



Comisión de Regulación
de Comunicaciones
República de Colombia

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 2 1 7 1 DE 2009

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

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

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, la Ley 1341 de 2009, el Decreto 2888 de 2009 y según lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la expedición de la Resolución CRT 2066 de 2009, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones estableció medidas regulatorias aplicables a **COMCEL S.A.**, en adelante **COMCEL**, en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* definido en la Resolución CRT 2058 de 2009 como "Voz Saliente Móvil", sometiendo al régimen regulado las tarifas de la mencionada empresa.

Por medio de comunicación radicada el 7 de abril de 2009 bajo el número 200931082, **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 CCA, se revoque en su integridad la Resolución CRT 2066 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 se procederá a su estudio, para lo cual se seguirá el mismo orden propuesto por el recurrente.

Por último y previo a la revisión de los cargos propuestos por **COMCEL** es de señalar que la Ley 1341 del 30 de julio de 2009, en su artículo 19 dispuso que "La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)" y que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2888 de 2009, "Por el cual se dictan disposiciones sobre la organización y funcionamiento de la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC".

cop
unel

7

2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

2.1. Violación del Decreto 2870 de 2007 y de los artículos 62 y 64 de Código Contencioso Administrativo.

Inicia la argumentación el recurrente manifestando que mediante la Resolución CRT 2066 de 2009, la Comisión sujeta a **COMCEL** al régimen regulado de tarifas y restringe la libertad de dicho operador para fijar libremente sus tarifas *off-net*, citando algunos apartes del acto recurrido.

Con base en lo anterior concluye el recurrente que la Comisión regula las tarifas minoristas de **COMCEL**, previa declaración, mediante acto administrativo de carácter particular y concreto, de que **COMCEL** es dominante en un mercado relevante y, por ende, tendría la capacidad de fijar las condiciones de dicho mercado, de tal suerte que si dicho operador no hubiese sido declarado dominante, es porque no tendría la capacidad de fijar dichas condiciones y, por lo tanto, mal podrían sus tarifas someterse a regulación alguna.

Considera el recurrente que se ha producido un vicio de nulidad en la formación de la Resolución CRT 2066 de 2009, toda vez que al momento en que fue proferida, el acto administrativo por medio del cual la Comisión constató la existencia de posición dominante de **COMCEL** en el mercado "Voz Saliente Móvil", esto es, la Resolución CRT 2062 de 2009, no estaba llamada a producir efecto jurídico alguno pues no estaba ni está actualmente en firme. Al respecto, recuerda el recurrente que la firmeza de los actos administrativos es un requisito indispensable para su ejecución.

En este sentido, indica el recurrente que si la Resolución CRT 2062 de 2009, no podía producir efectos *"mal podría la CRT, a través de la resolución 2066, regular las tarifas de COMCEL en función de tal dominancia, en la medida en que la constatación de tal posición dominante por la autoridad competente, era requisito para que la CRT expidiera medidas regulatorias ex ante para corregir la falla de mercado derivada del presunto poder de COMCEL para fijar las condiciones del mercado de voz saliente móvil."* De esta forma, considera el recurrente que dado que la posición de dominio de **COMCEL** no surte efecto alguno mientras la Resolución CRT 2062 de 2009 no esté en firme, la resolución recurrida nace a la vida jurídica viciada de nulidad, porque otorga efectos a un acto administrativo que a ese momento no podía producirlos, violando de esta forma los artículos 62 y 64 del CCA.

Adicionalmente, el recurrente manifiesta que sólo en el momento en que la Resolución CRT 2062 de 2009 quedara en firme, podría la Comisión expedir la Resolución CRT 2066 del mismo año.

Concluye este cargo el apoderado de **COMCEL** afirmando que el que *"la resolución 2062 quedará en firme en algún momento en el tiempo, [no implica que] la resolución 2066 es legal, porque, como lo ha expresado el Consejo de Estado, la legalidad debe analizarse en el momento en que el acto administrativo nace a la vida jurídica, y no después de que ello ocurra"*.

Consideraciones de la CRC

Frente a este cargo es necesario aclarar que una cosa es la existencia del acto administrativo y otra muy diferente su eficacia, al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades señalando que *"[u]na cosa es la validez del acto administrativo, que depende de sus elementos esenciales, esto es, órgano competente, voluntad de la Administración, contenido, motivos, finalidad y forma, (...), y otra cosa, muy diferente, es la eficacia del mismo, que sólo tiene que ver con su obligatoriedad para los particulares."*¹

De esta forma, resulta claro para la Comisión que aún cuando la resolución que se recurre al momento de su expedición cumple con los elementos esenciales para su conformación, la misma sólo estará ejecutoriada y, por lo tanto, tendrá fuerza ejecutoria, una vez sea resuelto el recurso de reposición, que ocupa el análisis del presente acto administrativo. Así, en la medida en que el acto recurrido no está en firme, el mismo aún no ha producido ningún efecto para **COMCEL** ni para los demás operadores, dado que en contra de la misma se interpuso recurso de reposición, como se mencionó.

¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Sentencia de 31 de agosto de 2000. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero. Ver también: CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Sentencia de 26 de agosto de 1999. C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

En efecto, como bien lo explica el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos quedan en firme cuando (i) contra ellos no proceda ningún recurso, (ii) los recursos interpuestos se hayan decidido, (iii) no se interpongan recursos o cuando se renuncie expresamente a ellos y (iv) haya lugar a la perención o se acepten los desistimientos. Así, en el caso concreto resulta evidente para la Comisión que la Resolución CRT 2066 de 2009, únicamente estará en firme y, por lo tanto, tendrá fuerza ejecutoria cuando el recurso de reposición interpuesto por COMCEL, que ocupa el análisis de la presente resolución, haya sido decidido y notificado.

En este punto resulta importante identificar las diferencias existentes entre la existencia del acto administrativo, la cual se asocia a su nacimiento a la vida jurídica, y el momento en el que el mismo está llamado a producir efectos jurídicos, lo cual se asocia a la exigibilidad del acto administrativo. Al respecto, de acuerdo con la teoría de la eficacia del acto administrativo alegada por el recurrente, el acto administrativo nace una vez se hayan reunido los elementos propios de su legalidad y sus efectos, es decir, su exigibilidad frente a los particulares se encuentra supeditada a la firmeza del mismo, tal y como lo ha explicado el tratadista Jaime Orlando Santofimio:

"El acto administrativo nace a la vida jurídica una vez que la administración ha adoptado la decisión que habrá de producir efectos jurídicos. En ese sentido, las actuaciones y procedimientos de publicación no son otra cosa que instrumentos propios de la eficacia del acto y no de la validez del mismo. (...)

(...) Así ha de tenerse en cuenta que la publicidad del acto no es requisito para su validez, siempre y cuando en su dictación se hayan guardado todas las normas a las que debió sujetarse, y sólo es causal de inoponibilidad a los particulares. En cambio sí es oponible a la propia administración² ..." (se subraya).

Teniendo claro lo anterior, debe precisarse que contrario a lo expuesto por el recurrente, en la fecha en que la Resolución CRT 2066 de 2009 esté llamada a producir efectos jurídicos, la Resolución CRT 2062 de 2009, por medio de la cual se constató la posición de dominio de COMCEL en el mercado "Voz saliente móvil", que nació a la vida jurídica el 27 de febrero de 2009, ya será vinculante y oponible a los particulares y, por lo tanto, tiene la virtud de generar los efectos allí previstos.

Lo anterior, en la medida en que mediante Resolución CRT 2152 del 9 de julio de 2009, debidamente notificada por edicto, la Comisión resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CRT 2062 de 2009, de tal suerte que la misma se encuentra en firme y, por lo tanto, tiene carácter ejecutivo y ejecutorio desde el momento mismo de su expedición, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo ya citado, la firmeza del acto se predica desde "cuando los recursos interpuestos se hayan decidido", situación que en el caso particular se dio a través de la Resolución CRT 2152 antes referenciada.

De esta forma, es claro que la actividad regulatoria adelantada por la Comisión en desarrollo del proyecto *Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia*, ha dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 62 y 64 del Código Contencioso Administrativo, así como a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones, toda vez que la aplicabilidad de la medida regulatoria a la que hace referencia la Resolución CRT 2066 de 2009, sólo estará llamada a producir efectos jurídicos respecto de COMCEL, cuando la constatación de la posición de dominio del referido operador ya se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada.

Por las razones precedentes, no prospera el cargo formulado.

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 Comisión 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:

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. *Auto de 23 de octubre de 1991*, C.P.: Álvaro Lecompte Luna. Citado en: SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo*. Tomo II, 4ta Ed., 168 pág.

³ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado*, cit., 167 y 168 págs.

18

caso
uno

En primer lugar explica que el debido proceso es un elemento modular de los Estados constitucionales de derecho contemporáneo y considera que incorporando la tendencia global, la Constitución Política de 1991 incorporó 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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión pretendía crear situaciones de carácter particular y concreto en su contra, lo puso de presente ante la Comisión, 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 Comisión 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 Comisión 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 un especial para la expedición de actos administrativos particulares por parte la Comisión, distintos a los del Código Contencioso Administrativo. Agrega que en esta medida la Comisión 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 Comisión obró contra la expresa recomendación del equipo de abogados que contrató para asesorarla y procede a citar apartes de los conceptos rendidos para la Comisión por dichos asesores⁴.

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 Comisión 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 Comisión en el 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 Comisión 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 Comisión referencia como tal, fue una invitación a una conferencia académica y no una apertura de una actuación administrativa, razón por la cual la Comisión 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

⁴ Conceptos elaborados por la firma de abogados Esguerra, Barrera, Arriaga y por el Dr. Manuel José Cepeda.

AND
CCE
19

8

administrativa en su contra, como lo prescribe la ley, y afirma que dicha apertura y notificación no se produjo porque la Comisión 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 Comisión.

En este sentido, afirma que ya era demasiado tarde para la Comisión 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 Comisión 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 Comisión *"dice perseguir, no se puede alcanzar a costa de los derechos fundamentales de COMCEL"*.

Afirma el recurrente que en consecuencia de lo anterior, la Comisión 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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión, 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 pone 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 Comisión 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 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 Comisión 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 Comisión incurrió en vía de hecho por defecto procedimental.

Consideraciones de la CRC

Para efectos del análisis del presente cargo, considera la Comisión 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 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 que⁶:

"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

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-215 de 2006, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-224 de 2006, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

*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 Comisión mediante comunicación de fecha 5 de diciembre de 2007, radicada internamente bajo el número 2007522807, comunicó a **COMCEL** y a los demás agentes del sector sobre el inicio del proceso de análisis que iba a adelantar la Comisión 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 Comisión 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 Comisión, 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 Comisión 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 Comisión publicó para conocimiento y discusión con el sector, el alcance de la agenda regulatoria que sería adelantada por la Comisión 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** 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

*com
9/10/08*

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 Comisión 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 adelantó 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 Comisión, 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"*

Lo anterior fue corroborado en el proyecto regulatorio publicado por la Comisión el 14 de febrero de 2008, en el cual la Comisión 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 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 2008⁹, al cual asistieron varios funcionarios de COMCEL y su representante legal¹⁰, la Comisión nuevamente comunicó a todos los operadores de telecomunicaciones qué pasos debían darse y serían abordados por la Comisión. En dicha ocasión la Comisión insistió en los siguientes asuntos:

⁸ "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"

⁹ 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.

¹⁰ En el folio 86 se evidencia que la Dra. Hilda María Pardo, Representante Legal de COMCEL, asistió al foro público en comento.

"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 Comisión, con los gremios de la industria, dentro de los cuales se encontraba ASOCEL, de la cual es parte **COMCEL**, la Comisión 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 Comisión 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 Comisión el 30 de mayo de 2008, la Comisión nuevamente comunicó y explicó cuáles eran las diferentes fases de análisis y 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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión 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.

Así las cosas, 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:¹¹

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-1395-2000.

cop
ano
11

"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	Tulio 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.

006
000
11

Comunicación "precisiones a los comentarios de la industria al proyecto de resolución para la definición de mercados revelantes de telecomunicaciones en Colombia". (Rad. 200831593)	May-21-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
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 Comisión 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 Comisión 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 expuesto por la Comisión 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 abogados¹².

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 Comisión 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 Comisión, 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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión a la que asistieron los expertos comisionados de la Comisión, uno de los representantes legales de **COMCEL**, su equipo

¹² Por los doctores José Gregorio Hernández, José Orlando Montealegre y por la firma Lloreda Camacho Abogados

ad
800
11

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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión 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.

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 Comisión 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 economía¹³, celeridad¹⁴ y eficiencia¹⁵, de tal

¹³ 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."

¹⁴ 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."

¹⁵ 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

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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión, 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 Comisión 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, erróneamente, que la Comisión 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 Comisión, 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 artículos 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 Comisión, 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 Comisión, 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 H. Corte Constitucional en Sentencia C-600 de 1998, donde dijo:

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.

400
17/10

78

"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 instaura debe proferir.

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

Corte
2009

R

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 Comisión no provienen directamente de la Constitución Política, sino de la Ley, al mismo tiempo, le

con
que
11

18

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.

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 Comisión 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 Comisión, 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 Comisión 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 son el concurso de 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 Comisión 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 CRC

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."*¹⁶ 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.

¹⁶ Diccionario de la Lengua Española.

204
Gua

78

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 Administrativo¹⁷. 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 se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. [...]"¹⁸ (Se resalta)

En este sentido, es preciso mencionar que la decisión adoptada en la Resolución recurrida, no corresponde a un actuar caprichoso de la Comisión. 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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión resulte contraria al querer del recurrente, ello de ninguna manera la califica de "caprichosa", "antojadiza" o "arbitraria".

¹⁷ 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.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de Octubre 22 de 1975. Consejero Ponente, doctor Luis Carlos SÁCHICA.

con
ano
11

18

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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión. Lo anterior, en la medida en que la facultad otorgada a la Comisión 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 Comisión 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 Comisión, 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 Comisión 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 Comisión 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, 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 Comisión 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 Comisión. 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 Comisión 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 Comisión en desarrollo del trámite administrativo inmerso en el proyecto

28

vse
4/9/09

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 Comisión. Así mismo, desde el 26 de diciembre de 2008, como ya se mencionó, **COMCEL** tenía noticia de los hallazgos identificados por la Comisión 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 Comisión 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 Comisión. 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 Comisión 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 abogados¹⁹.

De lo anterior se concluye entonces que la actuación de la Comisión, 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 Comisión.

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.

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 1º 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 el Dr. Manuel José Cepeda y por la

¹⁹ Por los doctores José Gregorio Hernández, José Orlando Montealegre y por la firma Lloreda Camacho Abogados

firma de abogados Esguerra, Barrera, Arriaga, concluye 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 CRC

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"²⁰, debe la Comisión 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 Comisión 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 administrativo²¹.

En este punto resulta importante recalcar que la Comisión 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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión con el acompañamiento de los consultores económicos de dicho operador. Así mismo, la Comisión 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 Comisión está sustentado 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 Comisión 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 Comisión 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.

²⁰ 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."

²¹ 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.

N

2009
9/10

Así mismo, es de mencionar que la referencia que se realiza a los conceptos emitidos por los consultores jurídicos²² de la Comisión 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 Comisión 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 Comisión.

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 Comisión 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 Comisión 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."*

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 CRC

²² El apoderado de **COMCEL** hace referencia a algunos apartes del concepto elaborado por la firma ESGUERRA, BARRERA, ARRIAGA S.A.

En relación con lo expuesto por **COMCEL** en este cargo, debe insistirse que la Comisión dio inicio a una actuación administrativa la cual se adelantó dentro del marco del proyecto regulatorio "*Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia*", haciendo referencia expresa a la razón de ser de la misma, a su objetivo, así como a los diferentes análisis y consideraciones que estarían inmersos en la misma. En efecto, como ya se ha explicado en este acto administrativo, el análisis abordado por la Comisión dentro del trámite administrativo en comento implicaba la decisión de diferentes tipos de decisiones, algunas de carácter general y, otras, de carácter particular y concreto. Así, en el desarrollo de la actuación, la Comisión procedió a: (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.

De esta manera y 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 economía²³, celeridad²⁴ y eficiencia²⁵, 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.

De esta manera, no resulta cierto que el trámite adelantado por la Comisión desconozca o transgreda el principio de la buena fe. 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 desarrolló a espaldas de **COMCEL**, sino que por el 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. Por el contrario, el actuar de la Comisión 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 el presente caso se presentó. El

²³ 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.*"

²⁴ 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.*"

²⁵ 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.*"

002
100

rk

límite se encuentra dado por el necesario respeto y aplicación del debido proceso y del derecho de defensa, derechos que en el caso concreto la Comisión le garantizó a **COMCEL** para lo cual generó todas las instancias necesarias para la participación, acompañamiento, presentación de documentos, pruebas y análisis que se considerara necesario remitir antes de la adopción de una decisión sobre el particular, como ya se ha explicado ampliamente.

En este orden de ideas, y como ya se ha anotado en el presente acto administrativo, la Comisión a lo largo de todo el trámite adelantado dentro del proyecto regulatorio "*Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia*", puso en conocimiento del sector las instancias, pasos y actividades involucrados dentro de dicha actuación administrativa. En el caso concreto de la regulación del diferencial de precios off net y on net, se encuentra que la Comisión en el documento publicado el 26 de diciembre de 2008, hizo referencia expresa a la posibilidad de imponer medidas regulatorias de este tipo, en caso que **COMCEL** fuera el operador con posición de dominio en el mercado "Voz saliente móvil", tal y como se evidencia de lo planteado en el mencionado documento:

"

1. Declarar que la tarifa off net del operador dominante será objeto de especial monitoreo o vigilancia, para lo cual, la CRT revisará permanentemente el comportamiento de los planes tarifarios.
2. Establecer un esquema de monitoreo al operador dominante con el fin de determinar el avance en la disminución de la tarifa off net, situación que requiere:
 - La reducción de la tarifa off net de todos los planes tarifarios y;
 - La oferta permanente y no discriminatoria de por lo menos un plan con tarifa única, al que tengan acceso tanto los usuarios nuevos como los de planes antiguos en todos los niveles de consumo, a nivel prepago y pospago, sin perjuicio de la oferta de planes con tarifas diferenciales. La CRT verificará que los planes de tarifa única que ofrezca el operador dominante no experimenten incrementos de tarifa injustificados que desincentiven su consumo.

Para verificar la disminución de la tarifa y su efecto redistributivo en los usuarios, la CRT implementará una estrategia integral de monitoreo que el cual será obligatorio el reporte de información clara, veraz y suficiente, de parte del operador dominante para verificar el comportamiento del mercado. Para efectos de desarrollar un monitoreo completo del mercado móvil, esta obligación de reporte de información se extenderá a los demás operadores móviles.

3. En caso que el operador dominante no disminuya la tarifa off net y/o que dicha reducción no signifique una mejora de las condiciones de competencia, durante los tres siguientes a la aplicación de la medida, la CRT someterá al régimen regulado de tarifas la tarifa off net bajo criterios de eficiencia, no discriminación y unidad del servicio.

Una vez se haga efectiva la regulación de la tarifa off net del operador dominante, la CRT monitoreará la evolución de las condiciones de competencia en el mercado móvil con el objeto de verificar si esta regulación tarifaria efectivamente abre espacios para incrementar la competencia por parte de los operadores no dominantes.

De no observarse mejora en las condiciones de competencia como efecto de la regulación de la tarifa off net del operador dominante, la CRT establecerá una nueva intervención a nivel mayorista vía cargos de acceso."

De esta forma, resulta claro que lo dispuesto en la resolución recurrida, fue objeto de amplio debate en desarrollo del proyecto regulatorio "*Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia*" llevado a cabo por parte de la Comisión, como antes se mencionó.

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 Comisión, 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. Violación de los artículos 6 y 121 de la Constitución Política. Falta de competencia de la Comisión para regular las tarifas de Telefonía Móvil Celular.

En este cargo el apoderado especial de **COMCEL** afirma que la Comisión al regular las tarifas de dicho operador actuó sin competencia, toda vez que ninguna de las normas invocadas en la parte considerativa de la resolución recurrida le otorga competencias para la fijación de precios en el servicio de TMC.

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 Comisión, lo debilita, toda vez que la Comisión 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 regulación de las tarifas de **COMCEL** debe hacerse por mandato o con autorización de la Ley.

Así mismo, en relación con la mención que la Comisión 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, como fuente de su competencia, el recurrente afirma que en la misma no figura una norma que establezca la competencia para regular las tarifas de TMC.

Considera 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"*. Al respecto, explica el recurrente *"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 regular las tarifas de un operador"*.

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"*.

También indica que la normativa comunitaria en materia de telecomunicaciones, tampoco otorga competencias tarifarias a la Comisión para el servicio de TMC, dado que ni las Decisiones 439 y 462 de la Comunidad Andina de Naciones, ni la Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones, otorgan a la Comisión este tipo de competencias.

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 la Comisión considera que en virtud de dicho artículo es competente para promover y regular la competencia no solamente entre los operadores de Servicios de Comunicación Personal -PCS- sino también en su relación con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones.

Al respecto explica que la interpretación planteada por la Comisión es errónea toda vez que (i) *"si así se interpretaran todas las leyes que rigen los distintos servicios de telecomunicaciones, entonces, por ejemplo, la ley 142 resultaría aplicable a la TMC, pues ella también establece como función de la CRT la de"* promover la competencia entre los operadores de telecomunicaciones, lo

12

cual para el recurrente resulta absurdo, (ii) "si el legislador de 2000, hubiera querido atribuir a la CRT competencias relativas, no sólo a los servicios de PCS, sino a otros servicios, lo habría dicho expresamente. Prueba de ello es que cuando la ley quiso generar efectos en relación con los servicios de TMC, lo hizo expresamente en el artículo 11", (iii) si la facultad de regulación de tarifas hiciera parte de la función de promoción de la competencia, la Ley 555 de 2000 no habría atribuido a la Comisión la función de fijar el régimen tarifario de los servicios PCS, (iv) cuando la Comisión vaya a regular el mercado para promover la competencia entre los operadores PCS o entre éstos y otros operadores, uno de los regulados, como mínimo, debe ser un operador de PCS, (v) 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".

Ahora bien, en relación con lo expuesto por la Comisión respecto a que la competencia radica en el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999, que atribuye funciones previamente encomendadas a la 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 5° de tal decreto [Decreto 1900 de 1990], no puede entenderse incluida la de fijar tarifas de los servicios de telecomunicaciones, pues tal función estaba expresamente atribuida, no al Ministerio, sino a la Junta Nacional de Tarifas por el mismo decreto 1900". Al respecto agrega que el Decreto 2167 de 1997 al suprimir la Junta Nacional de Tarifas, transfirió las funciones de ésta a las comisiones de regulación, el cual fue derogado posteriormente por el Decreto 1363 de 2000, de tal suerte que la Comisión perdió la competencia para regular las tarifas atribuida por el mencionado Decreto 2167.

En este orden de ideas, el recurrente concluye afirmando que dado que tampoco existe competencia alguna de la Comisión en el Decreto 1130 de 1999 para regular las tarifas de **COMCEL**, su mención resulta irrelevante. Explica que no existe norma ni del Decreto 1900 de 1990, ni de ningún otro Decreto que esté vigente que atribuya funciones tarifarias a la Comisión en materia de TMC.

El recurrente también afirma que la mención al Decreto 2870 de 2007, en la resolución recurrida, resulta totalmente errada, dado que dicho Decreto de ninguna manera le otorga competencias tarifarias a la Comisión para el servicio de TMC e indica que "del hecho de que el decreto 2870 le hubiere otorgado, inconstitucionalmente, facultades a la CRT para definir los criterios y condiciones para fijar mercados relevantes, así como la existencia de posición dominante, no se puede extraer que le otorgó competencia para regular tarifas de TMC."

Finalmente, considera que la Comisión no puede invocar como fuente de competencia, el artículo 18 del Decreto 2870 de 2007, que contempla que la Comisión debe adecuar el marco regulatorio a un ambiente de convergencia, por las siguientes razones: (i) dicho artículo nada dice al respecto, (ii) en materia de derecho administrativo no existen competencias implícitas de la Administración, (iii) la adecuación del marco regulatorio, se refiere a aquéllos asuntos para los cuales la Comisión tiene competencia de Ley.

Consideraciones de la CRC

Frente a este cargo, es preciso reiterar que la Comisión tiene claras facultades otorgadas por normas de rango legal para promover la competencia a través de la regulación, para lo cual puede inclusive expedir regulación de carácter asimétrica. Pues bien, es evidente que uno de los principales factores de competencia en cualquier mercado es precisamente el precio de los bienes o servicios que en él se transan. En este caso, dicho precio es la tarifa, la cual ha sido intervenida o regulada por la Comisión con el fin de promover la competencia.

Ahora bien, en relación con lo expuesto por el recurrente en el sentido que ninguna de las normas citadas en la resolución recurrida le otorgan competencia a la Comisión, 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 predicen 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, 1º, 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 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 Comisión, 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 Comisión 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 Comisión 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".

22
9m0

18

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 Comisión 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 Comisión, 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 Comisión 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 Comisión, 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.

Ahora bien, respecto de la referencia a la Ley 555 de 2000, considera importante la Comisión 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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión, 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 parágrafo 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 Comisión, 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 telecomunicaciones²⁶. 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.*

"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).²⁷ (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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión 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 funciones²⁸, las siguientes:

²⁶ 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.

²⁷ Ibídem. En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia C-1268 de 2000, MP: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁸ También resulta oportuno hacer referencia a las funciones contenidas en los artículos 19 y 58 del Decreto Ley 1900 de 1999, entre otros.

caso
otro

78

"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 Comisión 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 constitucionalidad²⁹ y no ha sido identificado como una norma respecto de la cual 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..."*³⁰.

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 Comisión 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

²⁹ Tal es el caso de la Sentencia C-189 de 1994.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 1993, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón

me
ano

78

telecomunicaciones, siendo una de dichas herramientas, el análisis de los mercados relevantes de telecomunicaciones susceptibles de regulación *ax ante*.

Para tales efectos, la Comisión 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 Comisión, 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 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 Comisión 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 Comisión 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 Comisión, 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 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 recomendaran.

Así las cosas, es claro que las normas legales y reglamentarias en las cuales sostiene la Comisión su competencia en la Resolución recurrida, la facultan para adoptar decisiones regulatorias como la contenida en la Resolución CRT 2066 de 2009.

Adicionalmente, para efectos de analizar los argumentos presentados por el recurrente específicamente frente a las facultades de la Comisión para regular las tarifas del servicio de Telefonía Móvil Celular, debe la Comisión en este aparte de la resolución, exponer cuál es la naturaleza de las funciones que le fueron asignadas por Ley y las recibidas vía delegación con la expedición de la Ley 142 de 1994. Para efectos de realizar dicho análisis de manera completa y sin lugar a falsas interpretaciones, resulta indispensable reseñar históricamente las funciones regulatorias de la Comisión para poder encausarlas a las normas y preceptos constitucionales que la renovaron:

En ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 20 transitorio de la Constitución Política se expidió el Decreto 2122 de 1992, que creó la Comisión y le asignó funciones que más tarde se ampliaron mediante el Decreto 2167 del mismo año expedido con base en idénticas facultades, éste relativo a la transferencia a la Comisión de las funciones que en materia tarifaria venía cumpliendo la Junta Nacional de Tarifas creada por el Decreto Ley 3069 de 1988 y cuyas funciones en materia de telecomunicaciones se habían precisado en la Ley 81 de 1988 y en el artículo 60 del Decreto Ley 1900 de 1990.

"(...) Ley 81 de 1988

Art.61o. *De las entidades que desarrollan las políticas de precios. El establecimiento de la política de precios, su aplicación así como la fijación cuando a ello haya lugar, por medio de resolución, de los precios de los (...) servicios sometidos a control, corresponde las siguientes entidades: (...)f) A la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, las tarifas de ...servicio telefónico local y larga distancia tanto nacional como internacional, telégrafos, télex, fax, transmisión de datos y correo urbano, interurbano, nacional e internacional y electrónico; (...)"*

"(...) DECRETO 1900 DE 1990

ARTICULO 60°. *-La Junta Nacional de Tarifas fijará los rangos de las tarifas aplicables a los usuarios de los servicios y determinará el régimen tarifario del sector. (...)"*

En este sentido, la Comisión inició funciones en los términos del Decreto 2122 de 1992, reglamentado por el Presidente de la República mediante los Decretos 2111 y 2112 de 1993 y el Decreto 2167 del mismo año. No obstante, es preciso tener en cuenta que dichos Decretos dictados en ejercicio de las facultades del artículo transitorio 20 de la Constitución Política, aunque son Decretos emitidos por la administración, tienen fuerza de Ley, pues correspondían a funciones que se ejercieron por el Gobierno ante la ausencia de cuerpo legislativo.

Así las cosas y teniendo claro el marco jurídico señalado anteriormente, surge la Comisión como un organismo del Ministerio³¹ que reemplazaría la oficina de regulación³² del mismo.

Posteriormente, a través del Decreto 2167 de 1992 también expedido en cumplimiento de lo ordenado por el artículo transitorio 20 de la Constitución Política y, por ende, con fuerza de Ley, se trasladaron a las Comisiones de Regulación las funciones que venía cumpliendo la Junta Nacional de tarifas³³ que fue suprimida mediante el mismo.³⁴

Dicha supresión, implicó que en materia de telecomunicaciones se trasladaron a las Comisiones, las funciones señaladas en los apartes pertinentes de los Artículos 61 y 62 de la Ley 81 de 1988 y las contenidas en el artículo 60 del Decreto Ley 1900 de 1990:

"(...) Artículo 61o. *De las entidades que desarrollan las políticas de precios. El establecimiento de la política de precios, su aplicación así como la fijación cuando a ello haya lugar, por medio de resolución, de los precios de los bienes y servicios sometidos a control, corresponde las siguientes entidades:*

(...)

"f) A la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, las tarifas de agua, energía eléctrica, gas a usuarios finales, alcantarillado, aseo, servicio telefónico local y larga distancia tanto nacional como internacional, telégrafos, télex, fax, transmisión de datos y correo urbano, interurbano, nacional e internacional y electrónico; (...)"

"Artículo 62o. *De las funciones de las entidades que desarrollan la política de precios. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, las distintas*

³¹ Artículo 2o. COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES.-Créase la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, la cual tendrá el carácter de Unidad Administrativa Especial, y cuyo objetivo será el de regular y promover la competencia para que las operaciones sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad. PARAGRAFO.-Esta Unidad Administrativa especial no tendrá personería jurídica y será parte de la estructura administrativa del Ministerio de Comunicaciones.

³² Artículo 5o. OFICINA DE REGULACION.-Suprímese la Oficina de Regulación de la Dirección Técnica de Planeación Sectorial del Ministerio. (...)"

³³ Creada por el Decreto 3069 de 1968 dictado en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 65 de 1967 para el ejercicio de las funciones señaladas en el Artículo 1º del mismo.

³⁴ "Artículo 28. Supresión de la Junta Nacional de Tarifas y de la División Especial Secretaria Técnica de La Junta Nacional de tarifas. Suprímese la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y la División Especial Secretaria Técnica de la Junta Nacional de Tarifas, **cuyas funciones en los respectivos sectores serán asumidas por las comisiones** reguladoras energética, de telecomunicaciones, y de agua potable y saneamiento básico. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará a partir del momento en que las respectivas comisiones de regulación comiencen a desarrollar sus funciones. El Departamento Nacional de Planeación celebrará convenios con los Ministerios a los cuales pertenecen las respectivas Comisiones con el propósito de coordinar las labores necesarias para que las funciones se puedan comenzar a desarrollar en condiciones adecuadas." Negrilla fuera de texto.

col
ano

nk

entidades tendrán las siguientes funciones en cada uno de los sectores de su competencia:

a) Determinar los bienes y servicios cuyos precios deban ser sometidos a control directo, de acuerdo con las normas establecidas en la presente Ley;

b) Fijar los precios de los bienes y servicios que se someten a control directo;

c) Determinar la metodología y criterios a que deban someterse los bienes y servicios que se encuentren en libertad regulada o vigilada, y establecer cuáles serán dichos bienes y servicios;

d) Fijar, cuando lo considere conveniente, los descuentos y porcentajes que los productores, fabricantes o comerciantes tengan establecidos o establezcan en favor de sus agentes o distribuidores, determinando en cada caso los que se justifiquen y señalando los precios correspondientes.

Parágrafo. Las funciones antes señaladas se ejercerán de oficio o a solicitud de los fabricantes, productores, distribuidores, importadores, ligas de consumidores o comités cívicos de vigilancia de precios, pesas y medidas, de conformidad con el reglamento que dicte la respectiva entidad, la que podrá delegar en forma total o parcial, la facultad de fijar precios para el mercado local y las tarifas de admisión para los espectáculos públicos, en comités municipales de precios, los que estarán integrados por el alcalde municipal o distrital, según el caso, y los funcionarios y personas que señale la entidad que hace la delegación.

En todos los casos las entidades a que se refiere el presente artículo deberán divulgar a través de los medios de información y comunicación, las decisiones sobre control directo de precios sobre los bienes y servicios."

"(...) DECRETO 1900 DE 1990

ARTICULO 60°.-*La Junta Nacional de Tarifas fijará los rangos de las tarifas aplicables a los usuarios de los servicios y determinará el régimen tarifario del sector. (...)"*

De las normas transcritas se deduce que la Comisión empezó a funcionar para el ejercicio de funciones asignadas por dos Leyes distintas aunque de igual jerarquía: los Decretos 2122 y 2167 de 1992.

Ahora bien, en el año 1994, el Congreso de la República expide la Ley 142 de 1994, que en su artículo primero señala el ámbito de su aplicación, excluyendo, en lo que hace referencia a los servicios de telecomunicaciones, todos los servicios que de acuerdo con el mismo no se incluyan en la categoría de domiciliarios, y ésta a su vez deroga los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 2122 de 1992 y el literal f) de la Ley 81 de 1988³⁵ que realmente ya había ocurrido de manera tácita.

Dicha derogatoria del Decreto 2122 debe entenderse de la siguiente manera:

- a. Un análisis desde la perspectiva de la estructura, evidencia que la Ley 142 de 1994 derogó la norma de creación de la Comisión y simultáneamente expidió una norma por la cual la vuelve a crear, otorgándole una independencia técnica, administrativa y patrimonial que no había recibido.
- b. Desde la perspectiva funcional, se retiran las funciones atribuidas por el Decreto 2122 y se inicia para la Comisión una nueva etapa con competencia para ejercer las funciones asignadas por el Decreto 2167 de 1992 y por la Ley 142 de 1994.

En conclusión y teniendo en cuenta el tema en debate, que se refiere a las funciones atribuidas a esta entidad, es decir, a la perspectiva funcional, la Comisión se renovó pero conservó su

³⁵ Ley 81 de 1988. Artículo 61...f) A la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, las tarifas de agua, energía eléctrica, gas a usuarios finales, alcantarillado, aseo, **servicio telefónico local y larga distancia tanto nacional como internacional**, telégrafos, télex, fax, transmisión de datos y correo urbano, interurbano, nacional e internacional y electrónico(...)"

competencia para ejercer de una parte, funciones directamente asignadas por la Ley y las que al tiempo recibió por delegación del Presidente, como en efecto se predica de la Ley 142 de 1994.

Lo anterior lo fundamenta el hecho de que las derogatorias realizadas por Ley 142 de 1994, si bien recayeron sobre las funciones asignadas a la Comisión por el Decreto 2122 de 1992, no ocurrió lo mismo con las señaladas en el Decreto 2167 del mismo año, por las siguientes razones:

- a. Porque la Ley 142 de 1994, no reguló todos los servicios de telecomunicaciones.
- b. Porque la Ley 142 de 1994 derogó la creación de la Comisión y las funciones asignadas por el Decreto Ley 2122 de 1992, más no derogó ni expresa ni tácitamente las funciones asignadas por el Decreto Ley 2167 de 1992, que como el primero, corresponde a una norma con fuerza de ley expedida posteriormente y que le asignó funciones propias desde el momento en que inició su funcionamiento; y,
- c. Porque si bien la derogatoria se dispone respecto del literal (f) del artículo 61 de la Ley 81 de 1988, ésta resulta inaplicable pues desde 1992 la función allí señalada no era competencia de la Junta Nacional de Tarifas sino de la Comisión.

Así las cosas, en cuanto a la facultad tarifaria, debe resaltarse que al renovarse la Comisión por virtud de la Ley 142 de 1994 y al derogar ésta las funciones asignadas a la Comisión por el Decreto Ley 2122 de 1992, surgió como consecuencia la asignación de nuevas funciones a la Comisión respecto de los servicios públicos domiciliarios³⁶, sin que se afectara la vigencia de las funciones que ya le habían sido otorgadas por la Ley especial y de igual jerarquía, es decir, las asignadas por el Decreto 2167 de 1992, Decreto que no hizo otra cosa que asignar las funciones tarifarias, en especial la prevista por el artículo 60 del Decreto Ley 1900 de 1990, que se encontraban en cabeza de la Junta Nacional de Tarifas suprimida por el mismo Decreto Ley 2167.

En conclusión, el impacto que la Ley 142 de 1994 tiene sobre las funciones de la Comisión, se concreta en la asignación de nuevas funciones a esta Entidad respecto de los servicios contenidos en el ámbito de aplicación de dicha Ley, sin que por ello pueda desconocerse que la misma Entidad ya contaba con funciones asignadas por la Ley³⁷, referidas a todos los servicios de telecomunicaciones, funciones respecto de las cuales las notas de derogatoria de la Ley 142 de 1994 no efectuó señalamiento alguno.

Ahora bien, teniendo claras las funciones de la Comisión hasta el año 1994, es importante destacar que con posterioridad se le han trasladado funciones en relación con otros servicios, como en efecto ocurrió en 1999, cuando el Presidente de la República en desarrollo de las disposiciones contenidas en el numeral 16 del Artículo 189 de la Constitución Política y de conformidad con las reglas y criterios establecidos en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, expidió el Decreto 1130 *"por el cual se reestructuran el Ministerio de Comunicaciones y algunos organismos del sector administrativo de comunicaciones y se trasladan funciones a otras entidades públicas"*, así como se le han asignado nuevas funciones, como ocurrió con la Ley 555 de 2000.

Así las cosas, este Decreto debe entenderse entonces como un traslado de las facultades otorgadas a la Comisión mediante la Ley 142 de 1994 y el Decreto Ley 2167 de 1992, así como al Ministerio en normas anteriores a 1999, que se encontraban vigentes al momento de dicho traslado, y no como un simple Decreto que atribuye competencias y funciones no previstas previamente en la Ley.

En este orden de ideas, vale la pena recordar que las facultades bajo las cuales la Comisión expidió la resolución recurrida, son las establecidas 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 y la Resolución CRT 2058 de, 2009, tal como lo mencionó la Comisión en el acto recurrido³⁸.

³⁶ Siempre que el Presidente decidiera delegarlos, como en efecto ocurrió mediante el Decreto 1524 de 1995.

³⁷ Decreto 2167 de 1992.

³⁸ En este mismo sentido se ha pronunciado la CRT en otros pronunciamientos, como es el caso de el *"Documento de Respuesta a comentarios del sector realizados al Proyecto de Resolución "Por medio de la cual se modifica el Título V y el Título VII de la Resolución 087 de 1997"*, la respuesta a la solicitud de revocatoria directa interpuesta contra las Resoluciones 1296 y 1330 de 2005.

Adicionalmente, es importante tener presente que las funciones trasladadas y, por ende, asignadas a la Comisión por el Decreto 1130 de 1999, respecto a la expedición de regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen tarifario y la determinación del régimen de tarifas aplicable a las distintas clases de servicios y a cada operador, son enlistadas de manera expresa y taxativa y sin entrar a diferenciar cuáles provienen de la Ley 142 de 1994, cuáles del Decreto 2167 o cuales habían sido atribuidas al Ministerio. Así, particularmente en lo que respecta a las funciones relacionadas tanto en el numeral 3º como en el numeral 22º del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999, tienen asidero legal en el Decreto Ley 1900 de 1990, el cual, como se ya se explicó, en su artículo 60 otorgó la facultad legal a la Junta Nacional de Tarifas para la fijación de los rangos de las tarifas aplicables a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, previamente definidos por el mismo Decreto, en el cual se incluyen los servicios de TMC y para determinar el régimen tarifario del sector, facultad que fuera trasladada a la Comisión de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 2167 de 1992, traslado de funciones que fue ratificado y consolidado en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones creada por la Ley 142 de 1994, mediante el Decreto 1130 de 1999.

Por las razones precedentes, el cargo propuesto no procede.

2.7. Expedición irregular del acto por falta de motivación de la decisión de someter al régimen regulado las tarifas de COMCEL. Violación del artículo 35 del CCA.

En este aparte del recurso de reposición el apoderado especial de **COMCEL** en resumen manifiesta que el acto administrativo recurrido incurre en falta de motivación, el cual 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.

Así mismo, explica que según lo contemplado en el artículo primero de la resolución recurrida, la Comisión sometió al régimen regulado las tarifas de **COMCEL**, de tal suerte que a partir de la entrada en vigencia de dicha resolución, todas las tarifas de todos los servicios que **COMCEL** ofrece a sus usuarios serán fijadas de acuerdo con las metodologías establecidas para el efecto por la Comisión. De esta forma, las tarifas minoristas de la telefonía móvil, los servicios móviles de datos y la banda ancha móvil están sujetos a regulación, lo cual implica la regulación más intrusiva de un mercado en competencia en el ámbito mundial, en contravía de la teoría económica de la regulación que no recomienda regular mercados emergentes.

Continúa explicando el recurrente que en el acto recurrido no existe una sola razón que motive o fundamente que todos los servicios y todas las tarifas de **COMCEL** deban ser sometidas al régimen regulado de tarifas. Al respecto, recuerda el recurrente que la Comisión en la resolución recurrida indicó que la falla de mercado se origina en las tarifas off-net que **COMCEL** cobra a sus usuarios en el mercado de voz móvil, y no en las tarifas on-net ni tampoco en relación con otros servicios ofrecidos por **COMCEL** que no hacen parte del mercado de voz saliente móvil, como lo son, por ejemplo, los servicios móviles de valor agregado de banda ancha.

Lo anterior implica para el recurrente que la sujeción de **COMCEL** al régimen regulado de tarifas carece de motivación, razón por la cual se viola el artículo 35 del CCA, dado que la Comisión *"omitió motivar la decisión de sujetar al régimen regulado las tarifas on-net del servicio de telefonía de COMCEL, con el agravante de que la CRT jamás presentó ninguna objeción con el nivel de dichas tarifas, ni demostró en manera alguna que son artificialmente altas, ni hizo análisis de costo alguno que lleve a la conclusión de que deben ser objeto de regulación. Lo mismo, por supuesto, se predica de las tarifas de los demás servicios que, pese a que no hacen parte del mercado, son objeto de regulación."*

Consideraciones de la CRC

El análisis de la situación de competencia identificado para el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* denominado "voz saliente móvil", permitió concluir que existe un problema

³⁹ Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con... el régimen tarifario...

⁴⁰ Determinar el régimen de tarifas aplicable a las distintas clases de servicios y a cada operador; fijar los parámetros, las fórmulas o las tarifas correspondientes a los servicios y a los operadores sometidos al régimen de tarifa regulada.

col
940

~

potencial generado por la existencia de un operador con el 63% de participación por ingresos, 66% por usuarios y 73% por tráfico cursado en el mercado, que explota las externalidades de red, lo que posibilita mantener una clientela relativamente cautiva, y le otorga poder para fijar tarifas off net con independencia de sus competidores y de los usuarios, sin que sus ingresos y utilidades se vean afectados.

En este contexto, los análisis económicos llevados a cabo por la Comisión, han concluido que existe un marcado diferencial entre las tarifas on net y off net asociadas a los planes de voz ofrecidos por **COMCEL**, lo cual acentúa la posibilidad de incrementar su participación en el mercado y limitar el nivel de competencia, debido a que los usuarios potenciales del servicio móvil tendrán incentivos a suscribirse dentro de la red del operador con posición dominante, dado que probabilísticamente la mayor parte de sus llamadas terminarían en dicha red. En consecuencia, los usuarios del operador con posición dominante percibirían elevados costos por terminar sus llamadas en las redes de otros operadores, lo cual disminuiría los incentivos de los usuarios a cambiarse de operador, fenómeno que se traduce en la existencia de costos de cambio endógenos para los usuarios.

En este orden de ideas, en primera instancia es necesario aclarar que la medida regulatoria establecida por la Comisión está dirigida a regular el diferencial de tarifas on net y off net, y consiste en que todos los planes de voz de **COMCEL** deben cumplir con la restricción de que el precio off net por cada minuto de voz originado en su red y terminado en la red de otros operadores móviles, debe ser menor o igual a la suma del precio on net definido para el mismo plan y el cargo de acceso.

En este sentido, la Comisión no está imponiendo ningún tope a la tarifa on net, razón por la cual la Comisión no está restringiendo la libertad para la fijación de planes tarifarios por parte de **COMCEL**, ni mucho menos está fijando un valor para las mismas, toda vez que el mismo operador puede fijar conjuntos de tarifas on net y off net que satisfagan la condición regulatoria y que, al mismo tiempo, se ajusten a los perfiles de consumo de los usuarios.

En consecuencia, es el diferencial de precios el que está siendo objeto de regulación por parte de la Comisión, al establecer que el precio off net de todos y cada uno de los planes de voz ofrecidos por **COMCEL** a sus usuarios por cada minuto de voz originado en su red y terminado en la red de otros operadores móviles, debe ser menor o igual a la suma del precio on net definido para el mismo plan y el cargo de acceso.

Dado lo anterior, es claro que la Comisión no está fijando un tope tarifario para las tarifas on net ni está sujetando al régimen regulado dichas tarifas, razón por la cual la Comisión no presentó ningún análisis orientado a exponer las razones para regularlas, pues su objetivo es regular el diferencial mencionado por sus potenciales efectos negativos sobre la competencia.

En este orden de ideas, con esta medida regulatoria la tarifa off net se determina en función de la tarifa on net, razón por la cual existe un balance entre ellas. No obstante, dicha restricción no limita el ofrecimiento de promociones exclusivas sobre el tráfico on net, política comercial que **COMCEL** puede continuar manejando.

Ahora bien, en segunda instancia, la Comisión consideró necesario implementar una medida de monitoreo la cual, en el momento de ser satisfecha por el operador con posición dominante, podría implicar que nuevamente estaría sometido al régimen vigilado de tarifas en caso que la Comisión así lo decida mediante el respectivo acto de carácter particular.

Esta medida fue concebida con el objetivo de que todos los planes tarifarios cumplieren con la restricción anteriormente enunciada, hasta tanto la Comisión verificase que el ingreso promedio por minuto generado por la totalidad de las llamadas de voz off net (con destino a otras redes móviles) sea menor o igual a la suma del ingreso promedio por minuto generado por las llamadas de voz on net, y los cargos de acceso causados por las llamadas off net terminadas en redes de los otros operadores móviles.

En lo referente a las tarifas de los demás servicios, que según los argumentos presentados por **COMCEL** no hacen parte del mercado y son objeto de regulación, es importante mencionar que la Comisión en desarrollo del proyecto regulatorio de mercados relevantes y consciente de la importancia de la generación de condiciones que protejan los derechos de los usuarios y la promoción de la competencia en relación con los servicios de intercambio de mensajes cortos de

texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS), tanto en la propuesta regulatoria publicada en diciembre de 2008 como en el documento de respuesta a comentarios publicado en febrero de 2009, expresó claramente que la originación de mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) forman parte del mercado susceptible de regulación *ex ante* definido como "voz saliente móvil", así como que la terminación de dichos mensajes hace parte del mercado de terminación móvil-móvil.

En este sentido, la cadena de valor de los mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) se encuentra compuesta por elementos similares a los del servicio de voz, en particular la originación y terminación de la comunicación y, adicionalmente, constituye una comunicación P2P (peer to peer, persona a persona). Por lo anterior, se considera que los mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) forman parte del mercado susceptible de regulación *ex ante* definido como "voz saliente móvil", así como fue sugerido en su momento por CINTEL (2007) y por Valletti (2003), lo cual es muestra de que el mercado del intercambio de estos mensajes ha sido objeto de análisis y estudios para efectos de conocer la realidad asociada al mismo. No obstante lo anterior, la Comisión aclara que la medida de regulación tarifaria solamente es aplicable para el servicio de voz prestado por COMCEL, toda vez que fue en el componente de voz donde se identificó la existencia del problema de competencia.

Finalmente, y según los argumentos expuestos anteriormente, es evidente que la regulación tarifaria establecida en el artículo 1º de la Resolución CRT 2066 de 2009 atañe al servicio de voz, por lo que los restantes servicios móviles mencionados por COMCEL (datos móviles y banda ancha móvil) no quedan sometidos al régimen regulado de tarifas. Sin embargo, dado que de la lectura del mismo se puede entender que se someten al régimen regulado las tarifas de todos los servicios que ofrece COMCEL, se procederá a aclararlo en el presente acto administrativo en el sentido de acotar el ámbito de dicha regulación particular, esto es, que la misma aplica sobre los servicios de voz.

Por las razones precedentes, el cargo formulado no procede.

2.8. Violación del artículo 333 de la Constitución Política. Violación del principio constitucional de proporcionalidad de la intervención administrativa en la economía. Violación del artículo 36 del CCA.

El recurrente inicia su argumentación explicando que el principio de proporcionalidad ha sido uno de los criterios de mayor relevancia que ha servido como parámetro de control de la actividad de la administración. Previa transcripción de doctrina y jurisprudencia asociada al tema, indica el recurrente que el principio de proporcionalidad se encuentra contemplado a nivel legal respecto de la actividad administrativa en el artículo 36 del CCA, el cual hace referencia a las decisiones discrecionales, recordando el alcance que el Consejo de Estado le ha dado a dicho artículo.

Sobre el particular afirma el recurrente que la Comisión, mediante la Resolución 2066 de 2009, ha violado el principio de proporcionalidad de la actuación administrativa, al someter a COMCEL al régimen regulado de tarifas y, específicamente, al fijar una reducción administrativa de las tarifas off-net. Al respecto, afirma que la Comisión en orden a corregir la supuesta falla de mercado identificada, somete a COMCEL al régimen regulado para todas sus tarifas y servicios y, específicamente, reduce la tarifa off-net de COMCEL.

En este sentido, indica el recurrente que *"si bien la promoción de la competencia en un modelo liberalizado constituye una finalidad legítima del Estado, so pretexto de ello no puede expedir medidas regulatorias cuyo fin es evitar el crecimiento de uno de los operadores, así sea el líder del mercado, porque en ese caso estaría violando el núcleo esencial de su libertad económica."*

Continúa afirmando que *"un mercado en el que el Estado interviene para frenar el crecimiento de uno de sus actores, no puede denominarse mercado, cuando tal crecimiento se ha efectuado de conformidad con la Constitución y con la ley. En este caso, la promoción de la competencia a costa de violar el núcleo esencial del derecho a la libertad económica de uno de los competidores, es constitucionalmente ilegítimo, pues bien sabido es que, si bien los derechos constitucionales no son absolutos, sus limitaciones no pueden llegar al punto de arrasar con su núcleo esencial."*

El recurrente adicionalmente pone de presente que la H. Corte Constitucional ha definido desde tiempo atrás cuál es el núcleo esencial de un derecho, para lo cual trae a colación jurisprudencia de dicho Tribunal y concluye afirmando que *"es evidente que el derecho a la libertad económica queda sólo en la retórica, cuando las medidas establecidas por el Estado contra un competidor en especial, tienen por objeto evitar, en beneficio de las demás empresas, que dicho competidor crezca en el mercado, cuando esta es la aspiración básica y primaria de cualquier competidor."* En este orden de ideas, el recurrente manifiesta que el derecho a la libertad económica, deja de ser tal, cuando el Estado toma una medida que tiene como finalidad cercenar el más importante componente de dicho derecho, el cual, desde su punto de vista, es crecer en el mercado y capturar la mayor clientela posible, sin incurrir en abusos de posición dominante ni comportamientos desleales.

Adicionalmente considera que si la intervención de la Comisión pudiera ser calificada como constitucional, la misma no cumple con el juicio de adecuación que exige el principio de proporcionalidad, toda vez que *"por naturaleza, los costos de las llamadas on-net y off-net difieren, la llamada off-net SIEMPRE será más costosa que la llamada on-net, y por ende, ésta siempre será más barata que aquella"*. Al respecto, indica que la reducción de las tarifas off-net es un medio inepto para corregir la externalidad de la red que preocupa a la Comisión, pues nunca podrá eliminar el incentivo que tal externalidad produce en los usuarios de conectarse a la red más grande y con mayor cubrimiento.

De esta forma, para el recurrente, *"la medida viola el principio de proporcionalidad, pues el medio escogido por la CRT no es, en absoluto, idóneo para conseguir la finalidad propuesta, pues en manera alguna la regulación de las tarifas off-net conduce al aumento del crecimiento de los competidores de COMCEL o de promoción de la competencia."*

Adicionalmente, expresa que *"desde el punto de vista del bienestar de los consumidores, los controles de precios directos sobre las tarifas On/net y Off/net al operador de mayor tamaño disminuiría el excedente de los consumidores"*.

También afirma el recurrente que *"la decisión de la CRT a través de la regulación de tarifas On/net y Off/net de COMCEL tendría como principal objetivo aumentar las utilidades económicas de las redes de menor tamaño en Colombia (...) a costa de disminuir el bienestar de los consumidores vía mayores precios"*, olvidándose de que el objetivo regulatorio y de competencia debiera ser el de promover e incentivar la competencia y no favorecer a determinados competidores.

COMCEL aduce que independientemente de que las tarifas off-net bajen, el diferencial tarifario, en presencia de tal externalidad, induciría a los usuarios a conectarse a la red más grande. Peor aún, sostiene **COMCEL**, la medida tomada por la Comisión crea un incentivo adicional para que los usuarios potenciales se conecten a la red más grande, pues, en adelante, no sólo disfrutarán de llamadas on-net baratas, sino que podrán seguir llamando desde dicha red a las redes pequeñas a mejores tarifas.

COMCEL afirma que el resultado central del trabajo de Hoerning (2008) muestra que, desde el punto de vista del bienestar de los consumidores, los controles de precios directos sobre las tarifas On-net y Off-net al operador de mayor tamaño disminuiría el excedente de los consumidores.

En este sentido, para **COMCEL** la decisión de la Comisión a través de la regulación de sus tarifas On-net y Off-net tendría como principal objetivo aumentar las utilidades económicas de las redes de menor tamaño en Colombia. Por lo tanto, la Comisión estaría proponiendo a través de sus políticas regulatorias y de competencia incrementar utilidades de ciertos competidores, a costa de disminuir el bienestar de los consumidores vía mayores precios, y que olvida que el objetivo regulatorio y de competencia debiera ser el de promover e incentivar la competencia, no favorecer a determinados competidores.

COMCEL argumenta que la obligación impuesta por la Comisión consiste en que su precio off net sea menor o igual a la suma del precio on net más el cargo de terminación móvil. Este caso es el primero de los cuatro casos que analiza Hoernig en su documento del año 2008 y donde se refiere a dicha propuesta de regulación impuesta solamente al operador de mayor tamaño, advirtiendo que los efectos sobre el excedente del consumidor son independientes de si la tarifa es en dos partes o lineal.

28

Cde
Pino

Manifiesta también que otro tema es si la diferenciación de precios es a favor o en contra de la competencia, indicando que existe consenso en la literatura económica sobre el hecho de que la diferenciación de precios en condiciones en que las empresas enfrentan costos fijos y comunes, fomenta la competencia, no la inhibe.

COMCEL argumenta que se ha demostrado con pruebas econométricas que la presencia de tarifas on net y off net en el mercado móvil de Colombia no tiene ningún valor explicativo sobre los resultados de cuotas de mercado que se observan, específicamente sobre la evolución de la cuota de mercado de **COMCEL**. En su lugar, se ha comprobado otra predicción que proviene de la teoría económica más básica, y es que la cuota de mercado depende en gran medida del precio al consumidor final que un competidor tiene con relación al de sus competidores. **COMCEL** agrega que la Comisión insiste en ignorar en su análisis lo anteriormente mencionado así como, otras dimensiones que ayudan a explicar la posición relativa en el mercado de un competidor: calidad de servicio, cobertura, atención al cliente, etcétera.

Para **COMCEL**, la Comisión señala que si las redes tienen el mismo cargo de terminación, para obtener la eficiencia económica se requiere que los precios on net y off net sean iguales. No entiende **COMCEL** cómo puede la Comisión llegar a conclusión semejante: si existen cargos de terminación, ello significa que la llamada terminada en otras redes, siempre será más costosa que la llamada terminada en la misma red en que se origina, por lo cual es imposible que, ante la existencia de cargos de terminación, los precios de las llamadas off net y on net puedan ser iguales.

Finaliza **COMCEL** señalando que, para infortunio del sector, esta medida es la más intrusiva que se ha tomado en el mundo, por parte de cualquier regulador, mucho más cuando en EEUU y Europa la tendencia es precisamente la contraria.

Consideraciones de la CRC

Tal como se ha mencionado anteriormente, la intervención regulatoria en el mercado susceptible de regulación ex ante definido como "voz saliente móvil" se fundamenta en la constatación, que a través de los estudios desarrollados, hizo la Comisión respecto a la posición de dominio que ostenta **COMCEL** en el mencionado mercado.

Dicha posición dominante se traduce en la capacidad que ha tenido **COMCEL** para limitar las fuerzas competitivas del mercado, situación que le ha conferido la posibilidad de actuar de manera independiente respecto de sus competidores. De acuerdo con lo expuesto en la Resolución CRT 2062 de 2009, lo anterior es evidente al corroborar que:

- (i) Si bien es cierto que las tarifas de los operadores de TMC y PCS vigentes a diciembre de 2008 son inferiores a las ofrecidas con anterioridad a la expedición de la Resolución CRT 1763 de 2007, las reducciones de precios en las tarifas off net de los operadores más pequeños son superiores a las de **COMCEL**.
- (ii) Los análisis de un conjunto representativo de los planes tarifarios ofrecidos por los operadores de TMC y PCS con corte a diciembre de 2008, muestran que **COMCEL** es el operador que registra las tarifas off net más altas en la modalidad de pospago. Si bien en prepago la tarifa promedio off net de TELEFÓNICA MÓVILES es más alta, solamente el 10% del tráfico prepago de este operador paga esa tarifa.
- (iii) No obstante lo anterior, **COMCEL** es el operador que concentra el 63% de participación por ingresos, 66% por usuarios y 73% por tráfico cursado en el mercado, fenómeno que claramente muestra que **COMCEL** explota las externalidades de red, lo que posibilita mantener una clientela relativamente cautiva, y le otorga poder para fijar tarifas off net con independencia de sus competidores y de los usuarios, sin que sus ingresos y utilidades se vean afectadas.

Al considerar los efectos anteriormente mencionados sobre el bienestar de los consumidores, es motivo de legítima preocupación para el organismo regulador que a largo plazo el mercado se encuentre concentrado en un sólo operador, tal y como se señaló en la resolución recurrida. En este sentido, la Comisión estima importante hacer claridad, una vez más, que el objetivo principal de su intervención en el diferencial entre la tarifa off net y la on net para el servicio de voz del operador dominante, es el de promover la competencia y la protección de los usuarios, preservando

incentivos adecuados a la inversión en infraestructura. En este sentido, las medidas adoptadas por la Comisión en ningún momento pretenden favorecer a un competidor en particular, sino que por el contrario buscan promover la competencia actual y salvaguardar la competencia futura en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante definido como "voz saliente móvil", asegurando el bienestar social que incluye a los consumidores y proveedores de servicios.

Así pues, en respuesta al argumento de **COMCEL**, que hace referencia a que la Comisión no puede expedir medidas regulatorias cuyo fin es evitar el crecimiento de este operador, la Comisión reitera que bajo ninguna circunstancia el objetivo de la Comisión con la aplicación de la medida regulatoria es coartar la libertad económica, en el entendido que el objetivo de esta medida es atenuar el diferencial de precios, puesto que favorece al operador con mayor participación de mercado, situación que potencialmente acentúa el problema de competencia identificado por la Comisión. Bajo esta perspectiva, **COMCEL** no vería restringida su libertad para la fijación de planes tarifarios, toda vez que puede fijar conjuntos de tarifas on net y off net que satisfagan la condición regulatoria y que, al mismo tiempo, se ajusten a los perfiles de consumo de los usuarios.

Ahora bien, es pertinente recordar que la misma Comisión ha reconocido que el establecimiento de precios diferenciales es una práctica mundialmente aceptada, que tanto TELEFÓNICA MÓVILES, 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.

En cuanto a los costos asociados a las tarifas on net y off net, **COMCEL** argumenta que la llamada off net siempre será más costosa que la llamada on net, además 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, aun contando con el costo que genera el cargo de acceso, no justifica en ningún momento el diferencial de precios en las tarifas on-net y off-net de **COMCEL** que se observa en la actualidad.

En cuanto a lo expuesto por **COMCEL** en el sentido de que la reducción de las tarifas off net no es una medida que corrija la externalidad de red identificada que conduce a los usuarios a conectarse a la red más grande y que, por el contrario, crea un incentivo adicional de los usuarios a conectarse a la misma al no solo tener tarifas on net bajas sino la posibilidad de llamar a tarifas más bajas a otras redes y que, en tal sentido, la medida no logra el objetivo de crecimiento de los competidores o de promoción de la competencia, la Comisión enfatiza nuevamente en que las externalidades de red surgen cuando el usuario se beneficia por la presencia de un mayor número de usuarios en la misma red a la cual él pertenece. Así, en la medida en que hay una mayor cantidad de usuarios suscritos, el usuario percibe mayores beneficios al pertenecer a la red de mayor tamaño. En consecuencia, los operadores con una elevada base de usuarios tienen una ventaja automática sobre los operadores con una base de usuarios menos importante. Es así como frente a elevadas tarifas off net del operador de mayor tamaño, un usuario suscrito a dicha red tiene pocos incentivos a cambiarse pese a que los operadores pequeños ofrezcan planes comerciales con menores tarifas (on net y off net), por cuanto si lo hace, la cantidad de llamadas que recibiría perteneciendo a una red diferente será mucho menor.

Al respecto y tal como se expresó ampliamente en la Resolución CRT 2066 de 2009, el tamaño absoluto y relativo del operador dominante ha tenido efectos en la magnitud de la externalidad de red de **COMCEL**. Las externalidades de red inciden en los costos de cambio de los usuarios y, por

206
720

18

lo tanto, el operador tiene poder de mercado⁴¹ sobre los mismos. En este sentido, las tarifas off net del operador dominante generan costos de cambio endógenos y, por lo tanto, reducen la competencia entre las redes. Estos costos de cambio surgen en la medida en que los usuarios valoran no sólo el hecho de hacer llamadas sino también de recibirlas, este fenómeno es comúnmente denominado "externalidades de llamadas".

Por otra parte, en la medida en que el diferencial de tarifas on net y off net genera que la señal del costo interno para las llamadas on net esté por debajo de la señal de costos externos para las llamadas off net, existen incentivos para que cualquier operador móvil promueva las ofertas on net. Por tal razón, los operadores con mayor participación de mercado pueden fortalecer la externalidad de red, de la cual se benefician (y por lo tanto podrán incrementar el atractivo de sus ofertas on net).

En este orden de ideas, la medida regulatoria definida por la Comisión pretende reducir el diferencial entre las tarifas off net y on net del operador dominante, lo cual incrementaría el tráfico allí originado y dirigido hacia las otras redes, proteger a los usuarios y mejorar condiciones de competencia en el mercado móvil.

Frente a este panorama y a partir de un análisis riguroso de las posibles medidas regulatorias, la Comisión estimó pertinente regular el diferencial de precios del operador dominante, mediante la regla establecida en el artículo primero de la resolución recurrida.

Con la medida se pretende, en primer lugar, que el precio off net que fija **COMCEL** no represente una barrera a la comunicación entre usuarios de diferentes redes, y no se vea disminuido el bienestar de los usuarios suscritos a las redes de los otros operadores por la menor cantidad de llamadas recibidas. Claramente la medida regulatoria adoptada por la Comisión tiene impactos directos sobre la eliminación de los mencionados costos de cambio endógenos que perciben los usuarios:

- Como lo afirma la literatura especializada⁴², el efecto de la externalidad inducido por el diferencial de precios, se reduce cuando se disminuye dicho diferencial, lo que beneficia a los usuarios, tanto de la red propia, como de otras redes.
- La medida regulatoria adoptada beneficiará a los usuarios de este operador al permitirles llamar a los usuarios de otras redes a una tarifa más económica. Por otra parte, la medida permitirá abrir la red de **COMCEL** puesto que se generará mayor tráfico desde este operador hacia sus competidores. Así pues, dado que la medida regulatoria adoptada remueve los costos de cambio endógenos generados por el operador dominante, se abre la posibilidad para que los usuarios de la red más grande evalúen el hecho de migrar hacia las redes de los operadores más pequeños cuando estos ofrezcan planes que se ajusten más a sus patrones de consumo: (i) al reducirse el diferencial entre las tarifas off net y on net del operador de mayor tamaño los usuarios que efectivamente decidan cambiarse podrán esperar que se mantenga el flujo de llamadas provenientes de sus contactos o conocidos en la red más grande, de otra parte (ii) será atractivo para los potenciales usuarios hacer parte de las redes pequeñas, al contar con la posibilidad de que sus conocidos de la red más grande ahora puedan comunicarse con éste a una tarifa más baja.

En virtud de lo anterior, la Comisión considera que con la determinación de la intervención regulatoria expuesta cuyo objetivo es el de corregir la falla de mercado mencionada, los operadores competidores de **COMCEL** tendrán más posibilidades de ejercer una presión competitiva sobre este operador, tanto en el corto como en el mediano y largo plazo, garantizando la competencia efectiva en el mercado, de tal suerte que los usuarios tengan una gama más amplia de ofertas que se puedan adecuar a sus patrones de consumo. Dicha competencia garantiza que los precios de los servicios móviles mantengan la tendencia decreciente que ha caracterizado al mercado y que los operadores del mismo compitan en otros niveles, como la cobertura y la calidad de los servicios,

⁴¹ La CRT aclara que el poder de mercado se refiere a la capacidad de un participante o un número limitado de competidores para: imponer o elevar unilateralmente los precios por encima del nivel competitivo, por un tiempo prolongado y sin incurrir en pérdidas significativas. Es decir, para concentrar los recursos. No obstante, un operador puede tener poder de mercado y no ser dominante, como es el caso de los mercados de tipo oligopólico, donde operadores con igual cuota de mercado (ninguno es dominante) pueden coludir.

⁴² Por ejemplo Hoernig (2008) o Gabrielsen y Vagstad (2008)

006
740

26

todo esto en beneficio de los usuarios (tanto para los propios usuarios de **COMCEL** como para los usuarios de otras redes).

En respuesta a los planteamientos presentados por **COMCEL**, referidos al trabajo de Hoernig (2008), es importante tener presente que dicho autor indica que desde la perspectiva de un planeador social, existen dos razones que ameritan la intervención del mercado en los mercados móviles. La primera de ellas se relaciona con la ineficiencia originada por elevadas tarifas para las llamadas off net, por lo que intervención debiese estar orientada a la disminución de dichas tarifas a su nivel de eficiencia, el cual, si se tiene en cuenta las externalidades de llamada, estaría por debajo de costo. La segunda preocupación del planeador social podría relacionarse con la posibilidad de que los operadores de menor tamaño desaparezcan del mercado en el largo plazo.

En este sentido, resulta evidente que las dos preocupaciones mencionadas con anterioridad se relacionan directamente con la preocupación máxima del regulador, cual es la de garantizar la competencia en el mercado.

Ahora bien, frente a lo planteado por **COMCEL** respecto a las predicciones teóricas del trabajo de Hoernig (2008), como bien lo precisó la Comisión dando respuesta a los comentarios presentados por el operador en el marco del desarrollo del proyecto de mercados relevantes, así como se indicó en la Resolución 2066 de 2009 **COMCEL** omitió mencionar que el propio autor del trabajo que cita como soporte del mismo, expresa que la conclusión sobre posibles impactos negativos de la regulación tarifaria sobre el excedente del consumidor es válida bajo determinados supuestos, como lo es la existencia de precios en dos partes. Lo anterior es evidente en la primera página del documento de Hoernig (2008), en la cual indica que contrario a los supuestos de un trabajo suyo anterior, en el trabajo que se presenta solamente se consideran tarifas en dos partes. La cita textual en el idioma original del trabajo reza de la siguiente manera:

"...The aim of this paper is to study four potential "remedies" which have been proposed under different circumstances: introducing caps on the on/offnet differential or the off-net margin, lowering termination fees of either both networks or only of the large network. We consider the trade-off involved between total welfare, consumer surplus and each network's profits.

Contrary to Hoernig (2007), here we only consider two-part tariffs. As is known from the literature, the effects of termination fees on networks' profits are the opposite with linear tariffs. The same holds for consumer surplus: While with two-part tariffs the competitive intensity increases with higher termination fees, it decreases with linear tariffs. Yet, it is generally accepted that two-part tariffs are a more realistic model of networks' tariff structure..."
(NFT).

Tal como lo estableció la Comisión en la resolución mencionada, en el mercado colombiano susceptible de regulación *ex ante* definido como voz saliente móvil, el supuesto de tarifas en dos partes es válido para la menor proporción de usuarios del mercado, puesto que más del 80% de los mismos es de tipo prepago, segmento en el cual no es válido el supuesto del autor.

Hoernig (2008) es claro al indicar que, de acuerdo con sus ejercicios teóricos, existe ambigüedad respecto al impacto de la regulación del diferencial de precios off net y on net del operador de mayor tamaño sobre el bienestar total de la economía. En virtud de lo anterior, de acuerdo con el mencionado autor, no es posible anticipar un resultado definitivo ante la diversidad de escenarios posibles. No obstante, es claro que para Hoernig (2008) el diferencial de precios on net y off net por parte del operador más grande puede incrementar el tamaño de dicho operador y, por ende, reducir los niveles de competencia. Hoernig establece que sólo en ausencia de externalidades de red, el diferencial de precios on net y off net es impulsado sólo por el cargo de acceso por terminación. Entonces, según los resultados del mismo autor, en presencia de externalidades de red, los operadores poseen incentivos a implementar diferenciales de precios on net y off net ineficientes (es decir, que se apartan del cargo de acceso por terminación). Así pues, aunque todos los operadores móviles hagan discriminación de precios, evidentemente dicha práctica refuerza la externalidad de red del operador de mayor tamaño.

La Comisión estima conveniente aclarar nuevamente que los resultados presentados por Hoernig (2008) sobre el efecto teórico sobre el bienestar de los consumidores contempla el incremento en las tarifas on net por parte del operador de mayor tamaño. Tal como se indicó en la resolución recurrida, en la práctica el efecto dependerá de la decisión comercial que el operador regulado llegue a implementar sobre la tarifa on net, dada la restricción impuesta por el regulador. Por otro lado, Hoernig (2008) tampoco tiene en cuenta las posibles mejoras en bienestar que obtendrían los usuarios por efecto de la mejora en las condiciones de competencia hacia el futuro, como consecuencia de una medida tendiente a regular el diferencial de precios off net y on net.

En suma, la referencia hecha nuevamente por **COMCEL** en su recurso de reposición, sólo alcanzaría para respaldar la no intervención en el diferencial de precios off net y on net bajo supuestos muy restrictivos y presentes sólo parcialmente en Colombia, mientras que para el mismo autor citado es claro el efecto negativo que puede tener un diferencial en estos precios sobre la competencia.

Respecto al argumento de **COMCEL** según el cual existe consenso en la literatura económica sobre la relación directa entre discriminación de precios y competencia cuando las empresas enfrentan costos fijos y comunes, la Comisión observa que la revisión de la literatura especializada en el tema, presentada en la resolución recurrida, da cuenta de que dicho consenso se erosiona en mercados donde existen externalidades de red. Efectivamente, el trabajo realizado por Harbord y Pagnozzi,⁴³ determina que si las redes tienen aproximadamente el mismo cargo de terminación, como sucede en Colombia, para obtener eficiencia económica se requiere que los precios on net y off net sean iguales. La principal causa de este resultado consistiría en la existencia de las externalidades de red, ya mencionadas. La principal conclusión de los modelos utilizados⁴⁴ por los autores es que en presencia de estas externalidades, los operadores poseen fuertes incentivos a implementar diferenciales de precios on net y off net que pueden llevar a estructuras de precios altamente ineficientes, y crear barreras a la entrada para operadores pequeños que son incapaces de replicar las estrategias de precios de los operadores actuales. En particular, muestran que según los resultados de un modelo de Jeon, Laffont y Tirole publicado en el año 2004 que incorpora externalidades de red, el precio off net que maximiza el bienestar social es igual al precio on net, pero esto no sucede justamente como consecuencia de la existencia de externalidades.

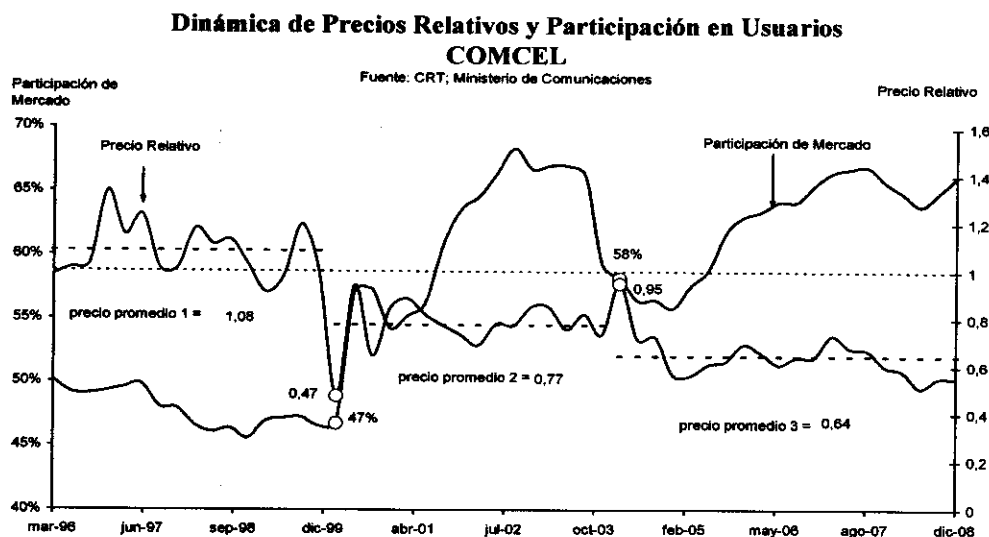
Por todo lo anterior, la Comisión considera que ante la amenaza de mayor concentración en el mercado susceptible de regulación *ex ante* definido como "Voz saliente móvil", y dados los efectos de la externalidad de red sumado al diferencial de las tarifas off net y on net, tal y como ampliamente se expuso en el acto administrativo que constató la posición dominante de **COMCEL**, es necesaria una intervención regulatoria pro competitiva inmediata a efectos de prevenir los inconvenientes que pueda tener esta situación sobre las condiciones de competencia y el bienestar de los consumidores, que es el propósito fundamental de la Comisión al ejercer sus funciones de regulación *ex ante*.

Respecto a las consideraciones de **COMCEL** sobre la inexistencia empírica de causalidad entre diferenciales de precio on net y off net y la cuota de mercado, la Comisión procedió a revisar los planteamientos realizados por el apoderado especial de **COMCEL** sobre el análisis que la Comisión 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.

⁴³ Harbord, D. y M. Pagnozzi (2008) "On-Net/Off-Net Price Discrimination and "Bill and Keep" vs. "Cost-Based" Regulation of Mobile Termination Rates," p. 32.

⁴⁴ Estos modelos son los de Jeon et al. (2004), Armstrong y Wright (2007), Hoernig (2007), Calzada y Valletti (2007), y Cambini and Valletti (2007). Ibid. p. 8.

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

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 está 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

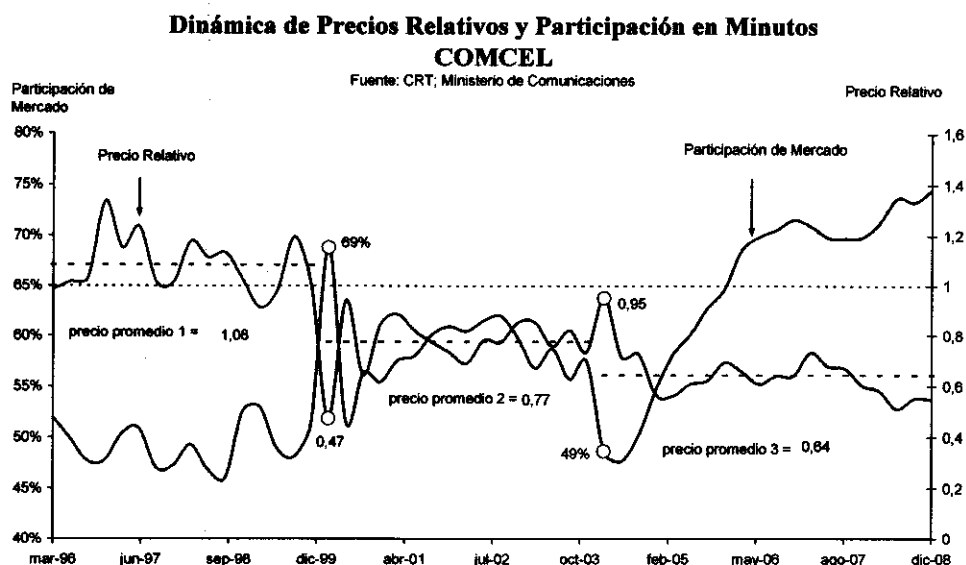
precios entre el segundo y tercer periodo (del 17%) que estuvo acompañada con un incremento menor en la participación de mercado de **COMCEL** (9%).

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.

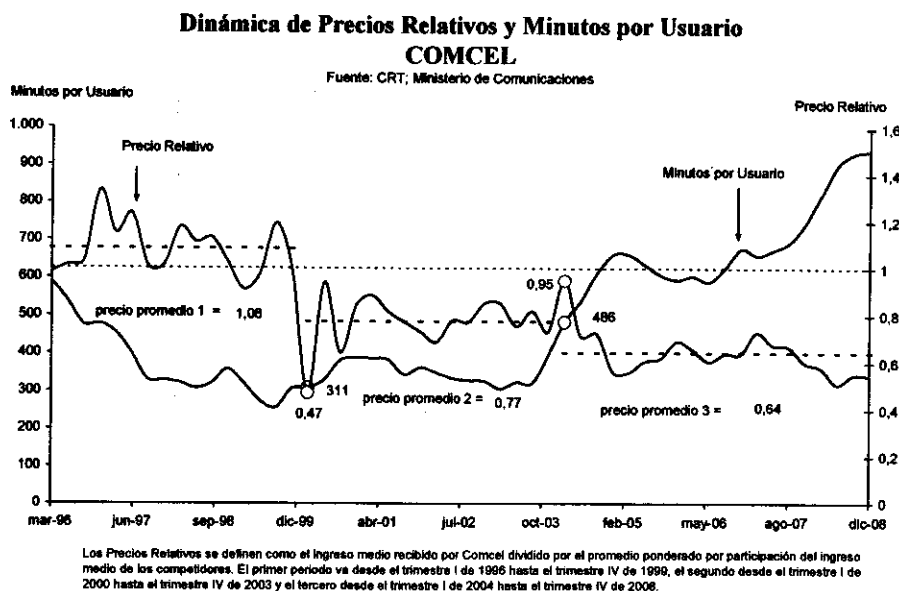


Se debe resaltar que frente a las mismas variaciones – las reducciones de precios del primero al segundo y del segundo al tercer periodos – los cambios de comportamiento en las tasas de participación medidas primero con el número de usuarios y segundo con el tráfico de minutos, son visiblemente disímiles.

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.

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 Comisión 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 y 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.

col
no

76

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 Comisión 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 demanda⁴⁵.

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"*⁴⁶.

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.

Otro de los argumentos que **COMCEL** expone hace referencia a que la Comisión afirma que si las redes tienen el mismo cargo de terminación, se requiere que los precios on net y off net sean los mismos, lo cual no sería lógico en vista de que si existen dichos cargos de terminación la llamada que se termina dentro de la misma red es menos costosa que aquella que se termina en otra red. Frente a este argumento si bien es cierto que la existencia de cargos de terminación hace que los valores de dichas tarifas sean diferentes, no quiere decir que sea una razón lo suficientemente sólida como para explicar los elevados diferenciales que presenta **COMCEL**. Tal y como se expuso en apartados anteriores, suponiendo una situación extrema que el operador que origina la llamada se impute un costo de terminación idénticamente igual a cero, el único factor diferencial entre los costos de llamadas off net y on net lo constituyen los costos de terminación, es decir, el cargo de acceso, más los costos asociados exclusivamente a las relaciones con otros operadores referidos anteriormente. En este caso, la única diferencia en costos entre las llamadas on net y off net,

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Ibid, Pagina 17. (Traducción CRT)

debería ser principalmente el cargo de acceso y claramente para el caso de **COMCEL** esta diferencia es mucho más elevada que este último en cada uno de los planes estudiados, más aún que la de los demás operadores.

Finalmente, **COMCEL** argumenta la inconveniencia de aplicar una medida regulatoria altamente intrusiva en el mercado móvil lo cual, según su entender, iría en contravía de las tendencias regulatorias tanto de Europa como de Estados Unidos y menciona que en lo referente al mercado de comunicaciones móviles, la Comisión Europea consideró no incluir como susceptible de regulación el mercado minorista de originación y acceso, debido a que existe suficiente competencia, conclusión derivada al analizar el comportamiento en precios, participaciones de mercado y facilidad para intercambiar de proveedores de servicios, entre otros.

En cuanto al mercado mayorista de originación, la Comisión Europea en el año 2003 consideró incluirlo pero esta decisión fue removida en el año 2007 debido a que se encontró que el mercado minorista era lo suficientemente competido como para que éste ameritara la regulación del mercado mayorista y a la creciente aparición de operaciones de reventa y móviles virtuales - MVNOs - donde el espectro ya no es una restricción.

Por su parte, recientemente, los reguladores de Estados Unidos y Reino Unido realizaron evaluaciones de los mercados móviles en sus respectivos países. Dichas evaluaciones contienen prácticamente todos los criterios que propone la Comisión Europea más otros adicionales. En los dos países anteriormente mencionados, los reguladores coincidieron en promover una política de leve regulación del mercado móvil. Así mismo, ambos están desarrollando medidas para promover mayor entrada de competidores al mercado.

No obstante lo anterior, la realidad del mercado móvil en Colombia se aleja considerablemente de la de los países de la Unión Europea, Reino Unido y Estados Unidos, en razón a las condiciones de competencia dadas por una estructura de mercado con índices de concentración crecientes, un crecimiento sostenido del operador más grande, quien además se distancia cada vez de sus competidores, la ausencia de comercializadores, la presencia de externalidades y la diferenciación de tarifas on net y off net.

En este sentido, es notorio que en el caso colombiano el mercado presenta la evidencia suficiente para constatar la posición dominante que ostenta **COMCEL** en el mercado susceptible de regulación *ex ante* definido como voz saliente móvil y la consecuente intervención regulatoria pro competitiva, lo cual ha sido debidamente sustentado en la Resolución CRT 2062 de 2009 y ratificado en la Resolución 2152 de 2009 que resolvió el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL** contra dicha resolución.

Por las razones precedentes, el cargo formulado no procede.

2.9. Falsa motivación por error manifiesto de apreciación de los hechos determinantes. La inexistencia de una falla del mercado que fundamente la regulación de las tarifas de COMCEL.

En este cargo, el apoderado especial de **COMCEL** advierte que la falsa motivación constituye un vicio de nulidad de los actos administrativos y cita jurisprudencia del Consejo de Estado y doctrina que lo describe y explica, como la *"evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública, que se presenta cuando el acto se fundamenta en razones simuladas, engañosas o contrarias a la realidad"*.

Expresa adicionalmente el recurrente que en el análisis efectuado por la Comisión la misma expone que en la modalidad prepago las tarifas más bajas son ofrecidas por el operador más pequeño, siendo éste el único caso en el cual las tarifas del operador más grande no son las más altas. Al respecto, afirma que la Comisión obvia el hecho de que el segmento prepago constituye el 85% del mercado de Voz saliente Móvil en Colombia, por lo que en su análisis incurre en un error de gran magnitud que constituye falsa motivación, *"cuando imputa a COMCEL una falla de mercado edificada en el nivel de sus tarifas off-net en el segmento prepago, cuando en tal segmento, que constituye el 85% del mercado, existen tarifas off-net superiores a las de COMCEL"*. Agrega que no es cierto, toda vez que en su apreciación es AVANTEL el operador que tiene las mayores tarifas off

net prepago. Sobre este asunto, **COMCEL** manifiesta desacuerdo sobre la exclusión de AVANTEL del mercado de voz saliente móvil.

Para el recurrente la Comisión también incurre en falsa motivación *"por error de apreciación de la situación del mercado de voz móvil, al edificar una falla de mercado imputable a COMCEL en el diferencial de las tarifas on-net y off-net"*, el cual constituye una práctica generalizada de la industria, ya que la existencia de cargos de acceso impone un costo en las llamadas *off-net* que no está presente en las llamadas *on-net*. Explica a este respecto el recurrente que *"la naturaleza de los costos de la industria móvil conduce al establecimiento de prácticas especiales de determinación de tarifas, incluyendo tanto tarifas no lineales en las que el precio del minuto varía en función del volumen, como márgenes diferenciales entre productos, que en presencia de grandes costos fijos y comunes, constituye, tanto desde el punto de vista individual como social, un óptimo de eficiencia, al sugerir mayores márgenes en aquellos servicios que enfrentan una demanda más inelástica"*.

Adicionalmente, el recurrente considera que la Comisión desconoce que *"estos esquemas de precios son el resultado natural de la competencia en una industria en la que, enfrentadas por la presión competitiva, las compañías tratan de ampliar su participación de mercado a través de la captura de usuarios de alto consumo, estimulando el uso de sus propias redes, lo que no es nada distinto de lo ocurrido en Colombia con telefónica, COMCEL y Tigo"* citando un documento de Gual en tal sentido.

Con fundamento en lo anterior, concluye el recurrente que la Comisión incurre en falsa motivación cuando edifica un problema de mercado en una práctica de diferenciación de precios que la literatura económica ha calificado recurrentemente como eficiente y beneficiosa para la competencia y los consumidores.

COMCEL argumenta que mediante su exposición se ha demostrado que la existencia de cargos de acceso impone un costo en las llamadas off net que no está presente en las llamadas on net, circunstancia que justifica, de entrada, el nivel diferente entre ambas tarifas, y que hace que, en presencia de externalidades de red, la reducción tarifaria de la llamada off net no inhiba el efecto de las mismas.

Por lo tanto, para **COMCEL**, mal se puede concluir que el ejercicio diferencial entre tarifas on net y off net constituye una falla de mercado que deba ser corregido a través de regulación *ex ante*, cuando en realidad, señala el recurrente, es una práctica común en la industria de las telecomunicaciones a nivel mundial, que obedece en gran medida a la economía de la industria de las telecomunicaciones.

COMCEL afirma que los diferenciales tarifarios entre el tráfico off net y on net, presentan un impacto dramático en la dinámica del mercado de telecomunicaciones, en la medida en que las externalidades de red en este marco, lejos de debilitarla, intensifica la competencia, reduce las ganancias y aumenta el excedente del consumidor.

Frente al diferencial de tarifas, **COMCEL** cita varios autores que concluyen que la presencia de prácticas discriminatorias de precios puede derivarse de la combinación de costos fijos con competencia efectiva. Adicionalmente, argumenta **COMCEL** que en industrias que enfrentan elevados costos comunes, sean fijos o hundidos, esto obliga a las empresas a imponer precios discriminatorios. Por otra parte, expone que cuando una empresa presenta patrones de demanda distintos, ésta sería incapaz de sobrevivir financieramente a menos que adopte precios discriminatorios y que ante la presencia de economías de escala las fuerzas del mercado forzarán a las firmas a adoptar precios discriminatorios, entre otros argumentos.

Siguiendo esta misma línea de argumentación, **COMCEL** afirma que la teoría económica señala que cuando los competidores en una industria ofrecen un sólo precio, como sería el caso de eliminar la existencia de tarifas on net u off net, existen mayores incentivos a que se produzca una colusión entre operadores, la cual llevaría a ofrecer un precio más alto a los usuarios y, por tanto, menor bienestar económico para los consumidores. La presencia de tarifas on net u off net evita que se dé el incentivo de colusión entre los competidores.

Por lo tanto, para **COMCEL** tiene poco sentido, desde el punto de vista de la política de competencia, acusar a las empresas que requieren fijar precios discriminatorios, incluso precios por encima de sus costos marginales, de que poseen poder de mercado. El operador afirma que dichas

empresas fijan precios discriminatorios para sobrevivir financieramente. "La discriminación de precios en estos casos es un indicador que existe competencia efectiva, no un indicador de su ausencia".

Consideraciones de la CRC

En relación con este cargo, la Comisión 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 adoptada⁴⁷, 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"*⁴⁸.

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 frente al argumento de que las tarifas off net en prepago más altas son las que fija el operador más pequeño, que es AVANTEL y que la Comisión no explica razón alguna por la cual este operador fue excluido del mercado de voz saliente móvil, la Comisión reconoce este hecho, sin embargo la base de usuarios que pagan dicha tarifa no es comparable desde ningún punto de vista con la magnitud de usuarios en prepago que tiene COMCEL. De otra parte, en cuanto a no haber incluido a AVANTEL en el mercado relevante de voz saliente móvil, la Comisión reitera lo indicado en el documento de propuesta regulatoria publicado en diciembre de 2008, donde se expuso que para efectos del ejercicio cuantitativo, no se contó con información suficiente de servicios de telecomunicaciones que utilizan sistemas de acceso troncalizado –Trunking-. Con la información que se cuenta de suscriptores de AVANTEL reportada a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) para los primeros tres trimestres de 2008, se observó que la participación de este servicio no llega a medio punto porcentual del mercado, por lo que los análisis y sus resultados no varían en manera alguna si se tienen o no en cuenta los servicios de telecomunicaciones que utilizan sistemas de acceso troncalizado –Trunking-.

Otro de los argumentos presentados por COMCEL consiste en que la Comisión incurre en falsa motivación, al edificar una falla de mercado imputable a este operador en el diferencial de las tarifas on net y off net. Al respecto, la Comisión ha enunciado las razones por las cuales este diferencial se considera una falla de mercado que acentúa aún más la posición dominante de este

⁴⁷ Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia T-552 de 25 de mayo de 2005. Magistrado Ponente, doctor Jaime Araujo Rentería.

⁴⁸ 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.

operador y, en consecuencia, podría limitar la competencia en el mercado móvil. La política de diferenciación de precios le permite a **COMCEL** inducir una externalidad de red que debería ser propia del conjunto de las redes interconectadas.

Vale la pena resaltar que varias entidades regulatorias a nivel internacional, entre ellas el Grupo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ERG, por sus siglas en Inglés) y la ARCEP (Regulador Francés de Comunicaciones Electrónicas y de Correos) han coincidido en ratificar en documentos públicos el efecto que puede tener sobre el desempeño del mercado de comunicaciones móviles la combinación de operadores con altas participaciones de mercado y el usual esquema de diferenciación de tarifas on net y off net (fenómeno que desde la perspectiva de la literatura económica viene siendo estudiado asiduamente en los últimos años y cuyas referencias bibliográficas se encuentran en el documento "Análisis de competencia de los mercados de telecomunicaciones en Colombia" publicado por la Comisión en diciembre de 2008).

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

Origenación de llamadas: Cuando un consumidor hace una llamada a alguien que está suscrito a la red más grande (lo cual sucede con elevada probabilidad, dependiendo de cómo el círculo de contactos de dicho usuario se distribuye entre los distintos operadores del mercado), dicho consumidor pagará un precio on net si él también es suscriptor de la red de mayor tamaño o pagará un precio off net en caso que sea suscriptor de una red diferente. Manteniendo todo lo demás constante, la decisión más probable del usuario sería la de pertenecer a la red más grande debido a que la tarifa promedio de sus llamadas sería más económica en ese caso.

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

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

Ahora bien, **COMCEL** argumenta que la existencia de cargo de acceso justifica el diferencial de tarifas, por cuanto impone un costo a las llamadas off net que no tiene las on net, y que ante externalidades de red, la disminución de la tarifa off net no inhibe el efecto de éstas. 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, como ya se ha dicho, la diferencia en costos entre una llamada on-net y una llamada off-net, aun contando con el costo que genera el cargo de acceso, no justifica en ningún momento el diferencial de precios en las tarifas on-net y off-net de **COMCEL**.

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.

Ahora bien teniendo en cuenta que las externalidades de red se definen como el beneficio adicional que percibe un usuario por suscribirse a una red particular por la presencia de otros usuarios en la misma red, es evidente que efectivamente con la medida regulatoria, se abre la red de **COMCEL** al generar más tráfico hacia las redes más pequeñas lo que hace menos costoso pertenecer a las mismas, en el entendido que un excesivo nivel de tarifas off net representa 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. En este sentido, la medida regulatoria atenúa este efecto.

Uno de los argumentos en los cuales **COMCEL** es más reiterativo, tiene que ver con el diferencial de precios y sus implicaciones, para lo cual cita varios argumentos referentes principalmente a que la existencia de dicho diferencial incentiva la competencia, permite que las firmas sobrevivan financieramente dados los distintos patrones de demanda y evita que se de el incentivo a la colusión, entre otros, para finalmente concluir que el esquema de diferenciación de precios es el resultado natural de la competencia.

Frente a estos argumentos, la Comisión nuevamente aclara que el establecimiento de precios diferenciales es una práctica mundialmente aceptada, que los competidores de este operador también hacen uso de ella, y que de hecho se reconoce que no fue **COMCEL** el que inició esta práctica en el mercado colombiano como se indicó anteriormente.

Finalmente, respecto al argumento de **COMCEL** según el cual existe consenso en la literatura económica sobre la relación directa entre discriminación de precios y competencia cuando las empresas enfrentan costos fijos y comunes, la Comisión reitera lo expuesto sobre este argumento en el numeral anterior, indicando que la revisión de la literatura especializada en el tema, la cual fue presentada en la resolución recurrida, da cuenta de que dicho consenso se erosiona en mercados donde existen externalidades de red.

Por las razones precedentes, no procede el cargo presentado.

2.10. La Comisión ha incurrido en desviación de poder, al proteger competidores en perjuicio de los usuarios.

El recurrente inicia su argumentación explicando lo que se entiende por desviación de poder, indicando que el mismo es un vicio de la actuación administrativa, en la medida en que genera el *"apartamiento del fin que la justifica, en la medida en que los poderes administrativos no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad, sino poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad"*.

Explica que aunque se haya alegado falta de competencia de la Comisión para regular las tarifas de TMC, aún en el evento en que la Comisión insistiera en tener competencia para ello, se ha incurrido en desviación de poder al regular las tarifas de **COMCEL**, toda vez que la Comisión al ejercer las competencias que invoca, lo hace para beneficiar a los competidores de **COMCEL**, en claro perjuicio de los usuarios, siendo que *"la atribución de competencias al órgano regulador para regular las tarifas de operadores en mercados en competencia, tiene como fin, antes que nada, la protección de los usuarios, en la medida en que el regulador verifique que el comportamiento de uno o más competidores genera agravio a sus respectivos usuarios, afectando el bienestar de los mismos"*.

Manifiesta que la CRT ha incluido en desviación de poder pues ejerció las competencias que ella misma invoca, para beneficiar a los competidores de **COMCEL**, en claro perjuicio a los usuarios, concluyendo que ese no es el fin que anima el otorgamiento de competencias a la CRT.

Para sustentar la afirmación anterior, menciona que en la motivación de la resolución recurrida *"para la CRT, la diferenciación tarifaria desarrollada por COMCEL, le posibilita mantener una clientela relativamente cautiva, incentivando el tráfico on net y desestimulando el tráfico con destino a sus competidores, acentuando la posibilidad de incrementar la participación en el mercado en perjuicio de sus competidores."*

Así, considera el recurrente que el fin buscado por la Comisión es el mejoramiento de las condiciones de los competidores de **COMCEL** en la medida en que las medidas regulatorias persiguen el aumento en la participación de dichos competidores en el mercado, con la consiguiente reducción de la participación de **COMCEL**. En este punto, el recurrente cita algunos apartes de los documentos económicos entregados por el consultor internacional que acompañó a la Comisión dentro del proyecto regulatorio de mercados relevantes, particularmente respecto a lo expuesto para sustentar la regulación de las tarifas de **COMCEL**, indicando que dicho consultor acepta y señala que el objetivo de este esquema es reducir la participación del operador con posición de dominio en el tiempo, aumentando consecuentemente la participación de mercado de sus competidores. Agrega, que no podría la Comisión afirmar que este era el fin que animaba al consultor y no a dicha autoridad, *"porque precisamente la CRT adopta mediante la resolución que se recurre, uno de los remedios —la regulación de tarifas minoristas— recomendados por el consultor, medida regulatoria inspirada en el fin plasmado por el aquel en su Informe Final"*.

Adicionalmente el recurrente afirma que la decisión contenida en la resolución recurrida tiene como efecto la afectación del bienestar de los usuarios, en la medida en que disminuye el excedente del consumidor. Para efectos de explicar dicha afirmación, el apoderado especial de **COMCEL** cita algunas consideraciones y conclusiones contenidas en el documento presentado por Nera Economic Consulting, denominado "Análisis de la Competencia Efectiva en la Industria Móvil al por Menor en Colombia. Informe preparado para COMCEL S.A", advirtiendo que *"no podrá decirse que tales conclusiones no son procedentes por el hecho de que tal informe haya sido preparado por Nera Economic Consulting para mi poderdante, no sólo porque el expertiz y reconocida trayectoria de dicha firma hablan por sí solas, sino porque el mismo consultor de la CRT advierte que la regulación del precio off-net aumentaría los precios de llamadas terminadas on-net que afectaría sensiblemente a los usuarios de COMCEL, que son la mayoría del mercado."*

Agrega que la literatura económica ha señalado que el principal efecto de la regulación de las tarifas on net / off net es la pérdida del excedente del consumidor.

De otra parte, considera que la desviación de poder se evidencia cuando la CRT fundamenta la regulación de las tarifas minoristas de **COMCEL**, en el hecho de que la reducción de los cargos de acceso generada en virtud de la Resolución CRT 1763 de 2007, ha sido más rentable para **COMCEL** que para sus competidores.

De ahí que lo que realmente busca la CRT es reducir la rentabilidad de **COMCEL** para favorecer la rentabilidad de sus competidores, lo cual está lejos del fin para el cual el legislador le otorga funciones tarifarias a una comisión de regulación, sin que esta última afirmación implique el reconocimiento de las competencias de la Comisión.

Adicionalmente, y siguiendo el mismo análisis realizado por NERA, **COMCEL** afirma que la propuesta de la Comisión a través de la regulación de sus tarifas on net y off net tendría como principal objetivo aumentar las utilidades económicas de las redes de menor tamaño en Colombia. Por lo tanto, la Comisión estaría proponiendo, a través de sus políticas regulatorias y de competencia, incrementar utilidades de ciertos competidores, a costa de disminuir el bienestar de los consumidores vía mayores precios, con tal de intentar aumentar las utilidades de algunos competidores móviles. Manifiesta que la CRT el objetivo regulatorio y de competencia debiera ser el de promover e incentivar la misma, no favorecer a determinados competidores y que *"...el reacomodo de precios que se produciría frente a una disminución de la tarifa Off/net podría producir una disminución de la penetración en el país, ya que aumentarían los otros precios (On/net, suscripción, y renta mensual)"*

Consideraciones de la CRC

La Comisión considera pertinente reiterar, en primer lugar, que las medidas impuestas al operador dominante tienen como objetivos principales la promoción de la competencia y la protección de los usuarios, preservando incentivos adecuados a la inversión en infraestructura. En este sentido, las

medidas propuestas por la Comisión en ningún momento pretenden favorecer a un competidor en particular y, por el contrario, lo que busca es promover la competencia en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* definido como "voz saliente móvil".

Para el caso particular de la medida regulatoria que pretende regular el diferencial de precios entre la tarifa on net y la tarifa off net, la Comisión pretende corregir la distorsión generada en este mercado donde la diferenciación entre la tarifa off net y on net limita los incentivos tanto de los usuarios nuevos como de los ya suscritos para pertenecer a alguna de las redes de los competidores de **COMCEL**.

Como se ha dicho en distintos apartes tanto del presente acto, como en la Resolución CRT 2062 de 2009 y en la propuesta regulatoria, ante un mismo vector de precios on net y off net, pertenecer a la red más grande genera más utilidad a un usuario por cuanto una mayor cantidad de sus llamadas terminarán en esa red lo que resulta en una factura esperada de menor costo y, adicionalmente, podrá recibir más llamadas por cuanto a los usuarios de dicha red les es más barato llamarlo

Con esta medida, la Comisión busca promover la competencia en el mediano y largo plazo, lo que en definitiva repercutirá en mayores beneficios para los usuarios y, por lo tanto, en un mayor bienestar de la sociedad en general.

En este orden de ideas, se reitera que el fin de la aplicación de la medida regulatoria nunca ha sido favorecer a competidores particulares. Los recursos adicionales que se generan para los competidores de **COMCEL** se deben a los cargos de acceso que recibirán de más por el aumento en el tráfico ante tarifas off net más bajas. Sin embargo, esto es una consecuencia de eliminar esta barrera que había establecido **COMCEL** en legítimo desarrollo de su política comercial y no un objetivo de la medida regulatoria.

En segundo lugar, frente a los efectos a los que hace referencia **COMCEL** sobre el bienestar del consumidor vía la reducción del excedente del consumidor, Laffont, J. Rey, P y Tirole, J. (1998)⁴⁹ concluyen que bajo un esquema de precios lineales, es óptimo para los operadores – no para la sociedad – diferenciar tarifas on net y off net. Así mismo, concluyen que dada la existencia de un operador dominante, este podría bloquear la entrada de potenciales competidores que pretendan entrar con redes de baja cobertura, mediante la mencionada discriminación de precios.

Ahora bien, Gabrielsen, Vagstad (2008)⁵⁰ resuelven el siguiente enigma: Diferenciar tarifas on net y off 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, a saber: existe diferenciación de tarifas off net y 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. En este orden de ideas, es notorio que lo fundamental para fijar tarifas diferenciadas es la presencia de los mencionados efectos y no el tamaño relativo de los operadores. Así mismo, estos autores concluyen que la fijación de tarifas off net tan altas crea un detrimento en el bienestar de los usuarios.

Por otra parte, tal y como se expuso en apartados anteriores, Hoernig (2008) expresa la conclusión sobre posibles impactos negativos de la regulación tarifaria sobre el excedente del consumidor pero este argumento es válido bajo determinados supuestos, como lo es la existencia de precios en dos partes. En tal sentido, tal como lo estableció la Comisión en la Resolución 2066 de 2009, en el mercado colombiano de voz saliente móvil el supuesto de tarifas en dos partes es válido para la menor proporción de usuarios del mercado, puesto que más del 80% de los mismos es de tipo prepago, segmento en que no es válido el supuesto del autor.

Adicionalmente, es importante recordar que de acuerdo con los ejercicios teóricos realizados por este autor, existe ambigüedad respecto al impacto de la regulación del diferencial de precios on net y off net del operador de mayor tamaño sobre el bienestar total de la economía, razón por la cual no es posible predecir sus efectos con exactitud ante diversos escenarios posibles. Sin embargo, este mismo autor, tal y como se argumentó en la Resolución CRT 2066 de 2009, sostiene que el

⁴⁹ Laffont, J. Rey, P y Tirole, J. (1998), "Network Competition. II Price Discrimination" Rand Journal of Economics 29, 38-56.

⁵⁰ Gabrielsen, Vagstad (2008), "Why is on-net traffic cheaper than off-net traffic?" European Economic Review, 52, 99-15.

Adicionalmente, es importante recordar que de acuerdo con los ejercicios teóricos realizados por este autor, existe ambigüedad respecto al impacto de la regulación del diferencial de precios on net y off net del operador de mayor tamaño sobre el bienestar total de la economía, razón por la cual no es posible predecir sus efectos con exactitud ante diversos escenarios posibles. Sin embargo, este mismo autor, tal y como se argumentó en la Resolución CRT 2066 de 2009, sostiene que el diferencial de precios on net y off net por parte del operador más grande, puede incrementar el tamaño del operador más grande y, por ende, reducir los niveles de competencia. Adicionalmente, establece que sólo en ausencia de externalidades de red, el diferencial de precios on net y off net es impulsado sólo por el cargo de acceso por terminación. Entonces, según los resultados del mismo autor, los operadores poseen incentivos a implementar diferenciales de precios on net y off net ineficientes (es decir, que se apartan del cargo de acceso por terminación).

Finalmente, **COMCEL** tampoco ha tenido en cuenta las posibles mejoras en bienestar que obtendrían los usuarios por efecto de la mejora en las condiciones de competencia hacia el futuro, como consecuencia de una medida tendiente a regular el diferencial de precios off net y on net, y que dichas mejoras dependen de la capacidad de la Comisión para promover la competencia en el mercado, para que en el corto, mediano y largo plazo, la competencia entre redes de distintos operadores tenga como resultado reducciones en todos los precios del mercado, una mayor variedad de servicios, mayor calidad y mejor atención al cliente.

Ahora bien, frente al reacomodamiento de tarifas a la cual hace referencia **COMCEL**, en cuanto al potencial incremento de las tarifas on net una vez la medida sea implementada, la Comisión estima conveniente aclarar que, tal como se indicó en la Resolución CRT 2066 de 2009, en la práctica el efecto dependerá de la decisión comercial que el operador regulado llegue a implementar sobre la tarifa on net, dada la restricción impuesta por el regulador sobre el diferencial de precios.

Finalmente, frente a lo expuesto por **COMCEL**, en cuanto a que el fin último de la medida regulatoria consiste en reducir su rentabilidad, la Comisión aclara que, como se ha mencionado reiterativamente no sólo en este acto administrativo sino en la Resolución CRT 2062 de 2009, el estudio técnico y económico que llevó a cabo en su propuesta regulatoria, en ningún momento pretende analizar, premiar ó cuestionar un modelo de negocio en particular, sino que lo que pretende el regulador es imprimir mayor competencia en el mercado que garantice el bienestar del usuario en aras de la satisfacción de los intereses generales que tutela desde la perspectiva regulatoria y con base en sus facultades de regulación *ex ante*.

Por lo anterior, el cargo formulado no prospera.

2.11. La Resolución 2066 está viciada de nulidad por imposibilidad en el objeto del acto administrativo.

En este cargo el recurrente afirma que la resolución recurrida está viciada de nulidad por imposibilidad en el objeto, toda vez que las obligaciones que impone son contrarias a la naturaleza. Al respecto, manifiesta que resulta materialmente imposible de cumplir el objeto de la resolución recurrida, particularmente lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la misma, en la medida en que la misma impone una obligación pura y simple que se hace exigible a **COMCEL** desde el momento mismo de la firmeza del acto administrativo que se reprocha, siendo imposible para **COMCEL** ajustar sus miles de planes, ofertas, promociones, a la restricción tarifaria, razón por la cual el acto debe ser revocado.

Adicionalmente, expresa el recurrente que la condición contenida en el artículo 3 de la resolución recurrida para la extinción de la obligación impuesta en el artículo 2, es de imposible realización material, dado que no es posible para **COMCEL** ni técnica, ni contablemente, entregar la información sobre sus ingresos discriminados en ingresos asociados a las llamadas on net y a las llamadas off net, toda vez que en los planes pospago **COMCEL** son una bolsa de minutos en el que se cobra un cargo fijo mensual al usuario que incluye tanto minutos off net, como minutos on net, que le permite al usuario utilizar un máximo de minutos dependiente del destino, siendo éste quien determina cómo utiliza los minutos. Así mismo, explica que también se ofrecen promociones al usuario en el cual se incluyen minutos gratis o disminución del cargo fijo mensual en unos meses.

Ahora bien, en relación con los ingresos off net y on net respecto de los usuarios prepago, el recurrente manifiesta que dichos usuarios pagan un valor total en la recarga, la cual puede ser utilizada para realizar llamadas a celulares de **COMCEL** o hacia otras redes, o para cursar mensajes

006
9200

✓

De esta forma, considera el recurrente que ante la imposibilidad material del cumplimiento de la condición extintiva contenida en el artículo 3 del acto recurrido y contrario a la finalidad que debe guiar cualquier tipo de regulación de mercados, *"la CRT está condenando a COMCEL a la regulación permanente e indefinida de sus tarifas, independientemente de la eliminación en el tiempo de la supuesta falla de mercado que pretende corregir la medida regulatoria"*.

Así mismo, señala **COMCEL** que la condición vertida en el artículo 3° para la extinción de la obligación impuesta en el artículo 2°, es de imposible realización material, habida cuenta de que no es posible para **COMCEL** entregar los ingresos de la compañía discriminados en ingresos asociados a las llamadas on net y a las llamadas off net.

COMCEL aduce que existen esquemas de planes comerciales que conllevan a que exista una imposibilidad tanto contable como técnica para discriminar los ingresos off net y on net, pues para hacer ese cálculo se necesitaría ponderar el cargo fijo mensual del plan, usuario por usuario dependiendo del tráfico que curse cada usuario y del plan pospago que tiene el usuario. **COMCEL** informa que en la actualidad tiene aproximadamente 3500 planes pospago.

En este sentido, se pregunta ¿Cómo pretende la Comisión hacer la ponderación?. **COMCEL** indica que dentro de estos planes pospago ofrece promociones al usuario en las cuales hay minutos gratis, o en otros casos disminuye el cargo fijo mensual en unos meses.

COMCEL afirma que para los usuarios prepago, dicho operador ofrece promociones del doble de recarga, elegidos, vitaminas, pico y placa, lo cual hace también imposible la contabilización de los ingresos desagregados en off net y on net para los usuarios prepago.

Respecto a los ingresos off net y on net en los usuarios prepago, indica **COMCEL** que el usuario paga un valor total en la recarga la cual podrá utilizar en llamadas a celulares desde su red a otras redes celulares, PCS o Trunking con interconexión directa o a líneas de TPBCL, TPCLE, o uso de servicios de mensajes de texto, concursos u otros como pasatiempo a otros celulares.

COMCEL afirma que ante la imposibilidad material del cumplimiento de la condición extintiva prevista en el artículo 3° de la Resolución recurrida, y contrario a la finalidad que debe guiar cualquier tipo de regulación de mercados, la Comisión está condenando a **COMCEL** a la regulación permanente e indefinida de sus tarifas, independientemente de la eliminación en el tiempo de la supuesta falla de mercado que pretende corregir la medida regulatoria.

2.12. La Resolución 2066 está viciada de nulidad por indeterminación en el objeto del acto administrativo.

El recurrente afirma en este aparte del recurso de reposición que la resolución recurrida *"se limita a reducir la tarifa off-net de COMCEL"*, pero no es claro cómo debe cumplirse tal obligación, dado que **COMCEL** tiene más de mil planes, todos ellos con tarifa off-net diferente. Considera el recurrente que *"la CRT parte de la premisa de que existe UNA SOLA tarifa off-net, lo cual muestra su evidente desconocimiento del mercado que pretende regular."*

De esta forma, considera que la decisión recurrida es contraria al ordenamiento jurídico pues carece completamente de la claridad requerida para efectos de imponer obligaciones al administrado, pues cada usuario o grupo de usuarios tiene un contrato que establece qué tarifas aplican y bajo qué condiciones, de tal forma que el alcance de la obligación impuesta a **COMCEL** resulta etéreo, indeterminado e indeterminable.

Concluye este cargo el recurrente afirmando que *"este es el problema de que la CRT haya regulado a COMCEL, no para beneficiar a los usuarios sino a los competidores de aquella"*.

COMCEL indica que no le es claro o cómo puede, en virtud de la regulación expedida por la Comisión, modificar las condiciones de todos los planes tarifarios que tiene con sus usuarios pospago. Tampoco es claro para el operador qué pasa con la obligación regulatoria en caso de que el usuario no esté de acuerdo con la modificación de su plan después de aplicada la resolución, e invoque el cumplimiento del plan inicial, porque sea ese el que le convenga.

206
940

18

Consideraciones de la CRC sobre los argumentos expuestos en los numerales 2.11 y 2.12

Frente al argumento de **COMCEL** sobre la imposibilidad de ajustar sus miles de planes, ofertas y promociones a la restricción tarifaria, razón por la cual solicita que el acto administrativo en comento sea revocado, la Comisión estima pertinente aclarar de nuevo que la medida regulatoria consiste en regular el diferencial de precios off net y on net, al fijar el valor de la tarifa off net en función de la tarifa on net más el cargo de acceso vigente para cada uno de los planes vigentes del operador, tanto en la modalidad prepago como pospago. En virtud de lo anterior, esta regla no restringe la libertad para la fijación de planes tarifarios por parte del operador, toda vez que el mismo puede fijar conjuntos de tarifas on net y off net que satisfagan la condición regulatoria y que al mismo tiempo se ajusten a los perfiles de consumo de los usuarios. Adicionalmente, la regla de intervención tarifaria no limita el ofrecimiento de promociones exclusivas para el tráfico on net.

Para que la Comisión llegara a estas conclusiones, se realizaron análisis económicos exhaustivos incluido el análisis de planes tarifarios representativos (tanto prepago como pospago) ofrecidos no sólo por **COMCEL** sino por sus competidores. En este orden de ideas, la Comisión nunca ha partido de la premisa de la existencia de una única tarifa off net, sino del análisis integral de los aspectos económicos asociados a la diversidad de planes tarifarios. Así pues, tal como fue expuesto con anterioridad, la medida de intervención regulatoria reconoce el hecho de que existen tantas canastas de tarifas on net y off net como planes ofrece **COMCEL**. En virtud de ello, la fórmula de la regulación tarifaria responde a la realidad de multiplicidad en las tarifas on net y off net, pero limita la diferencia máxima que puede existir entre ellas, en cada uno de los diferentes planes. Dicha diferencia máxima permitida es el cargo de acceso por uso establecido en el artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007.

De otra parte, la Comisión es consciente de que no es posible que **COMCEL** adecue inmediatamente todos sus planes a la condición tarifaria, en razón a que por el volumen de clientes y la cantidad de planes que tiene en la actualidad, los procesos requeridos para tal fin requieren de labores de adaptación que requieren de determinado tiempo para efectos de su implementación y divulgación al usuario. En virtud de ello, esta Comisión considera pertinente establecer un periodo de tres (3) meses desde el momento de la entrada en vigencia del acto administrativo, para que **COMCEL** pueda realizar el ajuste respectivo a cada uno de sus planes. Todo esto con el fin de que el operador cuente con el tiempo requerido para adaptar sus planes a la restricción tarifaria correspondiente.

Ahora bien, la Comisión aclara, tal y como lo hizo en la argumentación dada en la Resolución CRT 2066 de 2009, que para efectos de asegurar el correcto funcionamiento del mercado dada esta condición regulatoria, se dispuso implementar una regla de monitoreo, la cual, en el momento de ser satisfecha por **COMCEL**, implicaría la inclusión de su tarifa off net en el régimen vigilado de tarifas. Esta medida tiene por objetivo realizar un seguimiento al comportamiento de los ingresos promedio por minuto off net y on net, los cuales dada la regulación del diferencial de estos precios, se espera tiendan a la condición que consiste en que el ingreso promedio por minutos de la totalidad del tráfico por minuto off net sea menor o igual al ingreso promedio de la totalidad del tráfico por minuto on net más el cargo de acceso por minuto previsto en el artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007. En este sentido, es claro para la Comisión que ni **COMCEL** ni ningún operador está en la capacidad de controlar el comportamiento de consumo de sus usuarios, en lo referido a sus preferencias sobre la forma de consumir sus minutos ya sea on net, off net a otros operadores móviles o fijos, lo cual es lógico, dado que los operadores no pueden controlar los perfiles de consumo de sus usuarios de manera exacta. No obstante lo anterior, **COMCEL** sí puede controlar los diferenciales entre las tarifas para las llamadas off net y on net. Tal como se mencionó anteriormente, la medida de intervención regulatoria reconoce el hecho de que existen tantas canastas de tarifas on net y off net como planes ofrece **COMCEL**. En virtud de ello, la fórmula de la regulación tarifaria responde a la realidad de multiplicidad en las tarifas on net y off net, pero limita la diferencia máxima que puede existir entre ellas, en cada uno de los diferentes planes. Dicha diferencia máxima permitida es el cargo de acceso por minuto de uso establecido en el artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007.

En consecuencia, al satisfacer **COMCEL** la condición regulatoria (sobre la cual el operador sí tiene manejo) se alcanzaría la satisfacción de la condición de monitoreo (la cual no está bajo control total del operador) por cuanto si todos y cada uno de los planes cumplen con la medida regulatoria, los

206
990

28

ingresos promedio por minuto asociados al tráfico total cursado, contemplados en la condición de monitoreo (que son interpretables como tarifas promedio), convergerán automáticamente a dicha condición.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación de **COMCEL** según la cual le es imposible suministrar a esta Comisión información discriminada del tráfico originado en dicha red y terminado en la misma (on net) y terminado en las redes de sus competidores (off net), debe tenerse en cuenta que con motivo de la solicitud de revocatoria directa presentada por el operador contra la Resolución CRT 2064 de 2009, donde se expuso este mismo argumento, la Comisión resolvió acceder parcialmente a la solicitud de revocatoria directa presentada por **COMCEL S.A.** mediante la expedición de la Resolución CRT 2134 de 2009. La Comisión aclara que dicha revocatoria se confirió parcialmente puesto que la misma procedió sólo en el sentido de eliminar el requerimiento de entrega de información de ingresos discriminados según el destino de las llamadas, esto es, on net y off net, a la que hace referencia el literal a) del Formato 4 del Anexo 2 de la Resolución CRT 1940 de 2008, adicionado por la Resolución CRT 2064 de 2009, por considerar que no es posible para el operador suministrarla en la actualidad.

Sin embargo, la Comisión no cuenta con otra información para efectos de la verificación del cumplimiento de la restricción tarifaria, por lo tanto es precisamente **COMCEL** quien debe demostrar a la Comisión el cumplimiento de la condición de monitoreo, la cual deberá ser debidamente sustentada en los datos que para tal efecto obtenga el operador y previa validación por parte de la Comisión de la información soporte de los cálculos presentados para tal efecto, para que se someta nuevamente a régimen vigilado las tarifas en cuestión del operador dominante. Lo anterior, sin perjuicio de las labores de monitoreo permanente que realiza la Comisión sobre la evolución de las tarifas y las condiciones de competencia del mercado, desde la perspectiva regulatoria, de tal manera que transcurridos seis (6) meses contados a partir del vencimiento del plazo máximo previsto para la implementación de la medida regulatoria, la Comisión procederá a verificar los efectos de la medida regulatoria en el mercado correspondiente, con el fin de establecer si habría lugar a levantar la restricción impuesta sobre el diferencial de tarifas off net y on net de **COMCEL**.

Ahora bien, no es claro para la Comisión el comentario de **COMCEL** en el sentido de que una vez aplicada la medida, es probable que la tarifa on net aumente y que, adicionalmente, no es claro qué ocurriría con la obligación en caso que el usuario no esté de acuerdo con la modificación de su plan. En primer lugar, tal y como se explicó anteriormente, teniendo en cuenta que **COMCEL** reconoce que la demanda por tráfico on net es más elástica que la demanda por tráfico off net, de acuerdo a la teoría microeconómica generalizada, ante una demanda más 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 consecuencia, sería poco probable que el efecto de la medida regulatoria, conlleve a que **COMCEL** incremente sus tarifas on net, además de constituir este segmento su mayor base de usuarios.

Por lo anterior, esta Comisión aclara que el motivo primordial que orienta la aplicación de la medida de regulación tarifaria, es que el ajuste se dé directamente en las tarifas off net del operador en cuestión.

En segundo lugar, no es claro cómo el usuario no estaría de acuerdo con la modificación de los planes, dado que si bien es cierto que los usuarios escogen los planes tarifarios de acuerdo a sus preferencias y perfiles de consumo, también lo es que detrás de cada consumidor existe una racionalidad económica que conduce a que el consumidor pueda obtener los mejores servicios a menos precio. En este orden de ideas, dado lo anteriormente explicado sobre el efecto en la tarifa on net, con la respectiva medida regulatoria se espera que esta tarifa permanezca en su nivel unido a que la tarifa off net ahora será más barata, lo cual hace que el argumento de **COMCEL** sobre la no conformidad de los usuarios con la modificación de los planes sea cuestionable. Adicionalmente, la Comisión considera que una disminución de las tarifas off net del operador con posición dominante repercute en un mayor bienestar para los usuarios, los cuales, adicionalmente, pueden encontrar atractivas las ofertas comerciales de los operadores pequeños y, por lo tanto, los costos de cambio vinculados con excesivas tarifas off net del operador con mayor participación se reducen. De otra parte, el tráfico off net de **COMCEL** hacia las otras redes puede incrementarse, situación que beneficia también a los demás operadores móviles y en general al mercado correspondiente.

Por las razones precedentes, el cargo formulado no procede.

2.13. La Resolución 2066 causará un daño antijurídico a COMCEL y la Comisión deberá responder patrimonialmente por ello.

En este cargo el apoderado especial de **COMCEL** advierte a la Comisión que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables y expresa que en reiterada jurisprudencia se ha hecho referencia a la naturaleza objetiva de la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico. Así, considera el recurrente que la resolución recurrida al reducir las tarifas de **COMCEL** causará un daño antijurídico que no tiene el deber jurídico de soportar, dado que se afectarán negativamente sus ingresos y su patrimonio.

Explica adicionalmente que **COMCEL** no tiene el deber de soportar dicho daño antijurídico, pues la resolución recurrida ha sido "*extremadamente inconstitucional e ilegal*" y advierte que además la Comisión ha actuado "*con plena consciencia de ello, como quiera que no solo COMCEL, sino sus propios asesores externos, pusieron de presente las irregularidades que viciaban el acto*". Concluye indicando que "*sólo la revocatoria del presente acto evitará que el daño antijurídico se cause*."

Consideraciones de la CRC

En relación con este cargo, considera la Comisión importante reiterar que la misma siempre ha sido respetuosa del derecho de todos los operadores de controvertir ante la jurisdicción los actos que ella expide. No obstante, debe resaltarse que como ha quedado acreditado suficientemente en el presente acto administrativo, la actuación de la Comisión se encuentra ampliamente cobijada por las normas legales que le otorgan competencia, por el respeto al debido proceso y por la generación de escenarios transparentes de participación, de tal suerte que las decisiones que se adopten, no sólo estén rodeadas de análisis técnicos, jurídicos y económicos rigurosos, sino que las mismas propendan por la efectiva aplicación y protección del debido proceso.

En este sentido, si bien en efecto, dentro de los procedimientos jurisdiccionales corresponderá a **COMCEL** presentar las argumentaciones tendientes a acreditar el denominado daño antijurídico, ésta no es la instancia para formular advertencias, por no decir lo menos, de tal naturaleza, menos aún cuando las mismas carecen de elementos probatorios y constituyen una simple consideración subjetiva del apoderado especial de **COMCEL**.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que constituye un deber de la Comisión en el marco de las competencias legales que le han sido asignadas adoptar las medidas regulatorias preventivas y pro competitivas que sean requeridas a efectos de garantizar la prevalencia del interés general que tutela desde la perspectiva regulatoria a través de todas sus decisiones técnicas y de mercado, en especial aquellas orientadas a la promoción de la competencia y la protección de los usuarios.

A partir de los análisis realizados en la parte motiva de esta resolución queda demostrado que las decisiones de la Comisión 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 correspondiente 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 Comisión en la Resolución CRT 2066 de 2009 para el establecimiento de una intervención tarifaria particular respecto de dicho operador tal y como fue establecida a través del acto administrativo mencionado, con ocasión de la constatación de la posición de dominio que el mismo ostenta en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* definido como Voz Saliente Móvil de acuerdo con lo establecido en la Resolución CRT 2062 de 2009, confirmada mediante la Resolución CRT 2152 de 2009.

Por lo anterior,

RESUELVE

206
2000

28

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL S.A.**, contra la Resolución CRT 2066 de 2009.

ARTÍCULO SEGUNDO. Modificar el artículo primero de la Resolución CRT 2066 de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 1. Someter al régimen regulado las tarifas de los servicios de voz de la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**"

ARTÍCULO TERCERO. Modificar el artículo segundo de la Resolución CRT 2066 de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 2. Todos los planes tarifarios del servicio de voz del operador **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** deberán cumplir con la siguiente restricción:

$$POff \leq POn + CA \quad (1)$$

Donde:

Precio Off Net (**POff**) :Es el precio cobrado al usuario por **COMCEL S.A.** por cada minuto de voz originado en su red y terminado en la red de otro operador de TMC, PCS y de servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado - Trunking-.

Precio On Net (**Pon**) Es el precio cobrado al usuario por **COMCEL S.A.** por cada minuto de voz originado y terminado en su propia red.

CA: Es el Cargo de Acceso definido en el artículo 8º de la Resolución CRT 1763 de 2007.

Parágrafo 1. El operador contará con tres (3) meses para ajustar la totalidad de los planes tarifarios vigentes a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo. Los nuevos planes deberán cumplir con la restricción a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo.

ARTÍCULO CUARTO. Modificar el parágrafo 1 del artículo tercero de la Resolución CRT 2066 de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución, el cual quedará así:

Parágrafo 1. La verificación del cumplimiento de la condición del artículo 3 se realizará trimestralmente por parte de la CRT, para lo cual se utilizará la información reportada en el formato 4 "INGRESOS Y TRÁFICOS DE OPERADORES TMC, PCS Y TRUNKING" del Anexo 2 de la Resolución CRT 1940 de 2008, adicionado por el artículo 9 de la Resolución CRT 2064 de 2009.

Transcurridos seis (6) meses contados a partir del vencimiento del plazo máximo previsto para la implementación de la medida regulatoria, la Comisión procederá a verificar los efectos de la medida regulatoria en el mercado "Voz saliente móvil", con el fin de establecer si habría lugar a levantar la restricción impuesta sobre el diferencial de tarifas off net y on net de **COMCEL S.A.**

ARTÍCULO QUINTO. Negar las demás pretensiones del recurrente y, en su lugar, confirmar en todas sus partes la Resolución CRT 2066 de 2009, salvo en lo dispuesto en los artículos 2, 3 y 4 de la presente resolución, por las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

col
940
//

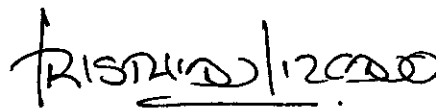
18

ARTÍCULO SEXTO. 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 05 AGO 2009

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA
Presidente


CRISTHIAN LIZCANO ORTIZ
Director Ejecutivo


CDG/ZV/LMDV/PAB/MWV/JPV
CE: 23/07/09 Acta 665
SC: 05/08/09