisión. En dicha ocasión la CRT insistió en los siguientes asuntos:

“Implementación requiere identificar:

- *Cuáles son los mercados relevantes de telecomunicaciones.*
- *En cuáles de ellos deberá concentrarse la actividad reguladora (cuáles son relevantes para regulación ex ante).*
- *Cuáles son los operadores en esos mercados en los que se concentrarán las intervenciones.*
- *Cuáles son los remedios regulatorios apropiados en cada caso particular.”*

(...)

“Etapas del proyecto cumplidas

- *Revisión de metodología para definición de mercados relevantes para regulación ex ante puesta en práctica por la Unión Europea.*
- *Recolección y organización de información disponible para trabajo analítico.*
- *Identificación preliminar de mercados de telecomunicaciones minoristas y mayoristas relevantes para regulación ex ante a partir de información disponible, sin análisis de mercados geográficos (con apoyo de equipo de CINTEL).*

Etapas pendientes

- *Definición de mercados geográficos relevantes en los que hay poder significativo de mercado sin solución en un plazo razonable de tiempo por desarrollos previsibles del mercado o mediante uso de instrumentos de política de competencia (para producir lista definitiva de mercados relevantes para regulación ex ante).*
- *Identificación de operadores que a los que se aplicará regulación en esos mercados.*
- *Identificación de remedio(s) regulatorio(s) adecuados a aplicar en cada caso particular.”*

Adicionalmente, en la reunión llevada a cabo el 23 de junio de 2008 en las instalaciones de la CRT, con los gremios de la industria, dentro de los cuales se encontraba ASOCEL, de la cual es parte **COMCEL**, la CRT expuso nuevamente que el análisis abordado implicaba el análisis de la posición de dominio en los mercados de telecomunicaciones y la generación de remedios regulatorios en los mismos. En efecto, en la presentación realizada y publicada en la página web de la CRT se expuso:

“Lineamientos metodológicos

Actividades definidas en este nuevo periodo de análisis:

- *Recolección de información*
- *Definición de la metodología de análisis*
- *Definición de mercados*
- *Análisis de competencia para identificación de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante*
- *Análisis de posiciones de dominio*
- *Propuesta de remedios regulatorios*
- *Preparación del Proyecto de Resolución y el Documento Regulatorio que se publicarán para comentarios del sector.”*

Así mismo, en el documento “Lineamientos en el marco del proyecto regulatorio de régimen de mercados relevantes de telecomunicaciones”, publicado en la página web de la CRT el 30 de mayo de 2008, la CRT nuevamente comunicó y explicó cuáles eran las diferentes fases de análisis y

¹¹ Tal y como consta en la presentación que se encuentra en los folios 61 a 86 del Expediente 2000-8-56. Anexo II Actuación Administrativa COMCEL. Cuaderno 1.

¹² En el folio 86 se evidencia que la Dra. Hilda María Pardo, Representante Legal de COMCEL, asistió al foro público en comento.

estudio implicadas dentro de la actuación administrativa involucrada en el proyecto regulatorio de "Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia". Particularmente en lo que respecta al análisis de la posición de dominio se expuso lo siguiente:

"5.5 Análisis de posiciones de dominio

Con base en la metodología establecida, en esta etapa se aplicarán los indicadores cuantitativos y cualitativos a la identificación de los operadores que ostentan posición de dominio, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones."

Posteriormente, la CRT el 1 de septiembre de 2008 publicó el documento "Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia", en el cual se expuso claramente que el análisis de la CRT implicaría: (i) la identificación de criterios para la definición de mercados, (ii) la definición de mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, (iii) la identificación de criterios para establecer la existencia de posiciones de dominio, donde se abordaría el análisis de posiciones de dominio y (iv) la identificación de principios que orientarían la definición de remedios regulatorios.

Particularmente en lo que se refiere al numeral (iii), esto es la identificación de criterios para establecer la existencia de posición de dominio y el análisis de la misma, la CRT expuso lo siguiente:

"Para definir la existencia de posición dominante la CRT empleará criterios económicos, con observancia de la normativa aplicable, teniendo en cuenta las condiciones actuales del sector, y del desarrollo previsto de un mercado dado. La Comisión determinará la existencia de posición dominante con base en una combinación acumulativa de estos criterios y su interpretación, ya que si son tomados por separado, pueden no ser concluyentes. Esto no significa que el regulador deba utilizar todos los criterios mencionados anteriormente para identificar una posición de dominio, ya que en la mayoría de los casos, un subconjunto de criterios le puede permitir al regulador concluir su existencia en un mercado determinado.

3.1 Análisis de posiciones de dominio

De la evaluación de las características de la competencia en cada mercado se obtendrá la información necesaria para caracterizar cada uno de los operadores e identificar aquellos con posición de dominio. En su caracterización se profundizará el análisis de competencia de acuerdo con la metodología descrita en el apartado 1.4. Como resultado de este proceso se obtendrá una lista de los operadores con posición dominante en mercados respecto de los que se efectuará la intervención regulatoria. Las medidas sólo se determinarán como resultado de los análisis de la revisión integral que se adelanta y serán aplicables para cada mercado particular cuando a esto haya lugar."

De esta forma, resulta claro que la CRT no solamente comunicó el inicio de la actuación y citó a **COMCEL** y a los demás agentes del sector de telecomunicaciones, los interesados en la actuación, para que tuvieran oportunidad de participar activamente dentro del trámite administrativo adelantado para efectos de la constatación de la existencia de posición de dominio, sino que comunicó e informó de manera precisa los objetos de la actuación, entre los cuales estaba el análisis de los mercados y la identificación de la posición de dominio en los mismos con miras al establecimiento de las medidas regulatorias pro competitivas correspondientes, garantizando por lo tanto lo dispuesto en el CCA sobre la comunicación del objeto y sujetos de la actuación.

De esta forma, resulta al menos extraño, que el apoderado especial indique que la decisión que se recurre le es sorpresiva a **COMCEL**, toda vez que como se demuestra de lo anteriormente expuesto, **COMCEL** y los demás operadores de telecomunicaciones tuvieron noticia del inicio de la actuación administrativa cuyo objeto era el análisis de los mercados relevantes, la determinación de la posición de dominio en los mismos y la determinación de las medidas regulatorias correspondientes, desde la misma expedición del Decreto 2870 de 2007, lo cual se reiteró a través de la discusión y publicación de la Agenda Regulatoria del año 2008 y se comunicó a través de los documentos y publicaciones arriba mencionadas y, particularmente a través de la mencionada comunicación del 5 de diciembre de 2007.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de solicitar y allegar pruebas resulta importante tener en cuenta que según lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, artículo 34, durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas sin términos ni requisitos especiales, lo cual indica que la categorización del tipo de prueba, documento o información que se allegue es amplia. Al respecto, la H. Corte Constitucional ha explicado que:¹³

"2.3. En materia probatoria, sin perjuicio de la remisión a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código Contencioso Administrativo (art. 267) establece las siguientes reglas:

"Artículo 34. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado".

"Artículo 35. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos sumariamente si afecta particulares.....".

2.4. Los medios de defensa en las actuaciones administrativas, comprenden necesariamente, como se expresó en la aludida sentencia, la necesidad de que se observen ciertas garantías mínimas en materia probatoria, con miras a asegurar que los interesados puedan ser oídos y hacer valer sus pretensiones e intereses."

De esta forma, es claro que el propósito de lo dispuesto en el artículo 34 es que los administrados sean efectivamente oídos y puedan hacer valer sus pretensiones, de tal suerte que el debido proceso sustancial, sea aplicado y respetado cabalmente, pudiéndose solicitar y allegar cualquier tipo de prueba o información, en cualquier momento sin necesidad de que exista formalmente un periodo de pruebas.

En efecto, en el caso concreto, **COMCEL** tuvo la oportunidad de remitir la información que consideró pertinente, y de solicitar que se practicaran pruebas y se realizaran los análisis que considerara pertinentes. Como consta de la revisión de los diferentes expedientes de la actuación administrativa, **COMCEL** tanto directamente como a través de la Agremiación de la Industria Celular -Asocel- de la cual forma parte y coordina, presentó dentro del trámite administrativo diferentes comunicaciones, solicitudes de ampliación de plazos, remisión de información, comentarios y argumentos relacionados con la misma, así:

COMUNICACIÓN	FECHA	SUSCRITA POR
Comunicación solicitud de ampliación de plazo (200830480)	Feb-27-2008	Tullo Angel - Presidente de Asocel
Comunicación solicitud de ampliación de plazo (200830481)	Feb-27-2008	Hilda María Pardo Hasche - Representante Legal Suplente COMCEL S.A.
Confirmación asistencia COMCEL	Mar-05-2008	Angela María Ortiz - COMCEL S.A.
Formatos preguntas asistentes a la presentación	Mar-07-2008	Martin A. Hurtado - COMCEL S.A.
Formatos preguntas asistentes a la presentación	Mar-07-2008	Oscar León - COMCEL S.A.
Formatos preguntas asistentes a la presentación	Mar-07-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Comentarios al proyecto de resolución y a la propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia	Mar-14-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Comunicación solicitud de ampliación de plazo para nuevos comentarios (Rad. 200831404)	May-07-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Comunicación "precisiones a los comentarios de la industria al proyecto de resolución para la definición de mercados revelantes de telecomunicaciones en Colombia".	May-21-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-1395-2000.

(Rad. 200831593)		
Comunicación gremios de la industria (Incluido Asocel) formulando consideraciones sobre las etapas que se deben adelantar en el proyecto (200831683)	May-28-2008	ANDESCO, CCIT y ASOCEL
Carta de los gremios de la industria solicitando a la CRT el análisis de temas previos a la revisión de las condiciones de competencia (Rad. 200831984)	Jun-23-2008	ANDESCO, CCIT y ASOCEL
Presentación realizada a los gremios en reunión del 23 de junio de 2008	Jun-23-2008	ANDESCO, CCIT y ASOCEL
Comunicación solicitud de ampliación de plazo para comentarios al documento "Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones" (200833348)	Oct-22-2008	Tulio Angel - Presidente de Asocel
Comentarios al documento "Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones" (correo electrónico)	Oct-25-2008	Angela María Ortiz - COMCEL S.A.
Comentarios al documento "Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones" (Rad. 200834003)	Dic-03-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Respuesta COMCEL a requerimiento de información sobre datos acceso a Internet móvil. (Rad. 200834024)	Dic-04-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Comunicación solicitud de ampliación de plazo para comentarios a la propuesta regulatoria publicada el 26 de diciembre.	Ene-14-2009	Angela María Ortiz - Representante legal suplente Asocel
Documento en el cual COMCEL S.A. presenta a la CRT comentarios, objeciones técnicas, jurídicas y económicas y presenta información adicional a la CRT, frente a la propuesta regulatoria publicada el 26 de diciembre de 2008. (Rad. 200930269)	Feb-02-2009	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.

De lo anterior se evidencia que con fundamento en todos los estudios y análisis económicos y técnicos elaborados que fueron gradualmente conocidos por todos los operadores involucrados desde un inicio dentro del desarrollo del proyecto regulatorio, la CRT elaboró la propuesta regulatoria integral para la definición de mercados relevantes en mención, la identificación de los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, la constatación de posición dominante en estos últimos (y particularmente de **COMCEL** en el mercado de voz saliente móvil) y la determinación de medidas regulatorias pro competitivas en los mismos, y la puso en conocimiento del sector el 26 de diciembre de 2008 publicándola en su página web y dando plazo para presentar comentarios y demás documentos que los operadores consideraran necesarios, hasta el día 23 de enero de 2009, plazo que posteriormente fue ampliado hasta el 2 de febrero de 2009.

En atención a lo anterior, **COMCEL** presentó un documento con sus comentarios jurídicos, 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, el cual incluía no sólo observaciones a la metodología establecida por la CRT para determinar mercados relevantes y a la designación del mercado de "Voz saliente móvil" como uno de los mercados susceptibles de ser regulados, sino también el análisis y debate asociado a lo

006
970

28

expuesto por la CRT en el proyecto sobre la posición de COMCEL en dicho mercado. Adicionalmente, presentó tres conceptos jurídicos sobre la legalidad de la propuesta regulatorias, elaborados por distintas firmas de abogados¹⁴.

La actuación desplegada por el operador frente a este documento es fundamentalmente el ejercicio del derecho de contradicción previsto en el procedimiento administrativo y enmarcado en el derecho al debido proceso consignado por la Constitución, siendo evidente que **COMCEL** presentó consideraciones amparadas bajo el ejercicio de dicho derecho, enfocándose fundamentalmente en controvertir los argumentos económicos, jurídicos y técnicos expuestos por la CRT en relación con los hallazgos que mostraban cuál era la posición de **COMCEL** en el mercado "Voz saliente móvil". En este punto vale la pena preguntarse qué otro tipo de connotación puede recibir el estudio contratado con la firma NERA tendiente a desvirtuar los planteamientos expuestos por la CRT, que se refirieron, entre otros, a los resultados que arrojan los índices de concentración y de participación de los operadores en el mercado, sino es el de considerar este estudio como una prueba orientada a controvertir los hallazgos de la CRT sobre la constatación de la posición de **COMCEL** en el mercado denominado "Voz saliente móvil"

Lo anterior evidencia que **COMCEL** sí tuvo oportunidad y tiempo suficiente para efectos de analizar el alcance de lo expuesto en el documento publicado el 26 de diciembre de 2008 y de presentar las pruebas, sus argumentaciones, consideraciones jurídicas, económicas y técnicas, como en efecto lo hizo. En este punto resulta oportuno resaltar que **COMCEL** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, presentó los documentos arriba descritos y también hubiera podido presentar y allegar las pruebas e informaciones adicionales que considerara pertinentes. Así, no puede endilgársele ahora a la CRT el hecho que en tal momento **COMCEL** no se hubiera aprestado a remitir o a presentar pruebas adicionales o que incluso, no hubiera solicitado la práctica de pruebas en instancia del trámite del recurso de reposición bajo análisis.

Adicionalmente, es pertinente recordar que **COMCEL** no sólo tuvo oportunidad suficiente de presentar por escrito todas sus consideraciones y pruebas, sino que adicionalmente el 4 de febrero de 2009, se adelantó una reunión en las instalaciones de la CRT a la que asistieron los expertos comisionados de la CRT, uno de los representantes legales de **COMCEL**, su equipo de consultores económicos y funcionarios de dicho operador, reunión en la cual se expusieron ampliamente las consideraciones, pruebas, comentarios, argumentos y puntos de vista de **COMCEL** en relación con lo expuesto por la CRT en el documento de fecha 26 de diciembre de 2008, tanto desde el punto de vista económico y técnico, como desde la perspectiva jurídica.

En este punto, resulta oportuno tener en cuenta que si bien los recursos de reposición deben, en principio, ser resueltos de plano, la autoridad administrativa al analizar dichos recursos de reposición, puede proceder al decreto y práctica de pruebas, bien sea de oficio o a solicitud de partes. En el caso concreto se encuentra que **COMCEL** si bien podía requerir y allegar pruebas junto con el recurso de reposición interpuesto, no lo hizo por decisión propia.

Lo anterior evidencia ampliamente por una parte, que la CRT dio la suficiente oportunidad a **COMCEL** de participar activamente dentro del trámite administrativo y, por otra, que **COMCEL** en ejercicio de sus derechos y en defensa de sus intereses, efectivamente participó activamente dentro del mismo ejerciendo los derechos que le corresponden, dándose así estricto cumplimiento a los postulados propios del debido proceso y, particularmente, a los contenidos en los artículos 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, de tal suerte que **COMCEL** estuvo al tanto de cada uno de los pasos previos adelantados por la CRT que sirvieron de base para la construcción y adopción de la decisión que aquí se recurre. En efecto, desde el 26 de diciembre de 2009 **COMCEL** tuvo conocimiento del análisis específico referente a su posición en el mercado Voz Saliente móvil, razón por la cual no resulta acorde con la realidad afirmar que sólo hasta el 6 de marzo de 2009 **COMCEL** recibió sorpresivamente la noticia sobre el trámite asociado a la decisión regulatoria en comento.

En este punto conviene recordar que en el análisis de mercados relevantes, se debe necesariamente partir de la revisión general de las condiciones de competencia de los diferentes mercados de telecomunicaciones, toda vez que sólo después de dicha revisión pueden identificarse las particularidades de los mismos, así como la posición que los operadores ostentan en estos.

¹⁴ Por los doctores José Gregorio Hernández, José Orlando Montealegre y por la firma Lloreda Camacho Abogados

Ahora bien, en lo que respecta al trámite de notificación del acto administrativo particular, al que hace referencia el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, resulta claro que, como el mismo apoderado especial de **COMCEL** lo afirma, la CRT mediante comunicación de fecha 6 de marzo de 2009, citó a dicho operador para que se notificara personalmente de la Resolución recurrida y, ante inasistencia de **COMCEL** para surtir dicha diligencia dentro del término legalmente contemplado para tales efectos, fue preciso proceder a la fijación de la notificación por edicto, lo cual tuvo lugar el 17 de marzo de 2009.

Así las cosas, es claro que los trámites, diligencias y procedimientos que se cumplieron con antelación a la expedición de una decisión definitiva, dentro del trámite de una actuación administrativa, contenían tanto elementos propios de aquéllas de carácter general y abstracto, como de aquéllas asociadas a las actuaciones particulares y concretas. De esta forma, los argumentos y elementos de análisis presentados por **COMCEL** fueron evidentemente tenidos en cuenta para la adopción final de una decisión particular, como consecuencia de su participación activa dentro de la misma, tal y como lo reconoce el propio recurso (Folio 68).

Por otro lado, debe mencionarse que en aplicación de los principios que informan las actuaciones administrativas, resulta procedente que entre una actuación administrativa de carácter general y una de carácter particular existan "vasos comunicantes" o inclusive elementos comunes. En efecto, la aplicación de dichos principios imponen a las autoridades adelantar las actuaciones administrativas dando aplicación a los principios de economía¹⁵, celeridad¹⁶ y eficiencia¹⁷, de tal suerte que en aplicación de dichos postulados las diligencias que se realizan como parte de una actuación administrativa general puedan hacer parte de una de carácter particular, siempre con el respeto y aplicación del debido proceso administrativo.

Como bien se sabe, en esa materia el único postulado inviolable e insoslayable es el de que en todo caso deben garantizárseles plenamente a los interesados el debido proceso y el derecho de defensa, el cual, en el caso concreto, fue salvaguardado por la CRT como se evidencia de lo indicado anteriormente.

En efecto, **COMCEL** ha tenido no sólo las instancias y oportunidades definidas por el Código Contencioso Administrativo, sino muchas más que ha otorgado la Comisión para efectos de poder ejercer su derecho de defensa y para exponer las razones de naturaleza técnica, económica y jurídica que sustentan su posición, las cuales fueron detalladamente analizadas y contestadas por la CRT tanto dentro del trámite administrativo, como en instancia de vía gubernativa, a través del presente acto. Así mismo, **COMCEL** también tuvo la oportunidad de conocer todos los documentos, estudios y conceptos de los consultores externos de la CRT, así como los comentarios y apreciaciones presentadas por los diferentes agentes del sector.

Por otra parte, en relación con lo expuesto por el recurrente frente al efecto que tiene lo dispuesto en el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones en relación con la fecha máxima establecida por el mismo para la expedición de la regulación enfocada hacia mercados relevantes, se considera oportuno aclarar que el hecho que el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones establezcan un plazo para la adopción de determinadas medidas regulatorias, implica la imposición de una obligación en términos de tiempo máximo para la definición de los asuntos allí contenidos, mas no implica que al cumplirse el mismo la CRT pierda la competencia y facultad regulatoria encomendada por el marco legal y reglamentario vigente y, que por lo tanto, ya no pueda volver a hacer análisis de competencia que verifiquen y constaten que en un mercado determinado existe o no posición de dominio para efectos de la determinación de las medidas regulatorias pro competitivas a que haya lugar. Una interpretación de tal naturaleza implicaría concluir,

¹⁵ El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo se refiere al principio de economía así: "En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa."

¹⁶ El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo se refiere al principio de celeridad así: "En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario."

¹⁷ El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo se refiere al principio de eficacia así: "En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado."

erróneamente, que la CRT ya no podría volver a analizar la situación de **COMCEL** en el mercado "Voz Saliente Móvil" y, por lo tanto, ajustar, modificar o eliminar las medidas regulatorias adoptadas en caso que la falla de mercado identificada así lo demande.

En efecto, las competencias regulatorias de la CRT, no tienen la virtualidad de extinguirse en el tiempo, es decir que las mismas no caducan, además porque no provienen de manera exclusiva del Decreto 2870 de 2007, como se vio anteriormente. Sin embargo, el mismo decreto 2870 de 2007 prevé que estas funciones no se agotan con el cumplimiento del plazo establecido como por ejemplo lo disponen los incisos finales de los artículo 10 y 13 de dicha norma. Lo anterior, toda vez que, como bien lo ha explicado la H. Corte Constitucional, las funciones de regulación constituyen una actividad continua de análisis y seguimiento del comportamiento del mercado, con el fin de adoptar las medidas o decisiones que sean del caso para promover la competencia y salvaguardar los derechos de los usuarios.

Así mismo, resulta oportuno mencionar que la CRT, como autoridad administrativa encargada de la regulación del mercado de telecomunicaciones, debe velar por el efectivo cumplimiento del interés general y, precisamente, en aplicación de los límites propios de dicho interés, adelantó en este caso particular una actuación administrativa que le otorgó a **COMCEL** y a los demás agentes interesados, la oportunidad y el derecho de participar activamente y de manera suficiente, entregando información, pruebas, observaciones y comentarios, todos los cuales fueron analizados, revisados y tenidos en cuenta para efectos de la estructuración y adopción de la decisión recurrida.

De otra parte, en relación con el cuestionamiento expuesto por **COMCEL** en relación con la legalidad y constitucionalidad del Decreto 2870 de 2007 y la solicitud de inaplicación de dicha norma por parte de la CRT, debe mencionarse que aún cuando **COMCEL** puede controvertir la constitucionalidad de un Decreto reglamentario la excepción de inconstitucionalidad exige el cumplimiento de unos requisitos y formas jurídicas expuestas por la propia Corte Constitucional, con el fin de garantizar el principio de legalidad y la seguridad jurídica.

Al respecto, vale la pena traer a colación lo expuesto también por la Corte Constitucional en Sentencia C-600 de 1998, donde dijo:

"En cambio, la hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.

La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla.

Como lo ha expresado esta Corte, el principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución.

En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva. Es cabalmente la inobservancia de ese deber lo que provoca, bajo el imperio de la actual Constitución, el ejercicio de la acción de cumplimiento, de la cual es titular toda persona, y la verificación acerca de si aquél ha sido o no acatado constituye el objeto específico de la sentencia que el juez ante quien dicha acción se instaure debe proferir.

2006
2000

25

Se parte del supuesto -que puede ser descartado- según el cual la norma puesta en vigor por el órgano o funcionario competente se ajusta a la Constitución, en virtud de una presunción que asegura el normal funcionamiento del Estado, con base en la seguridad jurídica de la cual requiere la colectividad.

Si esa presunción no es desvirtuada, la norma debe aplicarse; las personas -particulares o públicas- cobijadas por ella deben obedecerla; y la autoridad a la que se ha encomendado su ejecución incurre en responsabilidad, al violarla, si omite la actividad que para tal efecto le es propia o hace algo que se le prohíbe. Así lo consagra expresamente el artículo 4, inciso 2, de la Carta Política, según el cual "es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades"; y lo confirma el artículo 6 ibídem cuando proclama que los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Por vía abstracta, según lo dicho, la presunción en referencia solamente puede ser desvirtuada mediante fallo de inexecutableidad proferido por la Corte Constitucional, o de nulidad por inconstitucionalidad, dictado por el Consejo de Estado, según la jerarquía de la norma examinada. Este último, según la propia Constitución (art. 238), tiene además la potestad de suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. Pero -claro está-, si se trata de actos administrativos de carácter general, o de una norma con esa misma fuerza, la suspensión provisional también tiene normalmente el mismo efecto abstracto, que no desvirtúa de modo definitivo la presunción de constitucionalidad y legalidad del acto administrativo, pero que lo priva temporalmente de todo efecto jurídico, a la espera del fallo.

Por vía concreta, frente a la indicada regla general, resulta extraordinario el caso en el que la autoridad que tiene a su cargo aplicar la norma puede legítimamente abstenerse de hacerlo, y más todavía, está obligada a esa abstención, por razón de encontrarla incompatible con la Constitución Política. Esta, que es norma de normas, debe prevalecer y ser aplicada a cambio del precepto inferior que la vulnera.

La inaplicación de una norma de jerarquía inferior con apoyo en el artículo 4 de la Carta supone necesariamente la incompatibilidad entre su contenido y el de los preceptos constitucionales. Si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar.

(...)

Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí".

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la

vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe.

De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas."

En este sentido, resulta claro que la solicitud presentada por **COMCEL** debe evidenciar una evidente y notoria contradicción, un grave y flagrante antagonismo entre lo dispuesto en el Decreto 2870 de 2007 y el orden constitucional, el cual debe ser de tal tenor que ni siquiera requiera de argumentaciones y análisis jurídicos adicionales. En el caso concreto se encuentra que incluso en la demanda de nulidad contra el Decreto 2870 de 2007 que se cursa ante el Consejo de Estado, ni siquiera se solicitó a dicho Tribunal la suspensión provisional de dicho decreto, suspensión que sólo procede cuando resulte evidente la contradicción entre la norma demandada y el ordenamiento jurídico superior y, en consecuencia, en el auto admisorio de la demanda no se suspendió ninguna de las disposiciones contenidas en el referido Decreto 2870. Además, **COMCEL** no ha demostrado que en el caso concreto exista tal contradicción entre el decreto mencionado y la ley.

De esta manera, no puede aceptarse que sin justificación jurídica se busque la inaplicación del Decreto 2870 de 2007 pues debe demostrarse con razones contundentes, que hay **una clara incompatibilidad** entre el orden jurídico superior y el Decreto en mención, por lo que debe darse prevalencia al principio de legalidad.

Finalmente, debe mencionarse que resulta abiertamente contradictoria la argumentación expuesta por el apoderado especial de **COMCEL**, toda vez que mientras alega que las funciones de la CRT no provienen directamente de la Constitución Política, sino de la Ley, al mismo tiempo, le demanda desconocer las Leyes y reglamentos que le asignan sus funciones so pretexto de aplicar directamente la Constitución Política.

Por las razones precedentes, el cargo propuesto no procede.

2.3. Violación del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

En este aparte del escrito de reposición el apoderado de **COMCEL** comienza su argumentación explicando que si bien la Constitución Política no consagra expresamente el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como sí lo hace la Constitución Española, la Corte Constitucional ha reconocido tal principio como propio del Estado colombiano y procede a citar sentencias de la H. Corte que sustentan su afirmación.

Explica el recurrente que la Corte ha delimitado claramente la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, señalando que cualquier acto arbitrario viola de plano la Constitución Política y que en el caso concreto lo que ha sucedido es que la CRT ha sido arbitraria porque si la arbitrariedad le está vedada a las autoridades administrativas en ejercicio de competencias discrecionales, mucho más grave será la arbitrariedad en el ejercicio de potestades regladas.

Considera el recurrente que en *"este caso, la CRT, por sí y ante sí, decidió inaplicar el procedimiento administrativo establecido en el libro primero del CCA, impidiendo a COMCEL ejercer su derecho de defensa y solicitar la práctica de pruebas, pese a que el artículo 1º de tal Código se lo imponía."* Afirma que la decisión de acatar la Ley no es una decisión discrecional que la Constitución le haya otorgado a la CRT, pues la Administración es la llamada a dar cumplimiento a la Ley en un Estado Social de Derecho y manifiesta que *"la actuación de la CRT ha sido, de lejos, la mayor arbitrariedad cometida en el sector de las telecomunicaciones en su historia"*.

Continúa explicando que la arbitrariedad no sólo se manifiesta en la inaplicación del procedimiento y las formalidades del CCA. Al respecto, indica que sólo desde la publicación de la Resolución CRT 2058 de 2009, surtió efectos legales la determinación de los mercados relevantes allí efectuados, por lo que sólo desde ese momento podía la administración realizar los análisis de competencia sobre los mismos con efectos sobre terceros, en orden a determinar la existencia o no de posición de dominio en el mercado.

Así, considera el recurrente que sólo a partir de ese momento la CRT debió haber abierto una actuación administrativa contra **COMCEL**. Sin embargo el *"análisis de competencia que da lugar a que COMCEL sea declarado operador con posición dominante, se lleva a cabo con el concurso del*

interesado, en tan sólo un día, el 26 de febrero, pues el 27 de febrero fue expedida la resolución que se recurre". Sobre el particular, considera que no puede entenderse cómo un análisis de tal magnitud pudo adelantarse en sólo un día, lo que evidencia para el recurrente el actuar arbitrario de la administración.

Advierte también el recurrente que si la CRT sostiene que el análisis que condujo a "determinar la posición dominante de **COMCEL** en el mercado relevante de voz saliente móvil fue llevado a cabo antes de la expedición de la resolución 2058 de 2009 ... ello evidencia que la CRT ejerció su competencia de determinar la posición dominante en los mercados relevantes, **ANTES** de que estos mercados existieran jurídicamente, haciendo producir efectos retroactivos a un acto administrativo de carácter general".

Consideraciones de la CRT

Como punto de referencia fundamental para abordar este asunto, es necesario empezar por precisar cuál es el significado de la palabra *arbitrariedad*. En el lenguaje común esta palabra se usa para referirse a aquél "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho."¹⁸ Por su parte, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha acudido a este concepto para diferenciar el ejercicio legítimo de una facultad discrecional del actuar caprichoso de la administración.

Así, la H. Corte Constitucional ha señalado que, si bien es posible que el legislador otorgue a la Administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el fin de facilitar la consecución de los fines estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas, las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo¹⁹. Y, en este mismo sentido, ya desde tiempo atrás el Consejo de Estado había sostenido:

"De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio [...]"

"Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

"Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que

¹⁸ Diccionario de la Lengua Española.

¹⁹ En este sentido se encuentran las sentencias C-108 de 1995, MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; la C-1173 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la T-064 de 2007, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. [...] ²⁰ (Se resalta)

En este sentido, es preciso mencionar que la decisión adoptada en la Resolución recurrida, no corresponde a un actuar caprichoso de la CRT. En efecto, dicha decisión se ampara en los análisis profundos y rigurosos de las condiciones de competencia en los mercados de telecomunicaciones, los cuales arrojaron una serie de resultados y de evidencias que implican la adopción de decisiones en ejercicio de la facultad de la CRT para expedir regulación *ex ante* para el sector de telecomunicaciones y, en este mismo escenario, para constatar qué agentes ostentan posición de dominio en un mercado relevante, lo cual surge como una realidad económica en el mismo.

Así, en el caso concreto, la actuación de la CRT responde a criterios objetivos, de análisis de mercado, obrando con total transparencia a lo largo de todo el proceso, en el cual publicó todos los estudios, conceptos, asesorías, documentos de trabajo, borradores y demás elementos de análisis que utilizó y, además, tuvo la diligencia de contratar a reconocidos consultores nacionales y extranjeros en distintas disciplinas, publicando la totalidad de los conceptos y estudios emitidos por éstos sin modificación alguna. De esta forma, es evidente que el hecho de que la decisión de la CRT resulte contraria al querer del recurrente, ello de ninguna manera la califica de "caprichosa", "antojadiza" o "arbitraria".

En este contexto, es preciso tener en cuenta que para el recurrente, la arbitrariedad se manifestó en la supuesta falta de aplicación del procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo para la expedición de los actos particulares y concretos, situación que quedó desvirtuada en el análisis expuesto en el cargo anterior, donde se evidenció que la CRT dio aplicación tanto al debido proceso asociado a las actuaciones administrativas de carácter particular y concreto, como a los principios que informan dichas actuaciones administrativas.

Así mismo, el recurrente también considera que la arbitrariedad se genera porque a su juicio, sólo le era dable a la CRT efectuar el análisis de competencia para establecer qué operadores ostentaban posición de dominio y dar inicio a un procedimiento para esos efectos, a partir de la expedición de la Resolución 2058 de 24 de febrero de 2009, proferida por la misma Comisión. Al respecto, debe mencionarse que es errado pretender condicionar el ejercicio de las facultades regulatorias para definir a los operadores con posición dominante a la expedición de una Resolución que no constituye -ni tampoco podría constituir- el fundamento del ejercicio de potestad alguna de la CRT. Lo anterior, en la medida en que la facultad otorgada a la CRT proviene directamente de la Ley y de sus Decretos reglamentarios, como ya quedó dicho anteriormente, y no de lo establecido en la Resolución 2058 de 2009; así, mientras las disposiciones que le otorgan competencias a la CRT se encuentren vigentes -como ciertamente lo están-, la Comisión puede y debe ejercerlas, sin que sea dable condicionar la posibilidad de su ejercicio al cumplimiento de cualquier otro requisito adicional no previsto por el legislador.

De lo anterior se concluye entonces que la actuación de la CRT, lejos de ser arbitraria, fue en realidad el resultado del ejercicio de una facultad que encuentra sustento en la propia Ley, por lo que no son de recibo los reproches esgrimidos en este punto por el apoderado especial de **COMCEL**.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que 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 llevados a cabo y, por lo tanto, los mercados respecto de los cuales sería necesario adoptar medidas regulatorias *ex ante*, ni tampoco los operadores específicos que ostentaran posición de dominio en un mercado determinado, situación que fue expresamente explicada y comunicada a todos los operadores de telecomunicaciones vinculados al trámite administrativo, tal y como se expuso en detalle anteriormente.

En efecto, como se explicó en la Resolución recurrida, la CRT dentro del trámite administrativo adelantó los pasos asociados a la secuencia lógica predicable de la metodología de análisis bajo un enfoque de mercados relevantes, la cual constituye una práctica utilizada por los diferentes órganos reguladores como mecanismo para analizar las condiciones de competencia, en la cual debe partirse de lo general, para posteriormente y con base en los desarrollos y evidencias identificadas,

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de Octubre 22 de 1975. Consejero Ponente, doctor Luis Carlos SÁCHICA.

culminar en el análisis particular de cada mercado, constatando si se presenta o no posición de dominio de alguno de los agentes en el mismo. De esta forma, lo que ocurrió en el caso que se analiza, no es más que el claro reflejo de un proceso lógico deductivo, en el que la CRT al examinar una realidad comenzó a hacerlo de modo genérico y el desarrollo fue llevándola a conclusiones de carácter particular y concreto en un mercado dado, de tal suerte que el procedimiento de determinar los mercados relevantes y la constatación de la existencia de posición de dominio en ellos se realizó de manera concomitante y no como parece entenderlo el apoderado de **COMCEL** en el sentido de que sólo hasta la expedición de la Resolución CRT 2058 de 2009, podía la Comisión entrar a estudiar la posición de los diferentes agentes en cada mercado.

Adicionalmente, debe reiterarse que la metodología de análisis por mercados relevantes constituye una herramienta técnica de análisis de mercado, a través de la cual se ejercen las funciones de regulación, que en este caso le han sido encomendadas a la CRT. En este sentido, dicha metodología no debe estar contemplada de manera expresa y detallada en las normas que le otorgan competencias a la Comisión, toda vez que la misma en sí misma no constituye una función, sino solamente un mecanismo técnico aceptado internacionalmente como una mejor práctica regulatoria para la revisión del comportamiento de la competencia y la adopción de las decisiones necesarias para corregir dichos problemas de competencia, en el caso de la CRT desde la perspectiva regulatoria ex ante.

Al respecto, vale la pena insistir en que **COMCEL** tuvo conocimiento de cada una de las etapas y pasos adelantados por la CRT en desarrollo del trámite administrativo inmerso en el proyecto regulatorio de "*Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia*", trámite dentro del cual participó activamente remitiendo sus comentarios, observaciones y participando en los foros y reuniones convocadas por la CRT. Así mismo, desde el 26 de diciembre de 2008, como ya se mencionó, **COMCEL** tenía noticia de los hallazgos identificados por la CRT en relación con su posición en el mercado "Voz Saliente Móvil", de tal suerte que no puede afirmarse que el proceso de análisis adelantado por la CRT se abordó en un sólo día.

Así mismo, como ya se ha expuesto en el presente acto administrativo, **COMCEL** tuvo oportunidad de presentar pruebas y todas las documentaciones que consideró necesario remitir para conocimiento y análisis por parte de la CRT. Muestra de ello es que en la comunicación de fecha 2 de febrero de 2009, dicho operador remitió sus comentarios y análisis técnicos y jurídicos con los cuales contradecía lo propuesto por la CRT y presentó el documento 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 distintos abogados²¹.

De lo anterior se concluye entonces que la actuación de la CRT, lejos de ser arbitraria, fue en realidad el resultado del ejercicio de una facultad que encuentra sustento en la propia Ley, por lo que no son de recibo los reproches esgrimidos en este punto por el recurrente.

Finalmente, con relación a lo afirmado por el apoderado especial de **COMCEL S.A.** en el sentido que "*la actuación de la CRT ha sido, de lejos, la mayor arbitrariedad cometida en el sector de las telecomunicaciones en su historia*", la misma resulta por lo menos temeraria, toda vez que no sólo no cuenta con ningún tipo de soporte probatorio, sino que corresponde simplemente a la mera opinión del apoderado, la cual se encuentra alejada del deber de respeto que debe tener frente a las actuaciones de cualquier autoridad pública, en este caso de la CRT.

Por las razones precedentes, no procede el cargo formulado.

2.4. Violación del artículo 209 de la Constitución Política

El recurrente en este cargo manifiesta que la Corte Constitucional ha señalado que los procedimientos administrativos, además de sujetarse al debido proceso constitucional, están vinculados a los principios que fundamentan la función administrativa, contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, citando jurisprudencia tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional sobre el particular.

²¹ Por los doctores José Gregorio Hernández, José Orlando Montealegre y por la firma Lloreda Camacho Abogados

Afirma que "la CRT violó el principio de la moralidad administrativa, al expedir un acto administrativo definitivo, particular y concreto que afectó los intereses de **COMCEL** sin el cumplimiento del procedimiento administrativo establecido en el libro primero del CCA, que sin lugar a duda alguna, resultaba aplicable."

También manifiesta "que la inobservancia del artículo 1° del CCA por parte de la CRT, pese al claro mandato que contiene, no puede calificarse menos que de grosera, pues no puede existir una interpretación de tal articulado, razonable y conforme la Constitución Política, que conduzca a entender las normas del CCA de la manera que más perjudique al administrado y menos promueva el debido proceso y el derecho de defensa". Así mismo, advierte que "desafortunadamente es necesario concluir que la inaplicación grosera del CCA, pese al claro mandato legal -que no deja lugar a dudas-, no puede obedecer a nada distinto que a la intención manifiesta de los miembros de la CRT de vulnerar su deber de cumplir con los mandatos legales que le imponen garantizar al administrado el ejercicio de su derecho de defensa y del debido proceso conforme a los términos y las formalidades de cada procedimiento, antes de la expedición del acto administrativo que afecta sus derechos."

Al respecto, afirma también que la única explicación "plausible para el proceder de la CRT, es que, en aras de regular a **COMCEL**, decidió intencionalmente no aplicar a **COMCEL** el procedimiento dispuesto por la Ley para la formación de actos administrativos definitivos de carácter particular y concreto, pues poco creíble es que ello haya obedecido a un descuido involuntario". Previa transcripción de algunos apartes de los conceptos rendidos por los abogados que asesoraron el apoderado especial de **COMCEL** "que el incumplimiento del deber legal de aplicar el libro primero del CCA para garantizar el debido proceso de **COMCEL**, fue intencionalmente provocado por la CRT, como quiera que hasta sus asesores externos especializados le había advertido de la inconstitucionalidad e inviabilidad jurídica de un proceder contrario, razón para concluir enfáticamente que la CRT violó el principio de moralidad administrativa."

Consideraciones de la CRT

En relación con lo expuesto por el recurrente en relación con la contradicción al principio de moralidad administrativa, esto es "el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios del buen funcionario"²², debe la CRT recalcar que su actuar no se ha alejado de las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo ni en la Ley; todo lo contrario ha actuado de manera diligente y conforme a los cuidados del buen funcionario. La CRT ha dado aplicación rigurosa a las etapas e instancias contenidas en el mismo, para lo cual informó a **COMCEL** sobre el inicio de un trámite administrativo tendiente a la definición de mercados relevantes, a la identificación de posición de dominio en los mismos y a la determinación de las medidas regulatorias aplicables, comunicó y citó a todos aquéllos agentes que pudieran resultar interesados del desarrollo y resultados de la actuación administrativa, dio oportunidad tanto a **COMCEL** como a todos los agentes del sector de telecomunicaciones de allegar documentos, pruebas, análisis y consideraciones en relación con cada uno de los avances que se iban dando en el trámite administrativo²³.

En este punto resulta importante recalcar que la CRT puso en conocimiento de **COMCEL** los hallazgos identificados en relación con su posición en el mercado "Voz Saliente Móvil", situación expuesta detalladamente en los documentos publicados por la CRT el 26 de diciembre de 2008, documento respecto del cual tuvo la oportunidad de pronunciarse ampliamente. En efecto, como ya se mencionó en este acto administrativo, **COMCEL** no sólo remitió sus propias consideraciones sobre el particular, sino que también allegó como parte de su argumentación, los análisis económicos elaborados por su consultor, así como los conceptos y consideraciones jurídicas formuladas por tres firmas diferentes de abogados, elementos que fueron previamente analizados en detalle por la CRT para efectos de la adopción de la decisión que se recurre.

De esta forma, es evidente que antes de tomar una decisión de fondo, se le dio la oportunidad a **COMCEL** de exponer sus argumentos, tanto por escrito como en una reunión llevada a cabo en las instalaciones de la CRT con el acompañamiento de los consultores económicos de dicho operador.

²² Definición adoptada mediante la Ley 472 de 1998. El Consejo de Estado, ha definido "... la moralidad administrativa es un concepto que no es inmanente al ser, es una guía, un derrotero que aplica como principio al ejercicio del poder en especial de la función administrativa que se convierte en un marco bajo el cual se deben ejercer las funciones."

²³ Lo aquí expuesto se evidencia claramente con la simple revisión del expediente y de la página web de la CRT en la cual se relacionan cada una de las actividades y publicaciones realizadas.

Así mismo, la CRT procedió a la notificación de la decisión de carácter particular y concreto, concediendo el recurso de reposición que aquí es objeto de análisis.

Así, el actuar de la CRT está sustentada en las pruebas y en los documentos que están incorporados en los expedientes de la actuación administrativa, documentos que siempre estuvieron a disposición de **COMCEL** y que fueron conocidos, revisados y analizados por dicho operador en diversas ocasiones durante el trámite adelantado.

Si bien la CRT es respetuosa del derecho de defensa de los administrados y genera en consecuencia los escenarios y espacios necesarios para que dicho derecho pueda materializarse, no puede admitir que so pretexto de dicho derecho, **COMCEL** a través de su apoderado especial realice afirmaciones totalmente contrarias a la verdad, que pretenden generar un manto de duda sobre el actuar transparente adelantado por la Comisión. Lo anterior, no sólo porque la CRT efectivamente dio aplicación a los postulados del Código Contencioso Administrativo, como anteriormente se demostró, sino también porque su actuar siempre ha estado rodeado de análisis técnicos y de mercado rigurosos, que involucran el cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias, independientemente del agente de que se trate o que resulte destinatario de obligaciones regulatorias.

Así mismo, es de mencionar que la referencia que se realiza a los conceptos emitidos por los consultores jurídicos²⁴ de la CRT resulta descontextualizada llegando a conclusiones erróneas, como ya se había explicado. En efecto, el concepto en comento claramente indica que el procedimiento que hasta ese momento había adelantado la CRT como antecedente para la expedición del proyecto regulatorio, constituía también el sustento de los actos administrativos particulares y concretos a través de los cuales se llegara a constatar esa posición de dominio.

Finalmente, es del caso mencionar que la afirmación del recurrente en el sentido de que existe una *"intención manifiesta de los miembros de la CRT de vulnerar su deber de cumplir con los mandatos legales que le imponen garantizar al administrado el ejercicio de su derecho de defensa y del debido proceso (...)"*, resulta por lo menos temeraria, toda vez que no sólo no cuenta con ningún tipo de soporte probatorio, sino que corresponde simplemente a la mera opinión del apoderado, la cual se encuentra alejada del deber de respeto que debe tener frente a las actuaciones de cualquier autoridad pública, en este caso para con la CRT.

Por las razones precedentes, no procede el cargo formulado.

2.5. Violación del artículo 83 de la Constitución Política.

En este cargo el recurrente hace referencia al principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política y cita jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en la cual se explica el alcance de dicho principio.

Afirma el apoderado especial de **COMCEL** que la actuación de la CRT se ha alejado del principio de la buena fe, pues la Resolución cuya expedición se anunció al público y que así mismo fue objeto de comentarios por operadores, asociaciones y usuarios, entre ellos **COMCEL**, era de carácter general, y bajo tal premisa se efectuó dicha participación, en los términos del Decreto 2696 de 2004.

Expone que **COMCEL** en cumplimiento del principio de buena fe, informó a la CRT que se transgrediría el ordenamiento jurídico si mediante acto administrativo general se creaban situaciones particulares y concretas. No obstante, el recurrente afirma que *"la actitud de la CRT a ese respecto ha sido absolutamente contraria a la buena fe, pues en vez de iniciar un procedimiento administrativo contra COMCEL, habida cuenta de que su análisis le conducía a concluir la existencia de una posición dominante, la entidad produjo de plano un acto administrativo definitivo, particular y concreto contra COMCEL, que necesariamente debía estar -y no estuvo- precedido de la apertura de una actuación administrativa contra tal empresa en los términos del CCA."* Agrega que *"mientras COMCEL actuaba de buena fe mediante la participación en el proceso de la expedición de un acto administrativo general, conforme el decreto 2696 de 2004, la CRT traicionaba tal actitud mediante la imposición de un acto administrativo particular que no fue fruto del procedimiento establecido por la ley."*

²⁴ El apoderado de **COMCEL** hace referencia a algunos apartes del concepto elaborado por la firma ESGUERRA, BARRERA, ARRIAGA S.A.

Adicionalmente, indica el recurrente que *"la CRT, al expedir la resolución 2062, no observó la conducta inicialmente desplegada por ella, ni fue consecuente con su actuación precedente -el anuncio de la expedición de una resolución de carácter general-. Por esta vía sorprendió a mi poderdante, quien asumía que, en clara correspondencia con su actitud de buena fe, la CRT notificaría la apertura de un procedimiento administrativo en su contra en los términos del Libro Primero del CCA, sin imaginar siquiera que iba a ser objeto de medida tan arbitraria."*

Finaliza su argumentación afirmando que *"resulta entonces desafortunado el mensaje que envía la CRT al sector de las telecomunicaciones, en el sentido de que está dispuesta a todo con tal de lograr los fines que la animan, y que no importan los medios para conseguir objetivos políticos previamente trazados, en una actitud que sólo es explicable por una especial animadversión institucional contra mi representada."*

Consideraciones de la CRT

En relación con este cargo se encuentra nuevamente que el reproche planteado por el recurrente radica en que no todas las actividades que desarrolló la CRT y que de una u otra forma fueron antecedentes de la conclusión que se concretó en el acto administrativo recurrido formaron parte estrictamente de una única actuación administrativa de carácter particular y concreto, como el recurrente considera que correspondía. Y la supuesta mala fe habría radicado específicamente en el hecho de que algunas de tales actividades se hubieran cumplido en el marco de actuaciones generales que la CRT llevó a cabo previamente.

Con esa conducta la Comisión habría traicionado la confianza legítima de **COMCEL**, que consideraba ser titular de un "derecho" a que todo lo relacionado con el análisis y la decisión relativos a la posible existencia de posición dominante suya en los mercados relevantes de telecomunicaciones, forzosamente había de estar inscrito en una sola y misma actuación administrativa que tuviera nombre propio. Y que, al parecer también consideraba tenerlo a que su participación en las actuaciones generales que se cumplieron previamente por la CRT entre otras con intervención suya hubiera sido una participación carente de toda trascendencia particular para ella.

Lo que no dice el recurso es de dónde se derivan tales derechos. Porque así como abunda en referencias jurisprudenciales y doctrinales relacionadas con la buena fe como categoría jurídica, es de parco en cuanto a la expresión de la base de los derechos que argumenta tener. En este caso, no puede perderse de vista que los trámites, diligencias y procedimientos que se cumplieron con antelación dentro de una actuación administrativa que tenía elementos propios tanto de una actuación de carácter general como de una actuación de carácter particular que fueron tenidos en cuenta para la adopción final de una decisión particular, no se desarrollaron a espaldas de **COMCEL**; todo lo contrario, a dicho operador se le garantizó la posibilidad de participar de manera suficiente dentro del trámite administrativo, respetando cabalmente su indiscutible derecho de audiencia, tal y como lo reconoce el propio recurrente quien en el recurso de reposición afirma que **COMCEL** participó en esa actuación administrativa, cuyo objetivo y propósito fue delimitado y establecido desde el inicio mismo del proceso de análisis.

De esta manera resulta claro que en ningún caso se generó el "engaño" que forzosamente implica una violación de la buena fe, ni tampoco una falta de lealtad o traición a la confianza debida. El actuar de la CRT en este caso concreto, como en las demás actuaciones que adelanta, estuvo y está rodeado de la transparencia e imparcialidad propia de las autoridades administrativas, generando los espacios y escenarios de debate necesarios, para que todos los agentes, incluido **COMCEL**, tuvieran la oportunidad de participar activamente dentro de la actuación administrativa que tenía como propósito la definición de mercados relevantes en el mercado de telecomunicaciones, el análisis de competencia en éstos, la identificación y constatación de los operadores que ostentaran posición de dominio en los mismos y la determinación de las medidas regulatorias pro competitivas aplicables.

En este punto debe insistirse en lo expuesto anteriormente en el sentido que las actuaciones administrativas de carácter particular y concreto y las actuaciones administrativas de carácter general y abstracto, pueden tener elementos comunes, como en este caso se presentó.

Finalmente, en cuanto a la desafortunada expresión del apoderado especial de **COMCEL** en el sentido que la Comisión "...*está dispuesta a todo con tal de lograr los fines que la animan, y que no importan los medios para conseguir objetivos políticos previamente trazados, en una actitud que sólo es explicable por una especial animadversión institucional contra mi representada*", resulta por lo menos temeraria, toda vez que no sólo no cuenta con ningún tipo de soporte probatorio, sino que corresponde simplemente a la mera opinión del apoderado, la cual se encuentra alejada del deber de respeto que debe tener frente a las actuaciones de cualquier autoridad pública, en este caso por parte de la CRT, entidad que no obstante lo anterior hace caso omiso a tales aseveraciones y, en consecuencia, analiza los supuestos jurídicos, técnicos y económicos que sustentan el recurso de reposición presentado con independencia de las mismas, como en efecto se ha hecho a lo largo del presente acto.

Por las razones expuestas, el cargo propuesto no procede.

2.6. Falsa motivación por error manifiesto de apreciación de la dominancia en el mercado de voz móvil saliente en Colombia. Expedición irregular del acto por falta de motivación suficiente de la decisión de declarar a COMCEL operador con posición dominante.

En este aparte del recurso de reposición, el apoderado especial de **COMCEL** expresa que los argumentos expuestos tienen como propósito "*demostrar que al constatar la posición dominante de COMCEL, la CRT no demuestra la existencia de los hechos en que se basa, manipula otros, sobrevalora los hechos que le convienen e infravalora los demostrados por COMCEL, incurriendo en falsa motivación de la resolución 2062.*"

Así mismo, advierte que la falta de motivación del acto administrativo genera "*un vicio de nulidad por expedición irregular del acto, al no haber sido expedido con el cumplimiento de las formalidades impuestas por el ordenamiento jurídico*" y que en el caso de la Resolución CRT 2062 de 2009, la "*CRT omitió sustentar variados aspectos en su decisión de declarar a COMCEL operador con posición dominante en el mercado de voz saliente móvil, con lo que ha incurrido en la expedición irregular del acto, tratándose de aspectos que, de haber sido abordados por la CRT, hubiese conducido a otra decisión.*"

2.6.1 Sobre "el análisis unidimensional de la CRT".

Argumenta **COMCEL** que los modelos teóricos en los que descansa la preocupación de la CRT sobre los efectos perjudiciales para la competencia entre redes que trae la diferenciación de precios on-net y off-net, parten de supuestos equivocados o que no necesariamente se cumplen para el caso de Colombia. Adicionalmente, recalca **COMCEL** que ni siquiera es él el operador con la tarifa off-net más alta de la modalidad prepago, si no es TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., en adelante TELEFÓNICA.

Continúa **COMCEL** afirmando que un regulador no puede soportar sus decisiones tan solo en ideas y argumentos teóricos sin sustentar de manera rigurosa su posición, en particular cuando pretende establecer medidas regulatorias sobre dicho operador. De manera rigurosa, afirma **COMCEL**, ha demostrado empíricamente que la cuota de mercado propia es superior a los demás competidores por ofrecer permanentemente precios más bajos, y por el contrario ha demostrado que la presencia de tarifas on-net y off-net nada tiene que ver con su evolución de la cuota.

De acuerdo con los argumentos expuestos por **COMCEL**, la CRT insiste en explicar que el problema de dominancia de **COMCEL** se debe a que tiene un tamaño "grande", y que la explicación de su tamaño se debe en un 100% a la presencia de tarifas diferenciales on-net y off-net. Argumenta **COMCEL**, que no obstante la CRT reconoce que todos los operadores móviles en Colombia (y en general a nivel mundial) utilizan esta política de precios, la CRT afirma que la dominancia de **COMCEL** se explica por su elevada cuota de mercado, la cual a su vez es explicada totalmente por la presencia de tarifas on-net y off-net.

En este sentido, **COMCEL** asegura que ha jugado un papel importante en el carácter competitivo del mercado móvil en Colombia. Así mismo, afirma que el abaratamiento del precio de **COMCEL** frente al de sus competidores en el mercado: TELEFÓNICA, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., en adelante COLOMBIA MÓVIL, y AVANTEL S.A., en adelante AVANTEL, ha sido el factor determinante que explica la evolución de la cuota de mercado de **COMCEL** y, por lo tanto, su participación no se

2009

76

debe a que ofrezca los precios más altos o servicios de peor calidad que la de sus competidores, sino por el contrario **COMCEL** se constituye como el operador de mayor tamaño en el mercado por ofrecer los precios más bajos. Por el contrario, el diferencial de tarifas on-net y off-net no juega papel alguno en la explicación de la cuota y el crecimiento del operador.

Consideraciones de la CRT

En relación con este cargo, la CRT debe en primer lugar aclarar que el llamado vicio de falsa motivación no puede ni refundirse con el de la falta de motivación ni, menos aún, confundirse con éste. Lo anterior, porque resulta contrario a la lógica afirmar que una falta de motivación puede dar lugar a una falsa motivación, dado que una cosa no puede ser al mismo tiempo inexistente y equivocada.

Efectivamente, mientras que la *falta de motivación* del acto administrativo supone la omisión en la expresión de los motivos –razones de hecho y de derecho– en los que se sustenta determinada decisión, así como en la manifestación del razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada²⁵, la *falsa motivación*, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, tiene lugar cuando *"la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo, se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación"*²⁶.

De ahí que, como atrás se señaló, se trata de figuras de imposible concomitancia en razón a que o bien la autoridad administrativa omitió hacer expresa la motivación o, bien habiéndola expresado, ella no corresponde con los verdaderos sustentos de hecho y de derecho de la decisión, es decir, falta a la verdad.

De esta manera, mientras que la falta de motivación se encuadra dentro de la causal de nulidad de los actos administrativos referida a su expedición irregular por incumplimiento de una exigencia formal, la falsa motivación es una causal autónoma y diferente que plantea un vicio de carácter sustancial.

En este contexto resulta curioso que el propio recurrente, luego de integrar en un sólo cargo las glosas de "falsa motivación" y "falta de motivación suficiente", traiga a colación una providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 26 de julio de 2001, en la que rotundamente se afirma que *"la falta de motivación es una situación distinta a la falsa motivación, ya que aquella puede constituir un vicio de forma, cuando el acto administrativo deba ser motivado, [...] mientras la segunda situación es un vicio de fondo sustancial"*.

Ahora bien, en relación con el análisis unidimensional de la CRT, **COMCEL** argumenta que la Comisión no da evidencia empírica para sustentar que la discriminación de tarifas on y off net favorece más a los operadores más grandes, debido a que las externalidades de red y los efectos de club tienen un impacto mayor en redes más grandes.

Para efectos de dar respuesta a este argumento es preciso recordar que el propósito de una regulación ex ante, como su nombre lo indica, es la de prevenir comportamientos que atenten contra la competencia y causen un detrimento al bienestar de los usuarios, todo en concordancia con el mandato dispuesto en los artículos 333 y 365 de la Constitución Política.

Más particularmente, el análisis de las condiciones de un mercado relevante susceptible de regulación ex ante debe caracterizarse por su naturaleza prospectiva, tal y como lo manifestó la CRT en el documento de lineamientos metodológicos de agosto de 2008. En efecto, la Comisión ya ha empleado toda la información empírica disponible para la definición de mercados relevantes. A este nivel, el análisis de las condiciones de competencia debe sustentarse en un análisis económico riguroso que implica inevitablemente sustentarse en modelos económicos que expliquen la existencia de riesgos potenciales a la competencia asociados al perfil estructural y de

²⁵ Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia T-552 de 25 de mayo de 2005. Magistrado Ponente, doctor Jaime Araujo Rentería.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de nueve (9) de octubre de dos mil tres (2003). Radicación número 16718. Consejero ponente, doctor Germán Rodríguez Villamizar.

comportamiento de un operador particular y de su interacción con los demás operadores inscritos en el mercado relevante bajo análisis.

En este sentido, es de esperar entonces que tal comportamiento no haya tenido lugar todavía en el mercado móvil colombiano, sin embargo la Comisión estimó necesario instaurar medidas como las adoptadas, para prevenir que tal comportamiento se dé en el mercado. Por lo tanto, solicitar evidencia empírica que muestre el detrimento al bienestar de los usuarios y el comportamiento anticompetitivo de **COMCEL** es improcedente dado que la medida regulatoria es de tipo preventiva y no correctiva, propio de una intervención regulatoria ex ante a cargo de una Comisión de Regulación como la CRT.

No obstante lo anterior, es importante recordar que la constatación de la posición de dominio de **COMCEL** que se adelantó en la Resolución CRT 2062 de 2009, hizo uso de diversos indicadores estructurales y de comportamiento y en ningún momento se limitó a analizar exclusivamente la participación de **COMCEL** o la diferenciación de precios. Como quedó claro en el numeral 6.1 de la Resolución en mención, la CRT tuvo en cuenta los siguientes aspectos: Tamaño relativo, tamaño absoluto, competitividad de precios a nivel internacional, barreras a la entrada, fallas de mercado y finalmente, la conducta de la firma. A partir de la acumulación de dichos indicadores se pudo constatar que **COMCEL** ostenta una posición de dominio en el mercado "voz saliente móvil".

En este sentido, la medida se toma ante la abundante evidencia internacional que muestra que en efecto, habiendo identificado un operador cuya participación de mercado sobrepasa el umbral teórico y de la práctica internacional para ser considerado condición necesaria para ostentar posición dominante, el impacto de la estrategia de diferenciación de tarifas on-net / off-net presenta efectos sesgados hacia dicho operador.

Bajo este marco conceptual, soportado ampliamente por la literatura económica, la CRT hace un análisis estructural, en un momento de tiempo, del perfil transversal de la estrategia de diferenciación de tarifas en el mercado de voz saliente móvil, con el fin de ratificar que las condiciones del mercado colombiano están dadas para que los efectos de dicha estrategia sobre el operador con un perfil particular de cuota de mercado, generen una amenaza para la competencia prospectiva.

Dentro de la literatura empírica que da evidencia para soportar esta argumentación, se puede citar entre otros a Birke & Swann (2007), Kim and Kwon (2003) y Grajek (2003). Así mismo, la literatura teórica que da soporte conceptual incluye, entre otros, a Gabrielsen, Vagstad (2008), Hoernig (2007), Berger (2005), Laffont, J. Rey, P y Tirole, J. (1998). En estudios de consultoría realizados para la Comisión Europea e informes preparados en el seno de entes reguladores se pueden encontrar resultados similares. Podemos citar entre otros a Valletti, Cave (2006) y OFTEL "Effective Competition Review" (2001).²⁷

Específicamente Kim et al (2003) al analizar el mercado móvil coreano, estima un modelo de elección discreta en el que se analiza qué factores determinan la escogencia que un usuario hace de un determinado operador móvil. El estudio concluye que dentro de estos factores el tamaño de la red medido como el número de suscriptores, es esencial a la hora de tomar tal decisión. Después investigan si esta causalidad se explica por externalidades de red (inducidas por diferenciales de precios off net / on net) o por una asociación entre tamaño y calidad. La conclusión a la que llegan es que los dos efectos coexisten, aunque el primero se soporta con evidencia estadística más sólida.

Por su parte, Birke & Swann (2007) muestran que en países donde los operadores cobran tarifas diferenciadas (off net / on net) los usuarios tienden a coordinar más con su círculo social para escoger al mismo operador. Esto es evidencia que muestra que tal diferenciación de precios sí cierra las redes. Así, para un suscriptor potencial será más probable encontrar a más personas de

²⁷ El listado detallado de los artículos citados es: Birke & Swann (2007), "Network Effects, Network Structure and Consumer Interaction", Nottingham University Business School. Kim and Kwon (2003), "Advantage Network Size Acquiring New Subscribers", Information Economics and Policy, 15, 17-33. Grajek (2003), "Estimating Network Effects and Compatibility in Mobile Telecommunications", Social Science Research Center Berlin. Gabrielsen, Vagstad (2008), "Why is on-net traffic cheaper than off-net traffic?", European Economic Review, 52, 99-115. Hoernig (2007), "Onnet & Offnet Pricing on asymmetric telecommunications networks", Information Economics and Policy 19, 171-188. Berger (2005), "Bill & Keep vs cost-based access pricing revisited" Economic Letters 86, 107-112. Laffont, J. Rey, P y Tirole, J. (1998), "Network Competition. II Price Discrimination" Rand Journal of Economics 29, 38-56. Valletti, Cave (2006), "Review Certain Markets Commission's Recommendation on Relevant Markets", An Independent Report, Tanaka Business School.

926
920

↖

su círculo social en la red de un operador con más suscriptores y, en consecuencia, será mas probable que se una a ésta.

Grajek (2003) analiza los efectos de las externalidades de red en los mercados móviles polaco y alemán, construye un modelo que le permite medir el nivel de compatibilidad entre redes de diferentes operadores, mide cómo este nivel de compatibilidad cambia si se tiene, o no, en cuenta la posibilidad de diferenciar tarifas on net /off net, muestra que el nivel de compatibilidad crece de forma significativa cuando esta posibilidad se elimina y, finalmente, concluye que la discriminación de tarifas on net /off net hace que los efectos de red – que encuentra significativos como un todo – afectan las tasas de suscripción entre operadores móviles de forma diferenciada.

COMCEL argumenta que los supuestos de los modelos teóricos usados por la CRT para justificar las medidas regulatorias no aplican al mercado móvil colombiano, sin embargo no menciona específicamente cuáles son esos supuestos y porqué no aplican. Al respecto, la CRT se puso en la tarea de revisar nuevamente esos modelos para corroborar la veracidad de la afirmación hecha por **COMCEL** y se encontró el siguiente consenso, a saber: La estrategia de diferenciar tarifas on net /off net crea externalidades de red artificiales que podrían resultar en incentivos para operadores con cuotas de mercado significativas a desarrollar estrategias anticompetitivas. De los supuestos utilizados en los modelos revisados, el único que no se refleja en la realidad del caso colombiano, es el supuesto que el mercado está dividido de manera uniforme entre operadores. Sin embargo, como se verá mas adelante, este supuesto no es fundamental para llegar al consenso aludido.

El artículo teórico seminal que introdujo el tema de la diferenciación de tarifas on net / off net fue Laffont, J. Rey, P y Tirole, J. (1998). Los autores concluyen que bajo un esquema de precios lineales, es óptimo para los operadores – no para la sociedad – diferenciar tarifas on net /off net. Así mismo, concluyen que dada la existencia de un operador dominante, éste podría bloquear la entrada de potenciales competidores que pretendan entrar con redes de baja cobertura, mediante la mencionada discriminación de precios.

Hoernig (2007) estudia específicamente el equilibrio entre operadores de tamaños disímiles – supuesto apropiado para Colombia- y concluye que aun sin incurrir en un comportamiento anticompetitivo, en el equilibrio alcanzado entre el operador grande y el pequeño, se tenderá a diferenciar las tarifas on net / off net, para internalizar la externalidad de llamada, cuyo efecto es mayor en la red más grande. Esta disparidad – dice el autor – creará un déficit de cargos de acceso para el operador pequeño afectando su flujo de ingresos. Adicionalmente, existen incentivos para comportarse de forma anticompetitiva, exacerbando la diferencia entre tarifas on net / off net por parte del operador grande, para provocar la salida del pequeño.

Gabrielsen y Vagstad (2008) resuelven el siguiente enigma: Diferenciar tarifas off net / on net tiene sentido económico para un operador en un escenario en el que sólo se pueden cobrar tarifas lineales. Cuando las tarifas son de dos partes esta diferenciación deja de tener sentido económico – esto lo muestra Tirole (1998). En la realidad, sin embargo, estos dos últimos fenómenos ocurren de manera simultánea, esto es, existe diferenciación de tarifas off net / on net en presencia de tarifas de dos partes. Los autores argumentan que este fenómeno tiene sentido económico si se introducen otros dos nuevos elementos: Efectos de club y costos de transición. Se argumenta que ante la ausencia de estos dos fenómenos *es ahora aparente (de las condiciones de primer orden de la maximización del beneficio con respecto a p y q respectivamente) que para cualquier tarifa fijada por una de las firmas, para cualquier participación de mercado, la otra firma debería fijar sus precios marginales iguales a sus costos percibidos.*²⁸ Aquí se ve que lo fundamental para fijar tarifas diferenciadas es la presencia de los mencionados efectos y no el tamaño relativo de los operadores. Así mismo, concluyen que la fijación de tarifas off-net altas crea un detrimento en el bienestar de los usuarios.

Berger (2005), por su parte, muestra que la presencia de la externalidad de llamadas justifica la fijación de tarifas on net / off net diferenciadas por parte de los operadores. "Si una red baja su precio off-net, los consumidores del rival también se beneficiarán mediante la externalidad de llamadas. En equilibrio, esto conduce a precios off-net prohibitivamente elevados si β es grande"²⁹.

²⁸ "It is now readily apparent (from the first-order conditions for profit maximization with respect to p and q, respectively) that for any tariff chosen by one of the firms and for any given market share, the other firm should set marginal prices equal to perceived costs" p11

²⁹ β mide la fuerza de la externalidad de red por recibir llamadas. El valor se ubica entre 0 y 1, en donde 0 implica que no hay externalidad de red y 1 implica que recibir llamadas da exactamente la misma utilidad que hacer llamadas. Berger, Ulrich (2005), "Bill & Keep vs cost-based access pricing revisited" Economic Letters 86, 107-112.

Esto es: bajar el precio off net implica que un usuario del competidor estará mas satisfecho con su red pues recibirá mas llamadas. Así, una estrategia para hacer que éste se cambie de red, será evitar que el usuario del competidor reciba llamadas de usuarios de su red, lo que consigue mediante la fijación de tarifas off-net exageradamente altas. También muestra que si los usuarios de una red determinada valoran poco recibir llamadas y mucho hacerlas, el operador tendrá incentivos a cobrar precios off-net más altos, conforme gane más participación de mercado, generando que sus usuarios sólo puedan hacer llamadas on-net.

Como se ha explicado, el hecho de solicitar evidencia empírica para el caso colombiano que muestre que **COMCEL** se beneficia más de las externalidades de red que sus competidores es improcedente. No obstante, arriba se han documentado numerosos casos internacionales en los que se muestra empíricamente que de hecho se observa en la práctica que las externalidades benefician más al operador de mayor tamaño. Así mismo, se ha mostrado que no tiene sustento el argumento de **COMCEL** sobre la aludida incompatibilidad de los supuestos de los modelos teóricos utilizados por la CRT para justificar las medidas regulatorias adoptadas.

Indica **COMCEL** que la CRT sostiene que una participación de mercado elevada no es una condición suficiente para establecer la dominancia y el poder monopólico de determinada empresa en un mercado. No obstante, para la CRT, tal y como ha sido ampliamente documentado en la resolución recurrida, la presencia de economías de escala y de externalidades de red en el mercado de voz saliente móvil en Colombia, hacen que la participación de mercado de **COMCEL** sí tenga necesariamente injerencia en la dinámica prospectiva de la competencia de dicho mercado relevante.

Manifiesta **COMCEL** que la CRT desconoce o sobredimensiona en su explicación a la participación de mercado de **COMCEL** los siguientes elementos:

- Los menores precios que cobra **COMCEL** en relación con los precios que cobran sus competidores.
- Sobredimensiona la injerencia que la introducción de la diferenciación de las tarifas on net / off net ha tenido en la participación de mercado de **COMCEL**.
- Analiza un periodo reducido de tiempo, 2005-2008.

Como se ha mencionado en otros numerales de esta Resolución, **COMCEL** reclama la falta de evidencia empírica que justifique las medidas regulatorias adoptadas. En este caso en particular, **COMCEL** intenta demostrar que la diferenciación de tarifas on net / off net no explica la evolución de su participación de mercado. A partir de este resultado – cuestionable como se verá mas adelante – **COMCEL** concluye que la CRT carece de fundamento para tomar las medidas que tomó, pues no hay nada que muestre que está haciendo uso de su posición dominante. Sin embargo, solicitar (o proveer) evidencia empírica que muestre lo anterior es improcedente pues la medida regulatoria es preventiva y no correctiva.

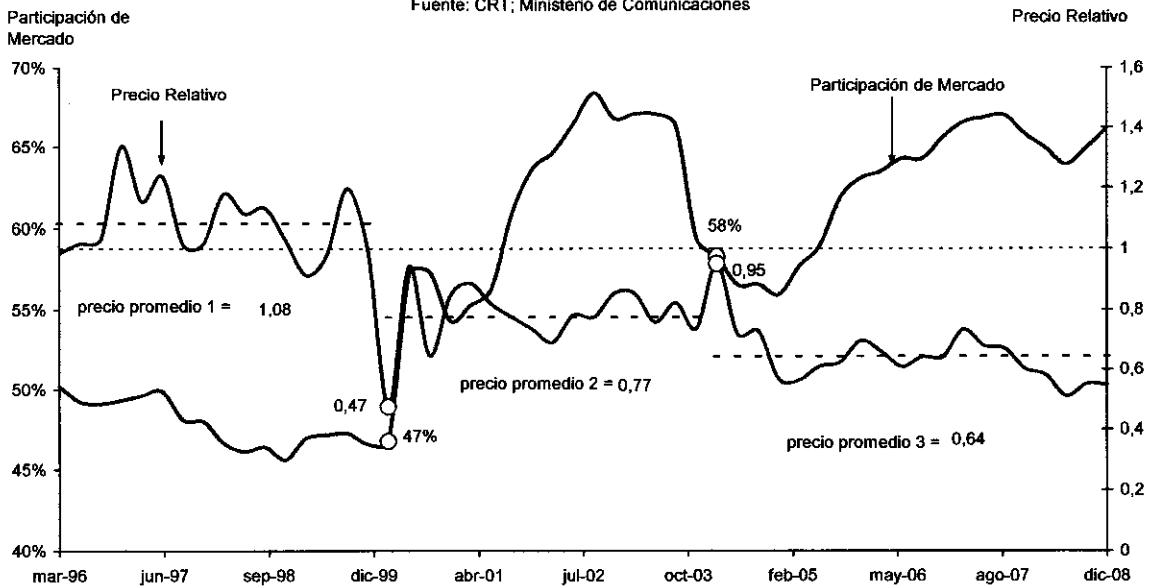
No obstante, la CRT procedió a revisar los planteamientos realizados por el apoderado especial de **COMCEL** sobre al análisis que la CRT elaboró en relación con la dinámica de la participación de mercado de los operadores móviles en Colombia.

A continuación se exhiben tres gráficas, cada una muestra información sobre la dinámica de la participación de mercado de **COMCEL** entre 1996 y 2008 y el comportamiento de los precios relativos (ingresos medios por minuto) que **COMCEL** ha cobrado en relación con los precios cobrados por sus competidores.

Gráfica 1. Participación de mercado de COMCEL medida en usuarios y evolución precios relativos

Dinámica de Precios Relativos y Participación en Usuarios COMCEL

Fuente: CRT; Ministerio de Comunicaciones



Los Precios Relativos se definen como el ingreso medio recibido por Comcel dividido por el promedio ponderado por participación del ingreso medio de los competidores. El primer periodo va desde el trimestre I de 1996 hasta el trimestre IV de 1999, el segundo desde el trimestre I de 2000 hasta el trimestre IV de 2003 y el tercero desde el trimestre I de 2004 hasta el trimestre IV de 2008.

De la gráfica, junto con un análisis ANOVA, complementado de un test de estabilidad de Chow de la regresión de la serie de participación de mercado y de precios relativos entre una constante y una tendencia temporal, se infiere que tanto la política de precios cobrados por **COMCEL** con respecto a los de sus competidores, como la evolución en la participación de mercado, se pueden dividir en tres periodos.

En el primero, que va desde el primer trimestre de 1996 hasta el cuarto trimestre de 1999, **COMCEL** cobraba precios superiores a los de sus competidores. Esto se ve gráficamente pues la línea de precios relativos está por encima de la línea punteada que tiene el valor de 1. Así mismo, la participación de mercado que **COMCEL** tuvo en este periodo fue en promedio de 48%.

En el segundo periodo, que va del primer trimestre de 2000 al cuarto trimestre de 2003, se observa que **COMCEL** cambia drásticamente su política de precios, fijándolos por debajo de los de su competidor (la línea de precios relativos esta por debajo de la línea de valor 1). Como se ve en la gráfica, en ese mismo periodo se observa un cambio en la dinámica de la participación de mercado de **COMCEL**, dado que pasa de 47% en el comienzo del periodo a 68% en su punto más alto en el tercer trimestre de 2002. El precio relativo promedio pasó de 1,08 en el primer periodo a 0,77 en el segundo. El promedio de la participación fue de 61%.

Finalmente, en el tercer periodo, que va del primer trimestre de 2004 hasta el cuarto trimestre de 2008, se observa que **COMCEL** baja un poco más sus precios con respecto al de los competidores, probablemente en respuesta a la entrada del tercer operador móvil. El precio relativo promedio paso de 0,77 en el segundo periodo a 0,64 en el tercero. La participación de mercado pasa de 58% en el comienzo del periodo a 67% en su punto más alto en el tercer trimestre de 2007. El promedio de la participación fue de 63%.

La caída de precios relativos promedio del primer al segundo periodo fue de 29% al pasar de 1,08 a 0,77. Así mismo, la ganancia en participación obtenida a lo largo del segundo periodo fue de 30% al pasar de 47% al comienzo del periodo a 61% en promedio durante el periodo. Del segundo al tercer periodo hubo una reducción de precios relativos promedio de 17% al pasar de 0,77 a 0,64. La ganancia en participación obtenida a lo largo tercer periodo fue de 9% al pasar de 58% al comienzo del periodo, a 63% en promedio durante el periodo.

Se observa que la reducción de precios entre el primer y segundo periodo (del 29%) estuvo acompañada por una mayor ganancia de participación de mercado (30%), frente a la reducción de

&

006
000

precios entre el segundo y tercer periodo (del 17%) que estuvo acompañada con un incremento menor en la participación de mercado de **COMCEL** (9%).

La gráfica 2 muestra la misma dinámica de precios relativos presentada en la gráfica anterior, pero esta vez se cruza con la participación de **COMCEL** medida en términos de tráfico y no de número de usuarios. Como se ve en la gráfica, la participación media en el tráfico de minutos ha tenido sólo un incremento sostenido a partir del tercer periodo.

Se observa que la primera reducción de precios relativos (entre el primer y segundo periodo) está acompañada por un incremento transitorio pero importante en la participación de mercado (medida en tráfico), la cual después se estabiliza a lo largo del segundo periodo. En el tercer periodo, la participación de **COMCEL** en el tráfico total de minutos del mercado va de un mínimo de 49% al comienzo del periodo, a un máximo de 74% al final del periodo.

La caída de precios relativos promedio del primer al segundo periodo de 29% es acompañada de una ganancia en participación de tráfico obtenida a lo largo del segundo periodo de 16% al pasar de 51%, al comienzo del periodo, a 59% en promedio durante el periodo. Del segundo al tercer periodo hubo una reducción de precios relativos promedio de 17%. La ganancia en participación obtenida a lo largo del tercer periodo fue de 33% al pasar de 49%, al comienzo del periodo, a 65% en promedio durante el periodo. Por lo tanto, opuesto al resultado anterior, se observa que la reducción de precios promedio inicial (del primer al segundo periodo) estuvo acompañada por un menor incremento en la participación de mercado de **COMCEL** (medida en tráfico) respecto a lo sucedido entre el segundo y tercer periodo.

Gráfica 2. Participación de mercado de COMCEL medida en minutos y evolución precios relativos.



Se debe resaltar que frente a las mismas variaciones – las reducciones de precios del primero al segundo y del segundo al tercer periodos – los cambios de comportamiento en las tasas de participación medidas primero con el número de usuarios y segundo con el tráfico de minutos, son visiblemente disímiles.

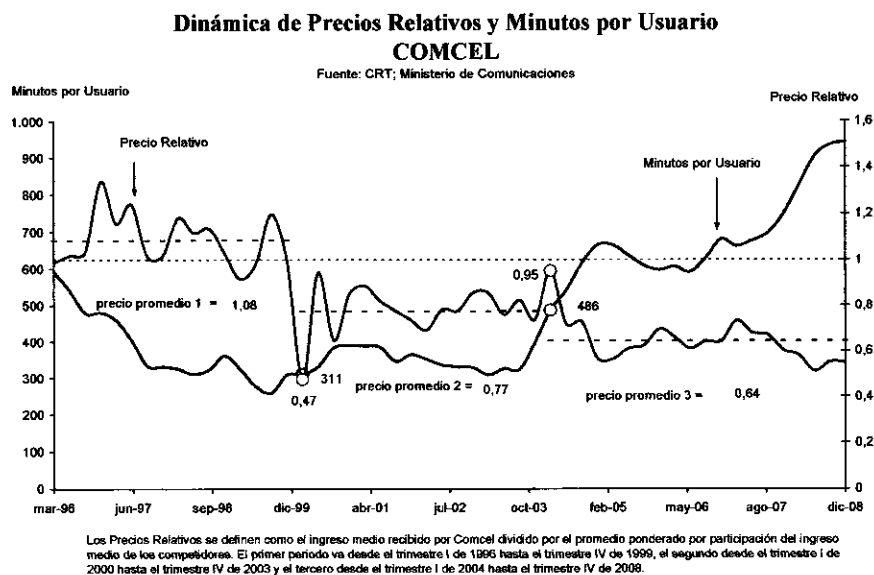
Una posible explicación del primer fenómeno puede venir del hecho que la tasa de penetración celular ha ido creciendo, pasando de 0,7% a principios de 1996 a 93% a finales de 2008, la fuente de nuevos usuarios a una red móvil del primero al segundo periodo venía de usuarios que nunca habían tenido celular, mientras que la fuente de nuevos usuarios a una red móvil del segundo al tercer periodo venía de usuarios de otras redes celulares. Puede argüirse que capturar nuevos usuarios que nunca han tenido celular, es mas fácil que convencerlos de cambiar entre redes móviles.

9/10

78

Sea cual sea la explicación, los dos fenómenos citados estuvieron acompañados por un comportamiento diferente en el consumo promedio de minutos de un usuario **COMCEL**, el cual creció de manera importante del segundo al tercer periodo, y decreció entre el primer y segundo periodo. Lo anterior puede observarse claramente en la gráfica 3.

Gráfica 3. Participación de mercado de COMCEL medida en usuarios y evolución precios relativos



El consumo promedio de un usuario **COMCEL** era de 382 y 350 minutos en el primer y segundo periodos respectivamente. En el tercer periodo el consumo promedio fue de 685 minutos. Evidentemente, la caída en precios relativos que se dio entre el segundo y tercer periodo estuvo acompañada de un incremento superior en el consumo por usuario, respecto a lo sucedido entre el primer y segundo periodo, donde el fenómeno de la caída en precios relativos fue contemporáneo a una reducción del consumo promedio por usuario.

Por otra parte, **COMCEL** argumenta que no existe evidencia empírica que muestre que la introducción de la diferenciación de tarifas on net / off net haya tenido algo que ver en la explicación de la participación de mercado – medida por el número de suscriptores – ostentada por éste en la actualidad. Sin embargo, se ha mostrado que existe una diferencia considerable en la forma como i) la participación en suscriptores y en tráfico y ii) el consumo promedio por usuario, evolucionaron respecto a los impulsos de precios. Nótese que es precisamente en el comienzo del tercer periodo (comienzos de 2004) que, como **COMCEL** mismo admite en su recurso, se introdujo la práctica de diferenciar precios on net / off net en el país.

Como conclusión, y dado que el análisis realizado por **COMCEL** no aporta evidencia en el sentido contrario, toda vez que los ejercicios econométricos realizados carecen de la robustez estadística requerida al no estar las estimaciones controlando por el fenómeno de endogeneidad, del cual se habla en detalle a continuación, la CRT considera que no existe evidencia empírica ni teórica suficiente para desvirtuar el argumento de que el diferencial de precios aplicado por **COMCEL** sí ha tenido un efecto evidente y sesgado en su participación de mercado, por su condición de ostentar la mayor participación del mercado desde varios años atrás.

En efecto, como evidencia empírica para mostrar que no existe relación entre la ganancia en participación de mercado y la introducción de la diferenciación de tarifas on net / off net, **COMCEL** calcula una regresión econométrica y sustenta su argumento en el hecho de que la variable introducida en el modelo para capturar este efecto es insignificante desde el punto de vista estadístico.

En este punto es necesario enfatizar que la estimación de funciones de demanda, bajo los postulados de robustez estadística, resulta indispensable y pertinente a la hora de definir los mercados relevantes. En efecto, las elasticidades allí obtenidas, permiten identificar el grado de sustituibilidad de la demanda, que se ha convertido en uno de los elementos claves para la definición acertada de mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones.

90

78

Como se dijo anteriormente, es en este momento del proceso (definición del mercado) que toda la información empírica es utilizada para conformar el "lado de la demanda" para la prueba de análisis crítico que constituye uno de los argumentos que ha empleado la CRT para la definición de mercados relevantes en Colombia. Una vez definidos los mercados, los análisis del mismo se basan en el estudio de variables estructurales y de comportamiento.

Sin embargo, es importante recordar en este punto que cualquier intento de relacionar estadísticamente variables de mercado que midan precios y cantidades, como es el caso de la regresión acá presentada, tendrá de presente todos los inconvenientes y obstáculos estadísticos que deben ser corregidos cuando se intenta estimar una función de demanda³⁰.

La regresión estimada por **COMCEL** relaciona el logaritmo de la participación en número de suscriptores, con el logaritmo del precio relativo que cobra **COMCEL** en relación con el cobrado por sus competidores. Aunque no lo menciona **COMCEL** en su recurso, el hecho de relacionar las variables de esta manera tiene varios supuestos implícitos: Por un lado, asumen una forma paramétrica de elasticidad constante para la función de demanda. De otro, asumen que la elasticidad propia de la demanda es igual al negativo de la elasticidad cruzada. Al no incorporar más variables explicativas que modelen choques a la demanda, asumen que el precio es la única señal que los usuarios observan a la hora de tomar decisiones de consumo. También se asume que existe un agente representativo, o mejor, que los consumidores no son tan heterogéneos, lo que permite estimar la función de demanda con datos agregados.

Aun cuando en el recurso de reposición interpuesto no hay información sobre el método utilizado para la estimación de los coeficientes, del análisis del mismo se puede deducir que la estimación de los coeficientes de la mencionada relación la realizan utilizando el método de Mínimos Cuadrados Ordinarios (MCO). Es bien conocido que el uso de este método tiene el gran inconveniente que desconoce la presencia de la **endogeneidad**, la cual es uno de los principales obstáculos econométricos que es necesario considerar a la hora de estimar funciones de demanda. *"Para que el análisis estadístico de datos muestrales produzcan buenos resultados – esto es, resultados que de forma precisa describan la estructura de la población de donde viene la muestra – ciertas condiciones se tienen que cumplir. Los datos usados en la estimación (de demanda) es el producto de ambos: factores de oferta y de demanda. Se debe tener cuidado para asegurar que lo que se esta estimando es la función de demanda y no una combinación de las curvas de oferta y de demanda"*³¹.

De todos los supuestos implícitos en la regresión realizada por **COMCEL** el hecho de no controlar la endogeneidad del precio es el más problemático. Así, para que el método MCO estime de forma correcta una función de demanda, es necesario suponer que los cambios en los equilibrios de precios y cantidades observados corresponden solamente a choques de oferta, lo cual es difícil de observar en la práctica.

Así, la llamada "evidencia empírica" provista por **COMCEL** no es más que la conclusión errónea soportada en un ejercicio econométrico sin la rigurosidad necesaria. El ejercicio econométrico realizado por **COMCEL** carece del sustento estadístico más básico y, por lo tanto, cualquier conclusión soportada en el mismo carece de validez.

El argumento principal de **COMCEL** para decir que en Colombia el mercado móvil tiene suficiente competencia es la caída "vertiginosa" en los precios en el mercado, y más aún los de **COMCEL**. El argumento de la CRT es que los precios que se ofrecían en el mercado en 1996 con 291,000 usuarios no son comparables a los precios que se ofrecían en el 2008 con 41 millones de usuarios. Vale la pena citar lo que la CRT mencionó en la Resolución CRT 2062 de 2009, para clarificar cuál fue el argumento expuesto:

*"Estas dos razones (economías de escala y el suscriptor marginal) 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.**"*

³⁰ Para un completo resumen de los inconvenientes y obstáculos estadísticos que aparecen en este tipo de estimaciones econométricas, ver: Hosken et al. (2002), "Demand System Estimation and its Application to Horizontal Merger Analysis" en "The Use of Econometrics in Antitrust". American Bar Association Section on Antitrust.

³¹ Ibid, Pagina 17. (Traducción CRT)

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."

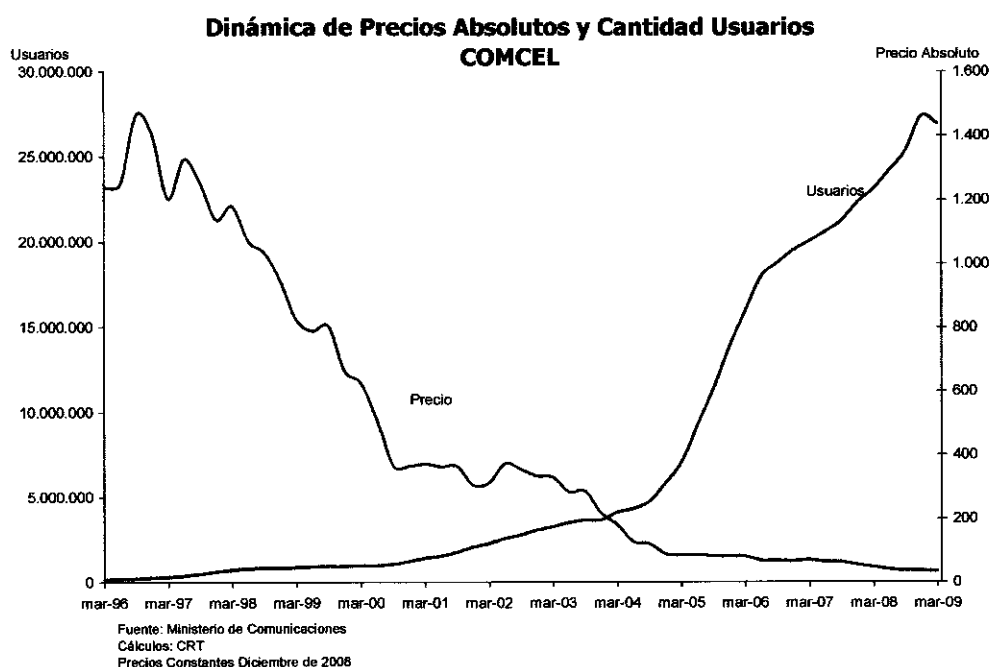
COMCEL mismo reconoce que el mercado de la telefonía móvil es un mercado de economías de escala. Así, es imposible desconocer que un mercado que ha pasado de tener una tasa de penetración de 4% a principios de 1998, a una tasa de penetración de 93% a finales de 2008, no haya aprovechado tales economías para reducir sus precios minoristas.

COMCEL argumenta que todos los operadores tienen acceso a las mismas tecnologías y, en ese sentido, a la misma función de producción. Por ello, agrega **COMCEL**, los otros operadores también podrían explotar tales economías si produjeran a escalas similares a las de **COMCEL**. La CRT no discute este argumento, de hecho los datos lo comprueban. Tanto **COMCEL** como sus competidores han multiplicado su base de usuarios en más de 10 veces en los últimos 10 años. Así mismo, el nivel absoluto de precios de todos los operadores ha bajado en promedio más de 90%.

Tampoco se puede negar que la presión competitiva haya jugado un papel en la dinámica de precios. Lo que no es claro es qué tanto pueda usarse el hecho observado de la caída en precios, para concluir que la presión competitiva ha aumentado.

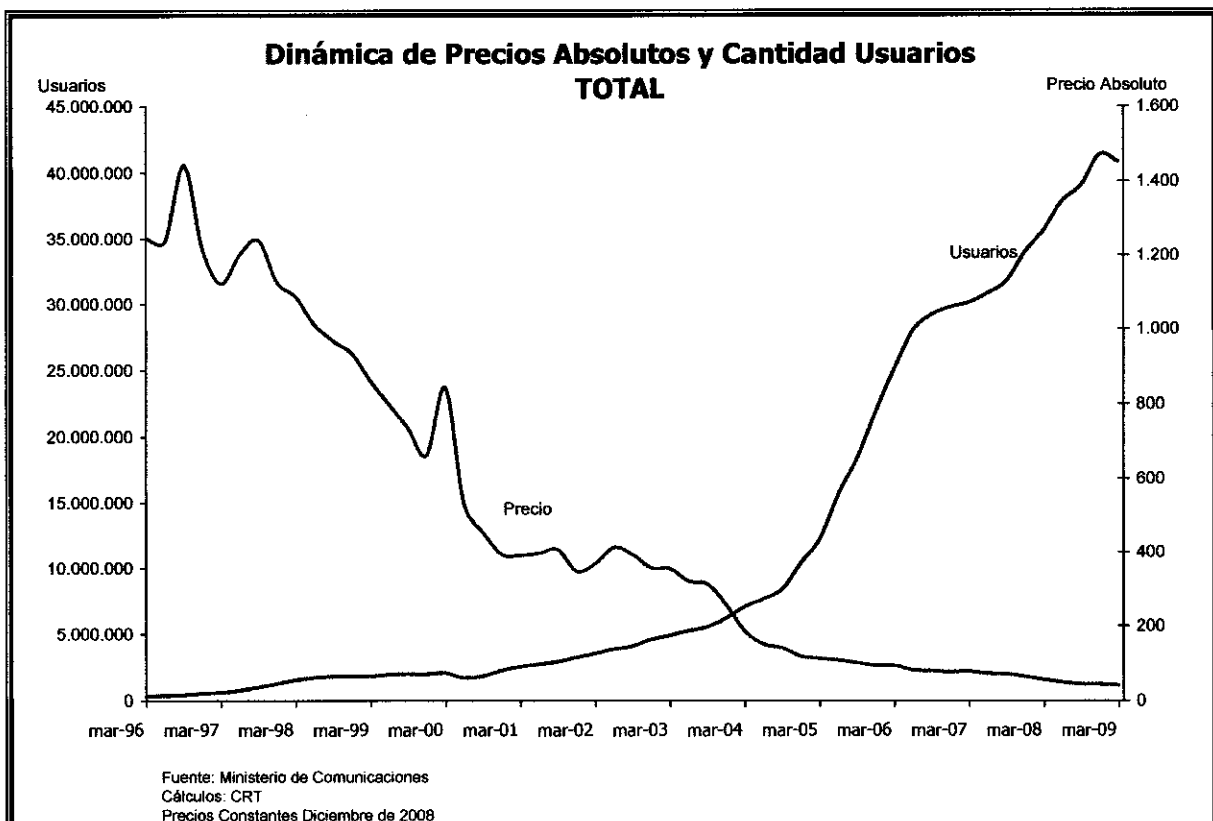
A continuación se presenta una gráfica en la que se puede ver en más detalle la relación de estas variables.

Gráfica 4. Evolución de la cantidad de usuarios y los precios absolutos de COMCEL



La relación negativa entre la cantidad de usuarios vinculados por **COMCEL** (usada como Proxy inversa de los costos medios) y el precio es innegable. Esta misma relación se encuentra entre la cantidad total de usuarios en el mercado y el ingreso promedio por minuto global del mercado, lo cual evidencia que el descenso en el precio se debe a elementos de la función de producción de los operadores, que cuentan con economías de escala.

Gráfica 5. Evolución de la cantidad de usuarios totales y los precios absolutos globales



COMCEL insiste en que es la competencia la que ha presionado los precios a la baja, pero no demuestra ni gráfica ni empíricamente la relación ente alguna variable que represente el grado de competencia en el mercado y el ingreso promedio por minuto por operador y global.

Por lo tanto, si bien se evidencia que la mayor cantidad de usuarios presentes en el mercado han reducido los costos medios de la prestación del servicio, permitiendo esto la reducción de los precios, no existe evidencia que relacione el grado de competencia en el mercado con la disminución de los precios en el mercado en general, y de **COMCEL** en particular.

2.6.2 Sobre la presencia de competencia efectiva en móviles, lo que resulta en precios competitivos frente a referentes internacionales.

Según afirma **COMCEL**, la CRT ha obviado el hecho de que las cuotas de mercado son el resultado de la competencia en el mercado móvil. De esta competencia, expone **COMCEL**, se desprende el hecho de que Colombia tiene uno de los menores precios a nivel mundial, incluso comparado con una muestra de países de la OECD y donde se presume existe competencia entre los operadores. A esta disminución de precios atribuye el operador un incremento considerable en el bienestar de los consumidores, argumentando que ninguna otra industria de telecomunicaciones en el país ha sido capaz de tener resultados comparables.

COMCEL cita un documento elaborado por Hausman y Sidak (2007)³² en el que los autores afirman, como se ha afirmado en otras instancias y por algunos reguladores, que la estructura y concentración del mercado no son necesariamente indicativos de las condiciones de competencia en un mercado, y en cambio se puede hacer una comparación de los precios en un mercado en particular con uno que se considere o reconozca como competitivo. De ser menores los precios en el mercado analizado, se podría concluir que existe suficiente competencia. A partir de este argumento el operador concluye que si los precios son menores en Colombia que en países donde se reconoce que existe competencia, entonces el mercado móvil en Colombia tiene un suficiente nivel de competencia.

Consideraciones de la CRT

³²Hausman, Jerry A, y J. Gregory Sidak "Evaluating market power using competitive benchmark prices instead of the Herfindahl-Hirschman Index" 74 Antitrust Law Journal No. 2 (2007)

Tal y como lo ha afirmado la CRT en la Resolución CRT 2062 de 2009, y como ha sido reafirmado por **COMCEL**, el nivel de precios *per se* de una canasta de bienes y servicios no es tan relevante como su relación frente a los demás precios de la economía, con el fin de determinar si esta canasta es "barata" o es "cara" y, así mismo, comparar el nivel de precio relativo de una economía frente al mismo precio relativo en otras economías en el mundo.

En el estudio inicialmente presentado por los consultores de **COMCEL**, se argumentaba que en Colombia los precios de los servicios móviles son inferiores a los de países que son reconocidos por contar con mercados móviles altamente competidos y, por lo tanto, concluía el operador, en Colombia el mercado móvil es suficientemente competido. Esta conclusión resulta del estudio adelantado por Hausman y Sidak (2007) en el que una comparación de precios entre un país y otro que se considera competido puede ser evidencia suficiente para categorizar un mercado como competido, o por el contrario como con problemas de competencia. Esta conclusión es relativamente evidente si se tiene en cuenta que en la teoría económica los precios que resultan de un mercado en competencia perfecta son los más bajos, y en la medida en que la competencia en el mercado se aleja de estos niveles de competencia (libre entrada y salida del mercado, información perfecta, todos los agentes en el mercado son tomadores de precios, etcétera) los precios se elevan, hasta el punto en el que los precios son equiparables a los que resultarían en un monopolio, en donde esta firma utiliza su poder de mercado para extraer lo máximo posible del excedente del consumidor y produce una cantidad subóptima de bienes (o servicios) en la economía.

Este argumento es utilizado por los autores para contradecir los resultados del análisis de mercados relevantes en Irlanda para el caso de la originación en redes móviles realizado por Comreg³³, quien argumentaba que había posición de dominio conjunta entre los dos principales operadores móviles en ese país. La decisión fue anulada por el tribunal de competencia. De acuerdo con los autores, si Comreg hubiera realizado una comparación de los precios en Irlanda frente a los del Reino Unido, reconocido por el alto nivel de competencia del mercado móvil, se hubiera dado cuenta que en Irlanda los precios son competitivos y éstos solo podrían resultar de una vigorosa competencia en el sector.

No obstante, el estudio citado no hace ningún tipo de referencia a las variables socio económicas que afectan a los precios de maneras diferentes entre países, y no entra en detalle sobre cuáles son los precios que se deben comparar y si se les debe hacer algún ajuste, por lo que aunque en la teoría esta comparación resulte muy efectiva, en la práctica la comparación de precios tiene algunas complicaciones. La más evidente, el poder adquisitivo de los usuarios, y cuánto, en términos relativos, le cuesta a una persona el consumo de una canasta de bienes particular. En este sentido, la Comisión presentó en la Resolución CRT 2062 de 2009 los resultados de un estudio publicado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones -UIT- (2009)³⁴, en el que compara cuánto destina de su ingreso un usuario de servicios móviles³⁵ en 154 países para adquirir una canasta particular de minutos, en modalidad prepago.

De acuerdo con la UIT, el precio de la canasta de servicios móviles se estima a partir de la metodología de la OECD para hacer comparaciones a nivel internacional, las mismas canastas que han sido empleadas por **COMCEL** en los documentos entregados a lo largo del desarrollo del proyecto denominado "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia", y posteriormente es dividido por el Ingreso Nacional Bruto per cápita con el fin de determinar el porcentaje que representa esa canasta tipo del ingreso promedio de una persona en cada uno de los 154 países. Resalta la UIT que el uso intencional del precio de los servicios en modalidad prepago se debe a que estos planes pueden ser adquiridos por cualquier tipo de usuario y de hecho constituyen la modalidad más popular en el mundo, y se conceden sin ningún tipo de estudio de crédito ni contrato con plazo de tiempo determinado y, por lo tanto, constituyen los servicios móviles accesibles para cualquier usuario en el país. Es importante recordar que en Colombia esta modalidad corresponde a cerca del 85% de los usuarios.

De esta manera, y como expuso previamente la CRT en la Resolución CRT 2062 de 2009, Colombia se encuentra en el puesto 86 de 154 países, y tanto en el conjunto de países con el que lo comparó

³³ Autoridad regulatoria de Irlanda en lo referente a las comunicaciones.

³⁴ "Measuring the Information Society - The ICT Development Index"- ITU 2009

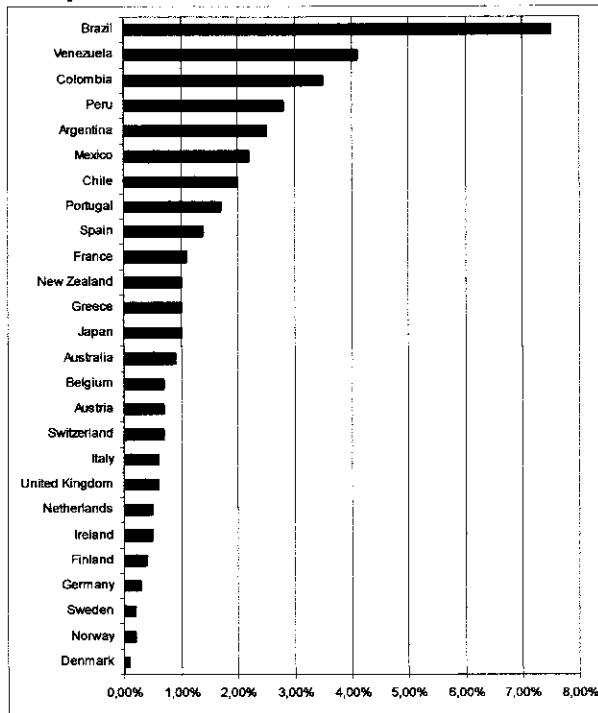
³⁵ Estos servicios incluyen minutos de voz on-net y off-net a otros móviles, minutos de voz a teléfonos fijos, y mensajes cortos de texto -SMS-.

206
90

78

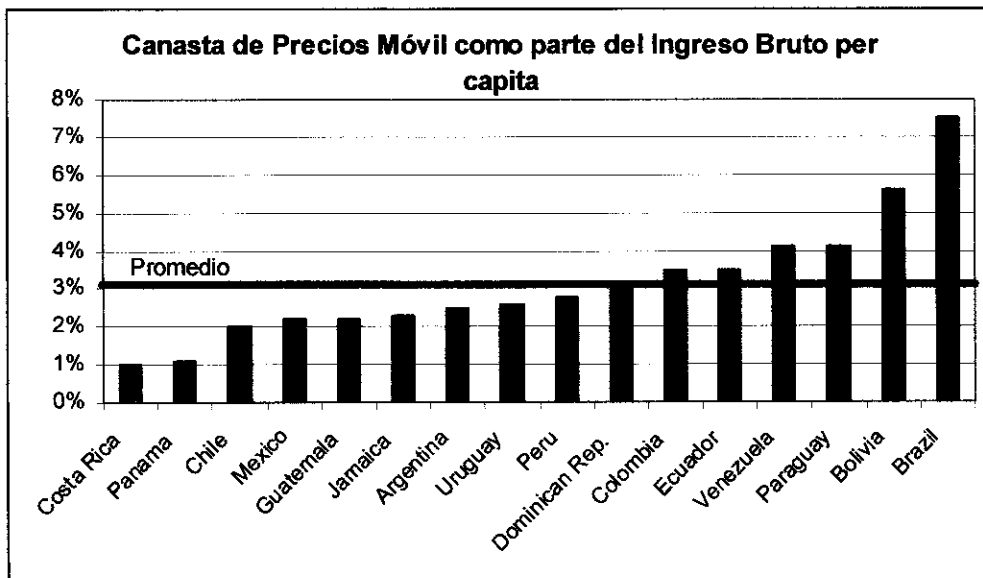
COMCEL, como a nivel latinoamericano, el país se encuentra lejos de tener uno de los precios más competitivos del mundo.

Gráfica 6. Canasta de Precios para Telefonía Móvil como parte del Ingreso Bruto per cápita – Países escogidos por COMCEL



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

Gráfica 7. Canasta de Precios para Telefonía Móvil como parte del Ingreso Bruto per cápita para Centro y Sur América



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

De este estudio se puede observar cómo los precios relativos son similares en países vecinos, en donde Colombia tiene precios similares a los de Perú, Ecuador y Venezuela. Así mismo, los precios relativos de Irlanda y el Reino Unido son similares entre sí, y se sigue cumpliendo la relación que observaron Hausman y Sidak, en donde Irlanda tiene menores precios que el Reino Unido.

Posiblemente una salvedad que se debe tener en cuenta para hacer la comparación de precios entre países son las condiciones socio-económicas que influyen en el nivel de precios y en el ingreso per cápita de los países, pero a fin de cuentas la relación precio sobre PIB per cápita indica efectivamente cuanto le cuesta a un usuario adquirir esa canasta de bienes.

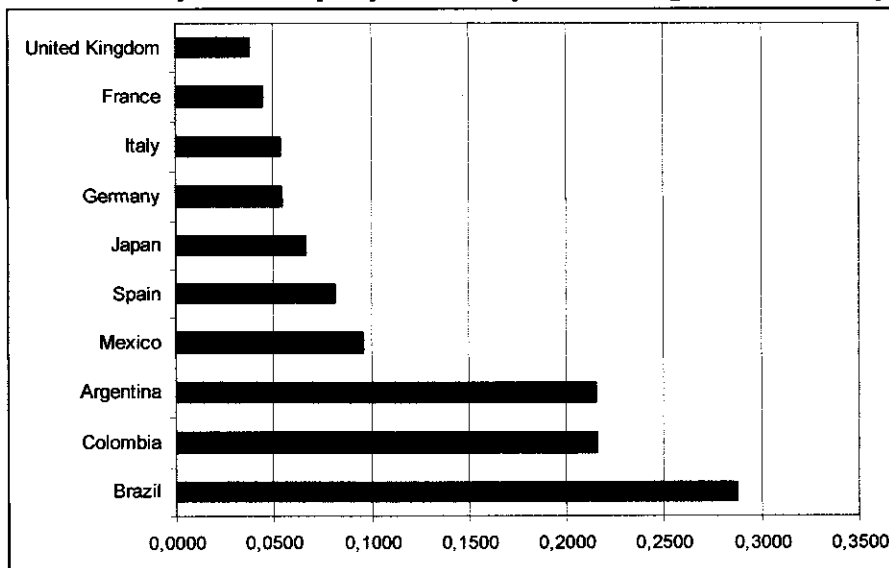
90

7

COMCEL argumenta que este indicador puede variar por dos motivos, el primero, los precios, y el segundo, el ingreso per cápita. Dado que reconocen que el poder adquisitivo de los usuarios es la variable relevante, y determina lo que pueden adquirir los usuarios del servicio, el operador decide hacer la comparación ajustando los precios con el índice de paridad de poder adquisitivo (PPP por sus siglas en inglés). A partir de estos resultados, advierte **COMCEL**, se puede seguir afirmando que en Colombia los precios de los servicios móviles son competitivos. Al respecto, la Comisión considera pertinente señalar que si bien la intención es la adecuada, la comparación de precios con la utilización del índice PPP es insuficiente. Según la OECD y Eurostat (2006)³⁶, el índice PPP utilizado para la comparación de precios consiste en estimar los precios relativos, en una moneda común para una canasta de precios. Sin embargo, esta canasta de precios varía considerablemente entre países y depende de las características de cada uno de los países, aun cuando estas proveen una satisfacción o utilidad equivalente. Resulta evidente que los bienes que generan una mayor utilidad en países en desarrollo se podrían considerar como de subsistencia básica, mientras que en los países desarrollados el universo de bienes es más amplio y variado, incluyendo lo que en otros países se considerarían bienes de lujo.

La metodología de la UIT compara exactamente la misma canasta de servicios para todos los países del mundo, y estima cuánto le cuesta en términos relativos exactamente esa canasta a un usuario promedio que adquiere un plan prepago. Es más, aún realizando la comparación de ingreso medio por minuto presentado por **COMCEL** a partir del estudio de Merrill Lynch, normalizado con el ingreso per cápita, el resultado se mantiene.

Gráfica 8. 100 Minutos por ARPM por país como parte del Ingreso Nacional per cápita



Fuente: Datos presentados por **COMCEL** a partir de estudio de Merrill Lynch, Global Wireless Matrix, 2Q08.

Cálculos: CRT. Se multiplicó por 100 el valor promedio por minuto para obtener unidades razonables, y se estimó la proporción del ingreso que consumiría un usuario por 100 minutos.

De lo anterior se puede observar que tanto para la canasta prepago, como para el ingreso medio por minutos expuesto por **COMCEL**, los precios en Colombia distan considerablemente de los precios de países con mercados competidos y, por lo tanto, no se cumplen los resultados del test propuesto por Hausman y Sidak.

2.6.3 Sobre "las características de dominancia en un competidor".

De acuerdo a lo expuesto por **COMCEL**, la CRT no ha logrado demostrar, mediante la aplicación de pruebas empíricas, que el tamaño de **COMCEL** le habría permitido actuar independientemente de

³⁶ "Methodological Manual for Purchase Power Parities" OECD y Eurostat (2006)

sus otros competidores en el mercado, y que de hecho mantiene cautivos a sus usuarios, que ha aumentado precios por encima de los niveles competitivos que le permitan obtener utilidades por encima de las competitivas, que brinda servicios de calidad deficiente o incluso que ha cometido abusos contra la libre competencia desde su pretendida posición de dominio o que lo podrá cometer en el futuro.

Consideraciones de la CRT

Con respecto a los argumentos expuestos por **COMCEL**, la CRT considera pertinente hacer la aclaración que a esta autoridad administrativa le corresponde prevenir el abuso de la posición dominante, pero no le corresponde verificar que los operadores han abusado de la misma, atentando contra la libre competencia, en ninguna de sus manifestaciones, como lo puede ser brindar servicio de calidad deficiente o aumentar los precios por encima de los niveles competitivos, por cuanto este tipo de funciones hacen parte de la denominada regulación *ex post* propia de las entidades encargadas de la inspección, control y vigilancia. De hecho, tal y como se encuentra definido en el Decreto 2870 de 2007, la posición dominante se entiende como *la posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado, por parte de alguno o varios participantes en el mismo*. Vista esta definición se puede concluir que la posición dominante es una posibilidad, y como tal no se requiere siquiera que efectivamente el operador haya determinado las condiciones del mercado y menos aun que un operador abuse de dicha posición. Es una potencialidad. Así lo ha entendido la Superintendencia de Industria y Comercio en diferentes decisiones³⁷ y, por tanto, la función de la CRT es prevenir que dicha eventualidad ocurra.

No obstante lo anterior, la Comisión ha expuesto suficiente evidencia en la Resolución CRT 2062 de 2009, tanto teórica como empírica, en relación con la distancia que existe entre **COMCEL** y los demás competidores del mercado "voz saliente móvil", con lo cual la CRT ha constatado la posición de dominio de **COMCEL** como realidad de mercado y busca prevenir que en el futuro esta distancia le permita a **COMCEL** cometer actos que atenten contra la libre competencia en el mercado.

En este sentido, la Comisión ha puesto de manifiesto, en primer término, que el tamaño del operador en comparación con el tamaño de sus competidores, le otorga una clara ventaja que lo distancia de sus competidores. Aunque **COMCEL** afirma que el único argumento que expone la Comisión para identificar a **COMCEL** como operador dominante es su tamaño, lo cierto es que su tamaño sí incide en distintos aspectos y, por lo tanto, tiene consecuencias sobre el futuro de la competencia en el mercado. Como primera medida, y como lo afirmó la CRT en la Resolución recurrida, la industria de telecomunicaciones se caracteriza por tener considerables economías de escala y de alcance, lo que le permite a un operador de mayor tamaño obtener mayores utilidades que las de un competidor de menor tamaño, a precios iguales.

En segundo término, la Comisión ha expuesto como **COMCEL** es el operador que presenta las tarifas off-net más altas de los operadores analizados. De hecho, en una comparación de tarifas

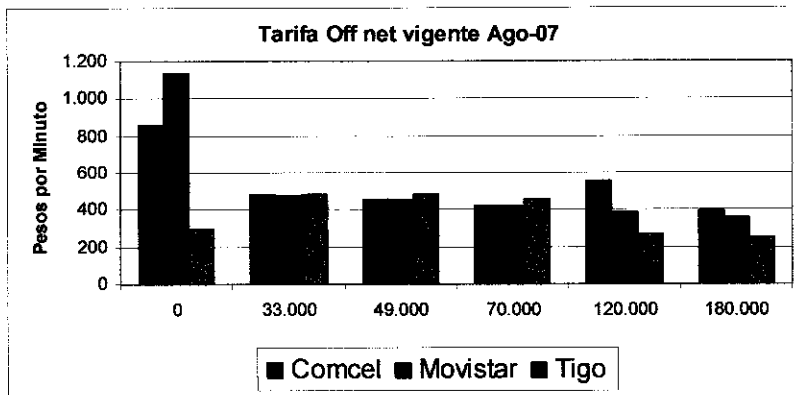
³⁷ **SIC, Concepto N° 01001016.** "existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor".

SIC, Concepto 02094210 del 03 de Diciembre de 2002. "De conformidad con el artículo 333 de la Constitución Política, el Estado tiene la obligación de evitar y controlar el abuso de la posición dominante en el mercado nacional. Es claro entonces que, al tenor de la Carta no está prohibido el hecho de ostentar posición de dominio dentro del mercado, sino el abuso que se haga de dicha posición. En desarrollo del referido precepto constitucional, el régimen de prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, contenido básicamente en la ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992, prohíbe las conductas constitutivas de abuso de la posición dominante en el mercado, señala las sanciones por la infracción a dicho régimen y le otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para vigilar el cumplimiento de dicha normatividad e imponer las sanciones por su violación, en todos aquellos sectores en los cuales dicha competencia no le haya sido otorgada a otra autoridad. En este sentido, el artículo 1 de la ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del decreto 3307 de 1963, prohíbe "toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia". A renglón seguido, el artículo 2 establece que, "las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo bien o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado."

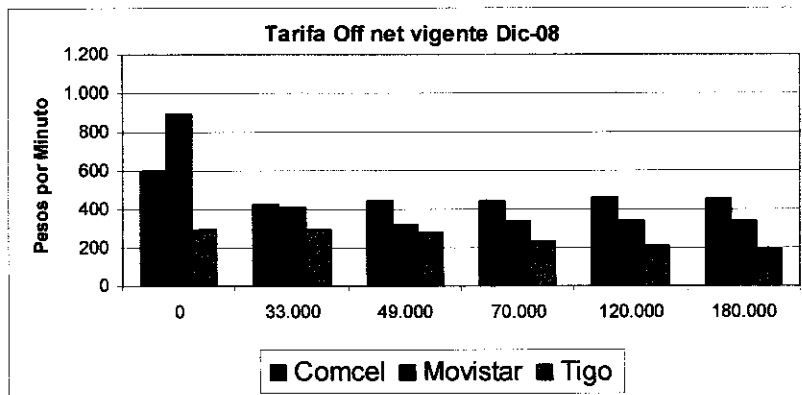
SIC, Concepto 01064306 del 28 de agosto de 2001. "El decreto 2153 de 1992 define la posición dominante como "la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado." De lo anterior se concluye que existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor."

vigentes en agosto de 2007, frente a las tarifas vigentes en diciembre de 2008, se observa cada vez una mayor distancia entre **COMCEL** y sus competidores, como se observa a continuación. La comparación se hace con las tarifas vigentes en agosto de 2007 para evitar recoger el efecto de la preparación de los operadores al saber, con la publicación de la propuesta regulatoria de la CRT, cuánto iba a ser el cargo de acceso y cómo se modificarían sus planes.

Gráfica 9. Tarifas Vigentes Off-net antes y después de la Resolución CRT 1763 de 2007 por Operador



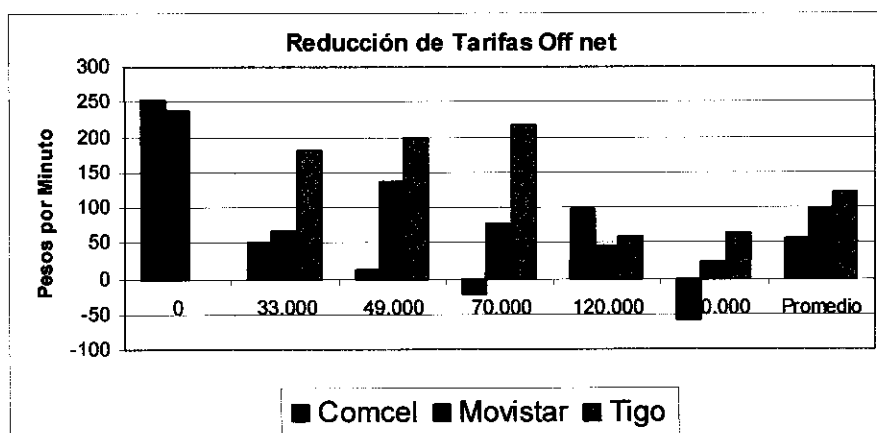
Fuente: SIUST



Fuente: SIUST³⁸

Se agruparon los cargos básicos por valor y se calcularon las tarifas off-net promedio para cada conjunto. Los datos se refieren a la tarifa promedio por conjunto de cargos básicos dependiendo del plan, donde 0 se refiere a los planes en modalidad prepagada.

Gráfica 10. Reducción (Incremento) Tarifas Off-net - Agosto de 2007 y Diciembre de 2008



Fuente: SIUST

³⁸ Para efectos de realizar el ejercicio se se toma la tarifa de \$899 registrada en el SIUST por parte de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., no obstante según información suministrada por este operador sólo un 10% del tráfico off-net paga \$899, lo que implicaría que la tarifa efectivamente percibida por el usuario es cercana a los \$424. Las demás tarifas para tráfico off-net registradas de este operador en el SIUST se encuentran entre \$199 y \$599, todas inferiores que las de **COMCEL**.

col
ano

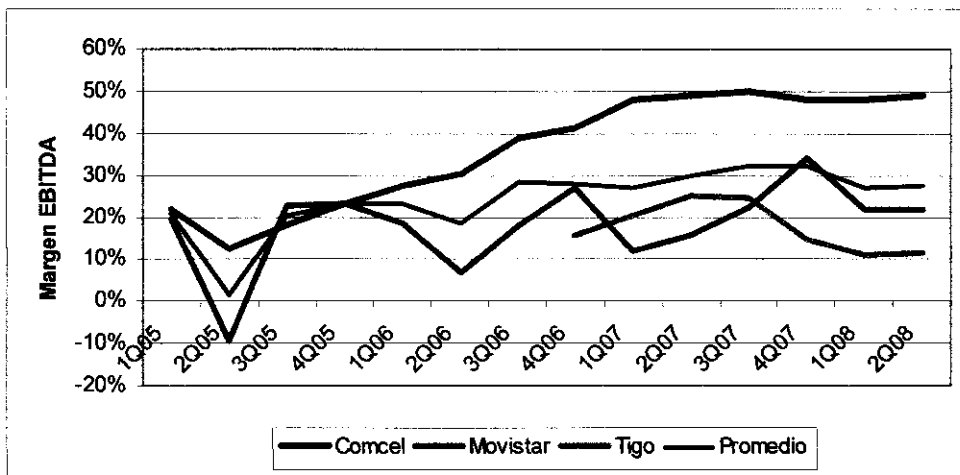
28

Se agruparon los cargos básicos por valor y se calcularon las tarifas off-net promedio para cada conjunto. Los datos se refieren a la tarifa promedio por conjunto de cargos básicos dependiendo del plan, donde 0 se refiere a los planes en modalidad prepagada.

Aun cuando **COMCEL** pasó a ser el operador con las tarifas off-net más altas de los tres operadores analizados, la participación de mercado del operador no se redujo y por el contrario siguió en aumento, como se puede observar en las gráficas expuestas en el numeral 2.6.1 del presente acto administrativo.

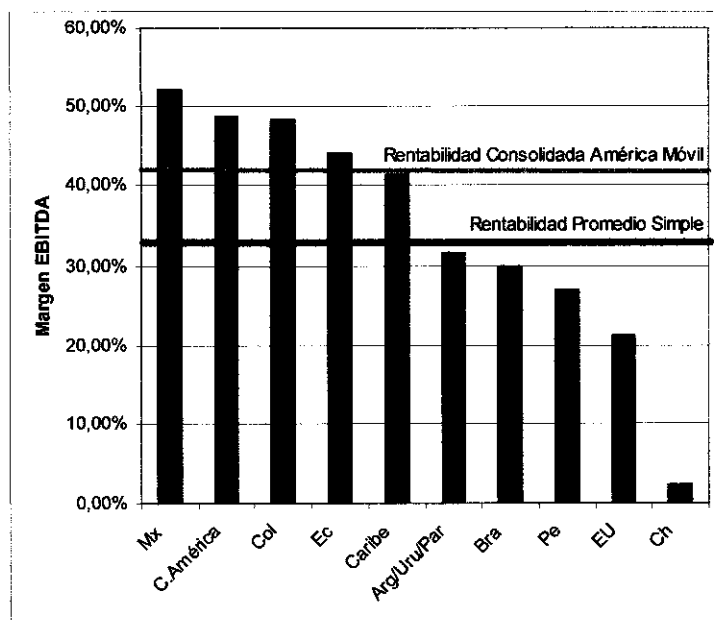
En tercer término, la CRT expuso la realidad financiera de las empresas, y la variación en su rentabilidad en el tiempo para observar cómo los competidores de **COMCEL**, no obstante los esfuerzos realizados para ganar participación en el mercado (reflejado esto en una variación negativa en el margen de EBITDA sobre ingresos), la rentabilidad de **COMCEL** se mantiene invariable y considerablemente por encima de los márgenes que maneja su matriz en América Latina.

Gráfica 11. 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.)

Gráfica 12. Rentabilidad América Móvil en América Latina



Fuente: Informe trimestral América Móvil – Segundo Trimestre de 2008

2006
2007

27

De esta manera, resulta evidente la distancia que existe entre **COMCEL** y los demás operadores móviles, lo cual permite a la CRT corroborar la constatación de la existencia de posición de dominio en el mercado de "voz saliente móvil".

2.6.4 Sobre la inexistencia de barreras a la competencia por parte de nuevos competidores o por parte de los existentes – no hay barreras a la entrada ni a la expansión.

Según lo expuesto por **COMCEL**, no existen barreras a la entrada, legales o económicas, para la entrada de nuevos competidores en la industria móvil. De acuerdo con el operador, existe espectro suficiente sin concesionar que podría ser entregado a los nuevos entrantes, y tan solo el hecho de que este sea provisto por un mayor valor al que ha sido entregado a los otros operadores lo convertiría en una barrera a la entrada.

De la misma forma, no existen barreras tecnológicas por cuanto la tecnología implementada por los operadores está disponible, y de hecho los costos fijos tampoco representan para **COMCEL** una barrera a la entrada por cuanto tan solo si son superiores a los costos fijos de los otros operadores se pueden considerar como una barrera.

Sin embargo, más allá de la posibilidad de que exista o no competencia potencial, **COMCEL** considera que es más importante discutir si los actuales competidores en el mercado tienen alguna limitación a la expansión de su servicio o si los usuarios enfrentan algún tipo de barrera al cambio de operador.

En línea con el argumento anteriormente expuesto, **COMCEL** señala que no existe ningún tipo de barreras a la expansión, soportada en evidencia empírica y conceptual. De acuerdo a lo expuesto por **COMCEL**, la CRT pretende cambiar sus propias determinaciones relacionadas sobre el alcance geográfico del mercado relevante, de nacional como había sido definido anteriormente, a ámbitos inferiores al nacional para hablar de diferentes coberturas de cada uno de los competidores.

Consideraciones de la CRT

En primer lugar, la Comisión considera pertinente recordar que, los criterios utilizados para constatar la posición de dominio de **COMCEL** como una realidad de mercado, enunciados en el numeral 6.1 de la Resolución CRT 2062 de 2009 no incluían las barreras a la expansión como uno de ellos, tal y como se observa a continuación:

"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.*
- **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."*

Por lo tanto, aun cuando se hicieron consideraciones adicionales sobre las barreras a la expansión a lo largo de la Resolución recurrida, en particular referentes a la debilidad de la sustituibilidad de la oferta como fuerza disciplinadora de **COMCEL**, es evidente que este criterio fue utilizado de manera complementaria a los anteriormente enlistados para constatar la posición de dominio de **COMCEL**. Sin embargo, y aun reconociendo que la cobertura es una variable de elección de los operadores móviles, y que de hecho ha sido **COMCEL** el operador que más ha invertido en cobertura, las condiciones de competencia actuales y su tendencia, como se ha explicado anteriormente, podrían implicar que en un futuro, ante un eventual incremento en los precios de los servicios ofrecidos por dicho operador, los otros operadores no podrían responder a cubrir una importante porción de usuarios que buscaran un cambio de operador. En este escenario es que se vislumbra una barrera a la expansión.

En relación con las barreras a la entrada, criterio que utilizó de manera explícita la CRT y que el operador no hizo esfuerzo alguno en controvertir, como ya mencionara la Comisión en la Resolución CRT 2062 de 2009, y contrario a lo que argumenta **COMCEL**, el hecho de 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, y como se expuso en dicha resolución, las barreras legales y administrativas no permiten la entrada de un operador en el corto plazo. En segundo lugar, 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 supera el 90% e implica que para incrementar la cantidad de usuarios, un operador entrante tendría que atraer usuarios de los operadores establecidos, contrario a lo ocurrido cuando entró COLOMBIA MÓVIL que incorporó usuarios a su red que no se encontraban vinculados en ese momento, repercutiendo en un incremento en la penetración total del servicio.

Por otra parte, en lo relativo al alcance geográfico del mercado relevante, es necesario aclarar que **en ningún momento la CRT ha afirmado que el alcance geográfico del mercado de telefonía móvil sea inferior al nacional**. Así se manifestó en el proceso de discusión de la propuesta regulatoria realizada por la CRT, específicamente en el documento "Resultados del Análisis Cuantitativo para la Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia", en donde se indicó en forma clara que los siguientes son los mercados de alcance nacional:

Mercados minoristas definidos con alcance nacional:

- (1) Voz saliente móvil³⁹.
- (2) Voz saliente de larga distancia nacional fija y móvil.
- (3) Voz saliente de larga distancia internacional fija y móvil.

³⁹ Incluye también la originación de mensajes cortos de texto (SMS) y de mensajes multimedia (MMS).

A partir de estos estudios, y con posterioridad a la discusión con el sector, se determinó en la Resolución CRT 2058 de 2009, específicamente en el Anexo 01 de la misma, que el mercado relevante "voz saliente móvil" y todo lo que éste involucra se encuentra comprendido en el listado de mercados de carácter nacional, junto con la larga distancia nacional y voz móvil, y la larga distancia internacional.

Adicionalmente, las concesiones que otorgó el Ministerio de Comunicaciones, para TMC y PCS, que comprendía la división territorial en tres regiones, Oriental, Occidental y Costa Atlántica, permitía la consolidación a futuro de operadores que tuviera presencia en cada una de las regiones. Este proceso fue iniciado por Bellsouth Colombia (hoy Telefónica Móviles Colombia S.A.) y más adelante **COMCEL** y, posteriormente, sería Colombia Móvil con la concesión de comunicación personal -PCS- quien prestaría el servicio en cada una de las regiones. En este sentido, los operadores tienen una habilitación legal para prestar el servicio móvil correspondiente a nivel nacional.

Por lo tanto, es claro que el ámbito geográfico del mercado "voz saliente móvil" es de cobertura nacional.

2.6.5 Sobre "la inexistencia de barreras a la rotación de usuarios hacia otros competidores".

Adicionalmente, indica **COMCEL** que la evidencia muestra que en Colombia hay una alta rotación de usuarios entre operadores, aun sin haberse implementado la portabilidad numérica, la cual se espera en el corto plazo.

Frente a los demás operadores, según **COMCEL**, sus mejores precios explican la menor tasa de desafiliación, así como la mejor calidad, la más amplia cobertura de servicios y la innovación tecnológica. Sin embargo, **COMCEL** argumenta, la CRT atribuye esta menor tasa de desafiliación solamente al diferencial de tarifas on-net y off-net entre otras políticas comerciales que también emplean los demás operadores móviles.

Consideraciones de la CRT

Con respecto a los argumentos expuestos por **COMCEL**, la CRT considera necesario aclarar que en la Resolución CRT 2062 de 2009 en ningún momento se afirma que la menor tasa de desafiliación del operador dominante se debe **únicamente** al diferencial de tarifas implementado por el operador. Los argumentos expuestos por la Comisión en la Resolución en mención hablan de una combinación de factores que entrelazados repercuten en una menor tasa de desafiliación, sin afirmar que sea esa la única razón y, por lo tanto, tal y como lo afirma **COMCEL**, aún cuando los otros operadores también utilicen la diferenciación de precios, ésta no tiene los mismos efectos que cuando es realizada por **COMCEL**.

Cabe recordar que la CRT, en la Resolución 2062 de 2009, hizo referencia entre otros a tres factores que constataron la posición de dominio de **COMCEL** como realidad de mercado, y sus repercusiones, en este caso, en la tasa de desafiliación de los usuarios. En primer lugar, se tuvo en cuenta el **tamaño relativo** del operador, en la que se muestra que **COMCEL** cuenta ya con el 66% de participación de mercado medida por usuarios, 63% de participación de mercado medida por ingresos y 74% de participación medida por tráfico cursado; sumado al hecho que cada una de estas participaciones ha crecido 9, 19 y 16 puntos porcentuales en los últimos cuatro años. En ningún momento la Comisión ha señalado que esta participación sea producto de la diferenciación de precios, y tan sólo ha manifestado su legítima preocupación porque un operador con la participación de **COMCEL** haga este tipo de diferenciaciones y los efectos en el mercado.

En segundo término, y precisamente porque las cuotas de participación son tan sólo un indicativo de la posición de un operador en el mercado, la CRT tuvo que analizar, también, el impacto que tiene en un contexto de economías de red, las **externalidades de red** que intervienen en la toma de decisión de los usuarios. En un escenario en donde no existe una diferenciación de precios, el usuario percibe una utilidad adicional por la presencia de todos los usuarios, independientemente de si forman parte de la red propia o la de algún competidor. Sin embargo, ante la diferenciación

78

006
940

de precios, el operador artificialmente hace que el usuario se interese más por la cantidad de usuarios que pertenecen a una red particular y no se interese por la cantidad de usuarios vinculados a la red de los demás operadores.

En tercer lugar, la CRT evaluó la **conducta de la firma**, y donde encontró precisamente que se generan efectos en la competencia que precisamente **COMCEL**, el operador más grande del mercado, tenga altos diferenciales entre las tarifas on-net y off-net, dado que por ser el operador más grande, los usuarios perciben una mayor utilidad por el simple hecho de contar con una mayor cantidad de usuarios en la red. Esto se debe a que cuando un usuario va a elegir un operador de servicios móviles, va a tener en cuenta que la mayoría de sus llamadas terminarán en la red más grande, por las que pagaría una tarifa on-net y, adicionalmente, los usuarios que lo llaman a él, con una mayor probabilidad, van a pertenecer a la red más grande, por lo que el usuario podrá recibir más llamadas. Así las cosas, la diferenciación de tarifas magnifica la externalidad de red que perciben los usuarios en el caso de la red más grande, lo que genera una asimetría en las condiciones de competencia en el mercado y constituye el tercer elemento necesario para constatar a **COMCEL** como operador con posición dominante como realidad de mercado.

En este sentido, los efectos sobre la competencia que tiene la diferenciación de precios por parte del operador líder en el mercado, con la diferencia tan considerable en participaciones de mercado, aparte de los incentivos de los nuevos usuarios a vincularse a la red más grande, y en igual medida ofrecer incentivos a los usuarios de los otros operadores a cambiar de operador, se debe a los costos de cambio endógenos que origina dicha diferenciación de precios, como lo han expuesto Gabrielsen y Vagstad (2008)⁴⁰. Como ha aclarado la CRT, los costos de cambio exógenos, tales como los contratos de permanencia mínima o incluso la ausencia a la fecha de la portabilidad numérica, inciden levemente en la falta de capacidad para los usuarios de cambiarse de operador, en particular si alrededor del 85%⁴¹ de los usuarios de servicio móviles en Colombia se encuentran vinculados a través de la modalidad prepago.

En cambio, el mayor costo esperado de un usuario por cambiarse de operador, tanto por el hecho que las llamadas que originaría ahora serían off-net, como por el hecho que recibiría menos llamadas de la red más grande, implican una desutilidad para los usuarios y, por lo tanto, quedan relativamente cautivos en el operador más grande.

Dado que **COMCEL** ha subestimado en reiteradas ocasiones las externalidades de red, la CRT considera pertinente traer a consideración uno de los pocos estudios empíricos en la literatura académica sobre la importancia de las externalidades de red, realizado por Birke y Swan en el 2007⁴². En dicho análisis, los autores demuestran a partir de información microeconómica⁴³, cómo los usuarios coordinan la elección del operador cuando éstos diferencian las tarifas de las llamadas on-net y off-net, y cómo cuando los operadores no diferencian las tarifas, la coordinación de operador es casi nula. En este sentido, la decisión de suscribirse a uno u otro operador se ata a las decisiones de los demás integrantes de la red social (familia y amigos), dado que, por lo mencionado anteriormente, a un usuario le resulta costoso cambiar de operador, más si su red social pertenece a ese operador inicial.

El resultado de los costos de cambio endógenos es, por lo tanto, una explicación parcial de menores tasas de desafiliación para el operador de mayor tamaño, como se observa a continuación.

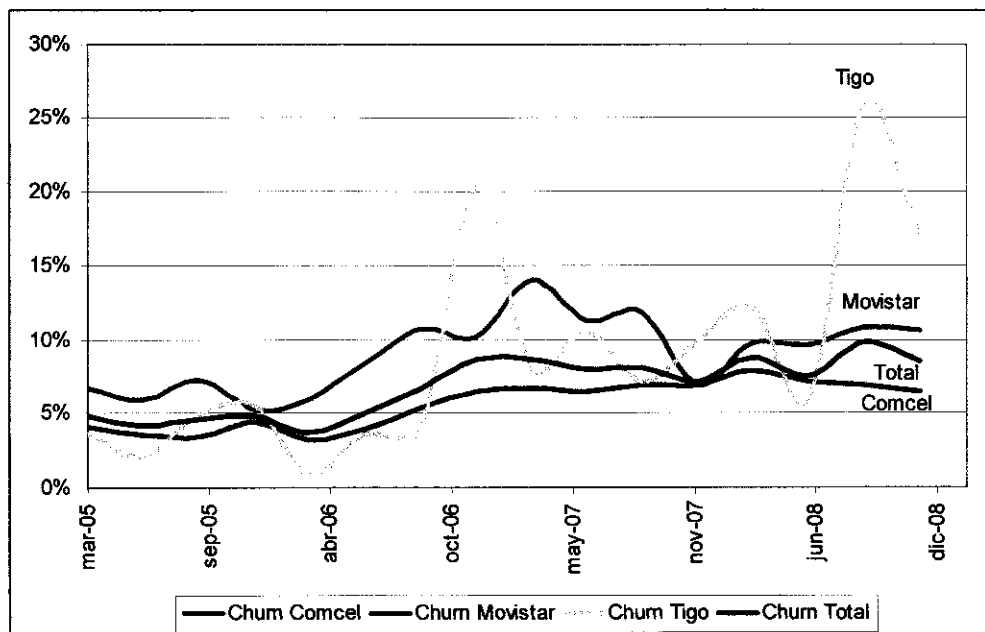
Gráfica 13. Tasa de Desafiliación de Usuarios por Operador

⁴⁰ Gabrielsen, Tommy Staahl y Steinar Vagstad. "Why is on-net traffic cheaper than off-net traffic? Access markup as a collusive device." *European Economic Review* 52. 2008.

⁴¹ Fuente: Ministerio de Comunicaciones

⁴² Birke, Daniel y G. M. Peter Swann "Network Effects, Network Structure and Consumer Interaction in Mobile Telecommunications in Europe and Asia". 2007

⁴³ La información fue recopilada de cerca de 500 estudiantes en 5 países diferentes. Aunque los autores aclaran que es algo arriesgado generalizar los resultados obtenidos, las externalidades de red y su influencia en la elección de operador es evidente.



Fuente: Ministerio de Comunicaciones
Cálculos: CRT

Por lo tanto, aún cuando la CRT no ha afirmado que el diferencial de tarifas on-net y off-net es la única justificación para la menor tasa de desafiliación de **COMCEL**, es claro que sí juega un papel importante. Es por esto que, con el fin de prevenir una disminución mayor del nivel de competencia del mercado móvil, la CRT ha considerado el mercado relevante "voz saliente móvil" como susceptible de regulación ex ante, y ha constatado la posición de dominio de **COMCEL** en el mismo como realidad de mercado.

2.6.6 Sobre "las tarifas on-net y off-net como señal de competencia, no ausencia de ella".

Indica **COMCEL** que todos los operadores móviles en Colombia, y en gran parte del mundo, aplican el diferencial de tarifas on-net y off-net. De acuerdo al operador, existen justificaciones económicas teóricas y empíricas que sustentan la presencia de tarifas diferenciadas, y que de hecho son el resultado de la competencia y en ningún momento resultan como ausencia de la misma.

Según indica **COMCEL**, la presencia de costos fijos, reconocidos por la CRT, da lugar a que los competidores adopten precios diferenciales, y que esto no implica que exista poder de mercado por parte de ninguno de ellos.

En este sentido, afirma **COMCEL**, existen motivaciones de costos, de demanda y de externalidades de red que justifican el diferencial de precios entre las tarifas on-net y off-net. En primer lugar, si un operador debe pagar un cargo de acceso a otros operadores, y no debe hacerlo para el tráfico on-net, existe una diferencia de costos en las dos llamadas.

En segundo término, de acuerdo a lo expuesto por **COMCEL**, la demanda por cada uno de los tráficos es diferente, siendo más elástica la demanda de las llamadas on-net y menos elástica la demanda de las llamadas off-net. Por esto, el precio de las llamadas on-net se acerca más al costo incremental de las mismas, mientras que el precio de las llamadas off-net se aleja de costos.

En tercer lugar, afirma **COMCEL**, la presencia de externalidades de red justifica una suscripción de los usuarios por debajo de costos. Como afirma el operador, esto ha sido realizado por iniciativa propia de la industria y no por ningún tipo de obligación regulatoria, pero tiene como consecuencia que si hay un precio por debajo de costos, necesariamente alguno de los otros precios esté por encima de los mismos. En este sentido, lo lógico, según **COMCEL**, es subir el precio del servicio a los que les puede imponer un mayor margen.

Consideraciones de la CRT

Como primera medida es pertinente recordar que la misma CRT ha reconocido que el establecimiento de precios diferenciales es una práctica mundialmente aceptada, que tanto

90

6

TELEFÓNICA, como COLOMBIA MÓVIL y AVANTEL también hacen uso de ella, y que de hecho se reconoce que no fue **COMCEL** el operador que inició esta práctica en el mercado móvil colombiano.

Por otra parte, COMCEL indica que existen motivaciones de costos que justifican el diferencial de precios. Sin embargo el operador no demuestra la existencia de dicha diferencia en costos que demuestre tal diferencial de precios.

Aunque el operador alega que la diferencia en costos se origina por el hecho de que debe pagar un cargo de acceso por terminar una llamada en la red de otro operador, es preciso aclarar que este cargo de acceso se estableció en la Resolución CRT 1763 de 2007, mediante la aplicación de un modelo de costeo de redes elaborado por la Centro de Modelamiento Matemático de la Universidad de Chile, y tuvo como resultado un cargo de acceso simétrico (igual para todos los operadores y por lo tanto cada operador paga y recibe lo mismo por terminar llamadas de otros operadores) equivalente para el año 2008 de \$123,74, y al actualizarlo con la fórmula dispuesta para tales fines en el Anexo 01 de la Resolución en mención, el valor vigente para el año 2009 es de \$119,73. Este cargo de acceso valora **todos los elementos que debe disponer una red para terminar una llamada**, orientando a costos el precio que paga un operador por terminar la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, la diferencia en costos entre una llamada on-net y una llamada off-net por el cargo de acceso no justifica en ningún momento el diferencial de precios en las tarifas on-net y off-net.

Se reitera que tal y como lo ha manifestado la Comisión, la unión de dos factores – el tamaño y la diferenciación de precios – es lo que genera efectos para la competencia y que le dan una ventaja a **COMCEL** frente a sus competidores atendiendo la realidad del mercado móvil colombiano. En este sentido, la diferencia de precios debe ser razonable, con el objetivo de que no pueda generar fallas de mercado, como se ha observado en el presente caso.

En segundo término, **COMCEL** afirma que existe una diferencia en la demanda de los usuarios por llamadas on-net y por las llamadas off-net. Según expone el operador, la elasticidad de la demanda del tráfico on-net es superior a la elasticidad de la demanda del tráfico off-net, y dado el subsidio a terminales, se hace necesario imponer algún precio por encima de costos para recuperar estos recursos.

Al respecto, la CRT considera necesario señalar que el estudio empírico realizado por **COMCEL** no demuestra en ninguno de sus apartes evidencia de que la elasticidad del tráfico off-net sea inferior a la elasticidad del tráfico on-net. La regresión, como se detalló en el numeral 2.6.1, se limita a demostrar la existencia de una relación entre la participación de mercado y los precios relativos, aun con todos los problemas estadísticos que esta presenta, y no a estimar elasticidades diferenciadas por destino. De hecho, como lo han mencionado distintos autores⁴⁴, no es probable que exista una diferencia en la demanda del tráfico on-net y el tráfico off-net. Dado que **COMCEL** no aporta ningún tipo de evidencia en este sentido, no se podría justificar un diferencial de precios por diferencias en la demanda de uno u otro tráfico.

No obstante lo anterior, y suponiendo en gracia de discusión como verdadera la afirmación de **COMCEL**, la CRT considera pertinente analizar las justificaciones y consecuencias de dicha afirmación. Como primera medida, la explicación del argumento de **COMCEL** parte del hecho de que ante una demanda "elástica", un incremento en el precio de un bien o un servicio no es rentable para un operador por cuanto la disminución en las cantidades consumidas sería mayor que el incremento en los precios y, por lo tanto, el ingreso total del operador se reduciría. En el caso de una demanda "inelástica", un incremento en el precio tendría como resultado una reducción en las cantidades consumidas menos que proporcional y, por lo tanto, el ingreso total del operador incrementaría.

COMCEL afirma que *"los recursos financieros utilizados por los operadores móviles para subsidiar el servicio de suscripción (aparatos terminales) debe de ser recuperado de otros servicios que venden los operadores lo que implica que por lo menos algunos de estos tengan un precio por encima de costos. La regla lógica es que el operador recupere más de aquellos servicios a los les puede imponer un mayor margen y gane menos en aquellos en el que la demanda sugiere un*

⁴⁴ Cave, Martin, Ulrich Stumpf y Tommaso Valletti. *A Review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to ex ante Regulation*. Estudio realizado para la Comisión Europea. Julio de 2006.

*menor margen.*⁴⁵ El operador reconoce explícitamente que sube el precio de un servicio en particular, lo que con una función de demanda estándar repercute en una menor cantidad del servicio consumida por los usuarios. En un mercado en competencia los precios surgen de la interacción de los agentes, pero en este caso **COMCEL** señala que impone un precio a los consumidores, lo que no debería pasar en un mercado de las características expuestas por **COMCEL** (en términos generales **COMCEL** afirma que el mercado móvil presenta altos niveles de competencia) y en cambio sí ocurriría en un mercado en donde el operador tenga posición de dominio.

Como se pudo ver en la Resolución CRT 2062 de 2009, y en el numeral 2.6.3 de la presente Resolución, **COMCEL** es el operador que presenta las tarifas off-net más altas de los operadores analizados. De hecho, en una comparación de tarifas vigentes en agosto de 2007, frente a las tarifas vigentes en diciembre de 2008, se observa cada vez una mayor distancia entre **COMCEL** y sus competidores, a partir de la reducción de los cargos de acceso que se llevó a cabo en diciembre de 2007 por la entrada en vigencia de la Resolución CRT 1763 de 2007.

Aún más preocupante resulta el hecho de que, como lo ha manifestado la CRT, un excesivo nivel de tarifas off-net puede representar una barrera a la entrada para nuevos competidores, o una barrera a la competencia para los competidores existentes, toda vez que al momento de decidir suscribirse a una red particular, un usuario tendrá en cuenta el costo de hacer y recibir llamadas. Suscribirse a la red más grande representa en promedio una factura esperada menos costosa por cuanto una mayor cantidad de llamadas terminará en dicha red, para lo cual pagará una tarifa on-net y recibirá una mayor cantidad de llamadas a precios on-net provenientes de los demás usuarios de esa red. Suscribirse a una red más pequeña implica hacer llamadas off-net para comunicarse a la red más grande y recibir menos llamadas dado que **COMCEL** sube el precio de la llamada por la relativa inelasticidad de dicha demanda, lo que resulta en menores niveles de competencia en el mercado.

En tercer lugar, y en relación con lo expuesto anteriormente, **COMCEL** argumenta que las externalidades de red justifican un menor precio en la suscripción de nuevos usuarios, y que este déficit se recupera a través del incremento en los precios de alguno de los demás servicios.

El argumento de **COMCEL** contrasta considerablemente con lo expuesto en otros apartes del recurso donde el operador manifiesta que la CRT sobrevalora la externalidades de red, y de hecho cita un documento de Barnett y Kaserman (1998)⁴⁶, en el que, según **COMCEL**, los autores afirman que existe una relación inversamente proporcional entre la penetración de un servicio y la externalidad de red que percibe un usuario, por lo que para los servicios móviles, con una penetración de más del 90%, un usuario adicional genera una muy baja externalidad de red y, por lo tanto, uno de los supuestos en los que descansan las afirmaciones de la CRT estaría equivocado.

Con respecto al argumento que utiliza **COMCEL** sobre la utilidad marginal decreciente de la externalidad de red que genera un usuario adicional, cuando la penetración de un servicio es elevada, la CRT no tiene ningún comentario, salvo que éste no explica la razón por la cual **COMCEL** argumenta que la CRT sobrevalora la externalidades de red. La regla de la utilidad marginal decreciente aplica para la mayoría de bienes y servicios en la economía con respecto al beneficio adicional que genera el consumo de cada uno de ellos. Sin embargo, que una unidad más, o en este caso un usuario más, genere una utilidad adicional menor que la que generó el anterior usuario adicional no implica que no exista una externalidad de red, o que los usuarios no valoren la cantidad total de usuarios vinculados a una red, en este caso a uno de los operadores móviles. Al tener una mayor masa de usuarios, la externalidad de red de **COMCEL** es mayor que la de los otros operadores, independientemente de cuanto aporte un nuevo usuario.

Por el contrario, posterior a una lectura detallada del artículo citado por **COMCEL**, los resultados de los autores Barnett y Kaserman resultan algo contradictorios frente a lo expuesto por el operador en otros apartes del documento en lo que se refiere a los subsidios y a las externalidades de red. En primer lugar, los autores dejan claro que la disminución en la utilidad marginal por cada nuevo usuario que se suscribe a la red se debe precisamente a la magnitud total de externalidad de red soportada en la masa de usuarios del servicio, que puede ser significativa, por lo que un menor aporte a la utilidad total por un usuario adicional no contradice lo expuesto por la CRT en la Resolución 2062 de 2009.

⁴⁵ Páginas 121 y 122 del recurso de reposición presentado por COMCEL frente a la Resolución CRT 2062 de 2009.

⁴⁶ Barnett, A.H. y David Kaserman. "The simple welfare economics of network externalities and the uneasy case for subscribership subsidies". Journal of Regulatory Economics; 13: Pg. 245-254. 1998

Sin embargo, el documento va más allá y argumenta que la relevancia de la utilidad marginal decreciente de la externalidad de red se debe a que, con niveles elevados de penetración, no hay justificación alguna para **subsidiar** la entrada de nuevos usuarios a la red por cuanto su aporte individual a la externalidad es mínimo. Por lo tanto, no se entiende como **COMCEL** afirma lo siguiente:

*"La externalidad de red obliga a que el precio a la suscripción del servicio móvil deba ser menor que su costo incremental. Esta fijación de precios de suscripción por debajo de costos en los mercados móviles ha sido adoptada por propia iniciativa de la industria móvil y no por mandato regulatorio alguno. Sin embargo, los recursos financieros utilizados por los operadores móviles para **subsidiar** el servicio de suscripción (aparatos terminales) debe ser recuperado de otros servicios que venden los operadores lo que implica que por lo menos algunos de estos tengan un precio por encima de costos."*⁴⁷

Los autores del documento concluyen que sólo bajo circunstancias muy particulares sería posible incrementar el bienestar de la sociedad a partir de este tipo de políticas, caso contrario en la mayoría de los casos es más probable que el bienestar de la sociedad disminuya con la implementación de este tipo de políticas.

En la argumentación presentada por **COMCEL** queda claro, de manera manifiesta por el operador, que dado que el tráfico off-net tiene una demanda menos elástica que la del tráfico on-net y que decide por voluntad propia subsidiar la vinculación de nuevos usuarios a la red, sube la tarifa off-net para recuperar los recursos financieros que esto implica, cuando los autores que ellos mismos citan resaltan las ineficiencias que esto genera y señalan la inminente pérdida de bienestar para la sociedad como resultado de la implementación de dichos subsidios.

Por todo lo anterior, se puede concluir que la diferencia en costos como originador de precios diferenciales es una afirmación sin sustento por parte del operador y en cambio dicha estrategia comercial constituye una barrera a la competencia para los operadores más pequeños. Tampoco se puede afirmar, como lo hace **COMCEL**, que existen diferencias en las demandas del tráfico on-net y off-net y, por lo tanto, esto repercute en diferentes precios, afirmación de por sí no sustentada. En contraposición, la CRT ha manifestado tanto en la Resolución CRT 2062 de 2009 como en distintos apartes del presente acto administrativo que la diferenciación de tarifas sumado al tamaño del operador, teniendo en cuenta las externalidades de red presentes, tienen efectos respecto del nivel de competencia y que le permiten al operador distanciarse de su competencia.

2.6.7 Sobre "la regulación tarifa propuesta generaría una caída en el bienestar de los consumidores a cambio de elevar las utilidades económicas de los competidores".

Más allá de la imposibilidad de demostrar su posición de dominio, **COMCEL** considera más importante aun discutir los efectos de la medida regulatoria propuesta por la CRT mediante la cual se pretende regular las tarifas on-net y off-net de **COMCEL**.

De acuerdo al operador, el principal objetivo de esa medida es transferir recursos a los otros competidores, a costa de disminuir el bienestar de los consumidores móviles en el país por el efecto que la medida tenga sobre los demás precios en el mercado. A partir de esta medida no se busca promover la competencia, de acuerdo a **COMCEL**, sino que se busca favorecer a determinados competidores.

Termina el operador mencionando que ningún país de madurez regulatoria y de competencia donde existen diferenciales de precios on-net y off-net ha regulado directamente las tarifas minoristas, y que de hecho la intervención del regulador debería en los mercados mayoristas de terminación, mediante la reducción de los cargos de acceso, o mediante el establecimiento de cargos de acceso asimétricos.

Consideraciones de la CRT

⁴⁷ Pág. 121 del Recurso de Reposición presentado por COMCEL contra la Resolución CRT 2062 de 2009.

Con respecto a los comentarios expuestos por **COMCEL** frente a las medidas regulatorias impuestas por la CRT como consecuencia de la constatación de su posición dominante en el mercado relevante "voz saliente móvil", se considera pertinente señalar que el acto administrativo sobre el cual se ha presentado el recurso de reposición nada tiene que ver con las medidas regulatorias particulares impuestas al operador y, por lo tanto, no procede una discusión sobre las mismas en el presente acto administrativo.

A partir de los análisis realizados en la parte motiva de esta Resolución queda demostrado que las decisiones de la CRT de ninguna manera pretenden favorecer a ningún actor en particular así como tampoco cuestionar, penalizar o castigar un modelo de negocio particular, sino que tienen por objeto asegurar la competencia en el mercado en el largo plazo para garantizar el bienestar del usuario en el corto, mediano y largo plazo.

En virtud de lo anterior, **COMCEL** no desvirtúa los elementos y argumentos jurídicos, económicos, técnicos y de mercado que fueron tenidos en cuenta por la CRT en la Resolución CRT 2062 de 2009 para la constatación de la posición de dominio que ostenta dicho operador en el mercado relevante denominado Voz Saliente Móvil, tal y como fue establecida a través del acto administrativo mencionado

Por lo anterior,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por el apoderado especial de **COMCEL S.A.** contra la Resolución CRT 2062 de 2009.

ARTÍCULO SEGUNDO. Negar las pretensiones del recurrente y, en su lugar, confirmar en todas sus partes la Resolución CRT 2062 de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente la presente Resolución al representante legal de **COMCEL S.A.** o a quién haga sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

Dada en Bogotá D.C., a los **09 JUL 2009**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA
Presidente


CRISTHIAN LIZCANO ORTIZ
Director Ejecutivo

CE 03/06/2009 Acta 658
SC 10/06/2009 Acta 204
CDG/PB/MVV/JPV/JPH/ZV/LMDV

28