

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 4 0 5 0DE 2012

*"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** contra la Resolución CRC 4002 de 2012"*

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 1341 de 2009 y de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que mediante la expedición de la Resolución CRC 4002 del 9 de noviembre de 2012, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en adelante la CRC, estableció medidas regulatorias particulares respecto del proveedor de redes y servicios con posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado "Voz Saliente Móvil", **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, en adelante **COMCEL**.

Que el día 27 de noviembre de 2012, **COMCEL**, a través de su apoderado especial, presentó el escrito radicado con el número 201234531 mediante el cual interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRC 4002 de 2012 con el fin de solicitar a esta Comisión la revocatoria total de dicho Acto, con fundamento en los argumentos que se sintetizarán más adelante en el presente acto administrativo. Adicionalmente, en dicho documento el apoderado de **COMCEL** solicitó la práctica de un dictamen pericial y adjuntó un documento para ser tenido en cuenta como prueba.

Que de conformidad con lo previsto en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo¹, dado que el recurso presentado cumple con los requisitos legales, el mismo será admitido y se procederá a su estudio, resumiendo los cargos presentados por el recurrente, según la materia a la cual los mismos hacen referencia.

SEGUNDO. Que conforme con el recurso de reposición presentado por el apoderado de la parte sometida a medidas regulatorias particulares, se solicitaron unas pruebas en vía gubernativa y se allegaron otras, que a continuación se enumeran:

2.1 Pruebas solicitadas por el Recurrente

Que antes de entrar a analizar de fondo los argumentos formulados por el recurrente en su escrito de reposición, corresponde a esta Comisión pronunciarse sobre la pertinencia, conducencia, utilidad y necesidad de las pruebas solicitadas por la parte recurrente, así:

¹ Conforme con lo dispuesto en el régimen de transición y vigencia previsto en la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", el presente procedimiento administrativo se adelantará hasta su culminación de conformidad con el régimen jurídico vigente al momento de su inicio, esto es, por lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, en la medida en que el mismo ya se encontraba en curso al momento de la entrada en vigencia de dicha Ley.

La primera prueba solicitada en el escrito de reposición es un dictamen pericial que consta de 17 preguntas enumeradas por el recurrente. Adicionalmente, el recurrente allega un escrito elaborado por el señor Juan Daniel Oviedo con título "Análisis Económico de la Actuación Particular contra Comcel".

A continuación, esta Comisión pasa a pronunciarse sobre las pruebas solicitadas y allegadas por el recurrente, a la luz de las disposiciones aplicables del Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil.

2.2 Consideraciones de la CRC

En relación con la procedencia de las pruebas solicitadas y aportadas, esta Comisión considera indispensable partir de lo dispuesto en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, según el cual:

"Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio."

Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado que

"si bien es cierto que para resolver el recurso de reposición la Ley no previó periodo probatorio alguno, ello no significa que no puedan tenerse en cuenta las pruebas que el recurrente presente y adjunte con el escrito de su sustentación, ya que tomar una decisión de plano no significa que en su motivación esté ausente la valoración de las pruebas."²

En la misma providencia, señala esa corporación que

*"si por regla general las decisiones de los representantes legales de las entidades públicas no tienen recurso de apelación (CCA, art. 50-2), lo que hace que el recurso de reposición sea el único procedente contra dichas decisiones (aunque no sea obligatorio para el agotamiento de la vía gubernativa arts. 51 y 63 CCA), tiene mayor relevancia que el mismo funcionario que tomó la decisión al resolver el único recurso posible de interponerse en sede administrativa, dé cabida a la práctica de pruebas **en la medida que sean pertinentes, conducentes y necesarias**, teniendo en cuenta que son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil (art. 57 CCA)."*

En este sentido, y con el ánimo de atender y analizar todas las solicitudes y argumentos elevados por el recurrente, esta Comisión valorará las pruebas allegadas y solicitadas frente a lo dispuesto en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), a fin de determinar la pertinencia, conducencia, utilidad y necesidad de las mismas.

Lo anterior, entendiendo que la conducencia hace referencia a que *"el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho"*³; la pertinencia *"consiste en que el hecho a demostrar tenga relación con los que configuran la controversia"*⁴, siendo impertinente por tanto aquella prueba que pretende demostrar un hecho ajeno a la disputa existente y actual entre las partes; y la utilidad hace referencia a que *"con la prueba se establezca un hecho materia de la controversia que aún no se encuentra demostrado con otra"*⁵, siendo inútil aquella prueba que resulte irrelevante, superflua o que pretenda corroborar hechos ya probados, lo que constituye a su vez, una clara violación al principio de economía procesal y, en esa medida, el fallador está facultado para rechazarla o abstenerse de practicarla.

Igualmente resulta relevante determinar la necesidad de la prueba, entendiéndose como tal *"lo que requiere de prueba en un proceso determinado, cualquiera que sea el campo al cual*

² Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia 1319, mayo 29 de 2003 M.P. Ricardo Hoyos Duque.

³ Azula Camacho Jaime, Manual de derecho procesal, Tomo IV, Pruebas Judiciales, Editorial Temis, Bogotá, 2003, página 63.

⁴ Ibídem.

⁵ Ibídem.

pertenezca, por constituir los presupuestos fácticos de las pretensiones o excepciones".⁶

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que

"(...) el funcionario judicial cuenta con la oportunidad procesal para definir la pertinencia de las pruebas solicitadas, momento en el cual podrá negar la práctica de aquellas que considere impertinentes o inconducentes para el desarrollo del proceso"⁷ (NFT)

y que,

"las pruebas pedidas deben ceñirse al asunto materia del proceso; y el juez tiene la facultad de rechazar *in limine* las pruebas inconducentes, impertinentes e inútiles"⁸ (NFT).

Bajo este contexto, esta Comisión analizará las pruebas solicitadas por COMCEL con ocasión del recurso de reposición:

2.2.1 Prueba Pericial:

Tal como la Comisión ha manifestado anteriormente, conforme con lo consagrado en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, *"la peritación es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos"*.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha señalado que el dictamen pericial es

"en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso".⁹

Por su parte, el H. Consejo de Estado ha dicho que la prueba pericial es entonces procedente cuando existen elementos de orden técnico que no posee el juez contencioso para dilucidar un aspecto que es crucial para determinar la validez de los actos administrativos demandados¹⁰.

De esta forma, es procedente mencionar que en cualquier proceso judicial y administrativo es común que a través del dictamen pericial se provea al fallador de información y análisis, que el perito conoce con motivo de su encargo, que requieren especiales conocimientos **con los que el juez no cuenta y que entrañan juicios técnicos de valor.**

Así, si el fallador en razón de su naturaleza y precisamente por su función, tiene ya la pericia necesaria para analizar e interpretar los hechos que requieren de conocimiento técnico, y cuenta con los elementos de orden técnico para hacerlo, no está en la obligación de decretar este tipo de pruebas desde el punto de vista legal, al tenor de lo establecido en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, ya que caería en el absurdo, contrario a la economía procesal, de decretar una prueba orientada a que se definan hechos con fundamento en conceptos técnicos que ya conoce.

El dictamen pericial solicitado por la parte versa sobre conceptos tales como bienestar de los usuarios de la telefonía móvil, cargos asimétricos y sus efectos en el mercado de las comunicaciones, regulaciones mayoristas y minoristas simultáneas en mercados de comunicaciones, promociones en materia de telefonía móvil, los efectos de las fórmulas planteadas por esta Comisión en el mercado, reducción de costos, etc., asuntos que según la

⁶ Azula Camacho, J. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI Pruebas Judiciales. 2ª edición Temis. (2003) Pág. 31

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-694 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. María Inés Ortiz Barbosa, Agosto 21 de 2003.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-124 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, Octubre 11 de 2007.

Ley 1341 de 2009 son propios del análisis de la autoridad regulatoria en virtud de las precisas facultades legales que le han sido otorgadas en su carácter de organismo regulador técnico y de mercado del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, es decir, la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Sobre este punto, debe recordar el recurrente que la utilidad y pertinencia de dictámenes periciales sobre materias de las cuales esta Comisión tiene la experticia técnica y el personal capacitado para conocerlas ya fue discutida judicialmente, durante esta actuación administrativa. Efectivamente, **COMCEL** presentó una acción de tutela en contra de esta Comisión pues consideraba que la misma había incurrido en una vía de hecho por violación del derecho al debido proceso al negar la práctica de un dictamen pericial solicitado por **COMCEL** en la presente actuación, al respecto el Juzgado Primero Penal del Circuito, en función de conocimiento de la tutela, consideró que:

"(...) se vislumbra que el rechazo probatorio fue fruto de una cuidadosa valoración y labor intelectual (...). No puede pasar desapercibido para el demandante, que en tratándose de asuntos sometidos al aspecto contencioso, las pruebas pedidas por las partes deben ser aquellas que pueden conducir a la demostración de los hechos; cuando se observe que se solicitan pruebas que son inconducentes, ineficaces, notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas, respecto de los hechos a demostrar, o que versen sobre asuntos prohibidos, podrán ser rechazadas".

Termina el Juez señalando que el rechazo de las pruebas solicitadas por **COMCEL**, incluyendo el rechazo del dictamen pericial solicitado, se encuentra ajustado *"no solo al ordenamiento jurídico legal, si a los preceptos constitucionales, con todo lo cual a no dudarlo se está garantizando el correcto ejercicio de la función pública"*.

Por su parte, **COMCEL** apeló la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito, reiteró sus argumentos frente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, frente a lo cual, el Magistrado Ponente Leonel Rogeles Moreno al analizar la acción de tutela instaurada por **COMCEL** contra la Comisión, consideró que:

"... el tribunal no pudo pasar inadvertida la regla general según la cual, la prueba pericial es necesaria cuando se requieran conocimientos especializados en determinada ciencia, arte o técnica; y al efecto la Comisión aquí demandada expuso con claridad que la prueba pericial solicitada no era necesaria en la medida en que sus miembros son expertos en la materia, con lo cual despachó la petición aunque adversamente a las pretensiones de "Comcel S.A."."

Dado lo anterior, para esta Comisión es claro que el dictamen pericial solicitado por el recurrente debe ser rechazado pues resulta inútil y superfluo en la medida en que tiene por objeto transferir a la autoridad conocimientos de orden técnico que esta Comisión ya posee. En particular, el dictamen presenta definiciones respecto del mundo de los mercados de telecomunicaciones y la aplicación de las medidas impuestas, que por su propia naturaleza y razón de ser, no sólo ostenta ya la autoridad regulatoria, sino que determina e inspira el marco y ejercicio de sus competencias.

Por otra parte, aun cuando el dictamen debe ser rechazado por las razones anteriormente expuestas, en gracia de discusión existen consideraciones adicionales que conducen al rechazo de la prueba. Tal como se ha señalado ya, la pertinencia de la prueba consiste en que el hecho a demostrar tenga relación con los hechos que configuran la controversia. Asimismo, se ha expuesto que la conducencia se refiere a que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho que se pretende probar.

De esta forma, los medios probatorios requeridos en sede de reposición deben estar directamente ligados a probar las razones de hecho y de derecho en los que se sustenta el reproche formulado, es decir, que debe existir una clara conexidad entre los cargos del recurso y las pruebas requeridas.

Dicho de otra forma, cuando en un recurso de reposición, después de haberse puesto fin a la actuación administrativa mediante el acto administrativo definitivo objeto del recurso, se solicita decretar una prueba, es obvio que la misma, a efectos de su admisibilidad como medio probatorio, debe ser conducente, pertinente y útil para probar los hechos que fundamentan los

cargos previstos en el recurso mismo, y no cualquier otro tipo de hechos. Lo anterior, por cuanto el objeto de la vía gubernativa como parte del procedimiento administrativo, es precisamente, analizar si tiene o no razón el recurrente en los cargos que esgrime contra la resolución recurrida.

En efecto, en tales términos el dictamen propuesto por el apoderado especial de **COMCEL** no es conducente ni pertinente para probar, por ejemplo, la violación del debido proceso y el principio de libre competencia, la violación de los artículos 17-03 y 14-7 del Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia y México, la violación del derecho de petición, la invalidez jurídica de la presunta afectación "retroactiva" de contratos, promociones y planes; la violación de los principios de buena fe, confianza legítima y la prohibición de actuar contra los actos propios, la indebida determinación de la concentración del mercado, o la imposibilidad de implementar las medidas adoptadas en la resolución recurrida, aspectos del recurso que no guardan relación alguna con el objeto de la prueba solicitada.

De otra parte, y en particular, la pericia se orienta a demostrar que esta Comisión no fijó condiciones para el cumplimiento de las medidas adoptadas, lo cual coincide con uno de los cargos del recurso -que el acto administrativo no establece con precisión las condiciones de aplicación de los precios off-net-.

No obstante, debe señalarse que dicho cargo constituye una negación indefinida que, en virtud del artículo 177 del CPC, no requiere prueba, por lo cual, en ese aspecto, la prueba pericial deviene también en inútil, pues corresponde a esta Comisión o bien probar que dichas condiciones sí están incluidas en el acto recurrido, o demostrar que las mismas no son procedentes o son innecesarias, lo cual se analizará en el presente acto.

Ahora bien, debe precisarse que las medidas relacionadas con la fijación de cargos de acceso y la restricción del diferencial tarifario on-net/off-net fueron anunciadas y explicadas a **COMCEL** por esta Comisión a través de la Resolución CRC 3139 de 2011 -mediante la cual se dio inicio a la actuación administrativa de carácter particular y concreto-, y su documento económico soporte, fruto de lo cual **COMCEL** solicitó múltiples pruebas, decretadas y valoradas por la CRC en su conducencia, pertinencia y utilidad, orientadas todas a demostrar la inconveniencia y los efectos de dichas medidas:

- a. Documento respuesta de COMCEL Folios 81 al 288, que incluye en 32 folios (248 a 280) el original del estudio contratado por COMCEL a la firma consultora NERA ECONOMIC CONSULTING en el que hace un análisis económico de la Res. CRC 3139 de 2011 y su impacto para COMCEL y los usuarios;
- b. Estudios allegados por COMCEL mediante la comunicación radicada internamente bajo el número 201134978, de fecha 5 de diciembre de 2011 que incluye en 41 folios (335 al 376) los documentos "Comentarios al documento Soporte", suscrito por la Doctora Liliana Ruiz de Alonso, Presidente de ALTERNA-Perú, así como el documento denominado "Informe sobre asimetría y simetría de cargos de terminación móvil" suscrito por ALTERNA-Perú.
- c. Los siguientes documentos e informaciones que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL aportó a la Comisión sobre el diferencial de precios on-net /off-net, con posterioridad a la entrada en vigencia de las Resoluciones CRT 2066 y CRC 2171 de 2009, y que tal proveedor solicitó se tuvieran como prueba:
 - i. Radicado 201032795 del 25 de junio de 2010, mediante el cual COMCEL manifiesta algunas inquietudes (dudas y preguntas) frente a la solicitud de información de la CRC, para dar inicio al análisis del mercado móvil: 1 folio.
 - ii. Información remitida el 6 de julio de 2010, a las 8:41 p.m. y a las 8:59 p.m., a través de correo electrónico, de aortiz@COMCEL.com.co para juan.vasquez@crcom.gov.co, relacionada con la respuesta de COMCEL a solicitud de información de la CRC: Contiene 2 archivos (.rar) con información de muestra de llamadas solicitada (700 usuarios en modalidad pospago elegidos aleatoriamente por COMCEL (y sus respectivas facturas y/o detalles de consumo) e información tráfico fijo-

móvil y móvil-fijo de COMCEL y tráfico entrante y saliente de COMCEL con Avantel, Tigo, Telefónica y operadores fijos con quienes tuvo contratos de interconexión: periodo enero de 2007 a marzo de 2010.

- iii. Información remitida el 9 de julio de 2010 a través de correo electrónico, de aortiz@COMCEL.com.co para juan.vasquez@crcom.gov.co, relacionada con la respuesta de COMCEL a solicitud de información de la CRC: contiene 1 archivo de Excel que corresponde a tráfico on-net de COMCEL.
 - iv. Radicado 201033191 del 22 de julio de 2010, mediante el cual COMCEL aporta comentarios a las observaciones de COLOMBIA MOVIL S.A. ESP y TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A. sobre los efectos de la medida regulatoria de tarifas off-net: 19 folios.
 - v. Información remitida el 17 de agosto de 2010 a través de correo electrónico, de aortiz@COMCEL.com.co para juan.vasquez@crcom.gov.co, diazcata@crcom.gov.co y clizcano@crcom.gov.co, relacionada con la respuesta de COMCEL a solicitud de información de la CRC: Contiene 2 archivos (.rar) que corresponden a una muestra de llamadas, aprox. más de 60.000 registros, 700 usuarios en modalidad pospago elegidos aleatoriamente por COMCEL (y sus respectivas facturas y/o detalles de consumo).
 - vi. Información remitida el 1º de septiembre de 2010 a través de correo electrónico, de aortiz@COMCEL.com.co para juan.vasquez@crcom.gov.co y diazcata@crcom.gov.co, relacionada con la respuesta de COMCEL a solicitud de información de la CRC: Contiene 2 archivos (.rar) que corresponden a una muestra de llamadas solicitada- confidencial, aprox. más de 60.000 registros, 700 usuarios en modalidad pospago elegidos aleatoriamente por COMCEL (y sus respectivas facturas y/o detalles de consumo).
 - vii. Comentarios de COMCEL al documento "Diagnóstico Preliminar del Mercado "Voz Saliente Móvil" remitidos vía fax el 3 de septiembre de 2010 (16 folios).
 - viii. Radicado 201034688 del 19 de octubre de 2010, mediante el cual COMCEL allega comentarios relacionados con las observaciones de los otros proveedores al documento "Diagnóstico Preliminar del Mercado "Voz Saliente Móvil" (36 folios).
 - ix. Radicado 201035387 del 2 de diciembre de 2010, mediante el cual COMCEL remite una presentación sobre monitoreo del mercado de voz saliente móvil (30 folios).
 - x. Radicado 201130701 del 24 de febrero de 2011, a través del cual COMCEL envía comentarios al documento "Consulta Pública – Escenarios Regulatorios para el Mercado "Voz Saliente Móvil" del mes de diciembre de 2010 (66 folios).
- d. Estudio "Adopción de cargos de acceso asimétricos en Colombia y el bienestar de los consumidores", de radicado 201230277 del 2 de febrero de 2012¹¹.
- e. Estudios i) Cargos de acceso asimétricos en Ecuador y Perú; ii) Posición del Grupo Europeo de Reguladores ERG "On symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates" y, iii) Mercado de Voz Saliente Móvil en Colombia "Impacto sobre el bienestar del consumidor de las normas adoptadas por la CRC", escrito por el señor Víctor Manuel Mayorga, de radicado 201230314 del 6 de febrero de 2012¹².

¹¹ Folios 500 a 527. Expediente 2000-1-2-2.

¹² Folios 525 a 666. Expediente 2000-1-2-3.

- f. Estudios (en inglés y su traducción oficial): i) Documento preparado por el señor J. Gregory Sidak y, ii) "Análisis Económico de la demanda de Servicios Móviles en Colombia y el impacto de la Regulación sobre Dominio de Mercado", elaborado por la firma NERA ECONOMIC CONSULTING, de radicado 201230858 del 9 de marzo de 2012¹³.
- g. Respuesta del grupo América Móvil S.A.B de C.V. sobre el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en relación con el mercado de telecomunicaciones de México, con radicado 201232216 del 8 de junio de 2012.
- h. Estudio presentado por **COMCEL** el 2 de octubre de 2012¹⁴ basado en análisis de tendencias y experiencias internacionales y de mercado respecto de la simetría de los cargos de acceso y los efectos de los mismos.

Pues bien, además de que el dictamen pericial tiene por objeto transferir al órgano técnico especializado en mercados de telecomunicaciones conocimientos que ya tiene, circunstancia que lo hace inútil, no resulta procedente decretar en sede de reposición un dictamen pericial que pretende reiterar al regulador las valoraciones económicas que fueron ya objeto de no menos de 21 pruebas y/o aportadas por **COMCEL** y decretadas y valoradas por esta Comisión durante más de un año que duró la actuación administrativa, y mucho menos cuando se constata que en el recurso de reposición el apoderado especial de **COMCEL** no objeta ni formula tacha alguna contra la valoración efectuada por esta Comisión de dichas pruebas de naturaleza económica.

Es evidente que cuando el Consejo de Estado viabiliza legalmente la posibilidad de decretar y practicar pruebas en la etapa de vía gubernativa, pese a que la Ley aplicable al caso dispone que el recurso debe resolverse de plano, lo hace con el ánimo indiscutible –pues de otra forma no tendría sentido– de que se tengan en cuenta medios probatorios conducentes, pertinentes y útiles orientados a probar hechos que o bien no fueron tema de prueba durante la actuación administrativa, o bien sustentan los cargos presentados en el recurso contra la valoración probatoria previa de la entidad.

No tiene, en consecuencia, ninguna lógica que la actividad probatoria a desarrollarse en sede de vía gubernativa esté orientada a reiterar o replicar la ya desarrollada durante la actuación administrativa, mucho menos cuando no está relacionada con los hechos en que se sustenta el recurso, o cuando el recurso mismo no se refiere siquiera a la valoración que la entidad administrativa efectuó sobre los medios de prueba practicados durante la actuación objeto de reposición.

Dado lo anterior, el dictamen pericial será rechazado por inconducente, impertinente e inútil para probar los hechos que sustentan los cargos elevados por el recurrente.

2.2.2 Sobre el escrito elaborado por Juan Daniel Oviedo

Como se anotó previamente **COMCEL** acompañó su recurso de reposición con el documento "*Análisis Económico de la Actuación Particular contra Comcel*", elaborado por el señor Juan Daniel Oviedo, el cual también debe analizarse frente a los conceptos de pertinencia y conducencia de la prueba en los términos expuestos más arriba.

A efectos de analizar la procedencia como prueba del documento "*Análisis Económico de la Actuación Particular contra Comcel*", elaborado por el señor Juan Daniel Oviedo, es necesario evaluar si las consideraciones económicas allí expuestas tienen relación con los hechos en que se fundamentan los cargos incorporados en el recurso de reposición presentado por el apoderado especial de **COMCEL**, y de tenerla, si dichas consideraciones económicas son idóneas para demostrar tales hechos.

En síntesis, los cargos que el recurso incorpora son los siguientes:

¹³ Folios 775 a 850. Expediente 2000-1-2-3.

¹⁴ Radicado 201233819.

- a) Violación del debido proceso y violación al principio de libre competencia.
- b) Violación de los artículos 17-03 y 14-7 del Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia y México.
- c) Falsa motivación al medir en forma errónea la concentración actual del mercado.
- d) Violación del derecho fundamental de petición establecido en el artículo 23 de la Constitución Política.
- e) La Resolución rige hacia el futuro y no puede afectar los contratos suscritos con los consumidores, ni las promociones y planes que hoy tienen los usuarios.
- f) La Resolución vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y la prohibición de actuar contra los actos propios, así como el principio de libre competencia.
- g) El Acto Administrativo no establece con precisión las condiciones de aplicación de los precios off-net.
- h) El término previsto para la implementación de la fórmula que determina las tarifas off-net no es razonable.
- i) Objetivo de la medida de cargos de acceso asimétricos y falta de consistencia con lo dispuesto en la Resolución CRC 4001 de 2012.
- j) La medida prevista en el artículo 1 de la Resolución ha sido ineficaz en la experiencia internacional.

Pues bien, a la luz de los ya citados cargos del recurso, debe concluirse que las consideraciones económicas del señor Oviedo son impertinentes en orden a probar los cargos fundamentados en juicios y consideraciones de naturaleza exclusivamente jurídica, como es el caso de los literales a) (violación del debido proceso y el principio de libre competencia); b) (violación de los artículos 17-03 y 14-7 del Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia y México); d) (violación del derecho de petición), e) (invalidéz de la afectación retroactiva de contratos, promociones y planes) y f) violación de los principios de buena fe, confianza legítima y la prohibición de actuar contra los actos propios.

Así, no son pertinentes consideraciones económicas para demostrar o no: i) si el artículo 4 de la Resolución, mediante el cual se obliga a **COMCEL** a no aumentar ninguno de sus precios en términos nominales o reales a partir de la entrada en vigencia de la Resolución, viola o no el debido proceso; ii) si esta Comisión está desconociendo las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en el tratado de libre comercio suscrito por Colombia y México en lo relacionado con las obligaciones de trato nacional y no discriminación contenidas en el artículo 17-03 y de independencia del ente regulador contenidas en el artículo 14-07 de dicho tratado; iii) si la Resolución CRC 4002 de 2012 viola el derecho de petición de COMCEL por no responder efectivamente los argumentos presentados por su apoderado en el documento del 16 de febrero de 2012; iv) si la Resolución CRC 4002 de 2012 se aplica o no en forma retroactiva; y si esta Comisión viola el artículo 3 de la Resolución CRC 2058 de 2009.

De otra parte, tampoco aparecen en el documento del señor Oviedo consideraciones económicas que guarden relación alguna con los cargos g) *-el Acto Administrativo no establece con precisión las condiciones de aplicación de los precios Off-net-*, h) *-el término previsto para la implementación de la fórmula que determina las tarifas off-net no es razonable-*, y j) *La medida prevista en el artículo 1 de la Resolución ha sido ineficaz en la experiencia internacional*, de manera que el documento no resulta pertinente ni conducente en orden a probar los hechos en que dichos cargos se fundamentan.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con los cargos a que se ha hecho referencia, las consideraciones económicas del señor Oviedo son pertinentes y conducentes, **única y exclusivamente**, en cuanto se refieren a los cargos del recurso que se han identificado con los literales c) *concentración del mercado*; e i) *cargos asimétricos*; ya que en ambos casos porque pretenden probar hechos en que se fundan, respectivamente, las causales de falsa

motivación (que se restringe al aspecto de concentración del mercado), y la relacionada con el concepto de "cargos de acceso asimétricos".

Así las cosas, puede concluirse que, de todos los puntos que integran el documento económico elaborado por el señor Oviedo, sólo dos (concentración del mercado y el concepto de cargos asimétricos), guardan relación de conexidad con los cargos del recurso presentado por el apoderado especial de **COMCEL**, razón por la cual el documento mencionado, con fundamento en el inciso del artículo 183 del CPC, debe decretarse como prueba y valorarse, única y exclusivamente, en lo que tiene que ver con dichos cargos, pues en lo demás ninguna relación guarda dicho documento con el recurso que lo pretende utilizar como prueba, y en ese sentido y en relación con dichos cargos, no es pertinente. Más aún, tal como lo indica el artículo 18 de la Ley 794 de 2010, con fundamento en el cual, "cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por (...) profesionales especializados". Sin embargo, teniendo en cuenta que dicha norma busca la incorporación de experticios¹⁵ o dictámenes periciales, las mismas causas de impertinencia que se predicen de la solicitud de la prueba del dictamen pericial se pueden extender con el fin de rechazar la presente prueba.

Sin embargo, en gracia de discusión, ésta Comisión en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción así como el principio de transparencia que caracteriza los procedimientos administrativos, y teniendo en cuenta su deber de no coadyuvar a la dilación innecesaria de los mismos, decretará y valorará en su totalidad el documento *"Análisis Económico de la Actuación Particular contra Comcel"*, elaborado por el señor Juan Daniel Oviedo, poniendo de presente al recurrente que dicho documento se valorará como un "experticio de un profesional especializado" más no puede presentarse simplemente como una extensión del recurso, preparada por quien no oficia como apoderado, y que no guarda relación de conexidad con los cargos incorporados en él.

TERCERO: Que conforme con el documento presentado por el apoderado especial en su recurso de reposición, esta Comisión procederá a presentar y posteriormente examinar cada uno de los argumentos en él presentados, con el fin de evaluar el mérito de lo expuesto por la parte apoderada, así:

3.1. Violación del debido proceso

3.1.1 Consideraciones del Recurrente

Se refiere el recurrente a: i) la aplicación de los esquemas de cargos de acceso fijados en la Resolución a los servicios de larga distancia internacional; y ii) el artículo 4 de la Resolución recurrida, mediante el cual se obliga a **COMCEL** a no aumentar ninguno de sus precios en términos nominales o reales, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución.

En primer lugar, considera el recurrente que *"dichas medidas regulatorias de carácter particular no fueron anunciadas en el artículo 1 de la resolución 3139 de 2011, y por ello COMCEL no tuvo oportunidad de realizar comentarios, observaciones, presentar objeciones u oposiciones, negándole la posibilidad de solicitar y controvertir las pruebas que reposaban en el expediente, con miras a demostrar la ilegalidad e inconveniencia de la medida impuesta de forma súbita e intempestiva."* (NFT)

¹⁵ Dice la Corte Constitucional en Sentencia C-798 de 2003, que:

"Al respecto, en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se expresó lo siguiente:

"Se incorpora al artículo el numeral 1 del artículo 10 de la Ley 446 de 1998, que faculta a las partes, en cualquiera de las oportunidades probatorias que tienen, para presentar experticios privados, advirtiéndose que esa incorporación no pretende modificar la norma actual sino integrar al Código de Procedimiento las modificaciones que ha sufrido.

"Muy saludable para el desarrollo del principio de celeridad resultan las reformas introducidas por la Ley 446 de 1998, en cuanto permite llevar al proceso pruebas documentales que de alguna manera sustituyan los engorrosos dictámenes periciales, sin que pueda decirse que ello afecta las garantías de la parte a quien se oponen, por cuanto ella dispone de los mecanismos procesales de oposición, ya que las pruebas que acepte o decrete el juez se ponen en traslado a la contraparte".

Dado lo anterior, el recurrente sostiene que esta Comisión hizo nugatorio el derecho al debido proceso de **COMCEL** consagrado en el artículo 29 de la Constitución, al imponer estas medidas de forma súbita y sorpresiva impidiendo por lo tanto el ejercicio de sus derechos de contradicción y defensa, razón por la cual solicita a esta Comisión que revoque la Resolución y decrete la nulidad de todo lo actuado en virtud de los artículos 69 y 84 del Código Contencioso Administrativo.

3.1.2 Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por el recurrente respecto a la violación al debido proceso por haber fijado reglas de cargos de acceso respecto del servicio de larga distancia internacional, en primer lugar es importante recordar a **COMCEL** que el cargo de acceso remunera el uso de la red independiente del origen de llamada, esto es, la cifra de cargo de acceso que cobra un proveedor móvil es el mismo sea que la llamada se origine en una red de larga distancia internacional o de otro proveedor móvil, por tanto es claro que una modificación en el cargo de acceso móvil afecta al cargo de acceso que debe ofrecer un proveedor móvil a un proveedor de larga distancia internacional.

En segundo lugar resulta importante tener presente que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, aplicable al caso concreto, las autoridades deben comunicar la existencia de la actuación administrativa y **el objeto** de la misma.

En este sentido debe esta Comisión recordar que tal y como lo indica el apoderado de **COMCEL** la delimitación del objeto de la actuación administrativa de carácter particular y concreto que ocupa el presente trámite fue claramente establecido en la Resolución CRC 3139 de 2011.

Efectivamente, en la resolución en comento se identificó que las medidas regulatorias particulares que serían objeto de análisis en materia de cargos de acceso, versarían sobre la revisión de la posibilidad de dar aplicación anticipada a la reducción de los cargos de acceso a los que hace referencia la Resolución CRC 3136 de 2011:

*"Dar inicio a una actuación administrativa de carácter particular y concreto tendiente a analizar y establecer medidas regulatorias particulares respecto del proveedor de redes y servicios con posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado "Voz Saliente Móvil", **COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL** en relación con la posibilidad de: i) Aplicación anticipada de la reducción de los cargos de acceso a los que hace referencia la Resolución CRC 3136 de 2011, con el objeto que las ofertas de tal proveedor sean contestables por parte de sus competidores (...)"*

En este sentido, debe tenerse en consideración que la Resolución CRC 3136 de 2011 en lo que respecta a los cargos de acceso de redes móviles contempla lo siguiente:

"ARTÍCULO 8. CARGOS DE ACCESO A REDES MÓVILES. Todos los proveedores de redes y servicios móviles deberán ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles por lo menos los siguientes dos esquemas de cargos de acceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8A de la presente resolución:

TABLA 3

Cargos de acceso	01-abr-12	01-ene-13	01-ene-14	01-ene-15
Uso (minuto)	84,15	70,26	56,38	42,49
Capacidad (E1)	29.881.618,23	26.934.704,82	23.987.791,41	21.040.878,07

(...)" (Resaltado fuera de texto)

La simple revisión de la norma antes transcrita muestra de manera clara que los cargos de acceso a los que hace referencia la Resolución CRC 3136 de 2011, corresponden a aquellos que los proveedores de redes y servicios móviles deben ofrecer a **los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional** y demás proveedores de redes y servicios móviles. De esta forma, aparece claro que el objeto de la actuación administrativa delimitado en la Resolución CRC 3139 de 2011 incluyó la revisión de la posibilidad de aplicar de manera anticipada, para el caso particular del proveedor **COMCEL**, la **totalidad** de la regla de cargos

de acceso dispuesta en la Resolución CRC 3136 de 2011, la cual a todas luces incluye tanto los cargos de acceso que deben pagar los otros proveedores de redes móviles, como los proveedores de los servicios de larga distancia internacional.

En este orden de ideas, contrario a lo expuesto por el recurrente, **COMCEL** sí tuvo oportunidad de pronunciarse desde el inicio mismo de la actuación administrativa, respecto de la posible reducción de cargos de acceso a redes móviles ofrecidos a los proveedores de servicios de larga distancia internacional. Así, en cada una de las oportunidades en las que **COMCEL** allegó información, documentos técnicos, consideraciones jurídicas y económicas pudo ejercer debidamente su derecho de contradicción haciendo referencia al alcance mismo de la medida cuya revisión estaba siendo objeto de análisis, tanto respecto de los cargos de acceso que deberían remunerar los proveedores de redes y servicios de comunicaciones móviles, como respecto de los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional.

Como se colige del siguiente cuadro, **COMCEL** durante más de un año remitió documentos y análisis técnicos, económicos y jurídicos en relación con el objeto de la presente actuación:

Actividades desplegadas por COMCEL durante la actuación administrativa	Objeto
Radicación CRC 201134174 del 7 de octubre de 2011	Solicitud de ampliación del plazo para pronunciarse frente a la actuación administrativa, solicitar y aportar las pruebas que correspondan
Radicación CRC 201134561 del 4 de noviembre de 2011	COMCEL se hizo parte en la actuación administrativa iniciada mediante la Resolución CRC 3139 de 2011, presentando sus consideraciones, pruebas y argumentos sobre el particular.
Radicación CRC 201134796 del 24 de noviembre de 2011	Recurso de reposición contra el auto de pruebas, con el propósito de que la negativa de decretar algunas de las pruebas solicitadas fuera revocada y, en su lugar, se accediera a decretar las mismas.
Radicación CRC 201134978 del 5 de diciembre de 2011	COMCEL solicitó a esta Comisión pronunciarse sobre los documentos remitidos a consideración de esta Comisión y en los cuales desde su punto de vista: <i>"se destaca la inconveniencia de las medidas regulatorias propuestas en la actuación administrativa tanto para el mercado de telefonía móvil, como para sus usuarios"</i> . (NFT) Adicionalmente, COMCEL allegó los siguientes documentos: <i>"Comentarios al documento Soporte - Intervención de Carácter Particular en el Mercado 'Voz Saliente Móvil'"</i> , suscrito por la Doctora Liliana Ruiz de Alonso, Presidente de ALTERNA-Perú e <i>"Informe sobre asimetría y simetría de cargos de terminación móvil"</i> , suscrito por ALTERNA-Perú, solicitando que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, estos documentos <i>"sean incorporados y valorados dentro de la presente actuación administrativa"</i> .
Acción de Tutela instaurada por COMCEL el 7 de diciembre de 2011	COMCEL solicitó la intervención del juez de tutela, pues en su consideración esta Comisión violó su derecho fundamental de petición por no dar respuesta a una solicitud presentada el 4 de noviembre de 2011, relativa a la actuación administrativa tendiente a analizar y establecer medidas regulatorias respecto de COMCEL , en el mercado relevante de "Voz Saliente Móvil". El juez de tutela, tanto en primera como en segunda instancia denegó el amparo solicitado, dado que la petición elevada no es aislada de la actuación administrativa adelantada por la CRC, toda vez que la misma fue incoada en el trámite de la actuación, iniciada mediante Resolución CRC 3139 de 2011, en consecuencia la petición del 4 de noviembre de 2011 no puede resolverse antes de que se profiera la decisión que ponga fin a la actuación administrativa.

Actividades desplegadas por COMCEL durante la actuación administrativa	Objeto
Acción de Tutela presentada el 17 de enero de 2012	En esta oportunidad COMCEL manifestó que esta Comisión al rechazar el decreto de unas pruebas en el marco de la actuación administrativa, incurrió en vía de hecho por defecto sustancial y violación directa a la Constitución. En resumen, según COMCEL, a las actuaciones administrativas les es aplicable el Código de Procedimiento Civil (C.P.C), el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo C.C.A¹⁶, y por ende las autoridades administrativas se ven en la obligación de decretar todas las pruebas que el administrado le solicite. El juez de conocimiento tanto en primera como en segunda instancia consideró que las actuaciones de esta Comisión se encuentran ajustadas no solo al ordenamiento jurídico legal, sino a los preceptos constitucionales, con lo que se está garantizando el correcto ejercicio de la administración pública a través de actos administrativos.
Radicación CRC 201230277 del 1 de febrero de 2012 ¹⁷	Remite el documento "Adopción de cargos de acceso asimétricos en Colombia y el bienestar de los consumidores".
Radicación CRC 201230314 del 6 de febrero de 2012 ¹⁸	Remite los siguientes documentos: i) Cargos de acceso asimétricos en Ecuador y Perú; ii) Posición del Grupo Europeo de Reguladores ERG "On symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates" y, iii) Mercado de Voz Saliente Móvil en Colombia "Impacto sobre el bienestar del consumidor de las normas adoptadas por la CRC", escrito por el señor Víctor Manuel Mayorga.
Radicación CRC 201230461 del 16 de febrero de 2012	Carlos Gustavo Arrieta Padilla actuando en su calidad de apoderado de COMCEL presenta un escrito en el cual hace referencia a la inconstitucionalidad e ilegalidad de las medidas regulatorias anunciadas por esta Comisión en la actuación . Adicionalmente, adjunta los siguientes documentos: i) Cargos de acceso asimétricos en Ecuador y Perú y, ii) Mercado de Voz Saliente Móvil en Colombia "Impacto sobre el bienestar del consumidor de las normas adoptadas por la CRC", escrito por el señor Víctor Manuel Mayorga.
Radicación CRC 201230858 del 9 de marzo de 2012 ¹⁹	COMCEL remite los siguientes documentos en inglés y su traducción oficial: i) Documento preparado por el señor J. Gregory Sidak y, ii) "Análisis Económico de la demanda de Servicios Móviles en Colombia y el impacto de la Regulación sobre Dominio de Mercado", elaborado por la firma NERA ECONOMIC CONSULTING.
Radicado 201233819 del 2 de octubre de 2012	COMCEL remitió un estudio basado en análisis de tendencias y experiencias internacionales y de mercado respecto de la simetría de los cargos de acceso y los efectos de los mismos.

Lo anterior denota claramente que esta Comisión no violó el debido proceso dentro del presente trámite. Por el contrario, esta Comisión se ocupó de que **COMCEL** tuviera todas las oportunidades procesales para allegar información y ejercer su derecho de defensa y contradicción, de la mejor manera posible razón por la cual el cargo presentado en relación con

¹⁶ C.C.A. Art. 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.

¹⁷ Folios 500 a 527. Expediente 2000-1-2-2.

¹⁸ Folios 525 a 666. Expediente 2000-1-2-3.

¹⁹ Folios 775 a 850. Expediente 2000-1-2-3.

la violación al debido proceso por la aplicación de los esquemas de cargos de acceso fijados en la Resolución a los servicios de larga distancia internacional, no tiene vocación de prosperar.

Ahora bien, en lo que respecta a la medida contenida en el artículo 4 de la Resolución CRC 4002 de 2012, que contempla que:

*"el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL** debe garantizar que no aumentará ninguno de sus precios en términos nominales o reales (cargo fijo, cargo básico, on-net, recargas en modalidad prepago, etc.), a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución. La Comisión de Regulación de Comunicaciones en uso de sus facultades legales monitoreará su cumplimiento"*

debe mencionarse que de la revisión del expediente administrativo pudo constatarse que le asiste la razón al recurrente cuando afirma que dicha medida no fue anunciada en la Resolución 3139 de 2011 por la cual se da inicio al trámite administrativo.

De la revisión de lo expuesto en la parte considerativa de la resolución recurrida puede evidenciarse que tal disposición se torna innecesaria, toda vez que tal y como se manifestó en la Resolución CRC 4002 de 2012, **no hay incentivos** para que **COMCEL** aumente sus precios minoristas on-net, porque ante la disminución de los costos exógenos (portabilidad numérica, desbloqueo de terminales, etc.) eventualmente un incremento en los mismos se traduciría en una pérdida de participación de mercado. En todo caso, si se diera un aumento en los precios minoristas on-net de **COMCEL** y no se observara una mejora en las condiciones de competencia, se reforzaría el hecho de que dicho proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones móviles actúa de manera independiente a las señales del mercado y por consiguiente, su posición dominante y la falla de mercado detectada en el mismo adquiriría una dimensión mayor, lo cual conduciría a evaluar la adopción de medidas adicionales para mitigar el poder de mercado del proveedor.

Distinto es que, con el objeto de mantener o aumentar sus ingresos, **COMCEL** decida aumentar las tarifas de segmentos no regulados, en ejercicio de la libertad de precios que la Ley y la regulación le permite. En ese caso, tal decisión obedecerá a la estrategia de mercado de tal proveedor, y asumirá las consecuencias que en relación con su porcentaje de participación produzca en el mercado tal decisión, pues evidentemente un aumento tarifario será correspondido con menores precios y mayores promociones por sus competidores. Mal puede señalarse, en cualquier caso, que la intervención de precios de esta Comisión producirá aumentos respecto de segmentos no regulados, en los que el proveedor tiene precisamente libertad de precios.

Teniendo en cuenta lo anterior, y máxime cuando como bien lo afirma el recurrente, dicha medida no fue discutida dentro de la actuación administrativa, esta Comisión accederá a la pretensión del recurrente en el sentido de revocar el artículo 4 de la resolución recurrida.

3.2. Violación de los artículos 17-03 y 14-7 del Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia y México.

3.2.1 Consideraciones del Recurrente

Considera el recurrente que esta Comisión está desconociendo las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en el tratado de libre comercio suscrito por Colombia y México en lo relacionado con las obligaciones de trato nacional y no discriminatorio e independencia del ente regulador contenidas en los artículos 17-03 y 14-07 de dicho tratado.

De acuerdo con **COMCEL**, el hecho que el Estado colombiano, de manera directa o indirecta tenga participación en Colombia Móvil S.A. E.S.P., UNE EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., constituye una violación al artículo 14-7 del tratado según el cual: *"Cada parte garantizará que su organismo regulador de telecomunicaciones esté separado de todo proveedor de servicios públicos de telecomunicaciones y no sea responsable ante ninguno de ellos. Para tal fin, cada parte garantizará que su organismo regulador de telecomunicaciones no tenga un interés financiero ni tenga una función operativa en dicho proveedor."*

Lo anterior si se tiene en cuenta que, según **COMCEL**, el Ministro de TIC y el Director del Departamento Nacional de Planeación, como miembros de la rama ejecutiva del poder público, no tienen independencia frente a los operadores en los que el Estado tiene participación.

Así mismo, considera que la CRC, al expedir la Resolución CRC 4002 de 2012 violó el artículo 17-03 del citado tratado según el cual *"cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte, y a las inversiones de esos inversionistas, trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas e inversiones. (...) Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte, y a las inversiones de esos inversionistas, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas y sus inversiones de otra Parte o de un país que no sea Parte. El trato de nación más favorecida no se aplicará a lo dispuesto en el artículo 17-01."*

Lo anterior en cuanto a que, en opinión del recurrente, esta Comisión pretende adoptar medidas regulatorias particulares que afectan a **COMCEL** en su condición de operador 100% privado del mercado "Voz Saliente Móvil", al tiempo que benefician en forma directa a varios de los proveedores de redes y servicios en los que el Estado colombiano tiene participación directa e indirecta.

3.2.2 Consideraciones de la CRC

Si bien esta Comisión no es competente para conocer sobre las controversias relacionadas con el cumplimiento o incumplimiento de los tratados internacionales, ni es el organismo encargado de sentar la posición del Estado colombiano en materia de litigios de derecho internacional público, con el ánimo de responder a las inquietudes del recurrente, la Comisión considera necesario hacer ciertas precisiones en relación con la aplicabilidad y el alcance de los artículos citados por éste.

Para tales efectos, esta Comisión se referirá en primer lugar a la supuesta violación del artículo "14-7" contenida en el tratado de libre comercio suscrito por Colombia y México, y después analizará el cargo por la supuesta violación del artículo 17-3 del mismo tratado.

Para empezar, es necesario aclarar que esta Comisión parte de la base de que el recurrente se refiere al Tratado de Libre Comercio suscrito entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia²⁰, ratificado por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 172 de 1994. La anterior precisión resulta necesaria dado que, contrario a lo que señala **COMCEL**, el artículo 14-7 de dicho tratado **no se refiere al organismo regulador de telecomunicaciones ni a su relación con los diferentes operadores**, por el contrario este artículo contiene las obligaciones de los Estados de compatibilidad y equivalencia en materia de normas técnicas y no tiene relación con el servicio de telecomunicaciones ni el ente regulador, como se demuestra de su simple lectura:

"Artículo 14-07: Compatibilidad y equivalencia.

1. *Reconociendo el papel central que desempeñan las medidas de normalización en la promoción y protección de los objetivos legítimos, las Partes trabajarán de manera conjunta, de conformidad con este Capítulo, para fortalecer el nivel de seguridad y de protección de la vida y la salud humana, animal y vegetal; de su medio ambiente y para la prevención de prácticas que puedan inducir a error a los consumidores.*

2. *Las Partes harán compatibles, en el mayor grado posible, sus respectivos reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad, sin reducir el nivel de seguridad o de protección de la vida y la salud humana, animal y vegetal; de su medio ambiente o de los consumidores, sin perjuicio de los derechos que confiera este Capítulo a cualquier Parte y tomando en cuenta las actividades internacionales de normalización.*

3. *A petición de una Parte, las otras Partes adoptarán las medidas razonables a su alcance para promover la compatibilidad de las medidas de normalización específicas que existan en su territorio, con las medidas de normalización que existan en territorio de las otras Partes, tomando en cuenta las actividades internacionales de normalización.*

²⁰ El cual es único tratado suscrito y vigente entre los Estados de Colombia y México, antes denominado "El Tratado del Grupo de los Tres (G-3)" suscrito por Colombia, México y Venezuela²⁰. Dicho acuerdo fue denunciado por Venezuela el 22 de mayo de 2006 y desde el 20 de noviembre del mismo año, dicho país dejó de ser parte del mismo.

4. Cada Parte aceptará un reglamento técnico que adopte otra Parte como equivalente a uno propio, cuando, en cooperación con la Parte importadora, la Parte exportadora acredite a satisfacción de aquella que su reglamento técnico cumple de manera adecuada con los objetivos legítimos de la Parte importadora, y de ser apropiado lo revisará.

5. A solicitud de la Parte exportadora, la Parte importadora le comunicará las razones de la no aceptación de un reglamento técnico de acuerdo con el párrafo 4.

6. Cada Parte, cada vez que sea posible, aceptará los resultados de los procedimientos de evaluación de la conformidad que se lleven a cabo en territorio de otra Parte, aun cuando esos procedimientos difieran de los suyos, siempre que esos procedimientos ofrezcan una garantía satisfactoria, equivalente a la que ofrezcan los procedimientos que la Parte lleve a cabo o que se lleven a cabo en su territorio, cuyo resultado acepte, de que el bien o servicio pertinente cumple con los reglamentos técnicos aplicables o con las normas que se elaboren o mantengan en territorio de esa Parte, y en caso de que proceda, revisará la medida de normalización pertinente.

7. Previo a la aceptación de los resultados de un procedimiento de evaluación de la conformidad, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 6, y con el fin de fortalecer la confianza en la integridad continua de los resultados de la evaluación de la conformidad de cada Parte, las Partes podrán realizar consultas sobre asuntos tales como la capacidad técnica de los organismos de evaluación de la conformidad, tomando en consideración el cumplimiento verificado con las normas y recomendaciones internacionales pertinentes.²¹

Una vez realizadas las verificaciones pertinentes, esta Comisión constató que ni en la versión del acuerdo publicada en la página Web del Ministerio de Comercio Industria y Turismo²², ni en la Ley 172 de 1994, existe la obligación de las Partes de garantizar que su

"organismo regulador de telecomunicaciones esté separado de todo proveedor de servicios públicos de telecomunicaciones y no sea responsable ante ninguno de ellos. Para tal fin, cada parte garantizará que su organismo regulador de telecomunicaciones no tenga un interés financiero ni tenga una función operativa en dicho proveedor".

El texto en comento, conforme con el conocimiento que tiene esta Comisión, corresponde al artículo 14.7 del Capítulo 14 del Tratado de Libre Comercio **suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América**, sobre el cual vale la pena recordar que i) México no es parte; y ii) la aplicabilidad de dicho tratado no ha sido requerida dentro del presente trámite administrativo.

En este sentido, llama la atención de esta Comisión que el recurrente cuestione la transparencia e imparcialidad de esta Comisión con fundamento en una norma inexistente en el tratado que pretende alegar y que adicionalmente es claramente inaplicable a la presente actuación administrativa.

No obstante lo anterior, con el ánimo de responder de fondo al cargo formulado por el apoderado especial de **COMCEL** en relación con la imparcialidad de ciertos miembros de la Comisión, esta Comisión recuerda al recurrente que la estructura y naturaleza de esta Comisión, están diseñadas por Ley para garantizar precisamente que esta entidad desarrolle sus labores de manera independiente e imparcial.

Al respecto, el Profesor Libardo Rodríguez ha manifestado que las Comisiones de Regulación son

"organismos especializados que suelen tener dos características particulares: por una parte, se trata de autoridades administrativas independientes, en el sentido de que tanto su estructura como su funcionamiento se encuentran alejados de las influencias políticas o económicas que puedan existir en el respectivo sector objeto de regulación, de tal manera que gozan de una importante autonomía, y, de otra, quizás como una consecuencia de lo anterior y de las exigencias propias de la actividad reguladora, su composición es plural y sus miembros suelen ser personas altamente calificadas, con

²¹ Texto final del acuerdo, publicado en la página del Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Véase <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=11963>

²² Véase <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=11963>

alta consideración y respeto profesional en el medio en que habrá de realizarse la regulación, y quienes no pueden ser removidas libremente por el órgano nominador.²³

Por su parte el Profesor Santiago Muñoz Machado ha considerado que

"Tales órganos, encargados de valorar y aplicar los criterios legales, están dotados de los equipos técnicos necesarios para criticar seriamente los estudios, balances y análisis económico-financieros presentados por las compañías."²⁴

La Corte Constitucional ha reconocido de manera expresa la independencia de las comisiones de regulación como uno de los elementos característicos de su estructura. Así, en Sentencia C-150 de 2003, dijo esa Corporación:

"4.4.1.4. Como ya se había anotado al mencionar las características definitorias de la función de regulación, una de las razones que justifica la creación de "agencias del Estado" en tanto que órganos de regulación de determinadas actividades sectoriales –v.gr. la prestación de los servicios públicos– consiste en que esta función sea cumplida por entidades que gozan de independencia respecto del Gobierno, según el perfil institucional que el legislador determine, para propender por la realización de los principios que establece la Constitución respecto de dichas actividades.

En efecto, la independencia de las comisiones de regulación tiene fundamento constitucional y es configurada por el legislador para que las actuaciones de éstas respondan a las necesidades propias del sector regulado, de acuerdo con los fines señalados en la Constitución y los parámetros establecidos en la ley, y no a las presiones políticas, los motivos coyunturales, el acceso privilegiado de algunas fuerzas a los procesos decisorios, la captura del regulador por el regulado, entre otras contingencias que impiden que el órgano regulador actúe en aras del interés general con miras a proteger los derechos de los usuarios y asegurar la continuidad y calidad del servicio público correspondiente.

Esta condición institucional de las comisiones de regulación para poder desarrollar sus actividades de manera independiente y en procura del interés general se evidencia a partir de la denominación misma que reciben por parte de la ley. En efecto, el artículo 69 de la Ley 142 de 1994 señala que las comisiones de regulación son "unidades administrativas especiales" que tienen "independencia administrativa, técnica y patrimonial". De acuerdo con la ley, las unidades administrativas especiales "son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquélla les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo" (art. 67 de la Ley 489 de 1998).

Así pues, el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, estableció, con miras a garantizar su imparcialidad y neutralidad, que tales comisiones de regulación (i) son órganos colegiados; (ii) tienen un carácter técnico y especializado; (iii) cuentan con independencia patrimonial; (iv) sus directivos, los comisionados, tienen período fijo; (v) y están sometidos a un régimen de conflicto de intereses, compatibilidades e inhabilidades."

Si bien la doctrina constitucional citada hace referencia a las comisiones de regulación a que se refiere la Ley 142 de 1994, es evidente que el diseño institucional que a la CRC da la Ley 1341 de 2009 cumple, inclusive con mayor rigor, con las características que para la Corte en la sentencia citada significan independencia.

Lo propio sucede con el Consejo de Estado, juez natural de las actuaciones de esta Comisión, quién ha sostenido, respecto de las comisiones de regulación regidas por la Ley 142, lo siguiente:

²³ Rodríguez Rodríguez Libardo, Artículo "Las decisiones de los organismos de regulación en Colombia. El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica", Panamá, Congrex, 2009.

²⁴ Santiago Muñoz Machado, Servicio público y mercado, t. i, Los fundamentos, Madrid, Editorial Civitas, 1997, pp. 224 y ss; a Enrique García Llovet, "Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho", en Revista de Administración Pública, n° 131, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto de 1993, pp. 61 y ss; a Ramón Parada, Derecho administrativo, t. II, Organización y empleo público, 19ª ed., Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007, pp. 261 y ss; a Juan Miguel de la Cuétara Martínez, "El nuevo modelo de regulación para la competencia", cit., p. 131, y a Alberto Montaña Plata, El concepto de servicio público en el derecho administrativo, cit., pp. 88 y 89. / Citado en Ibídem.

"No debe perderse de vista que en el ordenamiento jurídico colombiano las Comisiones de Regulación son unidades administrativas especiales, que gozan de independencia administrativa técnica y patrimonial, adscritas al respectivo ministerio, y actúan como delegatarias de las funciones atribuidas constitucionalmente al Presidente de la República.

Según la Ley 142 de 1994, a través de ellas se pretende que el Estado intervenga y mantenga el orden de las entidades que prestan los servicios públicos, evitando los abusos del monopolio y la posición dominante, para garantizar que se mantenga la libre competencia, protegiendo los intereses de los usuarios y manteniendo el equilibrio de dicha actividad.

Esto es apenas natural, como quiera que en determinado momento la administración puede no tener la capacidad suficiente para controlar adecuadamente ciertos ámbitos de mercado, debido a que la exigencia técnica y los continuos cambios a los que se ven expuestos requieren que tales funciones las realicen quienes posean gran experiencia y capacidad técnica sobre un tema.

En la práctica, la autonomía administrativa que ostentan los organismos reguladores -que en todo caso no significa que la Constitución y la Ley no sean el límite jurídico para ejercer sus funciones- nace de que el Gobierno no imparta órdenes, a nivel de manejo organizacional interno y de personal -recuérdese que estas entidades gozan de autonomía administrativa y presupuestal-, a pesar de que estén adscritas al Ministerio correspondiente, y además de que deben estar lo más alejada posible del poder político -por lo menos en la teoría organizacional-. Esta característica es indispensable para el buen funcionamiento de estas instituciones, así como la capacidad técnica, la imparcialidad y la neutralidad en las decisiones, para que contribuya a que cumplan sus funciones de manera eficaz, respondiendo a los ideales fijados por el Estado, consistentes en la satisfacción del interés público.

En otras palabras, estas dependencias son organismos autónomos, en cuanto entes administrativos; lo que no significa que tengan independencia para ejercer la función reguladora, pues se someten plenamente a la Constitución y a la ley, en cuanto a los contenidos de dicha función normativa. En este sentido, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han esclarecido esta idea en las distintas providencias que se han referido al tema.

Esta idea, la prevalencia técnica y el alejamiento del poder político puro, inspiradora de las modernas comisiones de regulación, se parece bastante al origen francés, y por adopción al colombiano, de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto unos y otros gozan de autonomía para la gestión de los asuntos a su cargo -se insiste, con los límites constitucionales y legales correspondientes-. En la época actual también se quiso a través de estas instituciones, tecnificar el ejercicio de ciertas funciones públicas, tratando de alejar de los ministerios la toma de decisiones administrativas, que deben ser preponderantemente técnicas.²⁵

Como se señaló atrás, si bien estas consideraciones se efectuaron a la luz de la estructura institucional adoptada por la Ley 142, el diseño institucional que a esta Comisión da la Ley 1341 de 2009 cumple, inclusive con mayor rigor, con las consideraciones expuestas por la jurisprudencia contencioso administrativa en materia de independencia de las comisiones de regulación de servicios públicos.

Es así como, por disposición legal esta Comisión es una Unidad Administrativa Especializada con independencia administrativa, técnica y patrimonial, que toma sus decisiones según las determinaciones de un cuerpo colegiado integrado por, como bien señala el recurrente, el Ministro de TIC, el Director del Departamento Nacional de Planeación y tres expertos Comisionados, quienes están sujetos a un régimen de inhabilidades especial diseñado por la Ley 1341 de 2009 para garantizar, precisamente, la imparcialidad del órgano regulador.

El diseño institucional de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, incluso desde la Ley 142 de 1994 cuando se denominaba Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, ha implicado que tanto el Ministro de TIC, como el Director del Departamento Nacional de Planeación tengan asiento en la Sesión de Comisión, y su presencia, tal y como textualmente lo reconoce el recurrente no implica irregularidad alguna:

²⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera C.P.: Myriam Guerrero de Escobar Bogotá, D.C, once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009) Radicación No.: 11001032600020010003701 (20691)

"no hay ninguna ilegalidad ni conflicto de interés en el hecho de que miembros del Gobierno Nacional tengan asiento en el órgano regulador de telecomunicaciones, máxime cuando las "unidades administrativas especiales" sin personería jurídica -como la CRC- hacen parte del sector central de la rama ejecutiva del poder público por mandato del artículo 38 de la Ley 489 de 1998."

En este sentido, esta Comisión debe insistir en que dentro del presente trámite administrativo, de lo cual da cuenta el mismo expediente, esta Comisión se ha ocupado de proveer todas las garantías existentes a **COMCEL** con el fin de que dicho proveedor, no sólo pueda ejercer debidamente sus derechos de defensa y contradicción, sino con el fin de que tenga la seguridad de estar ante un ente técnico e imparcial que realiza sus debates y análisis con fundamento en las pruebas debidamente allegadas dentro del trámite.

En todo caso, en relación con las obligaciones específicas del artículo 14-7 del TLC suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América, es fundamental recordar que esta Comisión como organismo regulador: i) está separado de todo proveedor, pues no existe conexión orgánica o administrativa entre la CRC y los agentes del mercado; ii) no es responsable ante ninguno de los operadores pues la misma es únicamente responsable frente a la ciudadanía, los organismos de control y los jueces de la República; iii) los recursos de la Comisión no provienen ni dependen de ningún operador en específico; y iv) ni esta Comisión ni sus funcionarios tienen funciones operativas en ningún operador, por lo cual para la Comisión es claro que no existe violación institucional u organizacional a la obligación de independencia en dicho tratado.

Ahora bien, en relación con lo expuesto por el recurrente sobre la supuesta violación del artículo 17-3 del Tratado Colombia - México según el cual

"cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte, y a las inversiones de esos inversionistas, trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas e inversiones. (...) Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte, y a las inversiones de esos inversionistas, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas y sus inversiones de otra Parte o de un país que no sea Parte. El trato de nación más favorecida no se aplicará a lo dispuesto en el artículo 17-01." (negritas fuera del texto).

Frente al texto anterior, se considera importante tener en cuenta que de acuerdo con las normas de interpretación de los tratados internacionales, contenidos en el artículo 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos²⁶". En este sentido no se puede dejar de lado que las obligaciones de trato nacional y nación más favorecida contenidas en el artículo citado, están calificadas por la expresión "en circunstancias similares".

Según la interpretación que en materia de derecho internacional se ha dado de la expresión "circunstancias similares", no se puede argumentar que dos prestadores de servicios, se encuentran en "circunstancias similares" por el solo hecho que los servicios prestados por el determinado agente sean del mismo tipo o se prestan en el mismo sector que otros servicios que tienen trato diferente²⁷, es decir, el hecho que **COMCEL** esté en el mismo sector que los demás proveedores, no significa que esté en "circunstancias similares" al resto de los operadores, pues como ya se ha mencionado, **COMCEL** es un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones, cuya posición dominante ha sido constatada desde el año 2009 y existe una falla del mercado que ubica a **COMCEL** en una posición privilegiada frente al resto de operadores y los usuarios.

Al respecto, resulta pertinente tener en cuenta que en el caso Myers v. Canadá el tribunal de arbitramento del TLCAN analizó la aplicación de la expresión "circunstancias similares" en un caso de trato diferenciado a servicios transfronterizos, oportunidad en la que dicho tribunal sostuvo que la expresión "circunstancias similares" admite la existencia de un trato

²⁶ 31. Regla general de Interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

²⁷ Véase: *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Award of 1 July 2004 (Orrego Vicuna, Brower, Sweeney), para. 173". Citado en <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf>.

diferenciado sobre la base de los objetivos y finalidades legítimos de los Estados, que justifican un trato diferente con el fin de proteger el interés público.

Bajo esta perspectiva, esta Comisión impuso medidas diferenciales a COMCEL, precisamente porque encuentra probada la existencia de una falla del mercado (la explotación de una externalidad de red mediada por la tarifa por parte de quien ostenta poder sustancial de mercado), y se ha constatado la existencia de una posición de dominio que hacen que las "circunstancias" de COMCEL no sean "similares" a las de los demás operadores, por lo que se tiene la necesidad de regular el mercado para alcanzar sus objetivos de política pública, lo que es válido a la luz de la interpretación que los órganos encargados del seguimiento y aplicación del tratado, han realizado.

Por otra parte, no puede perderse de vista que todas las obligaciones del tratado Colombia - México en comento, deben interpretarse a la luz de los principios generales del artículo 11-02 según los cuales las partes reconocen el "derecho de cada una de ellas de reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y de establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional."

Por esto, en casos como Saluka Investments²⁸, el Tribunal bajo las reglas CIADI, limitó el concepto de expectativas en materia de trato justo y equitativo, al decir que:

"... el alcance de la protección de la inversión extranjera en contra del tratamiento injusto e inequitativo en el Tratado no puede ser exclusivamente determinado por la motivaciones subjetivas de inversionistas extranjeros. Sus expectativas, en orden a ser protegidos, deben surgir al nivel de legitimidad y razonabilidad a la luz de las circunstancias.²⁹ (Negrilla fuera del texto original).

Y continúa el tribunal aclarando que:

"305. Ningún inversor puede esperar razonablemente que las circunstancias que prevalecían al momento de la inversión se van a mantener sin cambios. [El inversor ha de tener en cuenta que] el Estado anfitrión tiene un derecho legítimo de regular asuntos internos en aras del interés público que también debe ser tenido en consideración"³⁰.

Finalmente, se debe recordar que el Consejo de Estado ya ha validado la legitimidad, frente a las obligaciones internacionales del Estado, de otorgar un trato diferencial a ciertos productos o empresas nacionales o extranjeras cuando dicha práctica esté fundamentada en motivos objetivos independientes del origen de los mismos. Tal fue el caso de la tasa de contribución fiscal diferencial para los licores con más 40% de grado de alcohol, en el cual los importadores de bebidas alcohólicas alegaban una violación al principio de trato nacional del GATT (OMC) al afirmar que, dado que ninguna de las bebidas alcohólicas nacionales supera el límite de los 40% de alcohol, en la práctica la citada tasa se aplica únicamente a los licores importados.

Al respecto el Consejo de Estado ha sido reiterativo en señalar que no existe violación al tratado toda vez que es válido que se establezcan "criterios de diferenciación en las tarifas de los tributos, cuando tiene razones objetivas de política fiscal o incluso fines sociales relacionados con la familia, la salud o la educación"³¹, y es claro que "las tarifas legales se fijaron por rangos de acuerdo al contenido alcohólico y no por el origen o tipo de producto. La Ley no da protección alguna a la producción nacional ni impone condiciones de competencia superiores a los productos importados"³².

En este sentido es pertinente recordar al recurrente que esta Comisión no está imponiendo medidas discriminatorias en razón del origen de la inversión; las medidas diferenciales

²⁸ Saluka Investments BV v Czech Republic, Partial Award of 17 March 2006.

²⁹ Ibíd, para. 304. Dice el texto: "...the scope of the Treaty's protection of foreign investment against unfair and inequitable treatment cannot exclusively be determined by foreign investors' subjective motivations and considerations. Their expectations, in order for them to be protected, must rise to the level of legitimacy and reasonableness in light of the circumstances".

³⁰ Ibíd, para 305.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C.P.: Ligia López Díaz, Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil siete (2007).

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C.P.: Martha Teresa Briceño De Valencia, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010).

expedidas por la Comisión obedecen a criterios objetivos de dominancia y falla del mercado, los cuales deben ser regulados para beneficio del correcto funcionamiento del mercado y de los consumidores, bajo los presupuestos constitucionales de intervención del Estado en la economía y en concordancia con los criterios de igualdad material reconocidos por la Constitución y la ley.

Por las razones anteriormente expuestas, las consideraciones formuladas por el recurrente no tienen vocación de prosperar.

3.3. Falsa motivación al medir en forma errónea la concentración actual del mercado.

3.3.1 Consideraciones del Recurrente

En opinión de **COMCEL**, esta Comisión fundamenta las medidas en una apreciación errónea de la concentración del mercado pues considera que, si el análisis de mercado se hubiera realizado después de la imposición de las medidas regulatorias que esta Comisión realizó en 2009, se hubiera constatado una baja en la concentración de la participación de los operadores en el mercado "Voz Saliente Móvil".

Adicionalmente, considera **COMCEL** errónea la apreciación de esta Comisión por señalar que el mercado móvil en Colombia es el tercer o cuarto mercado más concentrado del mundo, pues la misma tiene como fundamento una muestra de sólo 45 países. En opinión de **COMCEL**, si se toma como muestra la base de datos completa que incluye un universo de 205 países, se encuentra que Colombia ocupa el lugar 76° del escalafón de los mercados más concentrados después de: "Andorra, Bahamas, Comoros Islands, Djibouti, Eritrea, Federated States of Micronesia, French Polynesia (ex-Tahiti), Greenland, Marshall Islands, Monaco, Myanmar, New Caledonia, Turkmenistan, Tuvalu, East Timor, Ethiopia, Sao Tomé & Príncipe, Swaziland, Kiribati, Cuba, Isle of Man, Costa Rica, Palau, Papua New Guinea, Equatorial Guinea, Kosovo, Jamaica, Namibia, Lesotho, Bhutan, Dominica, Vanuatu, Cape Verde, Brunei, Maldives, Aruba, Angola, Qatar, Samoa, Nicaragua, Ecuador, Faroe Islands, Belize, St Vincent, Mozambique, Togo, Fiji, Rwanda, Anguilla, Seychelles, Libya, Malawi, Cayman Islands, Mali, St Lucia, China, Bermuda, United Arab Emirates, Cameroon, Syria, Iran, Solomon Islands, Grenada, Trinidad & Tobago, Guyana, Barbados, Tonga, Nepal, Lebanon, Turks & Caicos Islands, Chad, Kenya, Botswana, y Guinea-Bissau."

Dado lo anterior, considera el recurrente que esta Comisión incurre en una falsa motivación protuberante y manifiesta que las medidas impuestas están fundamentadas en una medición equivocada de la concentración del mercado.

3.3.2 Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por el recurrente, se considera importante partir del concepto mismo de falsa motivación, sobre el cual el Consejo de Estado ha manifestado que:

La causa a la que se hizo referencia constituye un elemento esencial de los actos administrativos la que a su vez está constituida por la representación y valoración que el sujeto titular del poder administrativo hace de unos hechos que lo impulsan a declarar su voluntad y a generar con ella determinados efectos jurídicos. (...).³³

En desarrollo de lo anterior, dicha corporación ha considerado adicionalmente que:

Por motivación del acto debe entenderse la exposición de las razones que han movido a la Administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste. Y la falsa motivación de los actos administrativos ha sido entendida como aquella modalidad de vicio del acto que se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A" C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008).

*acto, y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública*³⁴(NFT)

En este sentido, para determinar si la administración incurre o no en falsa motivación es necesario conocer en primera medida cuál es la "motivación" argüida por la Entidad como fundamento de su acto administrativo, es decir, los hechos que impulsan a la autoridad a tomar una decisión.

En presente caso, esta Comisión ha sido clara y reiterativa en mencionar que la presente actuación administrativa está motivada por la necesidad de corregir una falla del mercado generada por el diferencial de precios on-net/off-net llevado a cabo por el proveedor con poder de mercado que crea externalidades de red mediadas por la tarifa.

Al respecto, el numeral 3 de la resolución recurrida titulado "OBJETO DE LA PRESENTE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA", textualmente manifiesta que:

"Esta es la falla de mercado cuya corrección constituye el objeto y propósito de la intervención regulatoria particular de esta Comisión, en tanto impide el funcionamiento competitivo del mercado relevante y por ende afecta el bienestar de todos los usuarios. En tal circunstancia se edifica el requisito legal, en los términos del artículo 23 de la Ley 1341 de 2009, para regular el mercado relevante de "Voz Saliente Móvil". (NFT)

De la misma manera en otro aparte de la resolución objeto de recurso, esta Comisión manifestó a **COMCEL** que:

"debe hacerse hincapié en que la presente actuación administrativa y las medidas que en ella se adoptan son producto de la constatación de una falla de mercado que ha sido reiteradamente explicada: el diferencial de precios on-net/off-net llevado a cabo por el proveedor con poder de mercado crea externalidades de red que impiden a los competidores i) contestar las ofertas de COMCEL y ii) atraer usuarios de dicho proveedor (efecto club)." (NFT)

Posteriormente en la resolución, esta Comisión reiteró a **COMCEL** que:

"Respecto a los cuestionamientos de COMCEL de la inexistencia de justificación técnica, económica, legal o regulatoria para el establecimiento de cargos de acceso asimétricos, esta Comisión manifiesta que la motivación para la imposición de la medida mayorista en discusión es la existencia de la externalidad de red mediada por la tarifa en conjunto con la posición dominante de este proveedor y todos los efectos que dicha posición desencadena, los cuales han sido documentados por la CRC en el proceso de revisión del mercado relevante "Voz Saliente Móvil".

Ahora bien, en lo que respecta a la concentración del mercado y su respectiva medición, es necesario reiterar a **COMCEL** que la concentración del mercado lejos de ser la motivación del acto administrativo, sólo es uno de los indicadores que esta Comisión usó para determinar el estado de la competencia en el mercado y los efectos de la falla sobre el mismo.

En este sentido, se debe diferenciar por un lado la falla del mercado, la cual es la motivación de la presente actuación administrativa, y por el otro, los datos recopilados por esta Comisión para hacer un diagnóstico de la competencia en el mercado, uno de los cuales es la concentración.

Bajo este contexto, llama la atención que **COMCEL** insista en que la concentración del mercado es el "fundamento de la decisión", cuando tal como se puede observar en el numeral 4.2 de la resolución recurrida, la Comisión ya le explicó a este operador que:

"en lo que respecta a la afirmación de COMCEL según la cual la CRC ha sostenido que las fallas de mercado consisten en el incremento de la concentración del tráfico on-net y los precios por debajo de cargos de acceso(..), se reitera que la falla de mercado consiste en que COMCEL como proveedor con posición dominante (con alta y

³⁴ Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. C.P.: Susana Buitrago Valencia. 15 de julio de 2010. Rad. 11001-03-28-000-2009-00009-00.

*persistente participación de mercado) y con el poder de mercado que tal posición entraña, tiene el incentivo para fijar tarifas para las llamadas on-net sustancialmente menores a las tarifas de las llamadas off-net (alto diferencial de precios on-net/off-net) para limitar el número de llamadas que los usuarios de las otras redes reciben, reduciendo su utilidad y por tanto, limitando la habilidad de las otras redes para competir, puesto que no pueden ofrecer iguales condiciones a sus usuarios. El alto diferencial de precios limita el número de llamadas off-net, mientras incrementa el número de llamadas on-net, creando desbalances de tráfico entre las llamadas on-net y off-net y entre COMCEL y los otros proveedores. (...). **Es ésta la falla de mercado y no otra, la identificada en el mercado relevante de "Voz Saliente Móvil", que constituye el objeto y propósito de la intervención regulatoria particular de esta Comisión, convirtiéndose de esta forma en el requisito legal, en los términos del artículo 23 de la Ley 1341 de 2009, para regular el mercado relevante de "Voz Saliente Móvil".***

*Lo anterior, **es contrario a la manifestación de COMCEL respecto a que la CRC ha afirmado que las fallas de mercado son el incremento de la concentración del tráfico on-net y los precios por debajo de cargos de acceso. En suma, es evidente que COMCEL confunde, incluso desconoce, la falla de mercado identificada en el mercado relevante de "Voz Saliente Móvil".***

(...)

En segundo lugar, frente a que ni la concentración en el mercado ni la reducción de los precios constituyen per se una falla de mercado, la descripción de la falla de mercado identificada en ningún momento hace referencia al hecho que la alta participación de mercado de COMCEL sea en sí misma la fuente de la alteración de la competencia del mercado relevante de "Voz Saliente Móvil".

Por otra parte, vale la pena resaltar que en el ejercicio de diagnosticar la competencia en el mercado, esta Comisión no se limitó exclusivamente a analizar la concentración del mercado. Por el contrario, esta Comisión tuvo en cuenta otros factores que el recurrente ni siquiera menciona, como la evolución de los precios (incluyendo el diferencial on-net/off-net), cobertura, entrada secuencial al mercado, asignaciones de espectro, balance de tráfico, y barreras a la entrada normativas y no normativas, entre otros.

De esta manera, de la simple lectura de los extractos citados, es claro que la causa (la motivación) que fundamenta la actuación administrativa recurrida, es la corrección de una falla del mercado claramente identificada y explicada de manera reiterativa por la CRC y no la simple medición de la concentración del mercado.

En este sentido, el cargo analizado no está llamado a prosperar pues está fundado en un error del recurrente respecto de la motivación del acto, por cuanto confunde un elemento de análisis en la resolución, con la motivación de la misma, lo cual no sólo es errado frente a la motivación del Acto Administrativo, sino que desconoce el sentido y objeto de las medidas regulatorias.

Ahora bien, aun cuando las pretensiones del recurrente deben ser negadas por las razones antes expuestas, en gracia de discusión y con el ánimo de analizar todos los puntos expuestos por el recurrente, esta Comisión estudiará los argumentos presentados por el recurrente en relación con la concentración del mercado.

Al respecto, la resolución recurrida manifiesta que: i) el mercado colombiano es altamente concentrado; ii) que la concentración del mercado ha sido constante; y iii) que el mercado colombiano es uno de los más concentrados del mundo.

De estos tres puntos, los fundamentales del análisis de concentración que esta Comisión expone en su diagnóstico de mercado son que el mercado colombiano es altamente concentrado y que dicha concentración ha sido constante. Sin embargo, llama la atención que COMCEL no presentó en el recurso evidencia o argumentación alguna que guíe a esta entidad a considerar que el mercado colombiano ni es un mercado concentrado ni que la misma ha sido constante, por el contrario los argumentos del recurrente se enfocan exclusivamente en señalar

que la concentración no ha sido constante desde el 2008 y a cuestionar la posición de Colombia en la clasificación de los mercados más concentrados del mundo.

Al respecto, esta Comisión pone de presente que al evaluar la participación de mercado según la métrica de tráfico cursado, tal y como se manifestó en el documento denominado "Consulta Pública - Escenarios Regulatorios para el Mercado "Voz Saliente Móvil" publicado en diciembre de 2010, la participación de mercado de **COMCEL** para el período comprendido entre marzo de 2008 y diciembre de 2010 supera el 70%, situación que se refleja en un índice de concentración de mercado (IHH³⁵) que oscila entre 0,60 y 0,65, más alto en comparación con los índices de concentración de mercado (IHH) a nivel de usuarios y de ingresos, para el mismo período de estudio.

Así mismo el comportamiento del tráfico cursado para los años 2011 y 2012, exhibe niveles similares de participación de mercado para **COMCEL**, respecto a las observadas para el período comprendido entre marzo de 2008 y diciembre de 2010. Este mismo hecho se replica para el índice de concentración de mercado (IHH). Tal y como ocurre para el período comprendido entre marzo de 2008 y diciembre de 2010, el índice de concentración de mercado para la variable de tráfico es superior al índice de concentración de mercado medido en términos de ingresos y abonados activos.

Por otra parte, en lo que respecta a la clasificación de los mercados más concentrados, esta Comisión utiliza una diversa muestra de países empleando como parámetros de comparación o de referencia países con niveles de ingresos per cápita similares y superiores a los de Colombia, con mercados móviles competidos y con las mejores prácticas regulatorias aceptadas a nivel mundial.

Conforme a lo anterior, la muestra de países comprende: (i) aquellos pertenecientes a la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)**³⁶, caracterizados por su alto nivel de ingreso per cápita, mercados móviles competidos y los mejores estándares de regulación a nivel internacional, (ii) algunos países de la región como Perú, Argentina y Brasil, con nivel medio alto de ingreso per cápita y desarrollos importantes en los mercados móviles, (iii) países con nivel medio alto de ingreso per cápita y diversos grados de desarrollo de los mercados móviles como China, Rusia y Suráfrica, (iv) países con nivel medio bajo de ingreso per cápita y diversos grados de desarrollo de los mercados móviles como India y Filipinas y (v) países con bajo nivel de ingreso per cápita como Bangladesh.

Por el contrario, la comparación que realiza **COMCEL** al analizar la concentración del mercado (medida por el IHH) a partir de la fuente *Informa Telecoms & Media* representa un escenario en el cual se enfoca en países de bajo y medio bajo ingreso per cápita en los cuales las mejores prácticas de regulación distan de ser las óptimas, los cuales por supuesto no son comparables con la muestra de países seleccionada por la CRC.

Así, **COMCEL** presenta la participación de mercado de Colombia disminuida y diluida en una muestra ampliada de países a nivel mundial en el que Colombia se ubica en el puesto 76 después de países como Andorra, Bahamas, Islas Comoros, Djibouti, Eritrea, Estados Federados de Micronesia, Polinesia Francesa, Groenlandia, Islas Marshall, Mónaco, Myanmar, Nueva Caledonia, Turkmenistán, Tuvalu, Timor Oriental, Etiopía, Sao Tomé & Príncipe, Swazilandia, Kiribati, Cuba, Isla de Man, Costa Rica, Palau, Papua Nueva Guinea, Guinea Ecuatorial, Kosovo, Jamaica, Namibia, Lesotho, Bhutan, Dominica, Vanuatu, Cabo Verde, Brunei, Maldivas, Aruba, Angola, Qatar, Samoa, Nicaragua, Islas Faroe, Belice, St Vincent, Mozambique, Togo, Fiji, Rwanda, Anguilla, Seychelles, Libia, Malawi, Islas Caimán, Mali, St Lucia, Bermuda, Emiratos Árabes Unidos, Camerún, Siria, Irán, Islas Solomon, Grenada, Trinidad & Tobago, Guyana, Barbados, Tonga, Nepal, Líbano, Islas Turcos & Caicos, Chad, Kenia, Botswana, y Guinea-Bissau.

Suficientemente diciente del alto grado de concentración del mercado de voz saliente móvil en Colombia, es que **COMCEL** se vea obligado a utilizar como uno de sus principales argumentos la comparación del mercado móvil colombiano con la mencionada lista de países, los cuales, en su mayoría, en razón al tamaño de sus mercados y las características geográficas del mismo,

³⁵ Índice Herfindahl-Hirschman, HHI por sus siglas en inglés.

³⁶ Dentro de los países de la OCDE a nivel latinoamericano se encuentran México y Chile.

los Gobiernos de estos países decidieron adjudicar las licencias de operación a un único operador.

Ahora bien, el problema en la argumentación de **COMCEL** está en que muy a pesar de que quiera considerar que en materia de mercados de telecomunicaciones Colombia debe compararse, por ejemplo, con los Estados Federados de Micronesia, en el que solamente existe un operador móvil, *Federated States of Micronesia Telecommunications Corporation*, pero ese hecho no modifica ni cambia la situación de que en Colombia existe un alto grado de concentración del mercado de "Voz Saliente Móvil" en Colombia.

Finalmente, se reitera una vez más, que las medidas a las que hace referencia la Resolución recurrida no están fundadas exclusivamente en la concentración del mercado; adicional a la utilización de indicadores de concentración de mercado para definir las condiciones de competencia del mercado relevante de "Voz Saliente Móvil", esta Comisión estudió la evolución de los mismos en el tiempo e, incluso, se analizaron factores como la evolución de los precios (incluyendo diferencial on-net/off-net), cobertura, entrada secuencial al mercado, asignaciones de espectro, balance de tráfico, barreras a la entrada normativas y no normativas, entre otros, así como evidencia cuantitativa y cualitativa.

En particular, la intervención particular y concreta en este caso ha sido motivada, en el marco de las condiciones del mercado constatadas, por la falla de mercado que representa la externalidad mediada por la tarifa explotada por quien ostenta posición dominante y el poder sustancial de mercado asociado a ella, que imposibilita que los usuarios puedan acceder a mejores opciones en términos de ofertas contestables.

Por todo lo dicho, mal puede el recurrente manifestar que esta Comisión incurre en una falsa motivación.

3.4 Violación al derecho fundamental de petición establecido en el artículo 23 de la Constitución Política.

3.4.1 Consideraciones del Recurrente

En opinión del recurrente, la Resolución CRC 4002 de 2012 viola el derecho de petición de **COMCEL** por no responder efectivamente los argumentos presentados por su apoderado en el documento del 16 de febrero de 2012 en los cuales se solicitaron no adoptar las medidas regulatorias con base en las siguientes consideraciones: "(i) hacen más difícil la condición de los usuarios, (ii) vulneran el criterio de proporcionalidad, (iii) contravienen el principio de razonabilidad; (iv) atacan a un proveedor que no obstante tener posición dominante no ha abusado de su posición privilegiada, contraviniendo el artículo 333 de la Constitución, y (v) imponen restricciones a la actividad económica, apartándose de la Constitución y la ley."

3.4.2 Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por el recurrente respecto de la violación al derecho fundamental de petición, esta Comisión considera importante tener presente que los argumentos sobre esta materia fueron reiterados por **COMCEL** en distintos documentos de tipo legal y económico, los cuales fueron clara y expresamente identificados en el acto administrativo recurrido. En efecto, tal como se puede observar en los antecedentes de la Resolución recurrida, la Comisión fue cuidadosa de enlistar y resumir el objeto de cada uno de los documentos radicados por **COMCEL** a fin que el mismo supiera que dichos documentos eran tenidos en cuenta y analizados en la Resolución. Específicamente, el derecho de petición radicado el 16 de febrero de 2012 fue efectivamente identificado y reseñado en la página 8 del acto administrativo atacado.

Para efectos de otorgar una estructura lógica al acto administrativo recurrido, esta Comisión sintetizó los argumentos y consideraciones presentadas por **COMCEL** durante todo el trámite administrativo, y procedió a dar respuesta a cada una de las inquietudes, objeciones y contradicciones formuladas a lo largo del trámite y así dar cumplimiento a los lineamientos contemplados en el artículo 35 del CCA, aplicable al caso concreto, lo que por demás hubiese sido materialmente imposible dado la multiplicidad de documentos presentados a lo largo de un

año por **COMCEL** y valorados por la CRC, máxime cuando en muchos de ellos se presentaban los mismos argumentos, en diferente orden o de manera distinta.

Debe decirse que la Comisión fue más que cuidadosa para responder todos los argumentos presentados por **COMCEL** y en cada caso se incluyó un pie de página indicando el documento y folio del expediente al que se estaba haciendo referencia. Específicamente respecto del documento del 16 de febrero de 2012, al que hace mención el recurrente, la siguiente revisión da cuenta de que esta Comisión, contrario a lo manifestado por **COMCEL** en su recurso, sí dio respuesta a cada uno de los planteamientos formulados, así:

En relación con el argumento presentado por el apoderado de **COMCEL** en el escrito del 16 de febrero de 2012 sobre **"los límites constitucionales y legales de la regulación de servicios públicos"**, el punto fue analizado y desarrollado a profundidad por esta Comisión en la resolución recurrida en los numerales 4.1, 4.2, 4.3 entre otros de la Resolución recurrida. Vale la pena decir que de manera expresa se indica explícitamente al recurrente que se está respondiendo a sus inquietudes, lo cual se evidencia de la revisión, entre otras, de las notas al pie de página No. 49, 50 y 51 de la Resolución CRC 4002 de 2012.

Ahora respecto a lo expuesto en el mismo escrito de fecha 16 de febrero sobre la **"legalidad de la posición de dominio de COMCEL"**, debe recordarse que este punto también fue analizado y desarrollado a profundidad por esta Comisión en la resolución objeto de recurso, entre otros, en los numerales 4.1, 4.2, 4.3, 4.6 y 4.8, entre otros de la Resolución recurrida. Vale la pena decir que de manera expresa se indica explícitamente al recurrente que se está respondiendo a sus inquietudes, de lo cual dan cuenta entre otros, el pie de página No. 74 de la Resolución CRC 4002 de 2012.

Respecto de lo expuesto por el apoderado de **COMCEL** en el escrito bajo análisis sobre la aludida **"inconstitucionalidad de las medidas por hacer más gravosas las condiciones de los usuarios"**, no puede perderse de vista que este punto también fue analizado y desarrollado a profundidad por esta Comisión en la resolución recurrida en los numerales 4.1, 4.2, 4.4, 4.5, 4.6 y 4.7 entre otros, y se indicó explícitamente al recurrente que se estaba respondiendo a sus inquietudes, para lo cual se puede consultar a manera de referencia el pie de página No. 197, de la Resolución CRC 4002 de 2012.

En lo que tiene que ver con el argumento relativo a la **"Inconstitucionalidad de las medidas por violación del criterio de proporcionalidad"**, incluido en el escrito del 16 de febrero de 2012, debe mencionarse que este punto fue analizado y desarrollado ampliamente por la CRC en la resolución recurrida y también se indicó explícitamente al recurrente que se estaba respondiendo a sus inquietudes, como lo demuestra el pie de página No. 50, de la Resolución CRC 4002 de 2012.

Finalmente, en cuanto al argumento consignado por el apoderado especial de **COMCEL** en el escrito allegado el 16 de febrero de 2012 sobre la **"contradicción de la CRC por imponer cargos asimétricos, falta de estudios sobre el impacto sobre los usuarios y vulneración del principio de razonabilidad"**, no puede desconocerse que a este punto se hizo amplia referencia en los numerales 4.1, 4.2, 4.4, 4.5, 4.6 y 4.7 entre otros de la resolución objeto de recurso, asunto sobre el cual esta Comisión también indicó explícitamente al recurrente que se estaba respondiendo a sus inquietudes en el pie de página No. 122, de la Resolución CRC 4002 de 2012.

En este sentido, no puede el recurrente desconocer que a lo largo de las 150 páginas que componen la resolución recurrida, se dio cabal respuesta a todos y cada uno de los planteamientos presentados por **COMCEL** durante el trámite administrativo, tanto los argumentos eminentemente económicos, como aquellos de orden jurídico. Lo que no puede pretender el recurrente es que la CRC, a pesar de identificar la identidad y similitud en los argumentos expuestos desde el inicio de la actuación administrativa, incluya un capítulo específico para responder de manera exclusiva sus inquietudes, cuando las mismas son ampliamente analizadas y respondidas de fondo y de manera evidente a lo largo de la Resolución recurrida, además de que hicieron parte de otros documentos presentados por el operador durante la actuación administrativa. Así, sorprende a la Comisión que el recurrente no haya encontrado respuesta a sus observaciones cuando la CRC se tomó el trabajo de responder uno a uno todos los argumentos presentados **COMCEL** en el extenso texto de la Resolución CRC 4002 de 2012.

3.5 La Resolución rige hacia el futuro y no puede afectar los contratos suscritos con los consumidores, ni las promociones y planes que hoy tienen los usuarios.

3.5.1 Consideraciones del Recurrente

Señala el recurrente que la Resolución CRC 4002 de 2012, por tratarse de un acto administrativo particular no puede aplicarse en forma retroactiva, *"esto es, las medidas regulatorias impuestas en esa decisión administrativa no pueden entrar a modificar los contratos, tarifas, promociones y planes ya aceptados por los usuarios, teniendo en cuenta que se trata de relaciones jurídicas bilaterales consolidadas que no pueden ser desconocidas por una Resolución (...) máxime cuando esta sólo adquirirá firmeza una vez se haya resuelto y notificado el recurso de reposición (...)".*

Basado en lo anterior, considera el recurrente que en el evento en que esta Comisión decida sostener las medidas regulatorias, se debe aclarar en la Resolución que resuelva el recurso de reposición, que en ningún caso las medidas adoptadas *"podrán afectar contratos, planes, promociones o tarifas adquiridas por los consumidores con anterioridad a la firmeza de la decisión, teniendo en cuenta que los actos administrativos rigen hacia el futuro, y en el caso examinado no existe norma legal que autorice su aplicación retroactiva a situaciones consolidadas en el pasado".*

Argumenta el recurrente que de aplicarse el esquema de restricción tarifaria a los abonados de las redes que ya están suscritos al día de la expedición de la Resolución, se podría generar *"una incertidumbre importante para el patrón de consumo de la mayoría de los usuarios, en la medida en que la transición a un esquema de restricción regulatoria determinado por una fórmula distinta para la determinación de tarifas a usuarios finales, puede representar discontinuidades importantes en las tarifas nominativas que experimentar".*

Dicho lo anterior, el recurrente plantea como alternativa a la regulación que se implemente un periodo de transición *"mediante el cual se aplique la regulación correspondiente únicamente a las ofertas comerciales que entren en vigencia a partir de la fecha de la entrada formal de dicha regulación (...) de forma tal, que gradualmente los esquemas tarifarios ofrecidos con anterioridad a la nueva regulación, con esquemas tarifarios nuevos que contengan las restricciones de la regulación propuesta por la autoridad. En particular las restricciones prescritas por la fórmula que se ha descrito en párrafos anteriores".*

3.5.2 Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por el recurrente, esta Comisión considera importante en primer lugar aclarar que cuando el mismo hace referencia al efecto de la decisión regulatoria sobre los contratos que se encuentran en ejecución actualmente confunde dos conceptos jurídicos diferentes, a saber: la irretroactividad y la retrospectividad de los actos administrativos. En efecto, mientras la irretroactividad de los actos es entendida como la imposibilidad de que los mismos surtan efectos con anterioridad a su vigencia, la retrospectividad implica que la nueva norma se aplique a las consecuencias derivadas de situaciones jurídicas acaecidas antes de la expedición del respectivo acto administrativo, pero vigentes al momento de su expedición. Así lo ha dicho la Corte Constitucional al decir que:

"Se entiende que el efecto retrospectivo consiste en que tanto las sentencias aludidas como las normas jurídicas tienen la cualidad única de modificar situaciones de la vida en curso. Por ejemplo si una norma o una sentencia dispone algo en relación con el monto de los salarios en Colombia, ello afecta de manera inmediata y hacia el futuro no sólo a los ciudadanos que a partir de tal disposición inicien una relación laboral, sino también a quienes tienen desde antes tal relación. O si el efecto es establecer la edad de dieciséis (16) años para ejercer el derecho al sufragio, a manera de ejemplo también, dicho efecto se extiende no sólo a quienes nazcan después de la providencia hipotética sino también, por supuesto, a quienes tengan dicha edad al momento de la sentencia y hacia el futuro. Esta posibilidad de afectar situaciones jurídicas en curso originadas en el pasado es lo que se ha denominado efecto retrospectivo, los cuales son bien distintos

*de los efectos retroactivos cuya prohibición pretende que la sentencia (o la norma) no afecte situaciones jurídicas consolidadas en el pasado.*³⁷ (NFT)

En este sentido, la retrospectividad implica que la norma sea aplicada a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas en curso, modificándolos de allí en adelante, pero sin efectos sobre las situaciones ya consolidadas.

De esta forma, la decisión contenida en el acto administrativo recurrido, está lejos de producir efectos retroactivos, pues en nada afecta situaciones jurídicas ya consolidadas; empero, dicho acto sí genera consecuencias respecto de las relaciones contractuales que se encuentran en curso, a través de las cuales se continúan rigiendo las condiciones de prestación de los servicios de telecomunicaciones, lo anterior, toda vez que la decisión objeto de recurso de reposición es una manifestación del principio de intervención del Estado en la economía, a través de la que el regulador expide o bien decisiones de carácter general y abstracto, o de carácter particular y concreto que no solo resultan vinculantes, sino que también son de naturaleza imperativa.

Así las cosas, la retrospectividad de la norma recurrida entonces no es diferente de la multiplicidad de actos administrativos regulatorios expedidos por la CRC, como por ejemplo aquellos relacionados con la interconexión de redes, que han modificado relaciones contractuales de acceso, uso e interconexión vigentes o en curso al momento de su expedición, de las cuales COMCEL, entre otros, ha sido beneficiario y cuya aplicación ha solicitado administrativa y judicialmente, sin que en esos casos hubiese alegado la violación del principio de retroactividad, por obvias razones.

Adicionalmente, es de recordar que la autonomía de la voluntad privada puede ser limitada en desarrollo del principio de la intervención del Estado en la Economía, lo cual implica que un acto administrativo puede modificar las condiciones contractualmente pactadas, tal y como lo ha explicado ampliamente la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional:

"Con fundamento en las reflexiones previamente consignadas pasarán a resolverse estos cargos. Respecto del primer cargo, como fue ampliamente expuesto en los acápites 6, 7 y 8 de esta providencia baste recordar que:

En el ordenamiento jurídico colombiano la autonomía de la voluntad privada debe entenderse como un principio que puede ser limitado por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.

*Los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos en general llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación. Esta facultad se desprende a su vez de la amplia libertad de configuración de legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos, la cual ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional.*³⁸

La Sentencia C-186 de 2011 antes transcrita, expresamente indica que *"La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley".* (NFT)

Continúa la Corte Constitucional diciendo que:

"Se tiene entonces que la disposición acusada caracteriza una modalidad específica de regulación: aquella de carácter imperativo (de ahí precisamente que los proveedores estén obligados a cumplirla). Esta regulación de carácter imperativo puede versar sobre distintos aspectos de la actividad de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, de conformidad con el marco normativo fijado por la misma ley, al que previamente se ha hecho alusión, y persigue los fines señalados por la ley tales como promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios o evitar el abuso de la posición dominante, los cuales son fines

³⁷ Sentencia T-860/11. Corte Constitucional. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. 15 de noviembre de 2011.

³⁸ Sentencia C-186/11. Referencia: expediente D-8226. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. 16 de marzo de 2011.

constitucionalmente legítimos, e igualmente en términos generales la regulación es una medida adecuada para conseguir tales fines.

Ahora bien, la regulación de carácter imperativo en ciertos casos restringe o limita la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica de los proveedores de redes y servicios, lo que según el demandante resulta inconstitucional. No obstante, de conformidad con lo antes expuesto se trata de un instrumento de intervención estatal en la economía autorizado por el artículo 334 constitucional y, a diferencia de lo que señala el actor, la ley (en este caso la Ley 1341 de 2009 entendida como cuerpo normativo en su conjunto y no exclusivamente como el enunciado normativo demandado) si establece tanto la finalidad de la intervención, al igual que el instrumento mediante el cual se ejerce, así como los fines que persigue y las materias sobre las cuales recae. Es decir, en abstracto la medida contemplada en el precepto acusado resulta proporcional frente a los derechos y libertades constitucionales en juego.”(NFT)

Así, la Corte Constitucional es clara al decir que la función de regulación, como manifestación de la intervención del Estado en la economía, puede traducirse en la expedición de reglas de carácter imperativo, que los proveedores se encuentran obligados a cumplir, regulación que busca promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios o evitar el abuso de la posición dominante.

Así las cosas, constitucional, legal y jurisprudencialmente, es lícito que esta Comisión expida regulación de carácter imperativo, que inexcusablemente los proveedores de redes y servicios están obligados a cumplir, la cual constituye una modalidad de intervención del Estado en la economía, y que en consecuencia, restringe o limita la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica de los proveedores de redes y servicios.

En este orden de ideas, en el caso concreto se encuentra que la decisión recurrida, contrario a lo expuesto por **COMCEL**, puede, como en efecto lo hizo, modificar legítimamente las relaciones contractuales que se encuentran en curso entre dicho proveedor y sus usuarios, lo anterior máxime si se tiene en cuenta que dicha intervención tiene como objetivo promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios y prevenir el abuso de la posición de dominio.

Efectivamente, sin perjuicio de lo que se analizará en una sección posterior frente a la regla de la medida minorista, debe llamarse la atención sobre el hecho que el objetivo de la medida a la que se refiere **COMCEL**, esto es la fijación de una regla sobre el diferencial de precios on-net/off-net, tiene por objetivo reducir el efecto de las externalidades de red mediadas por la tarifa. A la presencia de externalidades de las llamadas se atribuye el hecho que los operadores móviles tienen incentivos para ampliar la diferencia entre precios on-net y off-net, he aquí la razón por cual se impone la regla sobre el diferencial de precios on-net/off-net, esto es la determinación de los precios off-net en función de la sumatoria del cargo de acceso regulado y la mitad del precio on-net. En otras palabras, la medida minorista tiene por objeto evitar que **COMCEL** suba los precios hacia otras redes (precios off-net), incrementando así el bienestar de sus propios usuarios y por último, mejorando los niveles de competencia del mercado minorista de “Voz Saliente Móvil”, al corregir un componente de la falla identificada en el mismo (las externalidades de red mediadas por la tarifa) que no sobra recordar, disminuye los niveles de bienestar de los todos los usuarios del mercado móvil colombiano.

De otra parte, en relación con lo que argumenta **COMCEL** en el sentido de que de aplicarse el esquema de restricción tarifaria a los abonados de las redes que ya están suscritos al día de la expedición de la Resolución, se podría generar “una incertidumbre importante para el patrón de consumo de la mayoría de los usuarios, en la medida en que la transición a un esquema de restricción regulatoria determinado por una fórmula distinta para la determinación de tarifas a usuarios finales, puede representar discontinuidades importantes en las tarifas nominativas que experimentan”, vale la pena señalar, en primer lugar, que la regla sobre el diferencial de precios on-net/off-net de la Resolución CRC 4002 de 2012 es una modificación a la regla minorista impuesta sobre **COMCEL** en la Resolución CRT 2066 de 2009 “Por medio de la cual se establecen medidas regulatorias aplicables a **COMCEL** en el mercado relevante de “Voz Saliente Móvil” y se dictan otras disposiciones”, confirmada por la Resolución CRC 2171 de 2009.

De los análisis de los datos de tráfico reportados al Sistema de Información Unificado del Sector de Telecomunicaciones (Formato de tráfico de voz de proveedores de redes y servicios móviles) no se observan variaciones anormales en el patrón de consumo de los usuarios como consecuencia de la aplicación de la Resoluciones CRT 2066 y CRC 2171 de 2009: tasas de crecimientos anuales compuestos de 1,4% entre agosto de 2009 y julio de 2010, 0,31% entre agosto de 2010 y julio de 2011 y de 0,43% entre agosto de 2011 y julio de 2012. En este sentido, mal puede argumentar COMCEL que la medida de la Resolución CRC 4002 de 2012, variación de aquella correspondiente a la Resolución CRT 2066, con sus efectos positivos sobre el bienestar de los usuarios y la competencia, genere incertidumbre en el patrón de consumo de la mayoría de los usuarios.

En relación con lo expuesto por el recurrente, la CRC considera importante en primer lugar aclarar que cuando el mismo hace referencia al efecto de la decisión regulatoria sobre los contratos que se encuentran en ejecución actualmente confunde dos conceptos diferentes, a saber: la irretroactividad y la retrospectividad de los actos administrativos. En efecto, mientras la irretroactividad de los actos es entendida como la imposibilidad de que los mismos surtan efectos con anterioridad a su vigencia, la retrospectividad implica que la nueva norma se aplique a las consecuencias derivadas de situaciones jurídicas acaecidas antes de la expedición del respectivo acto administrativo, pero vigentes al momento de su expedición:

"Se entiende que el efecto retrospectivo consiste en que tanto las sentencias aludidas como las normas jurídicas tienen la cualidad única de modificar situaciones de la vida en curso. Por ejemplo si una norma o una sentencia dispone algo en relación con el monto de los salarios en Colombia, ello afecta de manera inmediata y hacia el futuro no sólo a los ciudadanos que a partir de tal disposición inicien una relación laboral, sino también a quienes tienen desde antes tal relación. O si el efecto es establecer la edad de dieciséis (16) años para ejercer el derecho al sufragio, a manera de ejemplo también, dicho efecto se extiende no sólo a quienes nazcan después de la providencia hipotética sino también, por supuesto, a quienes tengan dicha edad al momento de la sentencia y hacia el futuro. Esta posibilidad de afectar situaciones jurídicas en curso originadas en el pasado es lo que se ha denominado efecto retrospectivo, los cuales son bien distintos de los efectos retroactivos cuya prohibición pretende que la sentencia (o la norma) no afecte situaciones jurídicas consolidadas en el pasado."

En este sentido, la retrospectividad implica que la norma sea aplicada a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas en curso, modificándolos de allí en adelante, pero sin efectos sobre las situaciones ya consolidadas.

De esta forma, la decisión contenida en el acto administrativo recurrido, está lejos de producir efectos retroactivos, pues en nada afecta situaciones jurídicas ya consolidadas; empero, dicho acto sí genera consecuencias respecto de las relaciones contractuales que se encuentran en curso, a través de las cuales se continúan rigiendo las condiciones de prestación de los servicios de telecomunicaciones, lo anterior, toda vez que la decisión objeto de recurso de reposición es una manifestación del principio de intervención del Estado en la economía, a través de la que el regulador expide o bien decisiones de carácter general y abstracto, o de carácter particular y concreto que no solo resultan vinculantes, sino que también son de naturaleza imperativa.

Así las cosas, la retrospectividad de la norma recurrida es entonces la misma de multiplicidad de actos administrativos regulatorios expedidos por la CRC, como por ejemplo aquellos relacionados con la interconexión de redes, que han modificado relaciones contractuales de acceso, uso e interconexión vigentes o en curso al momento de su expedición, de las cuales COMCEL, entre otros, ha sido beneficiario y cuya aplicación ha solicitado administrativa y judicialmente, sin que en esos casos hubiese alegado la violación del principio de retroactividad, por obvias razones.

Adicionalmente, es de recordar que la autonomía de la voluntad privada puede ser limitada en desarrollo del principio de la intervención del estado en la Economía, lo cual implica que un acto administrativo puede modificar las condiciones contractualmente pactadas, tal y como lo ha explicado ampliamente la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional:

"Con fundamento en las reflexiones previamente consignadas pasarán a resolverse estos cargos. Respecto del primer cargo, como fue ampliamente expuesto en los acápites 6, 7 y 8 de esta providencia baste recordar que:

- En el ordenamiento jurídico colombiano la autonomía de la voluntad privada debe entenderse como un principio que puede ser limitado por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.*
- Los poderes de intervención del Estado en materia de servicios públicos en general llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación. Esta facultad se desprende a su vez de la amplia libertad de configuración de legislador en materia económica y especialmente cuando se trata de la regulación de los servicios públicos, la cual ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional."*

La Sentencia C-186 de 2011 antes transcrita, expresamente indica que *"La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley". (NFT)*

Continúa la Corte Constitucional explicando que la función de regulación, como manifestación de intervención del Estado en la economía puede traducirse en la expedición de reglas de carácter imperativo, que los proveedores se encuentran obligados a cumplir, regulación que busca promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios o evitar el abuso de la posición dominante. En efecto, la Sentencia en cita, textualmente indica lo siguiente:

"Se tiene entonces que la disposición acusada caracteriza una modalidad específica de regulación: aquella de carácter imperativo (de ahí precisamente que los proveedores estén obligados a cumplirla). Esta regulación de carácter imperativo puede versar sobre distintos aspectos de la actividad de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, de conformidad con el marco normativo fijado por la misma ley, al que previamente se ha hecho alusión, y persigue los fines señalados por la ley tales como promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios o evitar el abuso de la posición dominante, los cuales son fines constitucionalmente legítimos, e igualmente en términos generales la regulación es una medida adecuada para conseguir tales fines.

Ahora bien, la regulación de carácter imperativo en ciertos casos restringe o limita la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica de los proveedores de redes y servicios, lo que según el demandante resulta inconstitucional. No obstante, de conformidad con lo antes expuesto se trata de un instrumento de intervención estatal en la economía autorizado por el artículo 334 constitucional y, a diferencia de lo que señala el actor, la ley (en este caso la Ley 1341 de 2009 entendida como cuerpo normativo en su conjunto y no exclusivamente como el enunciado normativo demandado) si establece tanto la finalidad de la intervención, al igual que el instrumento mediante el cual se ejerce, así como los fines que persigue y las materias sobre las cuales recae. Es decir, en abstracto la medida contemplada en el precepto acusado resulta proporcional frente a los derechos y libertades constitucionales en juego." (NFT)

Así las cosas, para esta Comisión es claro que constitucional, legal y jurisprudencialmente, que la regulación de este ente es de carácter imperativo, que inexcusablemente los proveedores de redes y servicios están obligados a cumplir, por lo que la misma constituye una modalidad de intervención del Estado en la economía, y que en consecuencia, restringe o limita la autonomía de la voluntad privada y la libertad económica de los proveedores de redes y servicios.

En este orden de ideas, en el caso concreto se encuentra que la decisión recurrida, contrario a lo expuesto por COMCEL, puede, como en efecto lo hizo, modificar legítimamente las relaciones contractuales que se encuentran en curso entre dicho proveedor y sus usuarios, lo anterior máxime si se tiene en cuenta que dicha intervención tiene como objetivo promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios y prevenir el abuso de la posición de dominio.

Efectivamente, debe llamarse la atención sobre el hecho que el objetivo de la medida minorista a la que se refiere COMCEL, esto es la fijación de una regla sobre el diferencial de precios on-net/off-net, tiene por objetivo reducir el efecto de las externalidades de red mediadas por la tarifa. A la presencia de externalidades de las llamadas se atribuye el hecho que los operadores móviles tengan incentivos para ampliar la diferencia entre precios on-net y off-net, he aquí la razón por cual se impone la regla sobre el diferencial de precios on-net/off-net, esto es la determinación de los precios off-net en función de la sumatoria del cargo de acceso regulado y la mitad del precio on-net. En otras palabras, la medida minorista tiene por objeto evitar que COMCEL suba los precios hacia otras redes (precios off-net), incrementando así el bienestar de sus propios usuarios y por último, mejorando los niveles de competencia del mercado minorista de "Voz Saliente Móvil", al corregir un componente de la falla identificada en el mismo (las externalidades de red mediadas por la tarifa) que no sobra recordar, disminuye los niveles de bienestar de los todos los usuarios del mercado móvil colombiano.

De otra parte, en relación con lo que argumenta COMCEL en el sentido de que de aplicarse el esquema de restricción tarifaria a los abonados de las redes que ya están suscritos al día de la expedición de la Resolución, se podría generar "una incertidumbre importante para el patrón de consumo de la mayoría de los usuarios, en la medida en que la transición a un esquema de restricción regulatoria determinado por una fórmula distinta para la determinación de tarifas a usuarios finales, puede representar discontinuidades importantes en las tarifas nominativas que experimentan", vale la pena señalar, en primer lugar, que la regla sobre el diferencial de precios on-net/off-net de la Resolución CRC 4002 de 2012 es una modificación a la regla minorista impuesta sobre COMCEL en la Resolución CRT 2066 de 2009 "Por medio de la cual se establecen medidas regulatorias aplicables a COMCEL en el mercado relevante de "Voz Saliente Móvil" y se dictan otras disposiciones", confirmada por la Resolución CRC 2171 de 2009. A continuación, se observa el cuadro comparativo entre la medida minorista de la Resolución CRT 2066 y la correspondiente a la Resolución CRC 4002 de 2012:

Resolución CRT 2066 de 2009	Resolución CRC 4002 de 2012
$P_{off} \leq P_{on} + CA$	$P_{off} \leq (P_{on})/2 + CA$
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 off-net: Precio (\$/min) de una llamada originada en la red de COMCEL y terminada en las redes de los demás proveedores de redes y servicios móviles. Incluye todos los planes tarifarios ofrecidos, incluyendo todo tipo de promociones y descuentos, independientemente de la denominación que se dé a los mismos.
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.	Precio on-net: Precio (\$/min) de una llamada originada y terminada en la red de COMCEL. Incluye todos los planes tarifarios ofrecidos, incluyendo todo tipo de promociones y descuentos, independientemente de la denominación que se dé a los mismos.
CA: Es el Cargo de Acceso definido en el artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007.	Cargo de acceso regulado por uso: Valor del cargo de acceso por uso (\$/min) establecido en el artículo 1° de la Resolución CRC 3136 de 2011.

Fuente: Elaboración CRC

Como se observa en la cuadro anterior, las únicas diferencias entre las dos medidas regulatorias corresponden a que la medida minorista recurrida, contempla la mitad del precio on-net, y que a su vez este tipo de precio, incluye todo tipo de promociones y descuentos. De los análisis de los datos de tráfico reportados al Sistema de Información Unificado del Sector de Telecomunicaciones (Formato de tráfico de voz de proveedores de redes y servicios móviles) no se observan variaciones anormales en el patrón de consumo de los usuarios: tasas de crecimientos anuales compuestos de 1,4% entre agosto de 2009 y julio de 2010, 0,31% entre agosto de 2010 y julio de 2011 y de 0,43% entre agosto de 2011 y julio de 2012. En este sentido, mal puede argumentar COMCEL que la medida de la Resolución CRC 4002 de 2012, variación de aquella correspondiente a la Resolución CRT 2066, con sus efectos positivos sobre

el bienestar de los usuarios y la competencia, genere incertidumbre en el patrón de consumo de la mayoría de los usuarios.

En razón a todo lo expuesto, esta Comisión no puede acoger en su integridad la solicitud de COMCEL para que se aplique la regulación únicamente a las ofertas comerciales que entren en vigencia a partir de la fecha de la entrada formal de dicha regulación. Así las cosas, la medida minorista de restricción del diferencial de precios deberá ser implementada por COMCEL en todos los planes tarifarios ofrecidos en curso y en el futuro.

No obstante lo anterior, con el ánimo eliminar toda duda que se pueda generar en relación con los efectos de la resolución frente a los derechos de los consumidores, esta Comisión considera fundamental asegurarse de que los remedios regulatorios propuestos permitan a los usuarios beneficiarse de la medida, garantizando entre otros, el derecho de libre elección de los usuarios reconocido en el artículo 10 del Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios, estatuido en la Resolución CRC 3066 de 2011, según el cual los usuarios tienen derecho a "[e]legir libremente el proveedor, los equipos o aparatos necesarios para la prestación de los servicios, los servicios de su elección y el plan tarifario, lo anterior de acuerdo a sus necesidades personales," (NFT) para lo cual buscará que los usuarios tengan la posibilidad de recibir un plan equivalente o cambiarse de proveedor.

En este sentido, resulta necesario que la medida minorista se ajuste para que se empodere a los usuarios, esto es, para que sean los consumidores quienes decidan si se mantienen las condiciones de prestación del servicio según las condiciones tarifarias vigentes en cada caso o si desean cambiar de plan a fin de acogerse a los beneficios tarifarios para llamadas off-net determinados por la CRC.

Para tales efectos, y con el fin de permitir a la **COMCEL** implementar la medida, conforme al plazo definido para la implementación establecido en la sección 3.7.2 de la presente resolución, la medida minorista será modificada de tal manera que:

En la modalidad prepago:

- a) Para los nuevos usuarios y para usuarios activos en la modalidad prepago sin saldos a favor, una vez transcurridos 20 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la presente Resolución.
- b) Para usuarios activos con saldos prepago a favor, no se afectarán las condiciones tarifarias hasta que se agote dicho saldo, o, en su defecto, hasta que hayan transcurrido 60 días calendario, siempre y cuando dicho se haya adquirido antes de la ejecutoria de la presente resolución o durante los 20 días hábiles posteriores a la fecha de la ejecutoria de la presente Resolución.

En la modalidad pospago:

- c) Para los usuarios nuevos a partir de la ejecutoria de la presente.
- d) Para los usuarios con contrato(s) vigente(s) con duración definida que a partir de la ejecutoria de la presente Resolución pretendan renovar o tengan derecho a la renovación u opere la renovación automática de su contrato(s) COMCEL, durante los 40 días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme la presente Resolución, deberá ofrecer planes equivalentes (en términos, tarifas y condiciones) teniendo en cuenta la nueva regla tarifaria. En ningún caso, COMCEL podrá ofrecer la novación de contratos con planes u ofertas comerciales que incluyan reglas tarifarias diferentes a la establecida en la presente Resolución o utilizar cualquier mecanismo para extender la vigencia de los contratos con reglas tarifarias diferentes a la planteada en la presente Resolución.
- e) Para los usuarios con contrato(s) vigente(s) de duración indefinida, durante los 40 días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme la presente Resolución, COMCEL deberá ofrecer a dichos usuarios planes equivalentes (en términos, tarifas y condiciones) a los que actualmente poseen, sin que en ningún caso COMCEL pueda ofrecer la novación de contratos con planes u ofertas comerciales con reglas tarifarias diferentes a la establecida en la presente Resolución o utilizar ningún tipo de mecanismo

para extender la vigencia de los contratos con reglas tarifarias diferentes a las planteadas en la presente Resolución.

En todo caso, COMCEL deberá garantizar que todo plan, contrato o toda oferta tarifaria desarrollada, ofrecida o pactada a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo se ajuste a lo indicado en el presente artículo, garantizando que no promocionará, obsequiará, ofertará o divulgará planes tarifarios ni presentará, desarrollará u ofrecerá planes que no cumplan con lo allí estatuido y que no inducirá o motivará a los usuarios a que se trasladen o cambien a planes tarifarios que no contemplen tal regla, ni utilizará planes empaquetados con el fin de hacer ofertas comerciales que terminen transgrediendo la presente regla tarifaria en el mercado de voz saliente móvil.

Finalmente, esta Comisión, en uso de sus funciones legales de promoción y regulación de la libre competencia, y sin perjuicio de funciones a cargo de otras Entidades del Estado y en coordinación con las mismas, monitoreará de manera permanente y continua el cumplimiento de la medida minorista, y en caso de detectar inconsistencias en las ofertas tarifarias, remitirá tal situación a las autoridades competentes, para que éstas inicien las acciones a que haya lugar.

3.6 La Resolución vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y la prohibición de actuar contra los actos propios, así como el principio de libre competencia.

3.6.1 Consideraciones del Recurrente

Expone **COMCEL** que el artículo 3 de la Resolución CRC 2058 de 2009, establece que las medidas adoptadas por la Comisión en materia de regulación ex ante de mercados relevantes deben ser temporales.

Considera el recurrente que la CRC, mediante la Resolución CRC 4002 de 2012, le impone a **COMCEL** medidas regulatorias sin precisar el termino de vigencia ni limitar sus efectos en el tiempo, lo que constituye un desconocimiento de sus propios *"actos y conductas precedentes traicionando la confianza legítima y la buena fe de un administrado al imponer unas medidas regulatorias particulares en el mercado "Voz Saliente Móvil" con "carácter atemporal, inmanente e indefinido"*.

Por otra parte, el recurrente sostiene que aplicar el esquema regulatorio de cargos de acceso a los servicios de larga distancia internacional es contrario a las reglas de libre competencia previstas en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009 y las disposiciones de la Resolución CRT 2058 de 2009.

La anterior afirmación está sustentada, según el recurrente, en el hecho que tanto en la Resolución CRC 3139 de 2011, como en la Resolución CRC 4002 de 2012, esta Comisión delimita la finalidad de la actuación administrativa al establecimiento de medidas regulatorias respecto del mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado *"voz saliente móvil"*; sin embargo, señala **COMCEL** que al momento de expedir las medidas regulatorias en el mercado mayorista, *"la CRC no sólo las aplica respecto del mercado de "voz saliente móvil", sino que las hace extensivas de manera expresa al "mercado de larga distancia internacional" aun cuando la Resolución CRT 2058 de 2009 consideró que los servicios y los competidores de larga distancia internacional hacen parte de un mercado diferente al de voz saliente móvil.*

Adicionalmente, señala **COMCEL** que no hay evidencia alguna de que esta Comisión haya cumplido con las reglas previstas en la Resolución CRT 2058 de 2009 para extender las medidas al mercado de larga distancia internacional. En opinión del recurrente, esta situación desconoce el principio de libre competencia establecido en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1341 de 2009 que prohíbe al Estado fijar *"condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en condiciones similares a los de otros operadores"* y, adicionalmente, pasa por alto los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben guiar la intervención del Estado en la economía.

Continúa el recurrente señalando que la totalidad de los operadores de larga distancia internacional tienen la misma posición en el mercado y que el *"cargo de acceso siempre lo remunera el proveedor de larga distancia, siendo este quien fija las tarifas, independiente de la red móvil donde termine la llamada"*.

Finalmente, respecto de la obligación de no aumentar los precios contenida en el artículo 4 de la Resolución atacada, señala **COMCEL** que dicha medida es desproporcionada, desconoce los límites previstos constitucionalmente en cuanto a la intervención regulatoria, y afecta el núcleo esencial de la libertad de empresa, generando efectos económicos adversos para **COMCEL** sin límite de tiempo alguno.

3.6.2 Consideraciones de la CRC

Indica **COMCEL** que el artículo 3 de la Resolución CRT 2058 de 2009 establece que las medidas adoptadas por la Comisión en materia de regulación ex ante de mercados relevantes deben ser temporales y que mediante la Resolución CRC 4002 de 2012 esta Comisión le impone medidas regulatorias sin precisar el término de vigencia ni limitar sus efectos en el tiempo.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que el alcance del artículo 3 de la mencionada resolución impone leerlo integralmente:

"Artículo 3º. Principios de la regulación por mercados relevantes. En la regulación por mercados relevantes que expida la CRT, se tendrá en cuenta que el propósito fundamental de la misma es la promoción de la competencia, la protección de los derechos de los usuarios, la promoción de la inversión, así como la prestación eficiente y continua de los servicios en términos de calidad y cobertura, en aras de mejorar el bienestar social y la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional. En tal sentido, las medidas deben ser temporales y proporcionales en consideración al nivel de competencia que se logre alcanzar con las mismas." (NFT)

Como se desprende de la norma bajo análisis, la temporalidad y proporcionalidad de la regulación por mercados relevantes se determina en función del nivel de competencia "que se logre alcanzar con las mismas". La norma emanada de esta Comisión, en consecuencia, no tiene por objeto ni como efecto expedir medidas con fecha de caducidad ex ante, como parece entenderlo **COMCEL**, pues ello implicaría abstraerse del nivel de competencia en los mercados que se logre alcanzar con las mismas, desvirtuando así no sólo la esencia de la regulación de mercados sino las mejores prácticas en la materia.

La temporalidad a la que se refiere el artículo 3 de la Resolución 2058, supone que la vigencia de las medidas en el tiempo no se prolongue indefinidamente sin consideración a la evolución de las condiciones de competencia en el mercado regulado, de manera tal que si surtieron efecto y las condiciones de competencia mejoran sustancialmente, las medidas se levanten, y si no funcionan, o funcionan insuficientemente, se modifiquen, a efectos de *"la promoción de la competencia, la protección de los derechos de los usuarios, la promoción de la inversión, así como la prestación eficiente y continua de los servicios en términos de calidad y cobertura, en aras de mejorar el bienestar social y la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional."*

En ese contexto, vale la pena precisar que las medidas adoptadas son temporales en tanto su vigencia en el tiempo está intrínsecamente relacionada con la existencia de las fallas del mercado minorista de "Voz Saliente Móvil" que las inspiraron. En este sentido, si las medidas regulatorias impuestas sobre el mercado mayorista de terminación de llamadas móvil – móvil en todo el territorio nacional y sobre el mercado minorista anteriormente mencionado tienen efectos positivos sobre la falla de mercado, esto es, si se elimina o corrige la misma, como debería suceder, la Comisión, en uso de sus facultades legales, procederá a levantar dichas medidas. En caso contrario, es decir, si como resultado de la revisión de las condiciones de competencia del mercado móvil no se identifican o detectan cambios correctivos en la falla de mercado, la Comisión estará en el deber de introducir modificaciones en las medidas para lograr los fines regulatorios de establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios y la prevención de conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas.

Por otro lado, en relación con lo expuesto por **COMCEL** sobre la aplicación de las medidas regulatorias al mercado de larga distancia internacional, debe recordarse lo ya expuesto en el numeral 3.1 del presente acto administrativo en primer lugar frente a que el cargo de acceso remunera el uso de la red independiente del origen de llamada, esto es, la cifra de cargo de acceso que cobra un proveedor móvil es el mismo si la llamada se origina en una red de larga distancia internacional o de otro proveedor móvil, por tanto es claro que una modificación en el cargo de acceso móvil afecta al cargo de acceso que debe ofrecer un proveedor móvil a un proveedor de larga distancia internacional y en segundo lugar respecto al objeto y alcance de la actuación particular iniciada respecto de **COMCEL**. En todo caso, conviene insistir en que la Resolución CRT 1763 de 2007, modificada por la Resolución CRC 3136 de 2011, en su artículo 8° estatuye de manera clara e inequívoca que todos los operadores de TMC, PCS y Trunking deberán ofrecer a los operadores de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional (TPBCLDI) las opciones de cargos de acceso establecidos en dicho artículo. En este sentido, es evidente que el valor resultante de la modificación del cargo de acceso para un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones en particular, a su vez será aquel valor que dicho proveedor deberá ofrecer a los proveedores de Larga Distancia Internacional, sin que lo anterior implique, cómo de manera errónea lo expone **COMCEL**, que la CRC incumpla las disposiciones de la Resolución CRT 2058 de 2009.

Así, esta Comisión no está imponiendo condiciones distintas ni privilegios a favor de ciertos competidores, cuando tal y como se mencionó con anterioridad, es evidente que al modificarse el valor del cargo de acceso que **COMCEL** percibe por el uso de sus redes por parte de otros operadores móviles también se cambia el valor del cargo de acceso que **COMCEL** percibe por parte de los operadores de Larga Distancia Internacional, sin que esto implique incumplimiento bien de la Resolución CRT 2058 de 2009 o de la Ley 1341 de 2009.

Por último, en cuanto a la premisa de **COMCEL** sobre la obligación de no aumentar los precios contenida en el artículo 4 de la Resolución CRC 4002, por cuanto es desproporcionada, desconoce los límites previstos constitucionalmente en cuanto a la intervención regulatoria, y afecta el núcleo esencial de la libertad de empresa, generando efectos económicos adversos para **COMCEL** sin límite de tiempo alguno, corresponde recordarse que por las razones expuestas en el numeral 3.1 del presente acto administrativo, esta procederá a revocar el artículo 4 de la resolución recurrida en tanto dicha medida no fue expresamente anunciada en la resolución que dio apertura al presente acto administrativo.

3.7 El Acto Administrativo no establece con precisión las condiciones de aplicación de los precios Off-net.

3.7.1. Consideraciones del Recurrente

En opinión del recurrente, dada la cantidad de planes y promociones comerciales que actualmente tiene **COMCEL**, la materialización de la medida resulta imposible como quiera que la Comisión no estableció de manera precisa las condiciones de su implementación ni las medidas que se deban adoptar frente a los usuarios que actualmente tienen planes contratados con **COMCEL**.

Al respecto, recuerda que actualmente este operador cuenta con más de *"7000 planes comerciales configurados en el sistema cuyas características difieren sustancialmente unos de otros, en los que se deben considerar no solo el cargo fijo mensual aplicado, sino las condiciones de consumo línea por línea, para efectos de establecer el valor de la tarifa off-net."*

Considera que dadas las condiciones de sus planes y ofertas, las medidas impuestas por la CRC pueden generar de manera permanente una *"variación en las tarifas, sin que se haya previsto el desarrollo de un sistema que permita sus ajustes en línea y de manera inmediata, lo que resulta materialmente imposible para la aplicación de los precios off-net en las condiciones previstas por la CRC"*.

Adicionalmente, solicita que la Comisión fije en la parte resolutive de la Resolución recurrida una regla de levantamiento automático de la medida *"en caso que no se configure algún supuesto de mercado o frente al beneficio esperado para los usuarios con la determinación de una fecha máxima cierta para que ello suceda"*. Con base en lo anterior, considera **COMCEL**

que no es necesario y relevante monitorear el efecto de la medida, dado que basta con verificar si se alcanzan los efectos esperados con la regulación.

Por otra parte, sostiene el recurrente que no es claro en la Resolución si la tarifa on-net que debe ser considerada para aplicar la fórmula y determinar así la tarifa off-net máxima correspondiente, es una tarifa on-net nominativa específica de un plan, o por el contrario, es una tarifa única promedio. Al respecto considera que la mejor solución sería que *"la autoridad elija establecer ciertas condiciones generales a los esquemas tarifarios, y mantener a partir de ellas la libertad tarifaria de los operadores."*

Finalmente, el Señor Juan Daniel Oviedo en el documento que se adjuntó al recurso de reposición interpuesto por **COMCEL**, considera que si se utilizan los valores regulados para el valor del cargo de acceso definido en el artículo primero de la Resolución CRC 3136 de 2011, se observa que una vez definidos los precios on-net superen un valor equivalente al doble del cargo de acceso definido, la tarifa on-net superaría la tarifa off-net.

En este sentido, dicho autor, estima cuatro niveles diferentes de tarifas off-net, aplicando en la fórmula de Precio off-net $\leq (\text{Precio on-net}) / 2 + \text{cargo de acceso regulado por uso}$, los valores de cargo de acceso definidos por la Resolución CRC 3136 de 2011 (84,15 \$/minuto; 70,26 \$/minuto; 56,30 \$/minuto y 42,49 \$/minuto). Indica el Señor Oviedo que se observa una clara desproporción de la aplicación de la medida regulatoria en la medida en que la Comisión estaría obligando a **COMCEL** a utilizar una política tarifaria que no utiliza ningún operador móvil en Colombia, ni en el mundo, esto es, establecer tarifas on-net superiores a las tarifas off-net.

Manifiesta el Señor Oviedo que ante la posibilidad de que la Comisión insista en la intervención a nivel minorista, se sugiere modificar la fórmula para permitir que una vez la aplicación de la fórmula tarifaria resulte en un precio off-net inferior al precio on-net, estos valores sean iguales (precio on-net igual a precio off-net), mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

Precio off-net $\leq$ máximo $\{(\text{Precio on-net}) / 2 + \text{cargo de acceso por uso}; \text{Precio on-net}\}$.

3.7.2 Consideraciones de la CRC

En primer lugar, esta Comisión reitera lo expuesto en la sección 3.5 de esta resolución, conforme con lo cual, acoge parcialmente los argumentos del recurrente y modifica la medida de manera que no se menoscaben los derechos de los usuarios.

En segundo lugar, respecto a las cuestionamientos de **COMCEL** sobre las condiciones de implementación de la fórmula tarifaria propuesta, esta Comisión manifiesta que también acoge parcialmente los argumentos del recurrente, y así modificará la regla para el diferencial de precios on-net/off-net establecida en el artículo 3° de la Resolución CRC 4002 de 2012, en razón a que, para mitigar la falla del mercado minorista se considera necesario, proporcional y razonable eliminar el incentivo para que el proveedor con posición dominante continúe con el alto diferencial de precios on-net/off-net. Conforme con lo anterior, la regla para el diferencial de precios on-net/off-net consiste en que los precios de voz off-net ofrecidos por **COMCEL**, sean siempre menores o iguales a los precios de voz on-net. Esta nueva regla para el diferencial de precios on-net/off-net frente a aquella estatuida en el artículo 3° de la Resolución CRC 4002 de 2012, se caracteriza por su sencillez y facilidad para la implementación por parte de **COMCEL** y para el seguimiento y verificación por parte de la CRC.

Así, conforme con esta nueva regla, el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones COMUNICACIÓN CELULAR S.A. **COMCEL** debe garantizar que los precios por minuto de voz off-net ofrecidos por dicho proveedor a cada uno de sus usuarios, sean siempre menores o iguales al precio on-net considerando todo tipo de tráfico, independientemente de la denominación que se dé a los mismos. Así, en todos sus planes, conforme con las reglas que abajo se precisan, se deberá seguir la siguiente fórmula:

$$\text{Precio Off - Net} \leq \text{Precio On - Net}$$

Donde,

Precio Off - Net : es el Precio por minuto (\$/min) que cada uno de los usuarios paga por concepto de una llamada originada en la red de **COMCEL** y terminada en las redes de los

demás proveedores de redes y servicios móviles. Incluye todos los planes tarifarios ofrecidos incluyendo todo tipo de tráfico de voz independientemente de la denominación que se dé al mismo.

Precio On – Net : es el Precio por minuto (\$/min) que cada uno de los usuarios paga por concepto de una llamada originada y terminada en la red de COMCEL. Incluye todos los planes tarifarios ofrecidos incluyendo todo tipo de tráfico de voz, independientemente de la denominación que se dé al mismo.

La regla tarifaria fijada deberá ser implementada por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL en todos sus contratos, planes tarifarios y ofertas comerciales vigentes, actuales y nuevas, para los usuarios en la modalidad pre-pago y pos-pago, incluyendo todo tipo de tráfico, independientemente de la denominación que se dé al mismo

Ahora bien, dado que la presente actuación administrativa está enfocada en mejorar las condiciones de competencia del mercado, sin que se afecten las condiciones de prestación del servicio a los usuarios, es necesario evitar que las medidas regulatorias limiten el ofrecimiento por parte de **COMCEL** de ofertas tarifarias equivalentes a las que actualmente tienen buscando con ello incrementar el bienestar de los usuarios.

En síntesis, esta Comisión accede parcialmente a la modificación solicitada por el Recurrente a la regla para el diferencial de precios on-net/off-net, y considera necesario modificar dicha regla, a fin de eliminar el incentivo para que el proveedor con posición dominante continúe con el alto diferencial de precios on-net/off-net privilegiando su propio tráfico.

Habiendo expuesto la modificación a la regla del diferencial de precios on-net/off-net, en lo que respecta a la solicitud de **COMCEL** de fijar en la parte resolutive de la Resolución una regla de levantamiento automático de la medida *"en caso que no se configure algún supuesto de mercado o frente al beneficio esperado para los usuarios con la determinación de una fecha máxima cierta para que ello suceda"*, sin que sea necesario relevante monitorear el efecto de la medida, es menester reiterar lo expuesto en el numeral 3.6 en tanto su vigencia en el tiempo está intrínsecamente relacionada a la existencia de la falla del mercado minorista de "Voz Saliente Móvil". En este sentido, si las medidas regulatorias impuestas sobre el mercado mayorista de terminación de llamadas móvil – móvil en todo el territorio nacional y sobre el mercado minorista anteriormente mencionado tienen efectos positivos sobre la falla de mercado, esto es, si se elimina o corrige la misma, la Comisión, en uso de sus facultades legales, procederá a levantar dichas medidas. En caso contrario, es decir, si como resultado de la revisión de las condiciones de competencia del mercado móvil no se identifican o detectan cambios correctivos en la falla de mercado, la Comisión estará en el deber de introducir modificaciones en las medidas para lograr los fines regulatorios de establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios y la prevención de conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas.

Adicionalmente, la solicitud resulta en un imposible jurídico: si esta Comisión adoptara una regla de levantamiento automático de la medida en caso que no se configure algún supuesto de mercado o frente al beneficio esperado para los usuarios con la determinación de una fecha máxima cierta para que ello suceda, estaría delegando en el operador facultades regulatorias, pues sería **COMCEL** quien definiría, por sí y ante sí, si se configuran o no las condiciones del levantamiento de la medida, lo cual violaría el artículo 334 de la Constitución y la Ley 1341, al abdicar esta Comisión de sus funciones de regulación y delegarlas en el regulado.

Y si así no fuera, porque es esta Comisión quien determina si se configuran o no las condiciones del levantamiento de la medida, la regla sería i) inocua, pues siempre se requeriría un acto administrativo de esta Comisión en ese sentido, y ii) no automática, pues si, en gracia de discusión, las medidas no funcionan, la CRC estará en el deber de modificarlas o reemplazarlas por otras más idóneas, y si funcionan, entonces el acto administrativo perderá fuerza ejecutoria y deberá levantarse, una vez ello sea constatado por el regulador.

Finalmente, respecto a lo expuesto por **COMCEL** en el sentido de indicar que no es claro si la tarifa on-net que debe ser considerada para aplicar la fórmula y determinar así la tarifa off-net máxima correspondiente, es una tarifa on-net nominativa específica de un plan; o por el contrario, es una tarifa única promedio, esta Comisión indica que la nueva regla para el diferencial de precios on-net/off-net no contempla tarifas promedio ponderadas implícitas, al

contrario, el diferencial tarifario aplica para todos y cada uno de los planes ofrecidos por **COMCEL**.

Por las razones previamente expuestas, las consideraciones planteadas por **COMCEL** no tienen vocación de prosperar.

3.8 El término previsto para la implementación de la fórmula que determina las tarifas off-net no es razonable.

3.8.1 Consideraciones del Recurrente

Considera **COMCEL** que el término de 20 días hábiles otorgados para la implementación de la medida que regula las tarifas off-net, es un término que desconoce la complejidad de la implementación.

En este sentido, en el evento en que esta Comisión decida mantener la medida analizada, el recurrente solicita a esta Comisión la ampliación del plazo de implementación a seis (6) meses, atendiendo a que esta Comisión fijó un término de cinco (5) meses para este fin en la Resolución CRT 2171 de 2009 más un plazo adicional de un (1) mes dado que la Resolución recurrida incluye lo correspondiente a las promociones a diferencia de lo sucedido en el año 2009.

3.8.2 Consideraciones de la CRC

Respecto del término otorgado a **COMCEL** para la implementación de la medida minorista, se reitera que:

- i) La diferencia entre la medida regulatoria de la Resolución CRT 2066 de 2009 y de la Resolución CRC 4002 de 2012 corresponde a que la medida minorista recurrida, contempla la mitad del precio on-net, y que a su vez este tipo de precio, incluye todo tipo de tráfico.
- ii) En términos de implementación, la diferencia entre la medida regulatoria impuesta en la Resolución CRT 2066 de 2009 y la medida impuesta en la Resolución CRC 4002 de 2011 corresponde a cambios paramétricos en los sistemas contables, plataformas tecnológicas de tarificación, tasación y facturación, desarrollados por el operador con la entrada en vigencia de la Resolución 2066 de 2009, desde hace aproximadamente tres (3) años;
- iii) Se ajustará la medida a fin de que no afecte las condiciones tarifarias de los usuarios en modalidad de prepago con tarjetas prepago adquiridas antes de la entrada en vigencia de la medida regulatoria;
- iv) Así mismo, se ajustará la medida para que en el caso de los usuarios en modalidad prepago, la medida minorista sólo aplica a los planes tarifarios que éstos adquieran en tarjetas prepago, adquiridas después del término para la implementación de dicha medida;
- v) Igualmente, la media minorista se ajustará para el caso de los usuarios en modalidad pospago dando mayor tiempo a **COMCEL** para su implementación;
- vi) Se modificará la regla para el diferencial de precios on-net/off-net establecida en el artículo 3° de la Resolución CRC 4002 de 2012, en razón a que (i) para mitigar la falla del mercado minorista se considera necesario, proporcional y razonable eliminar el incentivo para que el proveedor con posición dominante continúe con el alto diferencial de precios on-net/off-net y (ii) frente a la fórmula estatuida en el artículo 3° de la Resolución CRC 4002 de 2012, la nueva regla para el diferencial de precios on-net/off-net se caracteriza por su sencillez y facilidad para la implementación por parte de **COMCEL** y para el seguimiento y verificación por parte de la CRC;
- vii) Se excluye de la aplicación de la medida minorista a "aquellas ofertas tarifarias especiales", entendidas como ofertas excepcionales de condiciones que incrementen el bienestar de los usuarios de manera temporal, bajo condiciones especiales favorables o

de manera gratuita como incentivo al usuario y sean ofrecidas a los consumidores de manera excepcional.

Dado lo anterior, conforme a lo manifestado por esta Comisión en la sección 3.7.2 en el sentido que se modificará la medida minorista con algunas excepciones en su aplicación, es claro que solo parcialmente existen motivos para ampliar el plazo inicialmente estimado de 20 días hábiles, el cual es generalmente apropiado y suficiente para que **COMCEL** efectúe ajustes paramétricos en sus sistemas de tarificación, tasación y facturación, se realicen pruebas de aseguramiento de la calidad, se desarrollen actividades de divulgación de las nuevas condiciones de los planes tarifarios y en síntesis se garantice el cumplimiento de la medida.

En todo caso, **COMCEL** debe garantizar que toda oferta tarifaria nueva a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo se ajuste a lo indicado en el artículo 3° de la Resolución CRC 4002 de 2012, garantizando que no promocionará, ofertará o divulgará planes tarifarios que no cumplen con lo allí estatuido.

3.9 Objetivo de la medida de cargos de acceso asimétricos y falta de consistencia con lo dispuesto en la Resolución CRC 4001 de 2012.

3.9.1 Consideraciones del Recurrente

De acuerdo con los argumentos planteados por el recurrente, que la Comisión haya expedido la Resolución CRC 4001 de 2012, por medio de la cual se modifica el artículo 10 de la Resolución CRC 3136 de 2011 a fin de garantizar el traslado de beneficios y eficiencias al usuario, confirma el planteamiento de **COMCEL** *"según el cual las medidas de la CRC han terminado mejorando la posición de sus competidores, que no han reducido precios, disminuyendo el bienestar de los clientes. La CRC confirma con su reciente resolución que existe una alta probabilidad de que las medidas de regulación sobre COMCEL, tanto de precios on-net/off-net, como la medida de cargos de acceso asimétricos, cuyos beneficiados directos han sido los operadores móviles diferentes a COMCEL, no se trasladen al usuario sino que fortalezcan la posición financiera de esos operadores"*.

Por otra parte, argumenta que si bien la Resolución CRC 4001 de 2012 establece la obligación a los operadores *"que se benefician de la medida que reduce cargos de acceso y la que adopta cargos asimétricos de disminuir sus precios al usuario en un monto equivalente a dicha reducción no prevé que la misma se aplique exclusivamente para tarifas off-net, ya que textualmente tal disminución se deja abierta para "servicios de voz e prepago y postpago", por lo que los operadores en cuestión tendrán la capacidad de controlar los precios y condiciones de mercado autónoma e independientemente de sus competidores, manteniendo precios elevados, ejerciendo con esto su poder de dominio en el mercado"*.

3.9.2 Consideraciones de la CRC

Respecto a lo expuesto por **COMCEL** esta Comisión considera importante tener en cuenta que con el fin de fortalecer la aplicación de la transferencia de los beneficios que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deben hacer a los usuarios por la disminución de los cargos de acceso, se ha considerado pertinente adelantar un monitoreo más exhaustivo de dicha transferencia que está vigente desde que se expidió la Resolución CRC 3136 de 2011. Por ello, extraña a esta Comisión que una definición más estricta del monitoreo de dicha medida tenga como consecuencia un reproche de la medida vigente, pues la misma ya debía haber venido siendo implementada por el operador.

En consonancia con ello, resultó fundamental establecer mecanismos de transparencia que permitieran advertir el cumplimiento de esta medida por parte de los proveedores de redes y servicios móviles, de manera que se protejan adecuadamente los derechos de los usuarios y se aseguren las condiciones de competencia efectiva intrínsecas a la intervención regulatoria en materia de remuneración de la infraestructura introducidas por esta Comisión desde el año 2007.

Adicionalmente, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1341 de 2009 esta Comisión debe adoptar una regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo que desarrolle los principios orientadores de la misma, por lo cual, corresponde a esta Comisión garantizar los

principios de promoción de la competencia, uso eficiente de las redes, el beneficio del consumidor y, a su vez, la promoción de la inversión, todo ello con el objetivo de maximizar el bienestar social.

Acorde con los argumentos anteriores, mal puede afirmar **COMCEL** que la medida de esta Comisión, entendida como la aceleración para **COMCEL** del cargo de acceso objetivo previsto en la Resolución CRC 3136 de 2011, ha terminado mejorando la posición de sus competidores, disminuyendo el bienestar de los clientes, ni que los beneficios no se trasladan al usuario sino que fortalecen la posición financiera de esos operadores, cuando en primer lugar, las medidas de carácter general están enfocadas en la totalidad de los proveedores del mercado y por ende no se dirigen a unos en particular, y en segundo lugar, precisamente la reducción de precios y/o el despliegue de nueva infraestructura en estratos socioeconómicos 1 y 2 tienen evidentes beneficios para los usuarios, que aumentan el bienestar de los mismos.

Conforme con lo anterior, mal puede entenderse que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles competidores de **COMCEL**, tendrán la capacidad de controlar los precios y condiciones de mercado autónoma e independientemente de los demás proveedores, manteniendo precios elevados, ejerciendo con esto su poder de dominio en el mercado, supuesto a toda luces contrario a la realidad del mercado según la cual es precisamente **COMCEL** el único operador con posición de dominio en el mercado de "Voz Saliente Móvil", lo que, ante la falla de mercado, justifica la imposición sobre dicho operador de medidas razonables y proporcionales, con amplios beneficios sobre todos los usuarios del mercado.

Ahora bien, no obsta, sin embargo, tener en cuenta que la medida tal como fue establecida en el artículo 1 de la resolución 4002 de 2012, puede ser confusa para el recurrente, en tanto define de manera cierta el valor del cargo de acceso sin hacer referencia al origen de cálculo del mismo, por ello, para garantizar la claridad y la extensión de la medida, esta comisión aclarará el artículo mencionado, indicando que a partir de la ejecutoria de la presente resolución, **COMCEL** deberá ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles por lo menos los dos esquemas de cargos de acceso correspondientes al valor final de la Tabla 3 del artículo 8° de la Resolución 1763 de 2007 modificado por el artículo 1° de la Resolución CRC 3136 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya.

Del mismo modo, en consonancia con lo dicho en la Resolución Recurrída, **COMCEL** podrá establecer de mutuo acuerdo esquemas de remuneración distintos a los dos esquemas de cargos de acceso previstos en la Tabla del presente artículo, siempre y cuando tales acuerdos se ajusten a las obligaciones y principios regulatorios. Del mismo modo, cualquier proveedor de redes y servicios de Larga Distancia Internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles podrán exigir la opción de cargos de acceso por capacidad, caso en el cual **COMCEL** podrá requerir un período de permanencia mínima, que sólo podrá extenderse el tiempo necesario para recuperar la inversión que se haya efectuado para adecuar la interconexión. Dicho período de permanencia mínima en ningún caso podrá ser superior a un (1) año. Así, en los casos en que se presenten conflictos, el operador **COMCEL** deberá garantizar de inmediato la interconexión a los valores previstos en la tabla del presente artículo, correspondientes a la opción de cargos de acceso elegida por el otro proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones, mientras se logra un acuerdo de las partes o la Comisión de Regulación de Comunicaciones resuelve el conflicto en caso que el mismo se presente a su consideración.

Para la liquidación de los cargos de acceso, ésta se realizará de manera mensual tomando la unidad asociada al esquema elegido, es decir, minutos mensuales cursados bajo la opción de cargos de acceso por uso, o E1s operativos en la interconexión bajo la opción de cargos de acceso por capacidad. De otro lado, en el esquema de remuneración mediante la opción de cargos de acceso por capacidad, cuando el tráfico ofrecido sobrepase la capacidad dimensionada de la interconexión, deberá ser enrutado a través de rutas específicas de desborde. Dicho tráfico de desborde será remunerado por minuto cursado al doble del valor del cargo de acceso por uso establecido en la Tabla del presente artículo, siempre y cuando dicho tráfico no se haya generado por retrasos en la ampliación de las rutas por parte de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. **COMCEL**. La ampliación del número de enlaces requeridos para el óptimo funcionamiento de la interconexión, debe llevarse a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Resolución CRT 1763 de 2007 o la norma que lo adicione o modifique.

3.10 La medida prevista en el artículo 1 de la Resolución ha sido ineficaz en la experiencia internacional.

3.10.1 Consideraciones del Recurrente

De acuerdo con **COMCEL**, la medida impuesta por la Comisión,

"consiste en la aplicación de cargos asimétricos en la remuneración que Comcel puede cobrar por concepto de cargos de acceso, que en la experiencia internacional ha presentado resultados diferentes a los que espera la Comisión de Regulación de Comunicaciones, como quiera que la medida distorsiona la competencia, reduce la eficiencia y en últimas hace más gravosa y difícil la situación de los consumidores."

Como fundamento de lo anterior, el recurrente sostiene que i) en Europa, si bien se aplicaron cargos de acceso asimétricos, esta práctica ya fue superada y actualmente se usan cargos simétricos en la mayoría de países; y ii) que existe evidencia que los cargos de acceso asimétricos implementados en Ecuador y Perú no han tenido los efectos esperados y han generado efectos contrarios en la Competencia.

3.10.2 Consideraciones de la CRC

En primera instancia, se debe recordar a **COMCEL** la diferencia existente entre cargos de acceso simétricos, asimétricos, asimétricos puros y entre estos y la conceptualización de la medida de reducción anticipada de cargos de acceso recurrida por **COMCEL**.

La definición de cargos de acceso simétricos en sentido clásico alude a la fijación de un cargo de acceso igual para todas las empresas, por ejemplo bajo la modelación de un proveedor promedio eficiente, sin reconocer ningún tipo de particularidad por cada red. Por el contrario, un esquema de cargos de acceso asimétricos puros implica la fijación de cargos de acceso diferentes para cada proveedor móvil conforme con su función de costos, los cuales corresponden a las particularidades de cada una de las redes.

En el caso colombiano, el actual modelo de costos está cimentado sobre un supuesto de simetría entre los proveedores y, por ende, en la determinación del cargo de acceso. Así, el modelo supone que existen tres proveedores principales: **COMCEL**, **MOVISTAR** y **TIGO**³⁹, los cuales son representados por tres empresas eficientes ficticias, así el modelo de costos arroja un cargo de acceso para una empresa promedio eficiente.

Ahora bien, para hacer un modelamiento que responda a criterios de asimetría en el cargo de acceso, el proveedor modelado no correspondería a una única empresa eficiente representativa del mercado, sino que se diferenciaría explícitamente a cada uno de los proveedores de redes móviles en Colombia, obteniendo un cargo de acceso para cada uno de ellos.

Es así que la Comisión reitera que la medida recurrida no se constituye en la implementación de cargos de accesos asimétricos, al no reconocer las particularidades de las redes de **COMCEL** y de sus competidores, sino que consiste en implementar una senda con una reducción acelerada del cargo de acceso percibido por **COMCEL**, con el propósito de que dicho proveedor llegue antes al valor objetivo basado en los costos de un proveedor eficiente, previsto en la Resolución CRC 3136 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya.

Si bien con la implementación de la senda de reducción acelerada para **COMCEL**, en comparación con la senda definida en la Resolución CRC 3136 de 2011 para los proveedores en general, se observa la aplicación dispar del cargo de acceso objetivo de manera transitoria, ello en manera alguna implica la adopción de un esquema de cargos de acceso asimétricos, tal y como es entendido en la teoría regulatoria de las telecomunicaciones. Desde la perspectiva regulatoria, si bien todo esquema de cargos de acceso asimétricos comporta la aplicación de cargos de acceso diferenciales, no siempre que se aplican cargos de acceso diferenciales se está en presencia del esquema de cargos de acceso asimétricos, pues sólo se habrá adoptado

³⁹ AVANTEL no fue incorporado en el análisis, debido a la diferencia tecnológica de su red y a la baja participación de mercado (aproximadamente 0,5%).

este esquema cuando se modelen diferentes redes y de ahí se obtengan diferentes valores de cargo de acceso, lo cual no es el caso.

En este punto de la discusión, es importante traer a colación las diferentes conceptualizaciones que otros organismos reguladores diferentes a esta Comisión así como la misma CRC, organismos internacionales como la OCDE y la literatura económica tienen sobre los cargos asimétricos, situación que pone de manifiesto la diferencia entre estas y la que corresponde a la medida recurrida por **COMCEL**:

El Grupo de Reguladores Europeos (ERG)⁴⁰:

"Economic principles tend to recommend a unique and uniform termination rate, determined with reference to costs incurred by an hypothetical efficient operator, i.e. a termination rate which does not depend on costs effectively incurred by the operators or on their market shares.

(...)

Obligations imposed to fixed or mobiles termination rates raise the following questions: Does TR regulation necessarily imply on a long-term basis TR symmetry or could objective cost differences justify such an asymmetry?

(...)

Cost references may differ: Difference in cost used as price target: What is the cost reference? – the actual (real) cost of each MNO assuming that every MNO must be able to recover their own costs".

Por su parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) en su Acuerdo "Por el cual se aprueba la Resolución por la cual se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (MTZ 2011/2503)" indica que

"aunque pueden existir diferencias de costes objetivas y exógenas al operador que justifiquen en ocasiones la imposición de precios asimétricos"

La OCDE manifiesta que⁴¹:

"In many OECD countries the termination rate is different depending on the mobile network the call terminated in, a so-called asymmetric rate. Some reasons given to have asymmetric rates were that some networks had an earlier start, had enjoyed special benefits, were using different spectrum with a different cost structure, had a lower market share and so forth.

(...)

What if the model shows that different service providers have different cost structures?"

La literatura económica expresa (Stühmeier, 2011)⁴²:

"(...) In the mobile telecommunications markets the European Commission (EU Commission 2009) proposes termination rates to be limited to the incremental costs of providing call termination, so called pure long-run incremental cost (pure LRIC). The costing model should reflect the fact that operators may have different cost structures, which can e.g. be linked to different technical conditions of their networks (...)"

Por su parte, el regulador peruano, Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) dispone⁴³ de un modelo de estimación del cargo de interconexión por terminación de llamadas en la red de cada operador: América Móvil Perú S.A.C., Nextel del Perú S.A., y Telefónica Móviles S.A., en el cual si bien la estructura,

⁴⁰ ERG. ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates. ERG (07) 83 final 080312.

⁴¹ OECD Developments in Mobile Termination, OECD Digital Economy Papers, No. 193, OECD Publishing.

⁴² Stühmeier, Torben. Access Regulation with Asymmetric Termination Costs. Dusseldorf Institute for Competitive Economics, July 2011.

⁴³ Véase www.osiptel.gob.pe.

parámetros y variables son iguales para todos los operadores, para cada uno se alimenta con función de costos propia de cada uno.

Finalmente, esta Comisión, en el documento "Revisión de condiciones de competencia del segmento SMS y MMS", publicado en septiembre del año 2011 sobre el esquema para la fijación de cargos de acceso, se indicó que [a dicha fecha], en Colombia, existían cuatro (4) precios para la remuneración de cargos de acceso de SMS en cuatro (4) relaciones de interconexión establecidos por esta Comisión [vigentes hasta la expedición de la Resolución CRC 3500 de 2011] a través de las resoluciones particulares que resolvieron los diferentes conflictos presentados entre los proveedores, los cuales eran simétricos para cada una de las relaciones de interconexión, es decir, que el cargo de acceso que pagaba, por ejemplo, COMCEL a TIGO era el mismo cargo de acceso que le pagaba TIGO a COMCEL. Sin embargo, estos cargos eran asimétricos frente a las relaciones de interconexión con los demás proveedores, de esta forma, por ejemplo, el cargo de acceso que le pagaba COMCEL a TIGO era diferente al que le pagaba COMCEL a MOVISTAR.

En segunda instancia, habiendo quedado clara la posición desde la cual esta Comisión entiende el modelo de cargos de acceso asimétricos puros, y desde allí la diferencia conceptual entre cargos de acceso simétricos, asimétricos y entre estos y la conceptualización de la medida de reducción anticipada de cargos de acceso, en todo caso es preciso indicar a **COMCEL** que existe literatura económica⁴⁴ que para el caso Europeo encuentra que la regulación asimétrica juega un papel positivo en la penetración de los [operadores] entrantes así como en la competitividad de los mercados móviles europeos. De manera específica, Baranes et al (2011) construyen tres (3) modelos econométricos en los cuales, para el período 2002 – 2006 (25 operadores móviles de Alemania, Italia, España, Francia, Austria, Grecia, Holanda, Reino Unido, Portugal, Suecia e Irlanda) se explica el precio promedio nacional de los servicios móviles (relación entre los ingresos de voz respecto al tráfico de voz) en función de (i) el precio promedio nacional rezagado un período y la tasa de terminación móvil promedio⁴⁵, (ii) el precio promedio nacional rezagado un período, la tasa de terminación móvil promedio y el índice de beneficios para la regulación asimétrica para cada operador entrante⁴⁶ y (iii) el precio promedio nacional rezagado un período, la tasa de terminación móvil promedio, el índice de beneficios para la regulación asimétrica para cada operador entrante, el Índice Herfindahl-Hirschman⁴⁷. El estudio muestra que la regulación asimétrica promueve una estrategia de precios más agresivos entre los diferentes operadores móviles de red [con el consecuente aumento en el bienestar de los consumidores].

En tercera y última instancia, el hecho o la circunstancia respecto a la existencia de ciertas experiencias no exitosas, que según lo indicado por **COMCEL** correspondería a los casos de Ecuador y Perú y la transición europea de cargos asimétricos a simétricos, reiterando por parte de esta Comisión la diferencia entre aquellos y la medida mayorista recurrida, no significa que la imposición de la misma por parte de esta Comisión no tenga sustento bajo las condiciones actuales de competencia del mercado móvil colombiano.

Ahora bien, concluye el texto del Recurrente diciendo que las medidas atadas a medidas regulatorias generales y simétricas han mostrado ser más eficaces para controlar los problemas en el mercado de las telecomunicaciones. Por ello, y para dar tranquilidad y claridad al Recurrente, la medida del artículo 1 de la Resolución 4002 de 2012, puede ser confusa para el Recurrente puesto que parece ser aislada de la medida regulatoria general que da origen a la misma, por ello, para garantizar la claridad y la extensión de la medida, esta comisión aclarará el artículo mencionado, indicando que a partir de la ejecutoria de la presente Resolución, **COMCEL** deberá ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles por lo menos los dos esquemas de cargos de acceso correspondientes al valor final de la Tabla 3 del artículo 8° de la Resolución 1763 de 2007 modificado por el artículo 1° de la Resolución CRC 3136 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya.

⁴⁴ Baranes, Edmond. Ex-ante asymmetric regulation and retail market competition: evidence from Europe's mobile industry. Technology and investment, 2011, 2, 301 – 3010.

⁴⁵ Calculado como la sumatoria de los productos de la tasa de terminación móvil de cada operador por su correspondiente participación de mercado.

⁴⁶ Construido como la sumatoria de las diferencias de las tasas de terminación móvil de los operadores multiplicadas por la participación de mercado de cada uno de ellos.

⁴⁷ Cada modelo econométrico se estima por efectos fijos con mínimos cuadrados ponderados y variables instrumentales, para un total de seis (6) modelos econométricos.

4. Del documento Anexo "Análisis Económico de la actuación particular de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) contra COMCEL":

4.1 Análisis de competencia

4.1.1 Sobre las altas participaciones y la concentración de mercado

Argumenta el autor del documento Anexo escrito por el Señor Juan Oviedo que la "Comisión pone de manifiesto que la alta participación de mercado de COMCEL no es suficiente para constatar su posición de dominio, y que entre otras cosas, monitorea también la evolución de este indicador con el propósito de evaluar la evolución de la competencia en el mercado "voz saliente móvil"⁴⁸.

Por otro lado, el Señor Oviedo considera que "pese a que la Comisión plantea que la alta participación de mercado no es suficiente para constatar su posición de dominio, desde la expedición de las Resoluciones CRT 2062 y 2152, exhibe su preocupación por lo que ocurra con la participación de mercado e identifica todos los análisis realizados por esta Comisión respecto a la participación de mercado de los operadores activos en el mercado "Voz saliente móvil".

Respecto a lo anterior, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que esta Comisión para evaluar la participación del mercado no basa sus análisis y sus argumentos en una sola métrica, lo cual se puede evidenciar desde la caracterización de los mercados relevantes de voz saliente móvil contenidos en el estudio "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" publicado en diciembre de 2008, donde de manera rigurosa la Comisión parametriza la metodología para determinar los proveedores con posición de dominio, teniendo en cuenta criterios económicos, normatividad vigente en el momento de realización del estudio, condiciones inherentes al sector y prospectivas a futuro.

Bajo esta dinámica de análisis, el documento de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia contempla el desempeño de los precios, tráfico y cobertura del servicio de la telefonía móvil y concluye la existencia de un operador dominante cuya participación en el mercado en términos de tráfico, ingresos y suscriptores es de 70%, 60% y 66% respectivamente⁴⁹, lo que permite reafirmar que se utilizan diferentes variables para soportar las conclusiones de esta Comisión frente a determinar las participaciones en el mercado.

Adicionalmente y para dar profundidad a los análisis presentados, la Comisión enfatiza en la existencia de tarifas diferenciales entre las tarifas on-net y off-net asociadas a los planes ofrecidos por los operadores y concluye que en todos los escenarios el operador más grande tiene la tarifa off-net más elevada, a excepción del escenario de tarifa diferencial en modalidad prepago⁵⁰.

En segundo lugar y teniendo en cuenta que de manera particular las Resoluciones CRT 2066 y 2171 de 2009 se contempla que esta Comisión debe verificar trimestralmente el cumplimiento y los efectos de la medida regulatoria en el mercado de "Voz Saliente Móvil" con el objetivo de establecer si habría lugar a mantener la restricción impuesta sobre el diferencial de tarifas off-net y on-net del operador dominante y dando continuidad al estudio "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" donde se identifica el problema de competencia y se determina que el mercado es susceptible de regulación ex ante, la Comisión elaboró un estudio titulado "Diagnóstico del Mercado de Voz Saliente Móvil" publicado en agosto de 2010 para discusión del sector con información disponible hasta la fecha donde se evaluaban los efectos de la medida contenida en las resoluciones citadas referentes al mercado, indagando si habría alguna medida regulatoria que fuese necesaria implementar respecto al mercado y donde se analiza la participación del mercado por operador a nivel de usuarios, Ingresos Promedio por Usuario (ARPU), Ingreso Promedio por Minuto (ARPM), composición del tráfico (on-net y off-net por operador).

⁴⁸ El Señor Oviedo cita para este aparte la Resolución CRC 4002 de 2012, página 13.

⁴⁹ CRC (2008). "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia". Diciembre de 2008. P 41.

⁵⁰ CRC (2008). "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia". Diciembre de 2008. P 41.

En tercer lugar, la Comisión no solamente ratificó la metodología y los parámetros conceptuales aplicados para revisar las diferentes métricas que han sido completamente alineadas y consistentes con los establecidos en el documento "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" que permiten inferir sobre la composición de las participaciones del mercado, sino que además realizó una revisión de las condiciones de competencia del mercado de voz saliente móvil en mayo de 2011 y expuso los resultados de los análisis realizados por esta Comisión en múltiples documentos donde se presentan las participaciones del mercado de "Voz Saliente Móvil" diferenciada por suscriptores, ingresos y tráfico.

Por lo anterior, el Señor Oviedo no puede afirmar que los análisis que ha realizado la Comisión no son lo suficientemente robustos para determinar su posición de dominio en el mercado de Voz Saliente Móvil, máxime cuando no fue ese el objeto de la actuación administrativa, y teniendo en cuenta la evolución de las participaciones en el mismo no solo de suscriptores, sino también que ha calculado con métricas adicionales como ingresos y tráfico y utilizado indicadores adicionales de concentración, para definir las condiciones de competencia del mercado en discusión.

En la Resolución 4002 de 2012 esta Comisión estudió la evolución de los mismos en diferentes momentos del tiempo e incluso analizó factores como la evolución de los precios (incluyendo diferencial on-net/off-net), cobertura, entrada secuencial al mercado, asignaciones de espectro, balance de tráfico, barreras a la entrada normativas y no normativas, entre otros, así como evidencia cuantitativa y cualitativa, lo que demuestra que la CRC no se enfocó solamente en la concentración del mercado, ratificando la rigurosidad de la Entidad para realizar los estudios con fines regulatorios y probando que no restringe sus análisis de manera aislada y parcial, sino que considera todos y cada uno de los criterios establecidos metodológicamente con continuidad. Ello permite reafirmar que la comisión continúa la línea metodología y conceptual establecida desde la definición de mercados relevantes en Colombia.

Adicionalmente, el Señor Oviedo señala que en el año 2011, la Comisión encontraba satisfactorio que la participación de mercado a nivel de usuarios de **COMCEL** se hubiera estabilizado; y que en el año 2012, la Comisión encuentra que se puede concluir que las participaciones de mercado de los operadores se mantienen estables (entre enero de 2011 y septiembre de 2012). Expone el Señor Oviedo que incluso, llega la Comisión a manifestar que la participación de mercado de **COMCEL** se ha incrementado entre marzo de 2008 y el tercer trimestre de 2012.

Por otra parte, el Señor Oviedo resalta que "(...) *aun cuando la Comisión observa que la participación de mercado de COMCEL cae en el periodo 2011-2012 (Gráfica 17. Evolución participación por operador según abonados e ingresos 2011-2012)*⁵¹ la misma insiste en negar que esto ocurra, y escoge una fecha de análisis comparativa a su conveniencia (marzo de 2008) que le permita concluir que la participación de mercado del operador continua incrementándose.⁵² En opinión del Señor Oviedo, el periodo pertinente de análisis correspondería al comprendido entre diciembre de 2008 y junio de 2012, dado que el primer análisis de mercados relevantes que adelantó la Comisión concluyó en diciembre de 2008, y junio de 2012 es la última fecha con información disponible publicada por MinTIC.

De acuerdo con la gráfica en mención, el Señor Oviedo argumenta que "*Incluso, comparando la información de septiembre de 2009, fecha en la que entró a regir la primera fase de las Resoluciones CRC 2066 y 2171 de 2009 con la información de junio de 2012, se puede observar una reducción de la participación de mercado de COMCEL del 8,94%. **Sobra mencionar que la evolución del mercado dista considerablemente de los pronósticos apocalípticos de la CRC según los cuales el mercado será monopolizado por COMCEL***⁵³". Y finaliza diciendo que "(...) *siguiendo los mismos criterios con los que la Comisión analizó las condiciones de competencia del mercado voz saliente fijo y móvil, este mercado estaría cerca a ser considerado como suficientemente competido*".

Concluye de esta manera el Señor Oviedo que

⁵¹ Resolución CRC 4002 de 2012.

⁵² El Señor Oviedo cita para este aparte la Resolución CRC 4002 de 2012, página 42.

⁵³ Oviedo, Juan Daniel. (2012). "Análisis Económico de la actuación particular de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) contra COMCEL. Estudio elaborado para COMCEL. Página 8.

"Aparentemente, la Comisión no considera la disminución de la participación de mercado del operador dominante como un resultado satisfactorio, y por el contrario insiste en que las condiciones de competencia en el mercado se mantienen constantes. Por consiguiente, la Comisión debería dejar claro qué tipo de ponderación le da a las participaciones de mercado y qué ponderación le da a la evolución de las participaciones de mercado al realizar el análisis de competencia en dicho mercado".⁵⁴

Con respecto a lo anterior, debe mencionarse que el análisis reciente realizado por esta Comisión (Resolución 4002 de 2012) para el mercado de "Voz Saliente Móvil", permite establecer que no se encuentra una disminución en la concentración respecto de las anteriores revisiones de mercados relevantes que ha elaborado la Comisión. Por el contrario, se evidencia un incremento en la concentración del mercado en términos de tráfico de **COMCEL**. Como lo ha dicho la Comisión en las resoluciones 2066 y 2171 de 2009, la posición de dominio de **COMCEL** es la suma de múltiples factores, entre otros los asociados a la diferencia en las participaciones de mercado y la diferencia de precios, todo lo cual le ha permitido "cerrar" su red para que el tráfico se quede al interior de su red. La combinación de estos dos factores, el incremento en la participación de mercado a nivel de tráfico, y el incremento en la participación de tráfico *on-net* de **COMCEL**, determinan el crecimiento en la participación de mercado del proveedor dominante.

La Comisión ha llevado sus análisis para determinar la concentración de mercado analizando una serie consistente de información tal y como se manifestó en el documento denominado "Consulta Pública - Escenarios Regulatorios para el Mercado Voz Saliente Móvil" divulgado en diciembre de 2010, el análisis de la participación de mercado por proveedor a nivel de usuarios e ingresos para el período comprendido entre marzo de 2008 y diciembre de 2010, muestra que para ambos indicadores la mayor participación de mercado la ostenta **COMCEL**. La Comisión al realizar el ejercicio de compararlo con otros periodos más recientes (enero del año 2011 y hasta septiembre de 2012) lo que pretende es establecer comparaciones que permitan ver desde diferentes perspectivas temporales la persistente, continua y extremadamente alta participación de mercado de **COMCEL**, conservándose por lo anterior, los supuestos de hecho y derecho que motivaron la determinación de la posición de dominio de proveedor en referencia, aunque, se reitera, no fue este el objeto de la actuación administrativa culminada con la Resolución 4002 de 2012.

Por otra parte, expone el Señor Oviedo que a partir de la información disponible en el *Global Wireless Matrix del Bank of America Merrill Lynch*, "(...) la Comisión señala reiterativamente que el mercado móvil en Colombia es el tercer o cuarto mercado más concentrado del mundo". Sin embargo, argumenta el Señor Oviedo que utilizando la misma información (IHH fuente: Informa Telecoms and Media, 2012) se observa que para una muestra de 205 países, Colombia ocupa el puesto 76 en el escalafón de países según niveles de concentración (Gráfica 1.1-2. Comparativo Índices de Concentración por Usuarios a nivel mundial – 2011⁵⁵). Presentado una mejora, en comparación con la información correspondiente para diciembre del año 2008, pues Colombia se ubicaba en el puesto 69 de 204 países (Gráfica 1.1-3 1.1-3. Comparativo Índices de Concentración por Usuarios a nivel mundial – 2008⁵⁶)

El Señor Oviedo concluye señalando que aun cuando la Comisión puede considerar que existe una muestra de países más adecuada para comparar la concentración del mercado móvil colombiano, "(...) debe aclarar bajo qué parámetros escoge la muestra de países con la que compara a Colombia y el porqué de la elección de dichos parámetros. De lo contrario, debe rectificarse en sus afirmaciones sobre las comparaciones que realiza"⁵⁷.

4.1.1.1. Consideraciones de la CRC

Respecto a este aparte, se debe aclarar que la comparación a la que se llega en el documento "Análisis Económico de la Actuación Particular de la CRC contra COMCEL" elaborado por Juan Daniel Oviedo frente al analizar la concentración (HHI) del mercado a partir de la Fuente Informa Telecoms & Media representa un escenario que no es comparable con la muestra de países empleada por la CRC. Se reitera, tal y como se indicó en la sección 3.3 de este acto administrativo que esta Comisión utiliza una diversa muestra de países empleando como

⁵⁴ Ibidem, p. 8.

⁵⁵ Ibidem, p. 9.

⁵⁶ Ibidem, p. 10.

⁵⁷ Ibidem, p. 11.

parámetros de comparación o de referencia países con niveles de ingresos per cápita similares y superiores a los de Colombia, con mercados móviles en condiciones de competencia y con las mejores prácticas regulatorias aceptadas a nivel mundial.

Conforme a lo anterior, la muestra de países comprende: (i) aquellos pertenecientes a la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)**⁵⁸, caracterizados por su alto nivel de ingreso per cápita, mercados móviles competidos y los mejores estándares de regulación a nivel internacional, (ii) algunos países de la región como Perú, Argentina y Brasil, con nivel medio alto de ingreso per cápita y desarrollos importantes en los mercados móviles, (iii) países con nivel medio alto de ingreso per cápita y diversos grados de desarrollo de los mercados móviles como China, Rusia y Suráfrica, (iv) países con nivel medio bajo de ingreso per cápita y diversos grados de desarrollo de los mercados móviles como India y Filipinas y (v) países con bajo nivel de ingreso per cápita como Bangladesh.

Por el contrario, la comparación que realiza el Señor Oviedo al analizar la concentración del mercado (medida por el IHH) a partir de la fuente *Informa Telecoms & Media* representa un escenario en el cual se enfoca en países de bajo y medio bajo ingreso per cápita y cuya regulación ha permitido en razón a las características geográficas de dichos países, los cuales las mejores prácticas de regulación distan de ser las óptimas, los cuales por supuesto no son comparables con la muestra de países seleccionada por la CRC.

4.1.2 Sobre el nivel de los precios en Colombia

Señala el Señor Oviedo "(...) que los argumentos en cuanto al nivel de precios de la Comisión han sido algo contradictorios"⁵⁹. En este sentido, resalta que en el año 2011, la Comisión en el documento *Revisión de Condiciones de Competencia del Mercado "voz Saliente Móvil"* afirmó:

"Así mismo, se puede observar cómo las reducciones de precios, aún en términos constantes, presentaron mayores reducciones en el año 2007 (mayor tendencia) que en años posteriores. Incluso, se observó como la tendencia de los precios ha tendido a estabilizarse a partir del último trimestre de 2009. (...)"

Este comportamiento es consistente con la curva en forma de "S" que caracteriza la adopción de los servicios y la función de producción de la industria. Tal y como se ilustra en la siguiente gráfica, hay períodos de altos crecimientos con lo que se podrían considerar rendimientos crecientes a escala, para luego llegar a un nivel de saturación y lo que se podría entender como rendimientos decrecientes a escala. En estos últimos, la tasa de crecimiento de los usuarios se reduce notablemente, y así mismo la tasa de reducción de los precios. (...)"

Lo anterior no quiere decir que en el periodo post expansión acelerada haya disminuido la competencia y que al final del periodo la baja tasa de crecimiento del mercado se deba a esto. Es un proceso natural de la industria, y de hecho al agotarse las economías de escala y por ende la posibilidad de reducción de precios, los operadores deberán competir en otras variables (atención al cliente, calidad, portafolio de servicios, etc.) más intensamente que en la variable que hasta el momento ha orientado la competencia: los precios.

La tendencia decreciente sistemática en los precios de telefonía móvil en Colombia ha llevado a que el país presente uno de los precios promedio más bajos del mundo en países con esquemas "el que llama paga" (CPP por sus siglas en inglés), aunque es importante matizar esto al tener en cuenta que el consumo de telefonía móvil para los usuarios tiene un mayor peso como parte del ingreso per cápita que en varios países de región, e incluso se encuentra por encima del promedio de peso relativo para una muestra de 48 países a nivel mundo (NFT)."⁶⁰

Concluye el Señor Oviedo que "(...) no se entiende por qué la Comisión ahora considera como un indicador de falta de competencia la estabilización de los precios, cuando en el año 2011

⁵⁸ Dentro de los países de la OCDE a nivel latinoamericano se encuentran México y Chile.

⁵⁹ Oviedo, p. 11.

⁶⁰ A parte citado en el documento de Oviedo *Ibidem*, p. 12.

consideraba que eso era normal para un mercado que sigue una típica curva de difusión tecnológica en forma de S⁶¹.

4.1.2.1 Consideraciones de la CRC

Respecto de este aparte, se debe aclarar que la conclusión del Señor Oviedo se basa en citas seleccionadas de manera arbitraria, y desconectadas del argumento central de la sección 4.2.1.4 *Evolución de precios en el mercado*⁶². Contrario a lo que sugiere el Señor Oviedo, la Comisión contempla diferentes escenarios que garantizan la neutralidad y amplitud del análisis presentado en dicha sección, dejando en evidencia que la inferencia presentada por el Señor Oviedo acerca de que *"la Comisión considera como un indicador de falta de competencia la estabilización de los precios"*, se soporta en un análisis parcial de la información.

El argumento central de la sección 4.2.1.4 *Evolución de precios en el mercado*, descansa en la revisión de la evolución precios en un escenario de competencia imperfecta:

*"Tal y como se mencionó en el estudio adelantado por la Comisión en el año 2008, aún con las condiciones de competencia imperfecta del mercado "voz saliente móvil", una de sus características es y ha sido la tendencia decreciente en los precios que se ha sostenido casi permanentemente desde el inicio de la telefonía móvil en el país."*⁶³

Desde el inicio de la revisión técnica de las condiciones de competencia, la Comisión consideró la evolución de los precios como una variable importante en dicho análisis (Resolución 2058 de 2009); razón por la cual, de manera reiterada y para un periodo amplio de estudio, la Comisión ha seguido de cerca dicha evolución:

"Así mismo, se puede observar como las reducciones de precios, aún en términos constantes, presentaron mayores reducciones en el año 2007 (mayor tendencia) que en años posteriores. Incluso, se observó cómo la tendencia de los precios ha tendido a estabilizarse a partir del último trimestre de 2009."

De esta manera, dado el alcance técnico de este análisis, la Comisión no ha pasado por alto que la disminución en los precios debe analizarse teniendo en cuenta un esquema amplio de causa y efecto. Al respecto **la Comisión considera en dicha sección dos escenarios importantes:**

Escenario 1. *"(...) los documentos del proyecto "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" como en las Resoluciones que posteriormente constatarían la posición de dominio de Comcel en el mercado voz saliente móvil (Res. CRT 2062 y 2152 de 2009), gran parte de las constantes y en ocasiones dramáticas reducciones de precios en el mercado colombiano han estado mediadas por ganancias notables en usuarios y de esta manera, derivadas en buena parte del aprovechamiento de economías de escala. Esta relación resulta un tanto más evidente en los últimos dos años (2009 y 2010), en los que el mercado ha empezado a saturarse y el volumen total de usuarios en el mercado se empieza a acercar a su tope máximo.*

Inmediatamente después, la Comisión explica cómo este comportamiento es consistente con la curva en forma "S", la cual caracteriza la adopción de los servicios y la función de producción de la industria, hecho que no puede desconocerse (párrafos citados por el Señor Oviedo).

Ello finalmente permite que la Comisión concluya: *"La tendencia decreciente sistemática en los precios de telefonía móvil en Colombia ha llevado a que el país presente uno de los precios promedio más bajos del mundo en países con esquemas "el que llama paga" (CPP por sus siglas en inglés), aunque es importante matizar esto al tener en cuenta que el consumo de telefonía móvil para los usuarios tiene un mayor peso como parte del ingreso per cápita que en varios países de la región, e incluso se encuentra por*

⁶¹ Oviedo, op. cit., p. 12.

⁶² Revisión de Condiciones de Competencia del Mercado "Voz Saliente Móvil", publicado en mayo de 2011.

⁶³ CRC (2011). Revisión de Condiciones de Competencia del Mercado "voz Saliente Móvil". Mayo de 2011. P 27.

encima del promedio de peso relativo para una muestra de 48 países a nivel mundial⁶⁴ (NFT)

Aclarando que en el análisis comparativo específico presentado por esta Comisión se identifica que en Colombia el consumo de telefonía móvil para los usuarios tiene un mayor peso como parte del ingreso per cápita, este análisis es consistente con la afirmación presentada por la Comisión en la "Tabla 1. Condiciones de mercado identificadas" del numeral 3 de la Resolución 4002 de 2012: el Ingreso Promedio por Usuario es consistentemente superior al promedio mundial (con base en una muestra de 47 países).

Escenario 2. Finalmente, otra consecuencia de la reducción de los precios que captura la atención de la Comisión y que el Señor Oviedo pasa por alto (pues no cita en su argumentación el párrafo con el que se finaliza la presentación de argumentos que expuso la Comisión en la sección 4.2.1.4 *Evolución de precios en el mercado*, del documento en mención), advierte que:

*"Otra consecuencia de la reducción sistemática de los precios de servicios móviles de voz en Colombia ha sido que en la actualidad éstos se ubican por debajo de los cargos de acceso. En diciembre de 2008 no se contaba con evidencia que soportara esta afirmación y en la actualidad sí existe tal sustento (...)"*⁶⁵.

Resulta por lo menos llamativo que el Señor Oviedo pase por alto esta afirmación, sobre todo teniendo en cuenta que, de acuerdo con el argumento central de dicha sección, el análisis de la reducción y estabilización de los precios es relevante en un mercado con fallas, sin perjuicio del análisis presentado en el primer escenario. Argumento que se expresa de manera clara en la Resolución 4002 de 2012 donde se identifica "(...) *En principio, se esperaría que precios bajos impliquen potencialmente un alto grado de competencia. Sin embargo, en Colombia estos precios bajos provienen de precios on-net muy bajos y precios off-net considerablemente más altos.*"⁶⁶

En resumen, la conclusión presentada por el Señor Oviedo: *"la Comisión considera como un indicador de falta de competencia la estabilización de los precios"* carece de sustento teniendo en cuenta que la Comisión ha analizado la evolución de los precios, al mismo tiempo que ha identificado los principales aspectos que han llevado a la reducción y estabilización de los mismos y ha presentado de manera reiterada las razones por las cuales dicha evolución es determinante en condiciones de competencia imperfecta en donde, de nuevo, se tienen que analizar de manera simultánea diferentes variables y sus correspondientes interacciones. Del mismo modo, se debe anotar que la Comisión ha sido clara en la presentación de las cifras y en el uso de criterios de comparación para la determinación de la estructura de los mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante.

Como se mencionó en el caso de la concentración, debe precisarse que la estabilización de precios no fue el único elemento que consideró esta Comisión al analizar la falta de competencia efectiva en el mercado, pues se tomaron en cuenta el índice de concentración del mercado, las participaciones absolutas y relativas en el mismo, las barreras de entrada, las externalidades, las barreras de expansión, competencia potencial, y el comportamiento del proveedor en el mercado, poniendo de presente la falla de mercado que representa la externalidad mediada por la tarifa explotada por quien ostenta poder sustancial de mercado – en sí mismo indicativo de la falta de competencia efectiva –, que imposibilita que los usuarios puedan acceder a mejores opciones en términos de ofertas contestables. Así se concluía que en un mercado en tales condiciones, y en presencia de externalidades de red explotadas por el agente dominante, la participación de mercado de las empresas tiene efectos claros sobre el comportamiento y preferencias de los usuarios y, consecuentemente, sobre la competencia.

Por otro lado, según el Señor Oviedo, la Comisión señala:

"(...) que aun cuando los precios en Colombia pueden ser bajos, después de haber señalado lo contrario, esto se debe a que los precios on-net son bajos y los precios off-net altos" (NFT) y cita el siguiente aparte de la Resolución 4002 de 2012:

⁶⁴ CRC (2011). Revisión de Condiciones de Competencia del Mercado "Voz Saliente Móvil". Mayo de 2011. P 28.

⁶⁵ Ibídem, p. 30.

⁶⁶ Resolución 4002 de 2012, p. 41.

"En principio, se esperaría que precios bajos impliquen potencialmente un alto grado de competencia. Sin embargo, en Colombia estos precios bajos provienen de precios on-net muy bajos, y precios off-net considerablemente más altos." (Página 41)

Concluyendo que *"Al respecto es importante destacar, en primer lugar, que de acuerdo con los estudios de la UIT (2012), los precios ajustados por paridad de poder adquisitivo en Colombia, tanto para tráfico on-net como para tráfico off-net son bajos en términos relativos."*⁶⁷

Sobre lo anterior, de nuevo el Señor Oviedo ha seleccionado citas de manera arbitraria y desconectadas de los argumentos presentados por la Comisión. En este sentido, conviene transcribir una sección más amplia que la presentada por el Señor Oviedo:

"De manera puntual, la siguiente tabla detalla las cifras de los precios promedio para Colombia respecto a los países referidos por COMCEL.

De la tabla anterior, se observa que el comportamiento de los precios de Colombia frente a otros países de la región, refleja diversos resultados, puesto que mientras en algunos casos son superiores, en otros son inferiores; sin embargo se encuentra por encima para el promedio latinoamericano. En todo caso, los precios de Colombia se encuentran por encima del promedio a nivel mundial para el período comprendido entre el tercer trimestre de 2010 y el tercer trimestre de 2012, incluyendo las cifras calculadas según la metodología solicitada por COMCEL.

Por otra parte, COMCEL arguye que su alta participación de mercado se debe a sus precios inferiores a los de sus competidores. Sobre este punto, se tiene que el precio promedio de TIGO, medido por medio del ingreso promedio por minuto (ARPM por sus siglas en inglés) es aproximadamente igual al de COMCEL, tanto para el período comprendido entre enero de 2007 y diciembre de 2010 (Gráfica 14) como para el período comprendido entre enero de 2011 y septiembre de 2012 (Gráfica 15).

En principio, se esperaría que precios bajos impliquen potencialmente un alto grado de competencia. Sin embargo, en Colombia estos precios bajos provienen de precios on-net muy bajos, y precios off-net considerablemente más altos. Así, el hecho de que el proveedor con posición dominante tenga la mayor parte de usuarios y de tráfico hace que los usuarios de los demás proveedores deban pagar precios más altos, dado que son quienes mayor cantidad de llamadas realizan hacia el proveedor con posición dominante y puesto que los proveedores competidores difícilmente pueden reducir los precios de las llamadas hacia el proveedor con posición dominante por debajo del cargo de acceso regulado⁶⁸. (NFT)

De nuevo, resulta llamativo que el Señor Oviedo pase por alto estas afirmaciones, sobre todo teniendo en cuenta que el autor afirma que la Comisión señala que aun cuando **"los precios en Colombia pueden ser bajos, después de haber señalado lo contrario, esto se debe a que los precios on-net son bajos y los precios off-net altos."**

Al respecto, parece que la contradicción expuesta por el Señor Oviedo respecto de los argumentos presentados por la Comisión en cuanto al nivel de precios, se debe a que:

1. El Señor Oviedo confunde el análisis de la evolución de precios en el ámbito nacional, donde se identifica el constante decrecimiento de los mismos; con el análisis comparativo de los precios en un ámbito internacional donde, dada la muestra de países seleccionada, los precios en Colombia son altos.
2. El Señor Oviedo hace una interpretación aislada de la información presentada por la Comisión. Tal y como se indicó en el documento *"Revisión de condiciones de competencia del mercado "Voz Saliente Móvil"*, "(...) aun cuando un operador ostente una mejor posición en el mercado debido a decisiones estratégicas acertadas del pasado, si dicha posición implica que está en capacidad de determinar las condiciones de competencia en el mercado, es un

⁶⁷ Oviedo, p. 15.

⁶⁸ Resolución 4002 de 2012, p. 40 - 41.

*operador con posición dominante (...). De esta manera, y sin restarle méritos a un modelo de negocio particular, en los estudios que hace la Comisión para determinar las condiciones de competencia que imperan en un mercado relevante particular debe tenerse en cuenta el estado presente y prospectivo de tales condiciones para los fines regulatorios pro competitivos a que haya lugar*⁶⁹.

Es en el anterior contexto en el que debe ser leída la afirmación: "en Colombia donde los precios bajos provienen de precios on-net muy bajos, y precios off-net considerablemente más altos", afirmación que da cuenta de las estrategias de disminución de precios a través de un alto diferencial de los precios on-net/off-net.

3. El Señor Oviedo infiere, sin tener en cuenta los estudios anteriormente mencionados, que una muestra mayor de países ubicaría a Colombia dentro de un análisis comparativo por debajo de los precios promedio de dicha muestra, y que esta situación sugeriría un mayor grado de competencia.

Al respecto, es importante señalar que si bien el análisis de evolución de los precios es un criterio importante para el estudio de la estructura de mercado, éste no es el único determinante. La Comisión no realiza análisis aislados de los indicadores; por el contrario, la revisión técnica es comprensiva, tal y como se describe en el documento de metodología publicado en desarrollo del proyecto "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" y como quedó plasmado en la Resolución CRT 2058 de 2009, en donde se aclara que el análisis de competencia se desarrolla a partir de varias etapas.

Finalmente, argumenta el Señor Oviedo que el ingreso promedio por usuario de Colombia es menos de la mitad del promedio de países para los que se tiene información disponible (149 países en total), es decir, 102 países más que la muestra de la Comisión (Gráfica 1.2-1. Comparativo de Precios a nivel mundial ARPU/GDP per cápita mensual⁷⁰), que en el caso del ingreso promedio por minuto, el nivel de Colombia es menos de la cuarta parte del promedio mundial cuando se amplía la muestra utilizada por la Comisión (Gráfica 1.2-2. Comparativo de Precios a nivel mundial RPM/GDP per cápita mensual⁷¹) y que en comparación de la totalidad de países de América y Europa Occidental para los que se encuentra información disponible por parte de la UIT, se observa que tanto los precios on-net como off-net de Colombia se encuentran por debajo del promedio para dicha muestra.

Adicionalmente, afirma el Señor Oviedo que se puede observar una correlación positiva entre el HHI y los precios (\$PPP) a nivel global y a nivel América y Europa occidental (Gráfica 1.2-6 Comparativo de precios on-net y off-net ajustados por HHI / Global⁷² y Gráfica 1.2-7. Comparativo de precios on-net y off-net ajustados por HHI América y Europa Occidental⁷³).

Concluye el Señor Oviedo que la Comisión utiliza una muestra de países sesgada, que muestra a Colombia como un país con precios móviles elevadísimos, cuando los precios en Colombia son consistentemente bajos frente a distintos comparativos internacionales.

Respecto a esta conclusión, la Comisión entiende la necesidad de incluir países adicionales para realizar una comparación que permita inferir que el ingreso promedio por usuario (ARPU) y el ingreso promedio por minuto (RPM) en Colombia es bajo frente a los comparativos internacionales. Sin embargo, entiende la Comisión que este ejercicio sí implicaría un análisis sesgado, dado que en la muestra sugerida por el Señor Oviedo no se tendrían criterios de comparabilidad razonables, ni serían representativos de los objetivos de promover la libre competencia que busca esta Comisión. El Señor Oviedo sugiere el aumento de la muestra exclusivamente bajo el argumento de disponibilidad de información.

Respecto a este aparte, se reitera lo mencionado en las consideraciones presentadas por la Comisión en las secciones 3.3 y 4.1.1. de este acto administrativo, en cuanto a que esta Comisión utiliza una diversa muestra de países empleando como parámetros de comparación o de referencia países con niveles de ingresos per cápita similares y superiores a los de Colombia,

⁶⁹ CRC. Revisión de condiciones de competencia del mercado "Voz Saliente Móvil". Mayo de 2011, p. 26.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 13.

⁷¹ *Ibidem*, p. 14.

⁷² *Ibidem*, p. 16.

⁷³ *Ibidem*, p. 17.

con mercados móviles competidos y con las mejores prácticas regulatorias aceptadas a nivel mundial.

Conforme a lo anterior, la muestra de países comprende: (i) aquellos pertenecientes a la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)**⁷⁴, caracterizados por su alto nivel de ingreso per cápita, mercados móviles competidos y los mejores estándares de regulación a nivel internacional, (ii) algunos países de la región como Perú, Argentina y Brasil, con nivel medio alto de ingreso per cápita y desarrollos importantes en los mercados móviles, (iii) países con nivel medio alto de ingreso per cápita y diversos grados de desarrollo de los mercados móviles como China, Rusia y Suráfrica, (iv) países con nivel medio bajo de ingreso per cápita y diversos grados de desarrollo de los mercados móviles como India y Filipinas y (v) países con bajo nivel de ingreso per cápita como Bangladesh.

Por el contrario, la comparación que realiza el Señor Oviedo al analizar la concentración del mercado (medida por el IHH) a partir de la fuente *Informa Telecoms & Media* representa un escenario en el cual se enfoca en países de bajo y medio bajo ingreso per cápita, generalmente, con estructuras monopólicas debido a concesiones de explotación exclusiva, los cuales las mejores prácticas de regulación distan de ser las óptimas, los cuales por supuesto no son comparables con la muestra de países seleccionada por la CRC.

4.1.3 Impacto de la portabilidad numérica

El señor Oviedo señala que, de acuerdo con la "Tabla 1. Condiciones de mercado identificadas" del numeral 3 de la Resolución CRC 4002 de 2012, la Comisión afirma que desde la implementación de la portabilidad numérica móvil en el país no ha generado impactos significativos en las participaciones de mercado y que apenas el 0,30% de los usuarios del mercado ha cambiado de proveedor móvil. Adicionalmente se señala:

"(...) que la Comisión en el documento "Revisión de Condiciones de Competencia del Mercado "Voz Saliente Móvil" afirma que los costos de cambio endógenos del mercado (originados en la diferenciación de tarifas on-net/off-net) amilanaría el posible impacto de la portabilidad numérica móvil en el mercado.

No obstante lo anterior, la Comisión reitera "(...) que la única certeza frente a la implementación de la portabilidad numérica móvil, ordenada mediante la promulgación de la Ley 1245 de 2008, es lo especialmente beneficiosa que resulta para los usuarios, en al menos dos sentidos: 1) reduce costos de cambio y ii) incrementa las condiciones de competencia en el mercado, lo que permite obtener indirectamente mayores beneficios a los usuarios."

Se debe tener en cuenta que el estudio de Value Partners (2009) presentado como documentación soporte a la expedición de la Resolución CRC 2355 de 2010, y que sería retomado posteriormente por la Comisión en diciembre de 2010" encontraba que el efecto comunidad, originado en la diferenciación de precios on-net/off-net tendría un impacto negativo sobre la adopción de la portabilidad numérica por cuanto dicha variable era tomada en cuenta por los usuarios a la hora de decidir portarse o no.

Sin embargo, el comunicado de prensa del 8 de agosto por parte de la Comisión señala que 500.655 usuarios cambiaron de operador un año después del lanzamiento de la misma, superando en un 77% la meta de usuarios portados prevista⁷⁵.

Concluye el Señor Oviedo afirmando que la Comisión sobrestima los efectos del diferencial de precios, y los alegados costos de cambios endógenos que genera, dadas que las proyecciones iniciales del efecto de la portabilidad numérica han sido ampliamente superadas. Según el Señor Oviedo *"Queda en evidencia entonces que al no conocer con certeza el efecto de los diferenciales de precios en el mercado, la Comisión primero supuso que el mercado podría ser monopolizado por COMCEL lo que ha quedado totalmente desvirtuado, y luego que el impacto de la portabilidad numérica en el mercado iba a ser leve, sorprendiéndose por los exitosos resultados de la medida⁷⁶.*

⁷⁴ Dentro de los países de la OCDE a nivel latinoamericano se encuentran México y Chile.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 18.

Finalmente, se pregunta el Señor Oviedo qué reducción considera la Comisión es significativa en tanto que la de **COMCEL** se redujo casi un 8% entre diciembre de 2008 y junio de 2012 y se ha reducido un 8,94% entre la entrada en rigor de la medida regulatoria minorista en septiembre de 2009 hasta junio de 2012. Y se sorprende de que la Comisión siga considerando que las condiciones de competencia en el mercado "voz saliente móvil" hayan desmejorado en comparación con aquellas observadas en diciembre de 2008.

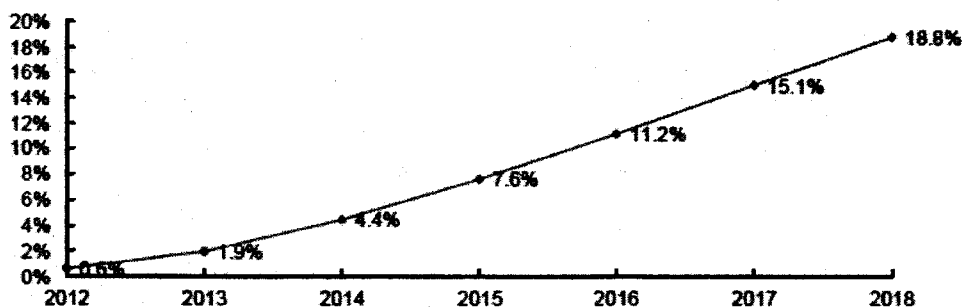
4.1.3.1 Consideraciones de la CRC

Respecto a este punto cabe recordar que los estudios sobre portabilidad numérica en Colombia iniciaron en el año de 2008 mediante la implementación Ley 1245 del mismo año, a partir de la cual se inicia el proceso para establecer la viabilidad de la implementación de la portabilidad bajo las distintas tecnologías disponibles. En ese momento, se contrató a la firma Value Partners para la realización del estudio *"Metodología de estimación y resultados del modelo de costo-beneficio"*, publicado el 22 de diciembre de 2009. Posteriormente, esta Comisión publicó el documento *"Análisis para la Implementación de la Portabilidad Numérica en Colombia"*, documento soporte de la propuesta regulatoria realizada a lo largo del año 2009, que incorporaba resultados del modelo de costo-beneficio estimado por Value Partners. Por otra parte, FEDESARROLLO fue contratado para la realización *"Análisis de los Impactos Cuantitativos y Cualitativos del Marco Regulatorio expedido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones entre 2009 y 2011"*, informe realizado por Fedesarrollo y finalizado en diciembre de 2012.

Estos estudios han permitido a la Comisión entender la factibilidad, conveniencia, condiciones e impacto de la implementación de la portabilidad numérica. La Comisión tiene claro que si bien el Señor Oviedo desconoce los resultados del estudio realizado por FEDESARROLLO acerca de los impactos cualitativos y cuantitativos de la implementación de la portabilidad numérica, sí conoce los demás estudios en mención.

Al respecto, es importante destacar que el estudio sobre el costo-beneficio de la implementación de la portabilidad numérica en Colombia identifica como ejes centrales de la portación: i) la experiencia internacional, ii) las características del mercado local (la tasa churn, componente del servicio prepago, incidencia de usuarios de empresa), y iii) el diseño del proceso de portación a aplicar en Colombia (el tiempo de portación, la simplicidad y comodidad del proceso y el costo del proceso), ejes que permiten identificar las variables utilizadas para la estimación de la curva de adopción de la portabilidad. Adicionalmente, es preciso anotar que la estimación se desarrolló considerando dos hipótesis a partir de las experiencias internacionales: i) Para el primer año, se estimaría el 0,6% de la portación. ii) Para los años siguientes, la curva de adopción sería igual a la de los casos moderados (ver Gráfico 17)⁷⁷.

Gráfico 17. Portabilidad Móvil en Colombia 2012-2018 (% del total de subscriptores)



Fuente: Value Partners 2009.

De esta manera, la estimación de la curva de adopción obedece no solo a variables que representan las características del mercado colombiano, como lo infiere **COMCEL** cuando afirma que "(...) la Comisión nuevamente sobreestima los efectos del diferencial de precios, y los alegados costos de cambios endógenos que genera, por cuanto las proyecciones iniciales de usuarios portados, que tenían en cuenta la estrategia de "efecto comunidad de COMCEL, han

⁷⁷ Metodología de estimación y resultados del modelo costo-beneficio (2009). DNP, MinTic y CRC.

*sido ampliamente superadas*⁷⁸. Es importante señalar que **COMCEL** parece no tener claridad del alcance técnico de los estudios presentados por la Comisión, cuando infiere que ésta sobrestima el efecto del diferencial de precios por cuanto las proyecciones de usuarios portados fueron superadas. **COMCEL** pasa por alto que la estimación de la curva de adopción contempla, como se mencionó anteriormente, la experiencia internacional, las características del mercado local y el diseño del proceso de portación a aplicar en Colombia.

Así, la afirmación del Señor Oviedo no es pertinente, pues resulta de un análisis incompleto de la información presentada por la Comisión, que desconoce la metodología utilizada para estimar la curva de portabilidad en Colombia.

Adicionalmente, el Señor Oviedo sugiere que al *"no conocer con certeza el efecto de los diferenciales de precios en el mercado, la Comisión supone (...) que el impacto de la portabilidad numérica en el mercado iba a ser leve, sorprendiéndose por los exitosos resultados de la medida"*⁷⁹. De nuevo, esta afirmación responde al desconocimiento por parte del Señor Oviedo de la metodología para evaluar la implementación de la portabilidad numérica, donde de manera clara se expone que la estimación y resultados respecto del impacto de la portabilidad numérica responde a un escenario moderado (por encima del escenario menos exitoso "leve" y el más exitoso "alto")⁸⁰. Esto sin perjuicio de expresar en un comunicado de prensa que se superó en un 77% la meta de usuarios portados prevista, del cual no puede seriamente discutirse el impacto incierto que la portabilidad tendrá en la situación de competencia en Colombia, pues una cosa es que el nivel de portabilidad hubiere superado una proyección basada en escenarios moderados –lo cual es cierto–, y otra muy distinta que tal resultado tenga o haya tenido, en sí mismo, un impacto sustancial en la situación de competencia en el mercado, lo cual a todas luces, a hoy, no es el caso.

De nuevo la Comisión advierte:

"(...) que el objetivo de la portabilidad numérica móvil establecida por el legislador ha sido reducir los costos de cambio exógenos, dicha medida aplica igualmente para todos los proveedores de este mercado, por lo que se considera que esta medida es complementaria a aquellas que busquen contrarrestar el efecto de las estrategias de concentración del tráfico on-net e incremento de los costos de cambios endógenos por parte del proveedor con posición dominante.

*Debe precisarse que la falla de mercado constatada por la CRC se origina, no en el costo de cambio exógeno que supone la imposibilidad de portabilidad numérica, sino en los costos de cambios endógenos a que da lugar la diferenciación tarifaria on-net/off-net llevada a cabo por el proveedor dominante. Siendo ello así, no hay razón ni evidencia que permita suponer o asumir que la posibilidad de portabilidad numérica, en sí misma, eliminará la externalidad mediada por la tarifa, en tanto ésta no tiene origen exógeno sino endógeno*⁸¹.

En este sentido, para la Comisión no es clara la pregunta acerca de *"qué reducción considera la Comisión es significativa en tanto la de COMCEL ya se reducido casi un 8% desde diciembre de 2008 hasta junio de 2012 y se ha reducido un 8,94% entre la entrada en rigor de la medida regulatoria minorista en septiembre de 2009 hasta junio de 2012. Y se sorprende que siga considerando que las condiciones de competencia en el mercado "voz saliente móvil" hayan desmejorado en comparación con aquellas observadas en diciembre de 2008. Como lo ha expresado la Comisión de manera reiterada en la Resolución 2058 de 2009, en el documento Revisión de Condiciones de Competencia del Mercado de "Voz Saliente Móvil" y, finalmente, en la Resolución 4002 de 2012:*

*"(...) la CRC en ningún documento de la actuación administrativa particular ha afirmado que la participación de mercado constituya la falla en el mismo*⁸². Es importante resaltar que adicional a la utilización de indicadores de concentración de mercado, para definir las condiciones de competencia del mercado relevante de "Voz

⁷⁸ Oviedo, p. 19.

⁷⁹ Ibídem, p. 18.

⁸⁰ Metodología de estimación y resultados del modelo costo-beneficio (2009). DNP, MinTic y CRC. p. 44.

⁸¹ Resolución CRC 4002 de 2012, p. 70.

⁸² Incluso en la Resolución CRT 2062 de 2009, ante la afirmación de **COMCEL** en el sentido que la sola presencia de la posición dominante en un mercado no es prohibida *per se*, esta Comisión manifestó que compartía dicho argumento.

Saliente Móvil", la CRC estudió la evolución de las mismas en el tiempo e, igualmente, se analizaron factores como la evolución de los precios (incluyendo el diferencial on-net/off-net), cobertura, entrada secuencial al mercado, asignaciones de espectro, balance de tráfico, barreras a la entrada normativas y no normativas, entre otros, así como evidencia cuantitativa y cualitativa".

De esta manera, se reitera que la Comisión no realiza análisis aislados de los indicadores; por el contrario, la revisión técnica es omnicompreensiva, tal y como se describe en el documento de metodología publicado en desarrollo del proyecto "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" y como quedó plasmado en la Resolución CRT 2058 de 2009, en donde se aclara que el análisis de competencia se desarrolla en varias etapas.

Finalmente, **COMCEL** resalta que aunque "(...) la Comisión ha manifestado que es ambiguo el efecto que podrá tener sobre las participaciones de mercado la implementación de esta medida, así como también lo es el efecto que ésta tendrá sobre las tarifas on-net y off-net y, por lo tanto, sobre el aprovechamiento de las externalidades de red que aplica cada operador (...)", es claro que la implementación de la portabilidad numérica móvil busca de manera directa la reducción de los costos de cambio exógenos que benefician directamente al usuario y la Comisión se ha preocupado por determinar el impacto de la implementación de dicha medida. A partir del estudio realizado por FEDESARROLLO identifica que:

"(...) según cifras reportadas por la CRC, la portabilidad acumulada para marzo del año 2012 en Colombia fue de alrededor del 0,64% del total de subscriptores. Esta cifra puede ser aún mayor para el mes de diciembre de este año. Lo que muestra las cifras del programa, ya en marcha, es que los pronósticos portabilidad se han cumplido, ya sea porque: i) los usuarios no estaban conformes con la calidad del servicio ofrecido por el operador antiguo, y ii) ante planes y precios más atractivos, decidieron portar su número. En este aspecto, se observa muy prematuramente que los usuarios de telefonía móvil en Colombia valoran la posibilidad de portación de su número telefónico".

Ahora bien, con respecto a la estrategia de portabilidad numérica emprendida por los tres diferentes operadores móviles, esta puede estar en sintonía con la situación general de mercado y los niveles respectivos de cuota de mercado de cada operador. Con respecto a Comcel/Claro debido a su alta participación en el mercado este tiene la más alta participación de usuarios portados a su red. Esto puede ser explicado por la reducción en los costos de cambio. Un caso que es interesante es el de Tigo, aunque tiene la menor participación en el mercado, ésta tiene una participación relativamente alta en portaciones, que se puede explicar a través de una estrategia comercial emprendida por dicha empresa (ver: Tabla 9).

Tabla 9. Participaciones de portabilidad

Comcel	Movistar	Tigo
52,31%	17,23%	30,46%

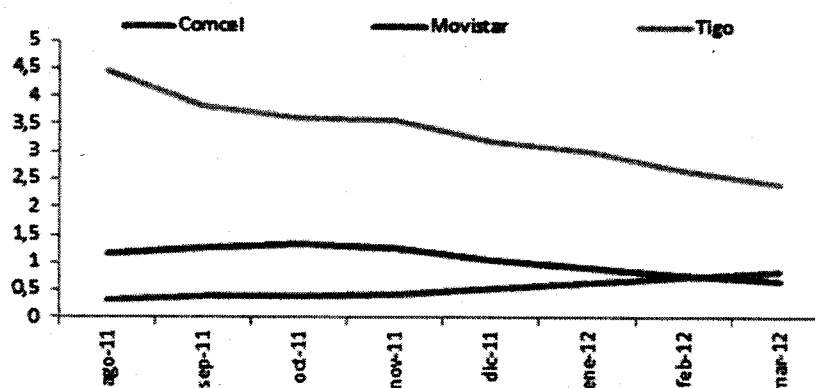
Fuente: CRC

(...) el mercado de telefonía móvil se caracteriza por estrategias de diferenciación por parte de los operadores. Tigo se ha especializado en planes económicos, seguramente destinados a usuarios de más bajos recursos. Por el lado de Movistar se presume en razón a haberse especializado en clientes con mayores disposiciones a pagar, específicamente empresas, mientras que Comcel tiene una estrategia intermedia entre las de sus dos competidores. En este aspecto, cuando se analiza la evolución de la cantidad de números portados por operador y tipo de plan, se observa que en un comienzo la mayor cantidad de números portados en prepago se llevo a cabo en Tigo, siendo consistente con su estrategia de negocio, especializarse en segmentos de menores ingresos. Aunque no hay datos disponibles, es posible que Tigo en un

comienzo le haya quitado usuarios de prepago a Comcel específicamente. A partir de noviembre de 2011, Comcel posiblemente como estrategia se enfocó en recuperar parte de los usuarios que perdió en el período anterior. Por otro lado, cuando se analiza la portabilidad por el lado de planes postpago, la situación es parecida pero ahora los protagonistas son Movistar y Comcel. (...)

En la misma línea, cuando se analizan las participaciones de usuarios portados de cada operador con respecto a su participación en el mercado de telefonía móvil, se encuentra efectivamente que Tigo en un comienzo tomó una estrategia comercialmente más agresiva para atraer usuarios de prepago de otros operadores. Sin embargo, con el paso del tiempo se observa que este indicador para los tres operadores esta convergiendo a 1, lo cual implica que en el largo plazo la estructura de mercado se mantendrá idéntica a la estructura anterior a la implementación del programa de portabilidad. La convergencia a 1 se debe al rol que ha desempeñado en los últimos meses Comcel de recuperar el terreno perdido en los primeros meses del programa de portabilidad numérica (ver: Gráfico 21).

Grafico 21. Portabilidad relativa a la participación del mercado



Fuente: Fedesarrollo

A manera de resumen, en términos de competencia se observa que a la fecha los beneficios de la portabilidad han sido neutros en cuanto a la estructura de participaciones del mercado. Las participaciones del mercado, en número de usuarios, se han mantenido estables en los últimos meses. Por otro lado, un hecho que es importante resaltar es que las metas de portabilidad se han cumplido con lo trazado en los estudios previos sobre portabilidad en el país. Esto puede ser explicado por una subestimación de la inconformidad alta del servicio prestado por los operadores, donde los altos costos de cambio generaban que los beneficios de cambiar a un mejor operador fuesen negativos. Igualmente, se puede explicar por una política de reducción de tarifas por parte de los operadores para retener a los potenciales portadores (...)⁸³.

Teniendo en cuenta que el análisis de la Comisión es mucho más amplio de lo que el Señor Oviedo sugiere, se concluye que las afirmaciones del operador desconocen la complejidad de la evaluación técnica acerca de la implementación de la portabilidad numérica.

4.1.4 Concentración de tráfico:

El Señor Oviedo expone los argumentos utilizados por la Comisión sobre la posibilidad de **COMCEL** de afectar significativamente las condiciones de competencia en el mercado "voz saliente móvil" a partir de la concentración de tráfico alrededor de su propia red. Con lo anterior el proveedor expone:

- La Comisión encuentra una "Consistente concentración del tráfico on-net en la red de COMCEL", Tabla 1. Condiciones de mercado identificadas, del numeral 3 de la Resolución 4002 de 2012.

⁸³ P. 56 -61.

- *Así mismo, la Comisión rechaza la argumentación de COMCEL en relación con la elevada concentración de tráfico de los usuarios prepago de Telefónica Móviles en la medida en la que los usuarios de COMCEL generan una cantidad adicional de tráfico frente a los usuarios de los otros proveedores tanto a nivel prepago como pospago y en promedio también reciben más tráfico que los usuarios de la competencia.*

"Al respecto es pertinente señalar, en primer lugar, la importancia que le da la Comisión a un incremento de 0,56% en la concentración de tráfico on-net, e ignora la relevancia de una reducción de más de 7% en la participación de mercado del operador. Nuevamente, la ponderación que le da la Comisión a unas y otras variables es desconcertante."

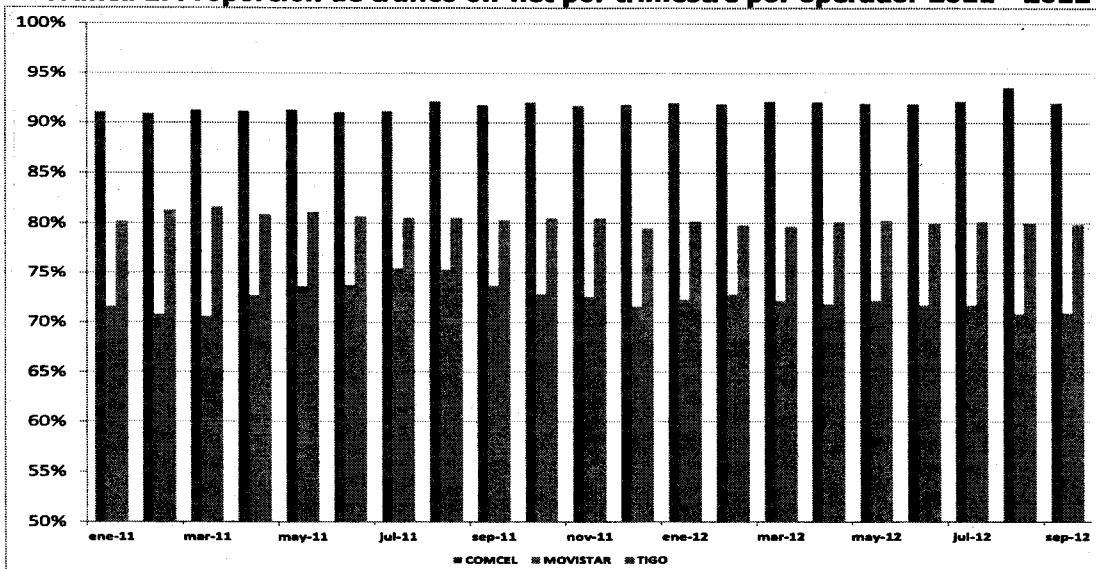
Sobre lo anterior, esta Comisión reitera y tal como lo plasmó en la Resolución CRC 4002 de 2012 al comparar las cifras de participaciones de mercado para un período más amplio al tomado para los análisis del documento Revisión de condiciones de competencia del mercado "voz saliente móvil" considerando el periodo (marzo de 2008 hasta el tercer trimestre de 2012), se evidencian incrementos en todas las métricas de participaciones de mercado, excepto para la participación de mercado de COMCEL medida en términos de usuarios que pasó del 66,20% al 61%. La participación de mercado analizada mediante la variable de tráfico creció del 70% (aproximadamente) al 73,82%. Por su parte, la restante variable de participación de mercado, indica que **COMCEL** aumentó su concurrencia en los ingresos del mercado, al pasar de un 62,70% a 66,49%. Las situaciones descritas reflejan un desequilibrio no deseable en el mercado relevante, ya que el hecho que la concentración se estabilice no desvirtúa ni la posición de dominio de **COMCEL** ni la existencia de las fallas de mercado; por el contrario, sugiere una consolidación de la falta de competencia efectiva en el mercado. En cualquier caso, el hecho de que existan usuarios que, estando abonados a **COMCEL**, hayan migrado a otros operadores, no desvirtúa la existencia de la falla de mercado, lo cual es insuficiente para cambiar sustancialmente las condiciones de competencia en el mercado, mucho menos cuando la participación medida en otros indicadores (ingresos y tráfico) muestran un alza a favor de **COMCEL**.⁸⁴

Es concluyente, como se ha reiterado a **COMCEL**, que para determinar las participaciones en el mercado y determinar la concentración del mismo esta Comisión analiza tres métricas diferentes (abonados en servicio, tráfico e ingresos) de participaciones de mercado de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, definido con un ámbito geográfico nacional, para el periodo comprendido entre marzo de 2008 y septiembre de 2012, lo que permite establecer, sin reparo alguno que las participaciones de mercado entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles en Colombia siguen siendo desiguales en comparación con las que se pueden observar en la mayoría de los casos a nivel internacional y en mercados con competencia efectiva.

Por otra parte, esta Comisión reitera que adicionalmente a los indicadores anteriormente mencionados para analizar la concentración de mercado y precisar las condiciones de competencia del mercado relevante de "Voz Saliente Móvil", la CRC estudió la evolución de los mismos en el tiempo e, incluso, se analizaron factores como la evolución de los precios teniendo en cuenta el diferencial on-net/off-net), cobertura, entrada secuencial al mercado, asignaciones de espectro, balance de tráfico, barreras a la entrada normativas y no normativas, entre otros, así como evidencia cuantitativa y cualitativa.

Al analizar las proporciones de tráfico para el periodo enero de 2011 a septiembre de 2012 se observa que **COMCEL** es el proveedor con mayor concentración de tráfico on-net, proporción que sostuvo una tendencia constante y que solo disminuyó 1,58% del segundo al tercer trimestre de 2012.

⁸⁴ Resolución CRC 4002 de 2012, p. 44.

Gráfica 1. Proporción de tráfico on-net por trimestre por operador 2011 - 2012

Fuente: Cálculos CRC.

Por otra parte, el Señor Oviedo afirma que "(...) los indicadores prepago y pospago de concentración son muy similares para los operadores COMCEL y Telefónica Móviles, no así para Colombia Móvil, quien cuenta con un mejor indicador a nivel prepago, y un peor indicador para pospago, con diferencias considerables frente a su competencia en ambos indicadores.

Al respecto, es necesario precisar que la Comisión realiza análisis de la evolución del mercado teniendo en cuenta las opciones por las cuales los proveedores ofrecen los servicios a los usuarios, sin embargo, el mercado relevante no se define por prepago y pospago. El diferencial de precios on-net/off-net se da nivel general y no discrimina por esta modalidad para ofrecer los servicios.

Frente a este punto, el Señor Oviedo le solicita a la Comisión que le aclare a la Superintendencia de Industria y Comercio que "los demás operadores del mercado no concentran sus llamadas terminadas fuera de su red, sino todo lo contrario, las concentran al interior de sus redes. El malentendido, que la Comisión no se ocupa de aclarar, lo incorpora la Comisión a la Resolución". Argumenta el Señor Oviedo que "la Comisión presenta la concentración de tráfico on-net de **COMCEL** en el mercado como excepcional y atípica, (...) señal de un comportamiento alejado de la realidad del mercado por parte de **COMCEL**, cuando la realidad es que los tres operadores móviles cuentan con indicadores similares de concentración de tráfico, máxime cuando se ajustan por participaciones de mercado".

De acuerdo a la anterior afirmación realizada por el señor Oviedo, debe tenerse en cuenta que esta Comisión evidencia del análisis de la evolución de tres métricas diferentes (abonados en servicio, tráfico e ingresos) de participaciones de mercado de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, definido con un ámbito geográfico nacional, para el período comprendido entre marzo de 2008 y septiembre de 2012, permite concluir, sin duda alguna, que las diferencias en las participaciones de mercado entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles en Colombia siguen siendo atípicas en comparación con las que se pueden observar en la mayoría de los casos a nivel internacional y en mercados con competencia efectiva, haciéndose evidente de esta manera que la conclusión de **COMCEL** se basa en citas seleccionadas de manera errónea.

Por otra parte, expone el Señor Oviedo que "(...) es pertinente recordar que la preocupación de la Comisión se origina en el supuesto que los tráficos deben ser balanceados (...). Supone la Comisión que si esto no ocurre es por la introducción de precios diferenciados, estrategia que genera las externalidades mediadas por tarifas. **Este supuesto se hace con el propósito de simplificar el desarrollo de los modelos, más (sic) no por considerar que sea esta la realidad en el mercado.**"

Ahora bien, de manera específica respecto al cuestionamiento del Señor Oviedo frente al supuesto "de la Comisión en el cual los tráficos deben ser balanceados y que si esto no ocurre, es por la introducción de precios diferenciados, estrategia que genera las externalidades

mediadas por tarifas" esta Comisión reitera, tal como se estableció en la Resolución 4002 de 2012, que si bien la diferenciación de precios on-net/off-net es una estrategia que *per se* no puede ser catalogada como contraria a la competencia, ya que en muchos casos las tarifas on-net y off-net son diferentes, cuando dicha práctica es ejercida por el proveedor que tiene posición dominante en el mercado (con alta y persistente participación en el mismo), que ostenta el poder de mercado asociado a la dominancia, y que cuenta con una elevada concentración de tráfico on-net (efecto club), derivada del alto diferencial de precios on-net/off-net, se configura la falla de mercado que imposibilita el funcionamiento eficiente del mercado y por ende afecta el bienestar de todos los usuarios del mismo.

Cuando esta Comisión se refiere a que el diferencial de precios on-net/off-net, se configura en "falla de mercado", se traduce a partir de la acción en que el proveedor con posición dominante es más atractivo para los usuarios, dado que las llamadas entre los usuarios de la misma red son más económicas creando externalidades de red medidas por la tarifa, hecho que es totalmente contrario a las condiciones de un mercado en competencia, donde los usuarios escogen libremente su proveedor, hay transparencia en los precios, calidad de servicio y atención y una movilidad constante de usuarios entre uno y otro proveedor siendo una práctica real del mercado y no con el propósito de simplificar el desarrollo de los modelos como lo afirma el Señor Oviedo.

En tal sentido, la Resolución 4002 de 2012 se concentra en que las medidas adoptadas por esta Comisión respondan a la falla de mercado detectada y sus efectos sean proporcionales a la misma, en la medida en que permitirán romper el efecto club derivado de la explotación de la externalidad mediada por la tarifa que efectúa **COMCEL**, promoviendo la competencia en el mercado relevante y aumentando el bienestar de los consumidores de los servicios móviles ofrecidos en tal mercado.

Por otra parte, señala **COMCEL** *"En este sentido, Gabrielsen y Vaagstad (2008) y Hoernig, Inderst y Valletti (2011) señalan que la mayoría de las comunicaciones de los usuarios a través de redes de telecomunicaciones está destinada a una pequeña fracción de usuarios como parte del total de usuarios conectados, siendo estos principalmente amigos y familia. A partir del modelo desarrollado, Hoernig et al (2011) llegan a la conclusión que patrones de llamada concentrados también contribuyen a explicar el desbalance de tráfico on-net y off-net, y más importante aún, que este tipo de comportamientos reduce el efecto de la externalidad mediada por tarifas."*⁸⁵ (NFT)

El Señor Oviedo afirma que:

"la Comisión podría determinar si existe un sesgo en la probabilidad de llamar a uno y otro usuario, solicitando información a todos los operadores sobre consumos de usuarios discriminando por número de destino y determinando la frecuencia con la que un usuario promedio llamada a un conjunto de usuarios en particular (desagregado a nivel prepago y pospago).

"(...) Argumenta la Comisión que la distribución de usuarios por clubes al interior de una misma red ocurre por la diferenciación de precios on-net y off-net de esta manera, por cuenta de la existencia de un diferencial de precios on-net/off-net, los usuarios escogen pertenecer a la misma red. Por esto, en la medida en la que corrija la distorsión de precios, esto no debería ocurrir y los usuarios se podrían cambiar de operador independientemente de que su club no lo haga, generando fluidez en el mercado.

*Al respecto es importante mencionar amplia literatura que se ha desarrollado tratando de explicar las decisiones de consumo de los usuarios (...)"*⁸⁶.

Sobre lo anterior, esta Comisión identifica que es precisamente **COMCEL** quién apalancado en su posición dominante tiene el incentivo para imponer un alto diferencial de precios on-net/off-net y dado el efecto club y su tamaño frente al total del mercado, la probabilidad de que la llamada termine en su red es alta. Lo anterior va en detrimento no sólo de sus propios usuarios sino de los usuarios de todo el mercado en razón a la pérdida de bienestar económico al no

⁸⁵ Ibídem, p. 24.

⁸⁶ Ibídem, p. 25.

generar llamadas hacia usuarios de otras redes. De manera concomitante, los usuarios de los operadores competidores de **COMCEL** ven disminuido su bienestar porque no reciben llamadas de los usuarios de **COMCEL**, perdiéndose el concepto de red propio de las telecomunicaciones. En este sentido, es deber del regulador, eliminar todas y cada una de las barreras que impiden la competencia efectiva, situación contraria a lo que actualmente caracteriza al mercado, donde la imposición de dichas barreras es el objetivo del operador con posición dominante. En este sentido y tal como lo establece (Elliott 2008), se evidencia que el diferencial on-net y off-net de tarifas tienen un impacto dramático en la dinámica de mercado, lo que induce a que las diferencias de precios on-net/off-net sean anticompetitivas.

Bajo esta circunstancia esta Comisión nunca ha desconocido que las preferencias de los usuarios "pueden deberse al gusto particular de cada uno", pero en ningún caso pueden o deben ser sujetos a regulación ex ante⁸⁷.

4.1.5 Conclusiones

Plantea **COMCEL** que las medidas regulatorias propuestas por la Comisión son desproporcionadas frente a la magnitud del problema de competencia en el mercado, en particular si se ha podido mostrar que las condiciones de competencia han mejorado con relación a las que la Comisión observó en el periodo 2008-2009.

Y concluye **COMCEL** que "(...) sin tener información completa para caracterizar las preferencias de los consumidores, la Comisión no se encuentra en capacidad de encontrar las medidas regulatorias pertinentes y PROPORCIONALES en relación con las VERDADERAS condiciones del mercado relevante de voz saliente móvil.⁸⁸

4.1.5.1 Consideraciones de la CRC

De acuerdo con lo establecido en la revisión del capítulo: *Análisis de competencia* del documento *Análisis Económico de la actuación particular de la Comisión de Regulación de Comunicaciones contra COMCEL*, y acorde con las conclusiones presentadas en este, se establece:

1. Frente a la afirmación del Señor Oviedo acerca de que *"La concentración de mercado medida a nivel de usuarios ha caído ostensiblemente entre diciembre de 2008, fecha de finalización del primer estudio de mercados relevantes adelantado por la CRC, y septiembre de 2012. Colombia no se destaca ni siquiera dentro del primer cuartil de mercados móviles más concentrados en el mundo"*.

Recapitulando lo expuesto en la sección 4.1.1, esta Comisión reafirma que y tal como lo estableció en las motivaciones que dieron origen a la Resolución CRC 4002 de 2012 la posición dominante de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil" que motivan las medidas regulatorias que permiten corregir las fallas en el mercado, por lo tanto la CRC ha tenido en cuenta la evolución de las participaciones en el mercado no solo por la evolución de los suscriptores, sino también ha tenido en cuenta métricas adicionales como ingresos y tráfico utilizando indicadores adicionales de concentración, para definir las condiciones de competencia del mercado en discusión, esta Comisión estudió la evolución de los mismos en diferentes momentos del tiempo e incluso, se analizaron factores como la evolución de los precios (incluyendo diferencial on-net/off-net), cobertura, entrada secuencial al mercado, asignaciones de espectro, balance de tráfico, barreras a la entrada normativas y no normativas, entre otros, así como evidencia cuantitativa y cualitativa en las consideraciones de la Resolución CRC 4002 de 2012.

2. Frente a la afirmación del Señor Oviedo acerca de que *"La participación de mercado medida a nivel de usuarios de COMCEL ha caído en el periodo mencionado a tasas cercanas a lo que la Comisión considero suficiente para determinar que algunos mercados municipales fijos y móviles fueran considerados competidos"*.

⁸⁷ Ibídem, p. 35.

⁸⁸ Oviedo, p. 28-29.

Frente a esta afirmación, como se expuso en la sección 4.1.1, debe considerarse que en algunos municipios del país, **COMCEL** es el único proveedor que presta el servicio de voz saliente móvil, situación que podría ser catalogada como de monopolio. Sin embargo, se recalca que el mercado relevante de "Voz Saliente Móvil" ha sido definido con un ámbito geográfico nacional, por lo que es sobre este ámbito y no otro (región, departamento, municipio, etcétera), que la Comisión realiza sus análisis de mercado y toma medidas regulatorias en caso de ser necesario. En todo caso, las particularidades propias del mercado móvil difieren de otros mercados, razón por la cual aquellas consideraciones de un mercado bien podrían no aplicar en otros. En este sentido, mal puede pretender el Señor Oviedo **COMCEL** que eventuales medidas de voz saliente (fija y móvil) de larga distancia nacional sean trasladadas directamente al mercado de voz saliente móvil, cuando es evidente que los dos mercados tienen características propias que los difieren, como por ejemplo, que el primero incorpora el efecto de sustituibilidad entre fijo y móvil, hecho que dista del segundo mercado.

3. Frente a la afirmación del Señor Oviedo acerca de que *"Los precios on-net, off-net y promedio de servicios móviles en Colombia son bajos comparativamente a nivel mundial (una muestra suficientemente grande, y no de sólo 47 países), tanto ajustados por precios de paridad de compra, como cuando se calculan como proporción del ingreso per cápita"*.

De acuerdo con lo establecido en la sección 4.1.2 del presente documento, para la Comisión es evidente la necesidad del Señor Oviedo incluir países adicionales para realizar una comparación que permita inferir que el ingreso promedio por usuario (ARPU) y el ingreso promedio por minuto (RPM) en Colombia es bajo frente a los comparativos internacionales. Sin embargo, para la Comisión este ejercicio si implicaría un análisis sesgado, dado que los criterios de comparabilidad entre 149 países (muestra sugerida por **COMCEL** dada la disponibilidad de la información en dichos países) no son representativos de los objetivos de promover la libre competencia que busca esta Comisión.

Respecto a este aparte, se reitera que esta Comisión utiliza una diversa muestra de países empleando como parámetros de comparación o de referencia países con niveles de ingresos per cápita similares y superiores a los de Colombia, con mercados móviles competidos y con las mejores prácticas regulatorias aceptadas a nivel mundial.

Conforme a lo anterior, la muestra de países comprende: (i) aquellos pertenecientes a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁸⁹, caracterizados por su alto nivel de ingreso per cápita, mercados móviles competidos y los mejores estándares de regulación a nivel internacional, (ii) algunos países de la región como Perú, Argentina y Brasil, con nivel medio alto de ingreso per cápita y desarrollos importantes en los mercados móviles, (iii) países con nivel medio alto de ingreso per cápita y diversos grados de desarrollo de los mercados móviles como China, Rusia y Suráfrica, (iv) países con nivel medio bajo de ingreso per cápita y diversos grados de desarrollo de los mercados móviles como India y Filipinas y (v) países con bajo nivel de ingreso per cápita como Bangladesh.

Por el contrario, la comparación que realiza el Señor Oviedo al analizar la concentración del mercado (medida por el IHH) a partir de la fuente Informa Telecoms & Media representa un escenario en el cual se enfoca en países de bajo y medio bajo ingreso per cápita en los cuales las mejores prácticas de regulación distan de ser las óptimas, los cuales por supuesto no son comparables con la muestra de países seleccionada por la CRC.

4. Frente a la afirmación del Señor Oviedo acerca de que *"Los resultados del primer año de implementación de portabilidad numérica sobrepasaron en un 77% las expectativas de la Comisión, demostrando que los costos de cambio, endógenos y/o exógenos, son inferiores a los inferidos por la CRC."*

De acuerdo con lo establecido en la sección 4.1.3 del presente documento, el Señor Oviedo pasa por alto que la estimación de la curva de adopción contempla la experiencia

⁸⁹ Dentro de los países de la OCDE a nivel latinoamericano se encuentran México y Chile.

internacional, las características del mercado local y el diseño del proceso de portación a aplicar en Colombia, siendo este último, un factor decisivo para el éxito de la misma. De esta forma la conclusión presentada por **COMCEL** no es pertinente, pues esta resulta de un análisis incompleto de la información presentada por la Comisión donde se desconoce la metodología utilizada para estimar la curva de portabilidad en Colombia.

Se aclara que el objetivo de la portabilidad numérica móvil establecida por el legislador es reducir los costos de cambio exógenos. Además de

"(...) precisarse que la falla de mercado constatada por la CRC se origina, no en el costo de cambio exógeno que supone la imposibilidad de portabilidad numérica, sino en los costos de cambios endógenos a que da lugar la diferenciación tarifaria on-net/off-net llevada a cabo por el proveedor dominante. Siendo ello así, no hay razón ni evidencia que permita suponer o asumir que la posibilidad de portabilidad numérica, en sí misma, eliminará la externalidad mediada por la tarifa, en tanto ésta no tiene origen exógeno sino endógeno"⁹⁰.

5. Frente a la afirmación del Señor Oviedo acerca de que *"La concentración de tráfico on-net de **COMCEL** está alineada con la concentración de tráfico de los demás operadores en el mercado móvil, por lo que no es un comportamiento que demuestre un proceder del operador independiente de su competencia."*

Frente a la afirmación del Señor Oviedo acerca de que *"El patrón de tráfico de usuarios móviles no es balanceado en tanto el tráfico cursado no responde a una distribución de probabilidad uniforme, sino que los usuarios llaman con mayor frecuencia a su círculo social cercano, que con una alta probabilidad puede estar vinculado al mismo operador. Por lo anterior, no debe ser motivo de tanta preocupación la concentración observada en Colombia."*

De acuerdo con las conclusiones expuestas, considera la Comisión que el Señor Oviedo olvida el análisis presentado en el documento *Revisión de condiciones de competencia del mercado "Voz Saliente Móvil"*, donde se explica claramente la importancia de la revisión de la condiciones de competencia (los diferenciales tarifarios, la concentración del mercado, así como el desbalance en el tráfico cursado) en un mercado con un operador con posición de dominio:

"La diferenciación de precios on-net y off-net genera una diferenciación de redes, que puede ser utilizada como una herramienta válida de competencia ya que la misma procura mantener a salvo la base de usuarios propia y, por ende, es entendible el proceder de operadores que con bases de usuarios más pequeñas, procuran generar su propio club. Sin embargo, la profundización de una estrategia como ésta, que lleve a que desaparezca el tráfico off-net, tanto en modalidad prepago como pospago, podría hacer que las redes dejen de ser sustituibles entre sí y que, por lo tanto, en vez de tener un mercado móvil con tres oferentes, se tengan tres mercados móviles independientes, cada uno servido por cada uno de los operadores, situación bastante plausible si se tienen en cuenta los niveles de madurez del mercado, donde la población no atendida representa ahora una porción marginal del total del mercado".

Por el contrario de lo que infiere **COMCEL**, esta es una situación preocupante.

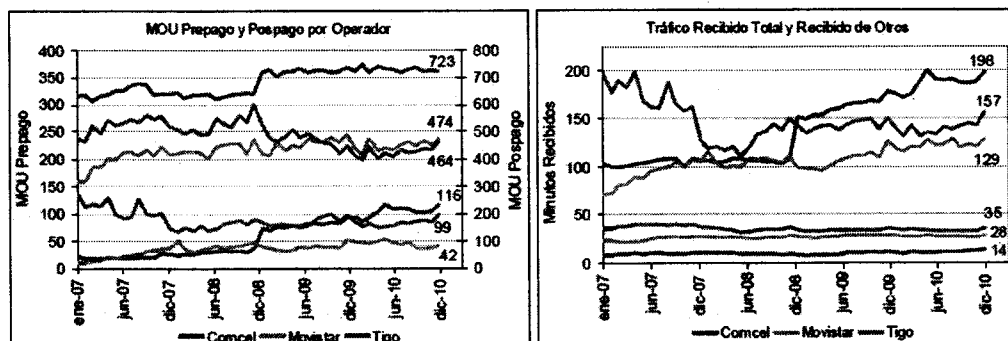
En la Gráfica 30. Tráfico originado por operador por modalidad de pago y minutos recibidos en promedio se puede observar como menos del 10% del tráfico recibido por los usuarios de Comcel se debe a tráfico de otras redes (14 minutos de 198 recibidos en total en promedio) por lo que si las otras redes, y los otros usuarios, dejaran de participar en el mercado, los usuarios de Comcel no se verían impactados en el corto plazo.

Caso contrario ocurre con los usuarios de Colombia Móvil y Telefónica Móviles, para quienes el 22% del tráfico recibido proviene de otras redes.

⁹⁰ Resolución 4002 de 2012. P 70.

Incluso, se puede observar cómo en promedio los usuarios prepago de Telefónica Móviles presentan el indicador más bajo de minutos originados sobre minutos recibidos, 0,33, frente 0,59 y 0,63 de Comcel y Colombia Móvil respectivamente.

Grafico 30. Tráfico originado por operador por modalidad de pago y minutos recibidos en promedio



Fuente: CRC

Lo anterior, explica claramente porqué Comcel puede actuar con mayor independencia de sus competidores y los usuarios de éstos, mientras que no se puede decir lo mismo de Movistar y Colombia Móvil.⁹¹

6. Frente a la afirmación del Señor Oviedo acerca de que "Los diferenciales de precios on-net/off-net no son la única variable que tienen en cuenta los usuarios para elegir un operador, y en Colombia no existe una medición que permita comparar el impacto en los efectos de red de los diferenciales de precios, la lealtad de marca, el conformismo, el impacto de decisiones anteriores o la importancia que se le da a las decisiones de suscripción de otros usuarios del círculo cercano."

De nuevo se reitera al Señor Oviedo que esta Comisión para evaluar las condiciones de mercado no fundamenta sus análisis y sus argumentos en una sola métrica, esto se puede evidenciar desde la caracterización de los mercados relevantes de voz saliente móvil contenidos en el estudio "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" publicado en diciembre de 2008 donde de manera rigurosa la Comisión estandariza la metodología para determinar los proveedores con posición de dominio donde se tuvieron en cuenta criterios económicos, normatividad vigente en el momento de realización del estudio, condiciones inherentes al sector y prospectivas a futuro.

Nunca ha asegurado la Comisión que *los diferenciales de precios on-net/off-net son la única variable que tienen en cuenta los usuarios para elegir un operador*, por el contrario en el documento *Revisión de condiciones de competencia del mercado "Voz Saliente Móvil"*, en la sección 4.2. *Análisis de Condiciones de Competencia* la Comisión analiza los costos de cambio endógenos (costos de cambio que se refieren a la fidelización de clientes, por ejemplo, cuando el usuario llama a números promocionales, en los que no hay un cobro adicional⁹²) y los costos de cambio exógenos (costos de transacción asociados al cambio de proveedor de servicio, por ejemplo, portabilidad numérica, transparencia de los planes tarifarios, lealtad de marca) concluyendo la Comisión que si bien se han reducido los costos de cambio por acción regulatoria, algunos costos persisten en su razón a su naturaleza⁹³.

7. Frente a la afirmación del Señor Oviedo acerca de que "sin tener información completa para caracterizar las preferencias de los consumidores, la Comisión no se encuentra en capacidad de encontrar las medidas regulatorias pertinentes y PROPORCIONALES en relación con las VERDADERAS condiciones del mercado relevante de voz saliente móvil".

⁹¹ CRC (2011). *Revisión de condiciones de competencia del mercado "Voz Saliente Móvil"*. Mayo de 2011. P 58-59.

⁹² CRC (2009). *Análisis para la Implementación de la Portabilidad Numérica en Colombia*. Diciembre de 2009. P 6.

⁹³ CRC (2011). *Revisión de condiciones de competencia del mercado "Voz Saliente Móvil"*. Mayo de 2011. P 35.

Considera esta Comisión que no puede el Señor Oviedo desvirtuar el análisis realizado por la Comisión respecto a la evaluación de las condiciones de mercado, afirmando que la Comisión no se encuentra en capacidad de encontrar las medidas regulatorias pertinentes dado que no conoce las VERDADERAS condiciones del mercado, esta Comisión no fundamenta sus análisis y sus argumentos en una sola métrica, como se ha reiterado de manera continua, esto se puede evidenciar desde el estudio realizado por la Comisión para la caracterización de los mercados relevantes de voz saliente móvil contenidos en el estudio "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" publicado en diciembre de 2008, donde de manera rigurosa la Comisión estandariza la metodología para determinar los proveedores con posición de dominio donde se tuvieron en cuenta criterios económicos, normatividad vigente en el momento de realización del estudio, condiciones inherentes al sector y prospectivas a futuro, hasta la primera revisión del mercado móvil, unos cuyos insumo es el estudio *Revisión de condiciones de competencia del mercado "Voz Saliente Móvil"*, donde se identifican de manera clara y extensa las condiciones de competencia de dicho mercado.

En estos estudios se identifica que es precisamente **COMCEL** quién apalancado en su posición dominante tiene el incentivo para imponer un alto diferencial de precios on-net/off-net y dado el efecto club y su tamaño frente al total del mercado, la probabilidad de que la llamada termine en su red es alta. Lo anterior va en detrimento no sólo de sus propios usuarios sino de los usuarios de todo el mercado en razón a la pérdida de bienestar económico al no generar llamadas hacia usuarios de otras redes. De manera concomitante, los usuarios de los operadores competidores de **COMCEL** ven disminuido su bienestar porque no reciben llamadas de los usuarios de **COMCEL**, perdiéndose el concepto de red propio de las telecomunicaciones. En este sentido, es deber del regulador, eliminar todas y cada una de las barreras que impiden la competencia efectiva, situación contraria a lo que actualmente caracteriza al mercado, donde la imposición de dichas barreras es el objetivo del operador con posición dominante.

En todo caso, la Comisión nunca ha desconocido que las preferencias de los usuarios "pueden deberse al gusto particular de cada usuario, pero que en ningún caso pueden o deben ser sujetos a regulación ex ante"⁹⁴.

4.2 Medidas regulatorias

4.2.1 Intervención minorista – regulación del diferencial de precios

4.2.1.1 Necesidad de intervención

Señala el Señor Oviedo en primer lugar que la Comisión parte nuevamente del supuesto de que se debe presentar tráfico balanceado en un mercado sin distorsiones a nivel de precios, y por lo tanto reduciendo el diferencial de precios de **COMCEL** corrige este problema, tal y como lo hiciera en la Resolución CRT 2066 y CRC 2171 de 2009. No obstante lo anterior, la Comisión ignora a lo largo de la resolución el desarrollo académico sobre patrones de consumo de tráfico sesgado.

A lo largo del desarrollo tanto de la Resolución CRC 3136 de 2011 como de las Resoluciones CRC 3139 de 2011 y 4002 de 2012, la Comisión implícita y explícitamente ha reconocido que el efecto de la medida regulatoria implementada en 2009 fue insuficiente, y que no generó un impacto significativo sobre el tráfico off-net.

Sin embargo, en vez de tratar de identificar factores no monetarios que hubiesen afectado las decisiones de los usuarios, como la presencia del círculo social cercano al usuario dentro de la misma red, la Comisión considera que el diferencial de precios incrementado por la existencia de promociones on-net es la única causa del cambio moderado en el tráfico. Si existen otro tipo de justificaciones para que los usuarios no cambien de operador, y por ende los círculos sociales se mantienen en la misma red, o existe medida regulatoria de carácter tarifario por parte de esta Comisión que pueda modificar el perfil de tráfico on-net y off-net de manera significativa.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 35.

Indica el Señor Oviedo que la Comisión hace manifiesta su enorme preocupación por el incremento en las participaciones de mercado medidas a nivel de tráfico por parte de **COMCEL**. Sin embargo, la Comisión no explica cómo la intervención a nivel minorista podría reducir dicha participación de mercado. Todo lo contrario, si los precios de **COMCEL** son reducidos mediante la intervención regulatoria propuesta, sus usuarios van a consumir más tráfico, lo que a su vez continuará incrementando dicha participación de mercado, reforzando así mismo la preocupación de la Comisión, cuando sus propias medidas tienen un impacto reforzador del supuesto problema de competencia.

Frente a que esta Comisión da prelación a la regulación en los mercados mayoristas, recuerda el Señor Oviedo que mediante la Resolución CRC 3136 de 2011 la Comisión interviene a nivel mayorista estableciendo una senda de reducción de cargos de acceso, junto con algunas otras medidas de reducción de costos de cambio exógenos. Sin embargo, aun cuando la regulación del valor de cargo de acceso en su nivel objetivo hubiera contribuido a nivelar las estructuras de costo medio de los operadores, no lo hace y opta por definir un cargo de acceso superior al valor eficiente, que a su vez impide la nivelación de estructura de costos medios alegada por la CRC. Recuerda el Señor Oviedo que argumentos similares fueron esgrimidos con motivo de la expedición de la Resolución CRC 2354 de 2010, con la diferencia de que el cargo de acceso se redujo de manera inmediata.

Indica el Señor Oviedo que no siendo suficiente la medida regulatoria de 2011 por la forma misma en la que la Comisión decide implementar la medida, se decide iniciar una actuación administrativa de carácter particular para intervenir nuevamente en el mercado mayorista, estableciendo cargos de acceso diferentes para **COMCEL** y sus competidores, lo que constituye un remedio fundamentalmente diferente a los implementados hasta la fecha por parte de la Comisión. Sin siquiera considerar la posibilidad que esta nueva medida regulatoria pueda corregir el problema de competencia a través de los incentivos a los operadores competidores de reducir ostensiblemente sus tarifas off-net, decide de manera simultánea la Comisión regular a nivel minorista también, cuando para el caso de la medida general propuesta en el proyecto de resolución que concluyó con la expedición de la Resolución CRC 3136 de 2011 contemplaba la regulación de carácter general y se retracta alegando la prelación que le da a intervenciones en el mercado mayorista.

Lo anterior no hace sino demostrar la inconsistencia del proceder de la Comisión, quien con unas reglas claras de análisis definidas previamente por ella misma, ajusta la metodología de manera caprichosa para justificar intervenciones regulatorias a todas luces desproporcionadas antes las condiciones de competencia en el mercado "Voz Saliente Móvil", ante la magnitud del problema de competencia, y ante los posibles efectos que podrían desencadenar las medidas incluidas.

Finalmente, señala el Señor Oviedo que la Comisión decide ignorar los efectos de variables no pecuniarias como la lealtad de marca entre otras tantas, en la movilidad de los usuarios entre operadores.

4.2.1.1.1 Consideraciones de la CRC

Es preciso aclarar que la hipótesis de patrón de tráfico balanceado es un supuesto empleado por la bibliografía citada por el Señor Oviedo con el objeto de modelar desde el punto de vista teórico el impacto de distintas medidas regulatorias sobre el bienestar social.

Más adelante, el Señor Oviedo señala que de acuerdo con la CRC, la distribución de usuarios por clubes al interior de una misma red ocurre por la diferenciación de precios on-net y off-net. Adicionalmente, menciona que "[según la CRC] por cuenta de la existencia de un diferencial de precios on-net/off-net, los usuarios escogen pertenecer a una misma red". Paso seguido, el Señor Oviedo expone la literatura que analiza los determinantes de las decisiones de consumo de los usuarios con el fin de desvirtuar este argumento. A este respecto concluye que, según los autores "la incompatibilidad⁹⁵ incrementa con descuentos por tráfico on-net [...]". De esta manera, el Señor Oviedo concluye que en efecto el diferencial entre los precios on-net/off-net, es una variable que incide en la elección de red por parte del usuario, resultando en la agudización del efecto club y de las externalidades de red. Este punto coincide con lo indicado por esta Comisión cuando señala que los descuentos realizados en las tarifas on-net ofrecidas

⁹⁵ La compatibilidad hace referencia al grado de sustituibilidad entre las distintas redes de telecomunicaciones.

por el operador con posición dominante refuerzan el efecto club, promoviendo la concentración en tráfico.

El Señor Oviedo cita también a Grajek (2007), según el cual "aún bajo el escenario de tarifas on-net y off-net iguales los usuarios perciben a los operadores insustituibles en algún grado, lo que lleva a que los usuarios prefieran su propia red a cualquier otra red." Resulta sin embargo importante señalar las conclusiones de este estudio de Grajek (2007) que, por el contrario, refuerzan el punto de que el diferencial de precios on-net/off-net incide de manera importante en la generación de externalidades de red. En este estudio, Grajek (2007) encuentra evidencia empírica, estadísticamente significativa, de la presencia de fuertes efectos de red. Adicionalmente, el autor encuentra baja compatibilidad entre redes que compiten, particularmente cuando la estrategia de precios de los operadores involucra descuentos on-net. Esto le permite concluir que los operadores compiten por el mercado y no al interior del mismo. Finalmente, el autor dice encontrar evidencia directa de efectos de red propiciados por las tarifas (*tariff-mediated network effects*), "dado que los descuentos para las llamadas on-net importan para la fuerza de los efectos de red"⁹⁶. En suma, es correcto concluir, como lo ha señalado esta Comisión, que el diferencial entre los precios on-net y off-net incide sustancialmente en la generación de externalidades de red, que resultan en mayores incentivos para hacer parte de la red más grande, lo que promueve la concentración dentro del mercado.

Esta conclusión se ve soportada en los argumentos de Fu (2004), citado por el Señor Oviedo, según el cual la presencia de precios on-net descontados y grandes asimetrías en participaciones de mercado genera un efecto "bola de nieve" a favor del operador más grande.

Posteriormente, el Señor Oviedo ilustra mediante referencias a la literatura relevante otros factores que inciden en la elección de red por parte del usuario, tales como la decisión de vinculación de su círculo cercano de amigos o familiares, y decisiones realizadas en el pasado (Birke y Swann 2005). Esto, con el fin de demostrar que el diferencial de precios on-net/off-net no es el único criterio que tienen en cuenta los usuarios en el momento de escoger una red y, por esta vía, concluir que la regulación dirigida a reducir este diferencial de precios no tendría por qué ser efectiva para resolver el problema de concentración en el mercado.

Es claro que el diferencial de precios on-net/off-net no es ni mucho menos la única variable que incide en la elección de red por parte de los usuarios. Sin embargo, la literatura coincide en que los descuentos tarifarios on-net amplían los efectos de las externalidades de red, promoviendo la concentración de usuarios en la red más grande. De ahí que esta Comisión haya propuesto reducir mediante regulación el diferencial cobrado por el operador dominante, que opera la red más grande.

El Señor Oviedo concluye que el grado de concentración en el mercado colombiano de telecomunicaciones móviles no debería ser motivo de preocupación, dado que responde a que los usuarios llaman con mayor frecuencia a su círculo social cercano, que con una alta probabilidad puede estar vinculado con el mismo operador. Este argumento implica que el alto grado de concentración en el mercado es aceptable, ya que se ve justificado por la preferencia de los usuarios por pertenecer a la misma red que su círculo cercano. No obstante, este resultado se fundamenta en la existencia de externalidades de red, que hacen que la red más grande sea más atractiva, sobre todo a precios menores.

Es precisamente por esto que esta Comisión busca tomar medidas que limiten las externalidades de red, y así se favorezca la competencia.

4.2.1.2 Consideraciones prácticas sobre la aplicación de la medida

Manifiesta el Señor Oviedo que utilizando los valores regulados para el valor del cargo de acceso definido en el artículo primero de la Resolución CRC 3136 de 2011, se observa que una vez definidos los precios on-net superen un valor equivalente al doble del cargo de acceso definido, la tarifa on-net superaría la tarifa off-net.

El Señor Oviedo estima cuatro niveles diferentes de tarifas off-net, aplicando en la fórmula de Precio off-net $\leq (\text{Precio on-net}) / 2 + \text{cargo de acceso regulado por uso}$, los valores de cargo

⁹⁶ Grajek (2007), página 25.

de acceso definidos por la Resolución CRC 3136 de 2011 (84,15 \$/minuto; 70,26 \$/minuto; 56,30 \$/minuto y 42,49 \$/minuto). Indica el Señor Oviedo que se observa una clara desproporción de la aplicación de la medida regulatoria en la medida en que la Comisión estaría obligando a **COMCEL** a utilizar una política tarifaria que no utiliza ningún operador móvil en Colombia, ni en el mundo, esto es, establecer tarifas on-net superiores a las tarifas off-net.

Manifiesta **COMCEL** que ante la posibilidad de que la Comisión insista en la intervención a nivel minorista, se sugiere modificar la fórmula para permitir que una vez la aplicación de la fórmula tarifaria resulte en un precio off-net inferior al precio on-net, estos valores sean iguales (precio on-net igual a precio off-net), mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

Precio off-net $\leq$ máximo $\{(\text{Precio on-net}) / 2 + \text{cargos de acceso por uso}; \text{Precio on-net}\}$

4.2.1.2.1 Consideraciones de la CRC

Antes de dar respuesta a los argumentos esgrimidos por el Señor Oviedo, se debe recordar que según lo indicado por esta Comisión en la sección 3.7.2 de este acto administrativo, se modificará la regla para el diferencial de precios on-net/off-net establecida en el artículo 3° de la Resolución CRC 4002 de 2012, en razón a que para mitigar la falla del mercado minorista se considera necesario, proporcional y razonable eliminar el incentivo para que el proveedor con posición dominante continúe con el alto diferencial de precios on-net/off-net. Conforme a lo anterior, la regla para el diferencial de precios on-net/off-net consiste en que los precios de voz off-net ofrecidos por **COMCEL**, sean siempre menores o iguales a los precios de voz on-net.

No obstante lo anterior, esta Comisión, en aras de garantizar el debido proceso, presenta las consideraciones frente a cada uno de los argumentos presentados por el Señor Oviedo, sobre la regla para el diferencial de precios on-net/off-net estatuida en la Resolución recurrida.

De acuerdo con el análisis presentado por el Señor Oviedo, la fórmula de esta Comisión presentaría limitaciones debido a que, con su aplicación, para determinados valores del cargo de acceso *"se estaría obligando a Comcel a utilizar una política tarifaria que no utiliza ningún operador móvil en Colombia, ni en el mundo, esto es, establecer tarifas on-net superiores a las tarifas off-net"*.

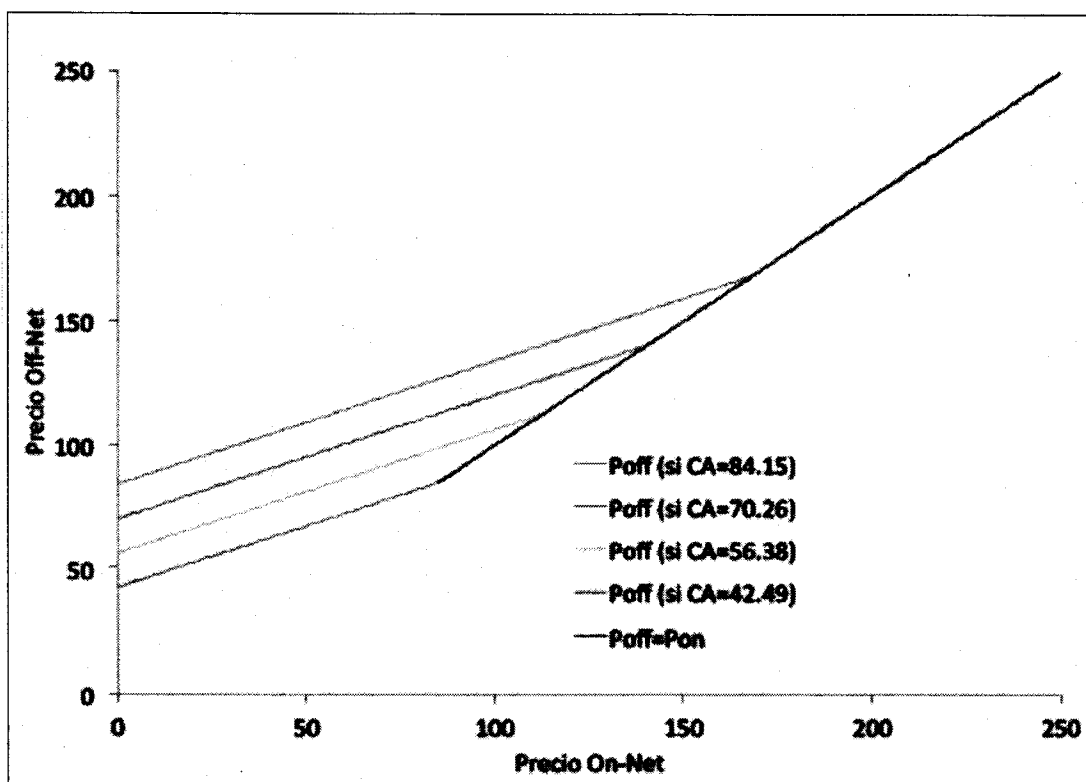
La conclusión a la que arriba el Señor Oviedo es inexacta, en la medida en que no es cierto que para el cumplimiento de la mencionada fórmula, dados determinados valores del cargo de acceso, el precio on-net deba ser superior al precio off-net. El único caso para el cual este podría ser inequívocamente el caso es si el cargo de acceso es igual a cero. No obstante, siempre que el cargo de acceso sea positivo, existe un conjunto de valores para los cuales el precio on-net cumple la desigualdad propuesta por la CRC. Esta solución corresponde al rango de valores para los cuales el precio on-net es menor o igual al precio off-net, que corresponde al rango de valores para el cual el precio on-net es menor o igual al doble del cargo de acceso.

Naturalmente, el cumplimiento de la fórmula implicaría entonces que en la medida en que el cargo de acceso se reduce, de la manera adoptada por la Resolución CRC 3136 de 2011, el precio on-net eventualmente debe reducirse también, de tal forma que siempre sea menor o igual a dos veces el cargo de acceso. Si este es el caso, siempre se cumpliría que el precio on-net es inferior al precio off-net. Consecuentemente, para que la aplicación de la fórmula no resulte en el escenario que sugiere el Señor Oviedo, según el cual el precio on-net sería superior al off-net –lo cual evidentemente no es razonable– no es necesario modificar la fórmula en el sentido propuesto por el Señor Oviedo.

La propuesta de el Señor Oviedo consiste en modificar la fórmula de la siguiente manera:

Precio off-net $\leq$ máximo $\{(\text{Precio on-net}) / 2 + \text{cargos de acceso por uso}; \text{Precio on-net}\}$

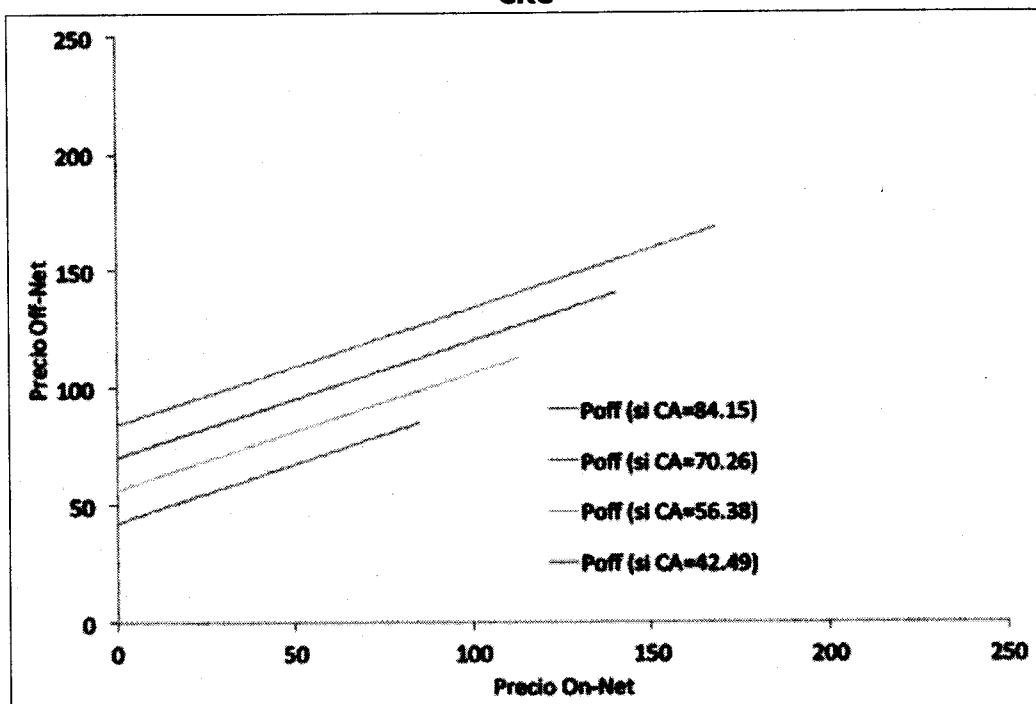
Esto resultaría en que en la medida en que el cargo de acceso se reduzca, el precio on-net pueda permanecer inmodificado siempre y cuando, sea equivalente al precio off-net. Esto implica que el precio on-net puede ser superior a dos veces el cargo de acceso, siempre y cuando sea igual al precio off-net, tal como se ilustra en el siguiente gráfico.



Gráfica 2. Posibles niveles de precios on-net según la propuesta de COMCEL

Fuente: CRC

No obstante, esta modificación es innecesaria, dado que es posible garantizar que el precio on-net sea siempre menor o igual al precio off-net, simplemente acotando la fórmula incluida en la Resolución CRC 4002 de 2012 a todos aquellos valores del precio on-net que sean menores o iguales a dos veces el cargo de acceso, tal como se ilustra en la siguiente gráfica. Es más, de aplicarse la propuesta de **COMCEL**, podría darse el caso de que, en medio de la reducción de cargos de acceso de la Resolución CRC 3136 de 2011, el precio on-net no tenga que bajar, sino que sería suficiente con que se iguale al precio off-net, situación que no está en línea con el objetivo de la CRC.

Gráfica 3. Posibles niveles de precios on-net que cumplen con la Resolución de la CRC

Fuente: CRC

Al aplicarse la fórmula propuesta por la CRC, sujeta a que el precio on-net siempre sea menor al doble del cargo de acceso, implica, como se mencionó anteriormente, que el precio on-net eventualmente deba reducirse en función del valor del cargo de acceso, dando cumplimiento así a la fórmula propuesta por la CRC, la cual incentiva a **COMCEL** a reducir el precio on-net en la medida en que se reduzcan los cargos de acceso, de tal forma que siempre se cumpla la fórmula recurrida.

En adición a lo anterior, es importante reiterar que **COMCEL** no tiene incentivos racionales para aumentar el precio on-net, pues ello, sujeto a las presiones competitivas derivadas de ofertas contestables de sus competidores, lo llevaría a una pérdida de mercado, y que si ese fuera el caso, es decir, si **COMCEL** pudiera permitirse subir precios on-net sin perder mercado, entonces su poder de mercado sería mucho mayor al considerado hasta ahora por la CRC, y ameritaría otra intervención tarifaria minorista.

4.2.1.3 Otras consideraciones

4.2.1.3.1 Modelo económico para estimar cambios en el bienestar total de la sociedad

Indica **COMCEL** que es importante mencionar lo exigente en términos de información que resulta la aplicación práctica de los modelos de competencia entre redes. Destaca **COMCEL** que la cantidad de parámetros y variables para los que se requeriría información con el propósito de calibrar dichos modelos es significativa, y para los que en una gran cantidad de situaciones se requeriría de supuestos para poder ser estimados. Entre estos parámetros se encuentran los siguientes:

C_{0i} : Costo de originación de llamadas para el operador i .

C_{Ti} : Costo de terminación de llamadas para el operador i .

f_i : cargo fijo que le cobra el operador i al usuario.

P_{ii} : Precio de llamadas on-net del operador i .

P_{ij} : Precio de llamadas off-net del operador i hacia el operador j .

q_{ii} : Cantidad de llamadas (o tráfico) que realiza el usuario de la red i hacia la red i .

q_{ij} : Cantidad de llamadas (o tráfico) que realiza el usuario de la red i hacia la red j .

α_i : Participación de mercado.

t : costos de transporte (por escoger uno y otro operador).

a_i : cargo de acceso que percibe el operador i .

A_i : medida del bienestar fijo que percibe un consumidor por pertenecer a la red i .

η : Elasticidad precio de la demanda.

ψ : Parámetro de utilidad por recibir llamadas.

Adicionalmente, Hoernig (2009) y Harbord y Hoernig (2010) suponen un patrón de tráfico balanceado, con todas las limitaciones que esto puede traer.

4.2.1.3.1.1 Consideraciones de la CRC

El modelo construido por esta Comisión cuenta con la siguiente estructura teórica: El modelo supone n redes móviles de diferentes tamaños y una red fija. La participación de mercado de cada firma se define como

$$\alpha_i > 0, i = 1 \dots n$$

donde

$$\sum_{i=1}^n \alpha_i = 1$$

Las redes cobran tarifas en dos partes, que consisten en una tarifa fija anual F_i y precios por minuto p_{ij} , p_{ij} y p_{if} para las llamadas on-net, off-net y móvil-fijo, respectivamente.

Hay M suscriptores en el mercado móvil y N suscriptores en el mercado fijo. Cada suscriptor llama con una probabilidad p por millón de usuarios. Cada cliente de la red i recibe una utilidad de $w_i + A_i$, donde w_i se refiere a la utilidad obtenida por hacer y recibir llamadas y A_i hace referencia a la utilidad fija de un usuario de pertenecer a la red i , que puede ser interpretado como lealtad de marca, o el beneficio derivado de la externalidad de red.

Los usuarios reciben utilidad $u(q)$ de hacer llamadas, con utilidad indirecta $v(p) = \max_q u(q) - pq$ y $v'(p) = -q$. La utilidad de recibir una llamada se define como $\beta u(q)$. La externalidad de llamada surge cuando un usuario obtiene utilidad de recibir una llamada, aun sin tener que pagar directamente por este servicio. El parámetro $\beta \geq 0$ mide la fuerza de esta externalidad.

Teniendo esto en cuenta, el excedente de los consumidores de la red i de hacer y recibir llamadas es

$$w_i = \alpha_i M \left(\rho M \sum_{j=1}^n \alpha_j (v_{ij} + \beta u_{ji}) + \rho N (v_{if} + \beta u_{fi}) - F_i \right)$$

Por su parte, el excedente de un consumidor de la red fija se define como

$$w^f = N \rho M \sum_{j=1}^n \alpha_j (v_{if} + \beta u_{if})$$

Las redes móviles incurren en un costo de proveer un minuto de llamada on-net de $c_{ij} = c_{oi} + c_{ti}$, donde c_{oi} es el costo de originar la llamada y c_{ti} es el costo de terminar la llamada.

Evidentemente, el modelo representa una simplificación de la realidad con el propósito de ser estimable, razón por la cual los precios de equilibrio se encuentran en función de variables observables directamente (como las participaciones de mercado) o sobre las cuales se pueden hacer supuestos razonables (tales como los costos) en función de la evidencia nacional e internacional. Dado que la externalidad de llamada no es observable, se utilizan diferentes valores de la misma, para concluir que los resultados obtenidos son robustos a cualquier valor de este parámetro.

Por lo tanto, no es cierto, como concluye el Señor Oviedo, que algunos valores empleados no corresponden a la realidad. El anterior modelo representa la mejor estimación de bienestar y en este sentido es evidente su naturaleza conceptual de representación de la realidad.

4.2.1.3.2 Inconsistencia en la redacción del artículo

Señala el Señor Oviedo que el artículo tercero del resuelve de la Resolución CRC 4002 de 2012 presenta una contradicción en tanto señala dos valores diferentes de cargos de acceso para la aplicación de la misma fórmula. Continúa indicando el Señor Oviedo que teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la Comisión a lo largo de la parte motiva de la Resolución CRC 4002 de 2012, y la intención de orientar el diferencial de tarifas on-net y off-net a los costos inherentes a los costos de cada una de las llamadas, se hace referencia a los costos de la tarifa off-net $P_{off} = C_o + C_dA$;

Donde,

C_o : costo de originación de llamadas, igual tanto para el precio on-net como para el precio off-net.

C_dA : Cargo de acceso que paga el operador que origina la llamada al operador que termina la llamada.

Por lo anterior, es evidente que el cargo de acceso que debe ser incorporado en la fórmula estipulada por la Comisión es el cargo de acceso que paga **COMCEL** a sus competidores, esto es, el cargo de acceso definido en el artículo 1° de la Resolución CRC 3136 de 2011 y no el cargo de acceso definido en la Resolución CRC 4002 de 2012, y en este sentido se debe modificar el artículo tercero del resuelve de la Resolución.

4.2.1.3.2.1 Consideraciones de la CRC

Dado que para mitigar la falla del mercado minorista se consideró necesario, proporcional y razonable eliminar el incentivo para que el proveedor con posición dominante continúe con el alto diferencial de precios on-net/off-net y en razón a que se modificará la regla para el diferencial de precios on-net/off-net establecida en el artículo 3° de la Resolución CRC 4002 de 2012, la cual ya no dependerá del cargo de acceso regulado por uso, no se hace necesario ajustar la redacción del artículo 3° de la Resolución CRC 4002 de 2012.

4.2.1.3.3 Intervención minorista – regulación de todas las tarifas minoristas de COMCEL

Respecto al artículo 4° de la Resolución CRC 4002 de 2012 señala el Señor Oviedo que la medida regula, sin ningún tipo de justificación, la totalidad de sus precios, ya no sólo el diferencial de precios como lo había manifestado necesario en la tabla 3 de la Resolución. Continúa el Señor Oviedo indicando que no solo fija los valores, sino que adicionalmente lo obliga a reducir los precios año a año como mínimo en función de la inflación, dado que la Comisión no le permite incrementar los precios ni en términos nominales, ni en términos reales.

Manifiesta el Señor Oviedo que la medida no es solamente totalmente desproporcionada con el nivel de competencia en el mercado, sino completamente contradictoria a lo que la misma Comisión afirma en repetidas oportunidades a lo largo de la Resolución.

4.2.1.3.3.1 Consideraciones de la CRC

Tal y como se mencionó en el numeral 3.1 de este documento, se reitera que de la revisión del expediente administrativo pudo constatar que le asiste la razón al recurrente cuando afirma que dicha medida no fue anunciada en la Resolución 3139 de 2011 por la cual se da inicio al trámite administrativo, razón por la cual ya se ha indicado que el artículo 4 será revocado.

En todo caso, de la revisión de lo expuesto en la parte considerativa de la resolución recurrida puede evidenciarse que tal disposición se torna innecesaria, toda vez que tal y como se manifestó en la Resolución CRC 4002 de 2012, **no hay incentivos** para que **COMCEL** aumente sus precios minoristas on-net, porque ante la disminución de los costos exógenos (portabilidad numérica, desbloqueo de terminales, etc.) eventualmente un incremento en los mismos se traduciría en una pérdida de participación de mercado. En todo caso, si se diera un aumento en los precios minoristas on-net de **COMCEL** y no se observara una mejora en las condiciones de competencia, se reforzaría el hecho de que dicho proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones móviles actúa de manera independiente a las señales del mercado y por consiguiente, su posición dominante y la falla de mercado detectada en el mismo adquiriría una dimensión mayor, lo cual conduciría a evaluar la adopción de medidas adicionales para mitigar el poder de mercado del proveedor.

4.2.1.3.4 Efecto de la barrera tarifaria impuesta por la CRC

Indica el Señor Oviedo que uno de los aspectos más graves consiste en la combinación de la regla de tarificación minorista junto con la imposibilidad de hacer ajustes al alza de cualquiera de sus tarifas. En efecto, con la intersección de estas medidas, la CRC está presionando a **COMCEL** a acercarse a una condición según la cual la tarifa off-net es igual al cargo de acceso que debe pagar por terminar el tráfico en otras redes móviles, mientras que la tarifa on-net es igual a cero.

Manifiesta el Señor Oviedo que, al representar las restricciones tarifarias en el espacio tarifario [bidimensional] on-net/off-net, para valores de tarifa off-net, igual a la tarifa on-net, y a su vez iguales al doble del cargo de acceso, la restricción regulatoria conlleva a situaciones extremas en las que el precio de las llamadas on-net sería superior al de las llamadas off-net.

Por otra parte, bajo el supuesto de que **COMCEL** maximice beneficios en la combinación de precios on-net/off-net, asumiendo un perfil asociado de tráfico, es posible obtener que la pendiente de la curva de iso-beneficios de COMCEL viene dada por el cociente:

$$(dP_{off}/dP_{on}) = -(\text{tráfico on}/\text{tráfico off}).$$

Con esto, la imposición de la restricción regulatoria, podría producir un rebalanceo tarifario que podría mantener constantes los beneficios de **COMCEL**. Sin embargo, el rebalanceo tarifario afectaría endógenamente los flujos de tráfico en función de su elasticidad y por consiguiente tanto la pendiente de la iso-beneficios como sus respectivos valores pueden modificarse en el mediano y largo plazo.

No obstante, la Comisión al decretar la imposibilidad de ajustar al alza cualquiera de las tarifas de **COMCEL** adicionada dos nuevas restricciones que se intersecan en el punto que representa la combinación de precios en la cual **COMCEL** maximiza beneficios inicialmente.

En este nuevo espacio [bidimensional] restringido, las únicas posibilidades de cumplimiento de la restricción tarifaria minorista son combinaciones de precios que están determinadas por los gradientes de todas las restricciones impuestas por la Comisión, los que en últimas buscan que el proveedor sometido a la regla tarifaria converja a situaciones en las que se cumpla la limitación bajo condiciones en las cuales el tráfico on-net es tarifado a precios que convergen a cero, mientras que el off-net se ofrece a sus consumidores al cargo de acceso.

4.2.1.3.4.1 Consideraciones de la CRC

En primera lugar, esta Comisión reitera que, tal y como se manifestó en la sección 3.1 de este acto administrativo y por las razones allí expuestas, se revocará el artículo 4 de la resolución recurrida, que indicaba que **COMCEL** debía garantizar que no aumentaría ninguno de sus precios en términos nominales o reales. Así las cosas, se eliminan las restricciones frente a las que **COMCEL** manifestó su inconformidad.

En segunda instancia, se debe recordar que según lo indicado por esta Comisión en la sección 3.7.2 de este acto administrativo, se modificará la regla para el diferencial de precios on-net/off-net establecida en el artículo 3° de la Resolución CRC 4002 de 2012, en el sentido que precios de voz off-net ofrecidos por **COMCEL**, sean siempre menores o iguales a los precios de voz on-net. Lo anterior, toda vez que para mitigar la falla del mercado minorista se considera necesario, proporcional y razonable eliminar el incentivo para que el proveedor con posición dominante continúe con el alto diferencial de precios on-net/off-net. Acorde con lo anterior, la regla tarifaria definida no converge a situaciones en las que: (i) el tráfico on-net se tarifique a precios que convergen a cero y (ii) el tráfico off-net se tarifique al cargo de acceso.

4.2.2 Intervención mayorista – regulación de cargos de acceso asimétricos en el mercado mayorista móvil – móvil

Cita el Señor Oviedo a Lee, Lee y Jung (2010) que definen el esquema de cargos de acceso asimétricos como un arreglo regulatorio en el que diferentes operadores móviles cobran diferentes cargos de terminación, aun cuando el servicio provisto es esencialmente el mismo.

Indica el Señor Oviedo que resulta evidente que la Comisión establece un cobro diferenciado de cargos de acceso entre empresas, y por lo tanto se constituye en un esquema de regulación de cargos de acceso asimétricos, así la Comisión lo quiera llamar de otra manera. De hecho la Comisión no cita ninguna fuente técnica ni académica en la que se defina el esquema de cargos de acceso asimétricos como la aplicación de un modelo de costo de red para operador que participe en el mercado.

Señala el Señor Oviedo que vale la pena destacar que la misma Comisión, revisando las experiencias internacionales de los países referenciados en la Resolución CRC 4002 de 2012 (Francia, Italia, España y Reino Unido) se refiere a sus esquemas de cargos de acceso como "asimétricos" aun cuando los mismos no aplican un modelo de costos particular a cada red, y de hecho definen cargos de acceso iguales para algunos de sus operadores.

Manifiesta el Señor Oviedo que la Comisión no podría ignorar, como sí lo hace en la Resolución CRC 4002 de 2012, todos los argumentos que ella misma ha manifestado en torno a la aplicación de cargos de acceso asimétricos, y debe dar respuesta a todos los argumentos que ha presentado **COMCEL** en relación con el esquema de cargos de acceso asimétricos.

4.2.2.1 Consideraciones de la CRC

La Comisión reitera nuevamente que la medida recurrida no constituye la implementación de cargos de accesos asimétricos puros, al no reconocer las particularidades de las redes de **COMCEL** y de sus competidores, sino que consiste en implementar una senda con una reducción acelerada del cargo de acceso percibido por **COMCEL**, con el propósito de que dicho proveedor llegue antes al valor objetivo basado en los costos de un proveedor eficiente, previsto en la Resolución CRC 3136 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya.

Si bien con la implementación de la senda de reducción acelerada para **COMCEL**, en comparación con la senda definida en la Resolución CRC 3136 de 2011 para los proveedores en general, se observa la aplicación dispar del cargo de acceso objetivo de manera transitoria, ello en manera alguna implica un esquema de cargos de acceso asimétricos, tal y como es entendido en la teoría regulatoria de las telecomunicaciones. Desde la perspectiva regulatoria, si bien todo esquema de cargos de acceso asimétricos comporta la aplicación de cargos de acceso diferenciales, no siempre que se aplican cargos de acceso diferenciales se está en presencia del esquema de cargos de acceso asimétricos, pues sólo se habrá adoptado este

esquema cuando se modelen diferentes redes y de ahí se obtengan diferentes valores de cargo de acceso, lo cual no es el caso.

A manera de ejemplo, es importante recordarle al Señor Oviedo que en el documento "Revisión de condiciones de competencia del segmento SMS y MMS", publicado por esta Comisión en septiembre del año 2011, respecto del esquema para la fijación de cargos de acceso se indicó que a dicha fecha, en Colombia, existían cuatro (4) precios para la remuneración de cargos de acceso de SMS en cuatro (4) relaciones de interconexión establecidos por esta Comisión [vigentes hasta la expedición de la Resolución CRC 3500 de 2011] a través de las resoluciones particulares que resolvieron los diferentes conflictos presentados entre los proveedores, los cuales eran simétricos para cada una de las relaciones de interconexión, es decir, que el cargo de acceso que pagaba, por ejemplo, **COMCEL** a TIGO era el mismo cargo de acceso que le pagaba TIGO a **COMCEL**. Sin embargo, estos cargos eran asimétricos frente a las relaciones de interconexión con los demás proveedores, de esta forma, por ejemplo, el cargo de acceso que le pagaba **COMCEL** a TIGO era diferente al que le pagaba **COMCEL** a MOVISTAR. Nótese la diferencia metodológica entre el esquema que se aplicaba para los mensajes cortos de texto (SMS) frente al esquema que es objeto de recurso por parte de **COMCEL**, que consiste en la implementación de una senda de reducción acelerada del cargo de acceso percibido por **COMCEL**, con el propósito de que dicho proveedor llegue antes al valor objetivo basado en los costos de un proveedor eficiente.

Ahora bien, y en gracia de discusión, debe señalarse que, frente al caso europeo expuesto por el Señor Oviedo, la Comisión Europea recomienda que se debe tener presente que la regulación asimétrica es sostenible sólo por un período transitorio porque dejarla permanente podría ser perjudicial para el bienestar de los usuarios y las condiciones del mercado como el incremento de las tarifas off-net de los proveedores líderes del mercado, distorsiones en la competencia, bajos incentivos en la inversión e innovación y el riesgo de entrada ineficiente por parte de un potencial entrante.

No obstante, la Comisión Europea en su recomendación (2009/396/CE) del 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión Europea, recomendó que los reguladores deben velar por que las tarifas de terminación se apliquen a un nivel eficiente en cuanto a los costos y deben ser simétricas, antes del 31 de diciembre de 2012.

Por último, argumenta el Señor Oviedo que la misma Comisión se refiere a los esquemas de cargos de acceso de Francia, Italia, España y Reino Unido como "asimétricos" aun cuando los mismos no aplican un modelo de costos particular a cada red. Al respecto, se recuerda al Señor Oviedo que la Tabla No. 7 de la resolución recurrida se denomina "Europa: Sendas de disminución de las tarifas de terminación móvil", indicándose para la misma que algunos países han implementado períodos transitorios mediante sendas de disminución de las tarifas de terminación, reconociendo tarifas de terminación diferenciadas por proveedores, de lo cual mal puede concluir el Señor Oviedo que esta Comisión haya afirmado que dichas prácticas corresponden a la fijación de cargos de acceso asimétricos.

Por todo lo anterior, aún si se considerara que las medidas particulares comportan la adopción de un modelo de cargos de acceso asimétricos -que no es cierto desde el enfoque conceptual y la práctica administrativa de la CRC-, no existiría contradicción alguna con posiciones anteriores respecto de las desventajas de dicho modelo, por cuanto las mismas se han sustentado y se sustentan en la adopción no transitoria de dicho esquema, que conduciría, como se ha expuesto, a la afectación del bienestar de los usuarios y de las condiciones del mercado, como el incremento de las tarifas off-net de los proveedores líderes del mercado, distorsiones en la competencia, bajos incentivos en la inversión e innovación y el riesgo de entrada ineficiente por parte de un potencial entrante.

4.2.2.1 Necesidad de intervención

Indica el Señor Oviedo que las diferencias entre los costos promedio de cada una de las empresas, bajo los supuestos de la Comisión (tráfico balanceado) se generan si y solo si los costos internos de los operadores son diferentes entre sí y diferentes del cargo de acceso. Si los costos internos de los operadores y el cargo de acceso son iguales, las proporciones de

tráfico son irrelevantes, en la medida en que tanto el tráfico on-net como el tráfico off-net tendría exactamente los mismos costos.

Para Oviedo, la Comisión no presenta ninguna estimación de costos por operador en la que demuestre que los costos internos de los operadores son diferentes al cargo de acceso, y diferentes entre sí, y por lo tanto, no puede afirmar que los costos promedio por operador sean diferentes. Por lo tanto, para llegar a costos promedio diferentes por operador esta Comisión supone que el costo interno de los operadores es inferior al cargo de acceso, justificación que utilizó esta Comisión en la Resolución CRC 3136 de 2011 para reducir nuevamente el cargo de acceso móvil, proponiendo una senda de reducción para este.

Considera el Señor Oviedo que es importante señalar que la fórmula empleada por la Comisión es imprecisa, y se requieren ajustes para representar a cabalidad los costos medios por operador. La fórmula utilizada por esta Comisión considera que los operadores tienen un costo interno (CI) para el tráfico on-net, y un costo para originar tráfico off-net igual a la suma del mismo costo interno (CI) y el cargo de acceso. Sin embargo, cuando la Comisión explica la utilización de la fórmula tarifaria señala que el tráfico on-net y el tráfico off-net tienen dos componentes de costos, un costo de originación y un costo de terminación.

Señala el Señor Oviedo que es evidente quién de todos los operadores, independientemente de sus participaciones de mercado y proporciones de tráfico correspondientes, debe imputarse el costo de originación interno en el 100% de sus llamadas. Por lo tanto, la única diferencia en costos medios, suponiendo tráfico balanceado, surge de las diferencias entre los costos de terminación internos y los costos de terminación externos.

Continúa el Señor Oviedo manifestando que la Comisión no demuestra la magnitud de diferencia entre dos costos con el propósito de justificar la reducción anticipada del cargo de acceso que percibe **COMCEL** o si por el contrario la Comisión está compensando mediante los cargos de acceso asimétricos diferencias en los costos internos de cada uno de los operadores, lo cual supondría estar compensando ineficiencias de los otros operadores.

Posteriormente expresa el Señor Oviedo que la Comisión asume que el problema se origina en el diferencial de precios on-net/off-net y ni siquiera contempla, evalúa ni estima el efecto de los patrones de tráfico sesgados de los usuarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, las alegadas diferencias en costos medios que considera la Comisión existen en función de las diferentes proporciones de tráfico de los operadores y sus respectivas participaciones de mercado se basan en supuestos irreales e información que la Comisión no ha verificado. Por lo anterior, le resulta imposible comprobar si dichas diferencias existen en la realidad. Por consiguiente, tampoco puede afirmar que se presente una incontestabilidad de ofertas comerciales en la medida en la que no demuestra que los costos medios por operador sean diferentes.

En el campo del supuesto de tráfico balanceado también se debe señalar que, aunque la medida propuesta por la Comisión busca generar un rebalanceo de tráfico on-net y off-net de todos los operadores móviles en el mercado la existencia de las comunidades al interior de cada una de las redes, como se demuestra por la concentración de tráfico on-net de todos los operadores, no permitirá un cambio significativo en las proporciones de tráfico on-net y off-net, contrario a lo que espera la CRC.

4.2.2.1.1 Consideraciones de la CRC

Con respecto a la necesidad de intervención, el Señor Oviedo argumenta que ésta se fundamenta en un supuesto –no verificado– de que el costo de terminación de llamadas on-net es inferior al cargo de acceso. El argumento de esta Comisión se fundamenta en este hecho para concluir que el costo promedio enfrentado por **COMCEL** es inferior al de sus competidores por concentrar la mayor parte de su tráfico (y consecuentemente sus costos) en el tráfico on-net. Sin embargo, el Señor Oviedo critica el que no se haya demostrado que en efecto el costo de terminación de llamadas on-net sea inferior al cargo de acceso.

No se entiende, sin embargo, por qué el Señor Oviedo señala que esta Comisión no ha verificado que el costo de terminación de llamadas on-net es inferior al cargo de acceso, si

precisamente es ello lo que se desprende del comportamiento de los precios on-net fijados libremente por el operador.

De acuerdo con los datos de la CRC, el precio on-net ofrecido por **COMCEL** ha estado por debajo del cargo de acceso (costo de terminar la llamada off-net). Si se supone que dicho precio es mayor o igual al costo marginal de realizar una llamada on-net, se podría entonces concluir que dicho costo marginal es a su vez menor o igual al cargo de acceso. Es decir, si se asume razonablemente que:

$$p^{on-net} \geq \text{Costo Marginal}$$

$$\text{Y si se cumple que: } p^{on-net} < \text{Cargo de Acceso}$$

entonces, por transitividad, se cumple que:

$$\text{Costo Marginal} \leq p^{on-net} < \text{Cargo de Acceso}$$

Lo que, por supuesto, significa que:

$$\text{Costo Marginal} < \text{Cargo de Acceso}$$

Por lo tanto, considerando que el costo asociado con realizar una llamada on-net se compone del costo de originar la llamada y el costo de terminarla, es posible concluir que el costo de terminar la llamada on-net es inferior al cargo de acceso, esto es, inferior al costo de terminar la llamada off-net.

Es decir, si:

$$\text{Costo Marginal} = \text{Costo Originación} + \text{Costo de Terminación}$$

Entonces se cumple que:

$$\text{Costo Originación} + \text{Costo Terminación} < \text{Cargo de acceso}$$

Si, se tiene en cuenta que el costo de originación y el de terminación son no negativos ($\text{Costo Terminación} \geq 0$ y $\text{Costo Terminación} \geq 0$), entonces se puede concluir que:

$$\text{Costo Terminación} < \text{Cargo de Acceso}$$

Este resultado contradice el supuesto del Señor Oviedo acerca de la inverificabilidad de los costos de los operadores. En particular, para el caso de **COMCEL**, arriba se encontró evidencia de que los costos de terminación interna son inferiores a los cargos de acceso y que, por lo tanto, las conclusiones que deriva el Señor Oviedo de asumir igualdad entre los cargos de terminación interna y los cargos de acceso no son generales y, en particular, no aplican para el caso colombiano. Es muy importante anotar, sin embargo, que esta desigualdad se cumplirá siempre que el precio cobrado por realizar una llamada on-net sea mayor o igual al costo marginal. Si, por el contrario, el precio cobrado por llamada on-net fuera inferior a su costo marginal, esta práctica debe considerarse predatoria (que se aclara no es función de esta Comisión sino de la autoridad de competencia) e iría en detrimento de la competencia en el mercado de telefonía móvil, lo que resultaría en la necesidad de intervención regulatoria. De esta forma se puede concluir que la intervención era necesaria en cualquiera de los dos casos expuestos anteriormente.

Debe reiterarse, a la luz de lo anterior, que de lo que se trata no es de fijar cargos de acceso asimétricos en función de los costos de cada red, sino de que **COMCEL** llegue más rápidamente que sus competidores al cargo de acceso objetivo simétrico previsto en la Resolución CRC 3136 de 2011, habida consideración de que cuenta con las condiciones técnicas y económicas (entre ellas que sus costos de terminación interna son inferiores a los cargos de

acceso) para llegar antes al valor objetivo, sin que exista detrimento del principio de remuneración bajo costos establecido en la Ley y la regulación, y sin que se esté promoviendo ineficiencia alguna en el mercado.

De esa manera, que en virtud de la medida **COMCEL** llegue más rápidamente al cargo de acceso objetivo, no implica reconocer ineficiencias de los competidores, no sólo porque el Señor Oviedo no prueba que los costos internos de ellos sean ineficientes, sino porque se trata de conservar, para aquellos proveedores sin poder sustancial de mercado, el marco plurianual de evolución de precios (*glide path*) dispuesto en la Resolución CRC 3136, que en materia de cargos de acceso a redes móviles, lejos de ser una práctica ineficiente, constituye una práctica estándar a nivel mundial por parte de los reguladores de telecomunicaciones, entre otros, en Francia, Italia, Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Grecia, Malta, Polonia, Alemania, Hungría, Austria, República Checa, Bulgaria, Bélgica, Holanda, Portugal, Suecia, Luxemburgo, Finlandia, Chipre, Eslovenia, Rumania, Estonia y Noruega⁹⁷.

Nótese, finalmente, que los cargos de acceso establecidos en la Resolución CRC 3136 de 2011, y que son los que debe pagar **COMCEL** a los otros proveedores por terminar llamadas en sus redes, reconocen los costos eficientes, al migrar de un cargo de acceso eficiente calculado con la metodología TSLRIC, definida en la Resolución CRT 1763 de 2007, a un valor objetivo eficiente arrojado por la metodología LRIC puro.

4.2.2.2 Impacto de la medida regulatoria

Menciona el Señor Oviedo que la Comisión no ha realizado una estimación detallada de un modelo de redes con las características del grado de sustituibilidad de los operadores y lealtad de marca, ni cuenta con información empírica sobre cuánto puede ser el grado de sustituibilidad de las firmas y el nivel de lealtad de marca para cada uno de los operadores. Ante la variedad de resultados que puede traer la implementación de esta medida, la Comisión debería contar con más información que le permita tener una mejor idea de los posibles impactos de la medida regulatoria que planea implementar.

4.2.2.2.1 Consideraciones de la CRC

Se refiere una vez más el Señor Oviedo a la estimación del grado de sustituibilidad entre las redes y a la lealtad de marca. Frente a lo anterior, es importante señalar las conclusiones de Grajek (2007) que refuerzan el punto de que el diferencial de precios on-net/off-net incide de manera importante en la generación de externalidades de red. En su estudio, Grajek (2007) encuentra evidencia empírica, estadísticamente significativa, de la presencia de fuertes efectos de red. Adicionalmente, el autor encuentra baja compatibilidad entre redes que compiten, particularmente cuando la estrategia de precios de los operadores involucra descuentos on-net.

Respecto al nivel de lealtad de marca, debe ser reiterativa esta Comisión en el sentido de expresar que nunca ha desconocido que las preferencias de los usuarios "pueden deberse al gusto particular de cada usuario", pero que en ningún caso pueden o deben ser sujetos a regulación ex ante, mucho menos cuando el estudio del Señor Oviedo está lejos de demostrar que el efecto club de **COMCEL** obedece exclusivamente o de manera preponderante, a los gustos de los usuarios o a la fidelidad a la marca y no al diferencial tarifario.

4.2.2.3 Consideraciones prácticas y legales sobre la implementación de la medida:

Indica el Señor Oviedo que el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009 numeral tercero establece que los cargos de acceso, uso e interconexión deben estar basados en costos más una utilidad razonable. Así mismo, el artículo 1.3 de la Resolución CRT 1763 de 2007 establece la obligación de ofrecer cargos de acceso orientados a costos eficientes.

Manifiesta el Señor Oviedo que resulta evidente que para el año 2013 los operadores móviles diferentes de **COMCEL** recibirán un exceso de 27,77 \$/minuto, y durante el año 2014 recibirán un exceso de 13,89 \$/minuto. Lo anterior no es consistente con los principios de costos

⁹⁷ Beer, Alexia, Schiff, Aaron. Mobile Termination Glide Path Benchmarking. COVEC. Report prepared for Vodafone New Zealand. (2011).

eficientes y/o utilidad razonable que orientan la regulación de parte de la Comisión, o por lo menos no ha entrado a justificar cuál es la diferencia en costos, o utilidad razonable, que permite obtener y remunerar a cada uno de los operadores.

Señala el Señor Oviedo que el establecimiento de la senda de reducción de cargos de acceso contrasta con las intervenciones regulatorias en materia de cargos de acceso por parte de la Comisión desde el año 2007. El proyecto de Resolución CRT 1763 de 2007 contemplaba a su vez una senda de reducción de cargos de acceso, pero fue posteriormente modificada en la Resolución definitiva para establecer un único valor para el período regulado. Nuevamente en el año 2009, cuando mediante la Resolución CRC 2354 de 2010 la Comisión ajustó los cargos de acceso a redes móviles, estableció un único valor objetivo para los cargos de acceso por uso y por capacidad, sin el establecimiento de una senda de reducción.

Del desarrollo y la implementación de las Resoluciones CRC 3136 y 3139 de 2011 y 4002 de 2012 resulta evidente que la senda de reducción diseñada por la Comisión tienen como objetivo abrir un espacio para establecer cargos de acceso asimétricos para el período de duración de la misma, en desconocimiento de la Ley, los principios regulatorios y el normal proceder de la Comisión.

4.2.2.3.1 Consideraciones de la CRC

Frente al argumento del Señor Oviedo de la violación del principio basado en costos eficientes de la Resolución CRT 1763 de 2007 y de la Ley 1341 de 2009, ya que tendrá que pagar un cargo de acceso superior al cargo promedio eficiente, esta Comisión reitera que no ha vulnerado el artículo 50 de la Ley 1341 de 2009, toda vez que con la expedición de la Resolución 3136 de 2011, esta Comisión definió el cargo de acceso con la metodología LRIC puro que resulta en precios que busquen cargar a la interconexión solamente los costos exclusivos asociados a la prestación del servicio de interconexión. Con esta medida, se garantiza el principio de costos eficientes ya que se obliga a todos los proveedores a dicho principio, de acuerdo con el criterio de la modelación de un proveedor con costos eficientes. Ahora bien, teniendo en cuenta el posible impacto que pueden enfrentar los operadores móviles con el cambio de metodología de TSLRIC a LRIC puro y en consonancia con un criterio de estabilidad regulatoria, esta Comisión estimó pertinente reducir gradualmente los cargos de acceso en un plazo de tres años y medio, con el fin de llegar al valor objetivo que arroja el modelo de costos actualizado.

En este sentido, los cargos de acceso establecidos en la Resolución CRC 3136 de 2011, y que son los que debe pagar **COMCEL** a los otros proveedores por terminar llamadas en sus redes, reconocen los costos eficientes, al migrar de un cargo de acceso eficiente calculado con la metodología TSLRIC, definida en la Resolución CRT 1763 de 2007, a un valor objetivo eficiente arrojado por la metodología LRIC puro. Así mismo, como se mencionó, teniendo en cuenta el impacto que podían enfrentar los proveedores móviles por el cambio de metodología, esta Comisión definió una senda de disminución de los cargos de acceso. Cabe mencionar también, que en el caso del cargo de acceso que recibirá **COMCEL** por parte de los demás proveedores, este reconoce costos eficientes, ya que dicho proveedor recibirá el valor del cargo de acceso arrojado por el modelo de costos definido con la metodología de LRIC puro en un plazo más rápido, que el definido en la Resolución CRC 3136 de 2011. Por lo tanto, con la medida propuesta esta Comisión no está reconociendo ninguna ineficiencia en el mercado relevante de "Voz Saliente Móvil".

Finalmente, el Señor Oviedo esgrime como argumento que el establecimiento de la senda de reducción de cargos de acceso contrasta con las intervenciones regulatorias en materia de cargos de acceso por parte de la Comisión de los años 2007 (Resolución CRT 1763) y 2010 (Resolución CRC 2354). En este punto es preciso recordar las motivaciones de cada intervención de esta Comisión en cuanto a los cargos de acceso móviles se refiere.

Hasta el año 2007 la regulación (artículo 4.2.2.26 de la Resolución CRT 087 de 1997) disponía que los operadores de TMC y PCS podían pactar libremente los cargos de acceso para llamadas que tuviesen lugar entre sus redes, bajo el principio de acceso igual, cargo igual, trato no discriminatorio y sometido a la prueba de imputación.

En el año 2007 se evidenció que los operadores móviles pactaban cargos de acceso por encima de los niveles de costos eficientes y que:

- No tenían incentivos para minimizar el precio de la terminación de llamadas para los usuarios no suscriptores a sus redes.
- No tomaban en cuenta el efecto de sus cargos de terminación en los precios minoristas de los competidores (doble marginalización).
- Podían contar con incentivos para incrementar el costo de los rivales y tratar de excluirllos del mercado.

Así, con estas características del mercado interno, se recomendó en primer lugar, regular la fijación de los cargos de acceso, a través de un modelo de costos diseñado para tal fin. Dado que el crecimiento del mercado se daba de forma que el poder del operador con mayor participación se seguía incrementando y que los cargos de acceso se fijaban a partir de negociaciones entre los operadores, entonces se hizo imprescindible establecer una regulación de los cargos de acceso con el fin de promover la competencia en el sector, proteger a los usuarios y privilegiar el adecuado desarrollo del mercado de las telecomunicaciones. Por tales razones, la entonces CRT propuso regular un cargo de acceso a red móvil independiente de la red de origen de la llamada.

La regulación estableció un cargo de acceso por minuto para la remuneración a los operadores de TMC, PCS y Trunking, por parte de los operadores de Telefonía Pública Básica Conmutada, TMC, PCS y Trunking por concepto de la utilización de sus redes en sentido entrante y saliente. Como resultado de este proceso se expidió la Resolución CRT 1763 de 2007 *"Por medio de la cual se expiden las reglas sobre cargos de acceso y uso a redes fijas y móviles, y se dictan otras disposiciones"*.

Posteriormente, en el año 2009, del ejercicio de revisión al modelo de costos para redes móviles la Comisión observó que se habían dado cambios en las redes móviles en Colombia, tanto en aspectos tecnológicos que introdujeron mayores eficiencias en las mismas, así como el crecimiento general en su cobertura geográfica. Adicionalmente, el crecimiento del número de abonados móviles en Colombia superó las proyecciones que fueron contempladas por el regulador en el año 2007, como parámetro de entrada para el cálculo del cargo de acceso en redes móviles.

Por lo anterior, esta Comisión modificó los cargos de acceso a redes móviles y consideró pertinente mantener el esquema de regulación de cargos de acceso establecidos sobre criterios de simetría, toda vez que, en ese momento, dicha postura garantizaba la eficiencia de largo plazo en la industria.

El reconocimiento de esta nueva realidad y de mayores niveles de eficiencia en las redes móviles dentro del modelo actualizado, trajo como resultado la obtención de valores eficientes para los cargos de acceso, situación que generaba una señal clara al mercado en el sentido de que los operadores debían enfocarse más en su estrategia comercial y menos en la recepción de ingresos generados por concepto de interconexión, dado que en el largo plazo esta situación no era sostenible.

De otra parte, la reducción de los cargos de acceso eficientes para la remuneración de la interconexión en el mercado móvil, era consistente con la realidad de evolución de los mercados de telecomunicaciones, la cual mostraba una clara tendencia de migración hacia redes de nueva generación. En este sentido, la actualización de los valores de cargo de acceso por uso y por capacidad, a partir de los resultados del Modelo de Costos Eficientes de Redes Móviles ajustado, permitía acercarse más a valores eficientes, lo que en el mediano plazo constituía una ventaja en la migración a redes de nueva generación. Como producto de las actividades regulatorias se expidió la Resolución CRC 2354 de 2010 *"Por la cual se modifica la Resolución CRT 1763 de 2007"*.

Luego, en el año 2011, en el marco de la revisión de las condiciones de competencia del mercado relevante susceptible de regulación ex ante de "Voz Saliente Móvil", se hizo evidente la necesidad de migrar la metodología de costeo del cargo de acceso en Colombia hacia una metodología LRIC puro, en línea con el estado del arte regulatorio a nivel internacional, dada la diferencia significativa entre los costos que se imputaban los operadores y los estimados con el

modelo de costos medios de largo plazo con el que contaba la CRC. La metodología de LRIC puro permite reflejar de manera precisa aquellos costos incrementales relacionados con el tráfico.

Lo anterior implicaba un cambio en la aproximación metodológica con la que a dicha fecha la Comisión había estimado los cargos de acceso, y por lo anterior, con el propósito de reducir el impacto de esta transición, la Comisión consideró que el ajuste en los valores de cargos de acceso se debía hacer de manera gradual. Como consecuencia del proceso regulatorio descrito, se expidió la Resolución CRC 3136 de 2011 *"Por la cual se modifican las Resoluciones CRT 1763 de 2007, CRT 1940 de 2008, CRC 3066 de 2011 y se dictan otras disposiciones"*.

En síntesis, cada una de las diferentes modificaciones en los cargos de acceso a redes móviles ha respondido a unos objetivos específicos acorde con las realidades del mercado en los diferentes puntos del tiempo y por ende no puede el Señor Oviedo indilgarle a esta Comisión que su objetivo consiste en la fijación de cargos de acceso asimétricos ni que se promueva la ineficiencia en el mercado.

4.2.2.4 Intervención mayorista – Regulación de cargos de acceso asimétricos en el mercado mayorista móvil - LDI

Señala el Señor Oviedo que el estudio regulatorio presentado por la Comisión desde el año 2010 y hasta la fecha ha estado orientado a evaluar las condiciones de competencia en el mercado "Voz Saliente Móvil" y el establecimiento de medidas regulatorias de carácter general y particular que promuevan la competencia en dicho mercado.

Indica el Señor Oviedo que es así como la Comisión señala que el objeto de la presente actuación administrativa de carácter particular y concreto es el de analizar la procedencia y, si fuera el caso, establecer medidas regulatorias particulares respecto del proveedor de redes y servicios con posición de dominio en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado "Voz Saliente Móvil".

Recuerda el Señor Oviedo lo señalado por la Comisión en desarrollo del proyecto "Definición de Mercados Relevantes e Identificación de Operadores con Posición de Dominio sobre la metodología de análisis de competencia en los mercados relevantes:

"Para cada uno de los mercados minoristas en los que se encuentren problemas de competencia, en ausencia de regulación ex ante, se seguirá la siguiente metodología de análisis:

Se examinará el mercado mayorista asociado al insumo menos replicable. Para esto se tendrán en cuenta las cadenas de valor de los servicios, organizando los eslabones de estas del menos replicable al más replicable. Una vez analizadas las condiciones de mercado al que hace parte el eslabón en estudio, si se encuentran problemas de competencia en ese mercado, se examinará si el problema de competencia en el mercado minorista se podría solucionar sometiendo a este mercado de insumos (mayorista) a intervención regulatoria. Si esto ocurre, se ha encontrado un mercado candidato para regulación ex ante. Si el problema persiste, el proceso de análisis continúa en los siguientes eslabones de la cadena de valor".

Adicionalmente, cita el Señor Oviedo el artículo 7 de la Resolución CRT 2058 de 2009, resaltando del literal a) que "(...) [e]n caso de evidenciarse la existencia de fallas de mercado a nivel minorista, se estudian los mercados de insumos (mayoristas) dentro de la cadena de valor de dichos mercados (...)".

De manera posterior, cita el Señor Oviedo la cadena de valor del mercado "Voz Saliente Móvil", tal y como fue señalado por esta Comisión en octubre de 2007, para indicar que resulta completamente incomprensible que estudiando las condiciones de competencia en el mercado "Voz Saliente Móvil", la Comisión decida intervenir no sólo en el mercado mayorista de terminación móvil – móvil, sino que adicionalmente interviene en el mercado mayorista de terminación de llamadas de larga distancia internacional en todo el territorio nacional, tal y

como se encuentran definidos los mercados relevantes, y los mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante, en los anexos 01 y 02 de la Resolución CRT 2058 de 2009.

Resalta el Señor Oviedo que la tabla 3 de la Resolución CRC 4002 de 2012 esta Comisión describe la reducción de los cargos de acceso de manera anticipada a **COMCEL** "Medida del mercado mayorista de terminación de llamadas móvil – móvil en todo el territorio nacional", para manifestar que lo anterior no es más que otro síntoma de la desproporción de los remedios regulatorios que pretende implementar la Comisión, aun cuando el artículo 3 de la Resolución CRT 2058 de 2009 plantea que las medidas regulatorias deben ser temporales y proporcionales al nivel de competencia que se logre alcanzar con las mismas y que al no estar relacionadas las condiciones de competencia del mercado "Voz Saliente Móvil" con los mercados minoristas y mayoristas de larga distancia internacional, la medida regulatoria sugerida en el artículo 1° de la Resolución CRC 4002 de 2012 es totalmente improcedente.

4.2.2.4.1 Consideraciones de la CRC

Frente a lo anterior, en primer lugar es importante recordar al Señor Oviedo que el cargo de acceso remunera el uso de la red independiente del origen de llamada, esto es, la cifra de cargo de acceso que cobra un proveedor móvil es el mismo si la llamada se origina en una red de larga distancia internacional o de otro proveedor móvil, por tanto es claro que una modificación en el cargo de acceso móvil afecta al cargo de acceso que debe ofrecer un proveedor móvil a un proveedor de larga distancia internacional.

En segundo lugar, la Resolución CRT 1763 de 2007 *"Por medio de la cual se expiden las reglas sobre de acceso y uso a redes fijas y móviles, y se dictan otras disposiciones"* en su artículo 8° estatuye de manera clara e inequívoca que todos los operadores de TMC, PCS y Trunking deberán ofrecer a los operadores de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional (TPBCLDI) las opciones de cargos de acceso establecidos en dicho artículo.

En este sentido, es evidente que el valor resultante de la modificación de los cargos de acceso para un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones en particular, será aquel que dicho proveedor deberá ofrecer a los proveedores de Larga Distancia Internacional, sin que lo anterior implique, cómo de manera errónea lo expone el Señor Oviedo, que esta Comisión incumpla las disposiciones de la Resolución CRT 2058 de 2009.

Por último, el Señor Oviedo indica que la medida regulatoria sugerida en el artículo 1° de la Resolución CRC 4002 de 2012 es improcedente porque la medida mayorista no es más que otro síntoma de la desproporción de los remedios regulatorios que pretende implementar la Comisión, aun cuando el artículo 3 de la Resolución CRT 2058 de 2009 plantea que las medidas regulatorias deben ser temporales y proporcionales al nivel de competencia que se logre alcanzar con las mismas. Frente a lo anterior, vale la pena precisar que las medidas son temporales en tanto su vigencia en el tiempo están intrínsecamente relacionadas a la existencia de la falla del mercado minorista de "Voz Saliente Móvil". En este sentido si la medida regulatoria impuesta sobre el mercado mayorista de terminación de llamadas móvil – móvil en todo el territorio nacional tiene efectos positivos sobre la falla de mercado, esto es, si se elimina o corrige la misma, la Comisión, en uso de sus facultades legales, procederá a levantar dicha medida. En caso contrario, es decir, si como resultado de la revisión de las condiciones de competencia del mercado móvil no se identifican o detectan cambios correctivos en la falla de mercado, la Comisión estará en el deber de introducir modificaciones en la medida para lograr los fines regulatorios de establecer el régimen de regulación que maximice el bienestar social de los usuarios y la prevención de conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas.

4.3 Masificación de la telefonía móvil en Portugal. Una aplicación para el caso colombiano.

4.3.1 La expansión de la telefonía móvil en Portugal

Indica el Señor Oviedo que la situación de Portugal es calificada por expertos europeos como paradójica, si se toma como base el hecho que éste es uno de los países con menores tasas de innovación entre los Estados Miembros de la Unión Europea, pero a la vez se caracteriza por ser

una de las economías líderes en la masificación de la telefonía móvil, situación que ha generado un amplio interés de investigadores en economía para encontrar una explicación a este fenómeno.

Cita el Señor Oviedo a Carvalho (2006) que investiga la masificación de la telefonía móvil en Portugal y se concentra en la etapa de "despegue" del mercado, la cual señala un cambio radical en el proceso de expansión de dicho servicio. Carvalho muestra que la introducción de una innovación, el sistema prepago, explica la mayor parte del "quiebre" o punto de inflexión de la curva de difusión de la telefonía móvil que ocurrió alrededor de 1996, lo cual se vio representado en una significativa aceleración de la expansión del indicador de penetración.

Prosigue el Señor Oviedo expresando que hasta la fecha, se puede considerar que el trabajo de Carvalho constituye la primera ocasión en la que la introducción del sistema prepago es considerado como un elemento determinante de la expansión de la telefonía móvil. Efectivamente, se encuentra un alto grado de explicación de este fenómeno sobre la tasa de crecimiento de la telefonía móvil en Portugal.

4.3.2 Relevancia para el caso colombiano

Manifiesta el Señor Oviedo que tal y como se puede inferir de la gráfica de los suscriptores de telefonía móvil 2004 – 2011 (prepago + pospago) el componente fundamental del desempeño del mercado de voz saliente móvil en términos de usuarios, está determinado por la dinámica del segmento prepago. Así mismo, se pueden identificar tres períodos significativos para la cantidad de suscriptores de telefonía móvil en modalidad prepago: (i) de enero de 2004 a junio de 2007, (ii) de julio de 2007 a noviembre de 2008 y (iii) de diciembre de 2008 a julio de 2011. El cambio más significativo se produce entre el segundo y tercer período, donde los ajustes anticipados de **COMCEL** a su declaratoria de dominancia en el mercado de voz saliente móvil, vinieron acompañado de un ajuste estructural a las bases de datos de los sistemas de información de los operadores móviles lo cual sacó de circulación a más de 900.000 suscriptores, la mayoría de ellos en modalidad prepago.

De la gráfica del crecimiento interanual de suscriptores de telefonía móvil prepago 2004 – 2011, infiere el Señor Oviedo que preliminarmente existe un comportamiento cíclico sincrónico en la determinación de la base de usuarios para los tres operadores líderes del mercado de voz saliente móvil. En este contexto, la posibilidad de considerar a **COMCEL** como un proveedor que actúa independientemente de sus competidores en materia de absorción de usuarios que conforman la masa crítica de ingresos de la telefonía móvil es a toda vista un argumento sin fundamentación conceptual alguna.

La gráfica del crecimiento interanual de suscriptores de telefonía móvil prepago 2004 – 2011 ratifica que las asimetrías de participación del mercado en términos de usuarios en el mercado de voz saliente móvil no es otra cosa que la perpetuación de la distribución del mercado a finales de 2003, resultado de la innovación asociada con la introducción del esquema prepago en Colombia, acompañada de estrategias simétricas, evidentemente algunas más dinámicas que otras, en el período bajo análisis, lo cual es natural en un entorno oligopolístico como el que se encuentra bajo estudio.

Por lo anterior, infiere el Señor Oviedo que existen argumentos alternativos y robustos para explicar la evolución del agregado de usuarios de telefonía móvil en el país, diferentes a la supuesta externalidad de la red que explota a su favor el proveedor **COMCEL**. En efecto, para Colombia, el argumento de la inclusión de la modalidad prepago en el mercado de la telefonía móvil.

En este sentido, es desconcertante que la Comisión a la hora de justificar su preocupación por las asimetrías persistentes en el mercado no haga una evolución retrospectiva del proceso de difusión tecnológica implícito en la evolución de la telefonía móvil en Colombia.

4.3.3 Consideraciones de la CRC

La Comisión de Regulación de Comunicaciones no puede desconocer que al Señor Oviedo le asiste razón cuando menciona que la estructura de competencia actual del mercado de

telefonía móvil responde, entre otras cosas, al fenómeno de innovación tecnológica mediante el cual se introdujo el servicio prepago. Este último tuvo un importante impacto en el crecimiento del número de usuarios, tal y como lo ilustra el Señor Oviedo. Por otra parte, como lo afirma al citar a Madden et al. (2004), las externalidades de red juegan un papel importante en la penetración del mercado de telefonía móvil.

Habiendo dicho esto, y teniendo en cuenta que la penetración de la telefonía móvil en Colombia ya es prácticamente del 100%, es importante aclarar que lo anterior no quiere decir que la presencia de un operador dominante en el mercado de telefonía móvil sea deseable. A pesar del origen de la concentración de mercado, es pertinente tomar medidas que promuevan la competencia y posibiliten la entrada de nuevos competidores, precisamente rompiendo con la inercia citada por el Señor Oviedo, originada en decisiones tomadas desde el año 2003.

4.4 Análisis de respuestas de COMCEL a las medidas regulatorias

Indica el Señor Oviedo que uno de los argumentos fundamentales para motivar las medidas regulatorias de la Resolución 4002 de 2012 consiste en las rigideces de las participaciones de mercado en materia de tráfico. Sin embargo, la Comisión no desarrolla un análisis particular sobre la estabilidad de la variable determinante de dichas participaciones como lo es el tráfico per cápita (es decir por usuario según modalidad de prestación del servicio).

4.4.1 Tráfico off-net prepago

Argumenta el Señor Oviedo que la serie de tiempo del tráfico off-net per cápita en el segmento prepago presenta un comportamiento que puede caracterizarse como no estacionario por no presentar un retorno a un valor promedio, para el período noviembre de 2007 a septiembre de 2009. Se establece que la serie del tiempo del tráfico off-net prepago no es estacionaria y debe modelarse después de ser diferenciada. El modelo propuesto es del tipo ARIMA (1,1,0).

De la gráfica de estabilidad de coeficientes del tráfico off-net prepago per-capita infiere el Señor Oviedo que si bien no hubo un cambio drástico en el tráfico per cápita off-net prepago con la entrada en vigencia de las medidas particulares contra **COMCEL**, dicha modificación fue mucho más significativa con la reducción de los cargos de acceso propuesta y desarrollada por la Comisión a través de la Resolución 1763 de 2007. Si bien este resultado es conservador, debe tenerse en cuenta que a partir de la gráfica del tráfico off-net prepago per-cápita, el indicador de tráfico per cápita off-net prepago se dinamiza también a partir del momento de entrada en vigencia definitiva de las resoluciones de carácter particular contra **COMCEL**.

4.4.2 Tráfico off-net pospago

Expresa el Señor Oviedo que la serie de tiempo del tráfico off-net per cápita en el segmento pospago presenta un comportamiento que puede caracterizarse como no estacionario por no presentar un retorno a un valor promedio, para el período noviembre de 2007 a septiembre de 2009. Se establece que la serie del tiempo del tráfico off-net pospago no es estacionaria y debe modelarse después de ser diferenciada. El modelo propuesto es del tipo ARIMA (1,1,0).

De la gráfica de estabilidad de coeficientes del tráfico off-net pospago per-capita infiere el Señor Oviedo que si bien no hubo un cambio drástico en el tráfico per cápita off-net pospago con la entrada en vigencia de las medidas particulares contra **COMCEL**, dicha modificación fue mucho más significativa con la reducción simétrica y general de los cargos de acceso propuesta y desarrollada por la Comisión a través de la Resolución 1763 de 2007. Si bien este resultado es conservador, debe tenerse en cuenta que a partir de la gráfica del tráfico off-net pospago per-cápita, el indicador de tráfico per cápita off-net pospago muestra una tendencia decreciente. Esto es consistente con la finalización de la etapa convexa del proceso de difusión tecnológica de usuarios pospago desde finales de 2006, lo cual implica que los usuarios se suscriben a **COMCEL** en esta modalidad, desde el año 2007, son usuarios con perfiles de consumo off-net inferior.

Así mismo, esta tendencia decreciente es el resultado de la disminución constante de la masa de usuarios destino de llamadas off-net originadas en la red de **COMCEL**. De hecho si se

corrige este tráfico per-cápita por la participación de mercado asociada con el destino de las llamadas off-net se obtiene una tendencia contraccionista menos acentuada.

4.4.3 Consideraciones de la CRC

Los modelos econométricos de series de tiempo estimados por **COMCEL** no presentan ningún tipo de prueba estadística que permita identificar la validez los resultados obtenidos. No se presenta la prueba de raíz unitaria (*Augmented Dickey-Fuller, ADF*), las funciones de autocorrelación simple (FAS) y parcial (FAP), las pruebas de diagnóstico, el análisis de los residuos, y finalmente, no se evalúa el poder predictivo de dichos modelos. Estas pruebas hubiesen permitido a la Comisión identificar por qué los modelos seleccionados por **COMCEL** son los adecuados para explicar el comportamiento del tráfico off-net prepago y postpago. De esta manera, la Comisión no cuenta con herramientas para validar la conclusión presentada por **COMCEL**.

No obstante lo anterior, **COMCEL** incluye un análisis sobre el impacto de las medidas tomadas sobre las decisiones de consumo de los usuarios, que busca establecer el impacto de las medidas generales y particulares expedidas por esta Comisión sobre el tráfico off-net per cápita. Esto, para concluir que el impacto de las medidas generales sobre esta última variable fue mayor. Sin embargo, teniendo en cuenta que el propósito de las medidas propuestas por esta Comisión es corregir y/o mitigar la falla de mercado, en aras de promover la competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil", una variable de interés es, entre otras, la participación de mercado, no el tráfico per cápita. No son explícitas las razones por las cuales **COMCEL** sugiere que la variable determinante de una de las variables de interés, las participaciones de mercado, es el tráfico per cápita, ya que se estaría dejando de lado el análisis del número de usuarios, cuya escogencia de red es fundamental para determinar las participaciones globales de mercado.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. contra la Resolución CRC 4002 de 2012.

ARTÍCULO SEGUNDO. Rechazar por improcedente la petición de un dictamen pericial solicitado por parte de **COMCEL** en el recurso de reposición por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO. Modificar, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución, el artículo 1° de la Resolución CRC 4002 de 2012, el cual quedará de la siguiente manera:

*"A partir de la ejecutoria de la presente resolución, el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL** deberá ofrecer a los proveedores de redes y servicios de larga distancia internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles por lo menos los dos esquemas de cargos de acceso correspondientes al valor final de la Tabla 3 del artículo 8° de la Resolución 1763 de 2007 modificado por el artículo 1° de la Resolución CRC 3136 de 2011 o aquella que la modifique o sustituya, los cuales se expresan en pesos constantes de enero de 2011. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará a partir del 1° de enero de 2014, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° de la presente resolución.*

"PARÁGRAFO 1o. El proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL** podrá establecer de mutuo acuerdo esquemas de remuneración distintos a los dos esquemas de cargos de acceso previstos en la Tabla del presente artículo, siempre y cuando tales acuerdos se ajusten a las obligaciones y principios regulatorios.

"PARÁGRAFO 2o. Cualquier proveedor de redes y servicios de Larga Distancia Internacional y demás proveedores de redes y servicios móviles podrán exigir la opción de cargos de acceso por capacidad, caso en el cual COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL podrá requerir un período de permanencia mínima, que sólo podrá extenderse el tiempo necesario para recuperar la inversión que se haya efectuado para adecuar la interconexión. Dicho período de permanencia mínima en ningún caso podrá ser superior a un (1) año.

"En caso que se presente un conflicto, COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL debe suministrar de inmediato la interconexión a los valores previstos en la tabla del presente artículo, correspondientes a la opción de cargos de acceso elegida por el otro proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones, mientras se logra un acuerdo de las partes o la Comisión de Regulación de Comunicaciones resuelve el conflicto en caso que el mismo se presente a su consideración.

"PARÁGRAFO 3o. La liquidación de los cargos de acceso se realiza de manera mensual tomando la unidad asociada al esquema elegido, es decir, minutos mensuales cursados bajo la opción de cargos de acceso por uso, o E1s operativos en la interconexión bajo la opción de cargos de acceso por capacidad.

"PARÁGRAFO 4o. En el esquema de remuneración mediante la opción de cargos de acceso por capacidad, cuando el tráfico ofrecido sobrepase la capacidad dimensionada de la interconexión, deberá ser enrutado a través de rutas específicas de desborde. Dicho tráfico de desborde será remunerado por minuto cursado al doble del valor del cargo de acceso por uso establecido en la Tabla del presente artículo, siempre y cuando dicho tráfico no se haya generado por retrasos en la ampliación de las rutas por parte de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL. La ampliación del número de enlaces requeridos para el óptimo funcionamiento de la interconexión, debe llevarse a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Resolución CRT 1763 de 2007 o la norma que lo adicione o modifique".

ARTÍCULO CUARTO. Modificar el artículo 3º de la Resolución CRC 4002 de 2001 el cual quedará de la siguiente manera:

"ARTÍCULO TERCERO. El proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL debe garantizar que los precios por minuto de voz off-net ofrecidos por dicho proveedor a cada uno de sus usuarios, sean siempre menores o iguales al precio on-net considerando todo tipo de tráfico, independientemente de la denominación que se dé a los mismos. Así, en todos sus planes, conforme con las reglas que abajo se precisan, se deberá seguir la siguiente fórmula:

$$\text{Precio Off - Net} \leq \text{Precio On - Net}$$

Donde,

Precio Off - Net : es el Precio por minuto (\$/min) que cada uno de los usuarios paga por concepto de una llamada originada en la red de COMCEL y terminada en las redes de los demás proveedores de redes y servicios móviles. Incluye todos los planes tarifarios ofrecidos incluyendo todo tipo de tráfico de voz independientemente de la denominación que se dé al mismo.

Precio On - Net : es el Precio por minuto (\$/min) que cada uno de los usuarios paga por concepto de una llamada originada y terminada en la red de COMCEL. Incluye todos los planes tarifarios ofrecidos incluyendo todo tipo de tráfico de voz, independientemente de la denominación que se dé al mismo.

La regla tarifaria fijada en el presente artículo deberá ser implementada por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL en todos sus contratos, planes tarifarios y ofertas comerciales vigentes, actuales y nuevas, para los usuarios en la modalidad pre-pago y pos-pago, incluyendo todo tipo de tráfico, independientemente de la denominación que se dé al mismo y de la siguiente manera:

En la modalidad prepago:

- a) *Para los nuevos usuarios y para usuarios activos en la modalidad prepago sin saldos a favor, una vez transcurridos 20 días hábiles contados a partir de la ejecutoria de la presente Resolución.*
- b) *Para usuarios activos con saldos prepago a favor, no se afectarán las condiciones tarifarias hasta que se agote dicho saldo, o, en su defecto, hasta que hayan transcurrido 60 días calendario, siempre y cuando dicho saldo se haya adquirido antes de la ejecutoria de la presente resolución o durante los 20 días hábiles posteriores a la fecha de la ejecutoria de la presente Resolución.*

Para todos los usuarios en la modalidad pospago:

- c) *Para los usuarios nuevos a partir de la ejecutoria de la presente.*
- d) *Para los usuarios con contrato(s) vigente(s) con duración definida que a partir de la ejecutoria de la presente Resolución pretendan renovar o tengan derecho a la renovación u opere la renovación automática de su(s) contrato(s), COMCEL durante los 40 días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme la presente Resolución, deberá ofrecer planes equivalentes (en términos, tarifas y condiciones) teniendo en cuenta la nueva regla tarifaria. En ningún caso, COMCEL podrá ofrecer la novación de contratos con planes u ofertas comerciales que incluyan reglas tarifarias diferentes a la establecida en la presente Resolución o utilizar cualquier mecanismo para extender la vigencia de los contratos con reglas tarifarias diferentes a la planteada en la presente Resolución.*
- e) *Para los usuarios con contrato(s) vigente(s) de duración indefinida, durante los 40 días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme la presente Resolución, COMCEL deberá ofrecer a dichos usuarios planes equivalentes (en términos, tarifas y condiciones) a los que actualmente poseen, sin que en ningún caso COMCEL pueda ofrecer la novación de contratos con planes u ofertas comerciales con reglas tarifarias diferentes a la establecida en la presente Resolución o utilizar ningún tipo de mecanismo para extender la vigencia de los contratos con reglas tarifarias diferentes a las planteadas en la presente Resolución.*

En todo caso, COMCEL deberá garantizar que todo plan, contrato o toda oferta tarifaria desarrollada, ofrecida o pactada a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo se ajuste a lo indicado en el presente artículo, garantizando que no promocionará, obsequiará, ofertará o divulgará planes tarifarios ni presentará, desarrollará u ofrecerá planes que no cumplan con lo allí estatuido y que no inducirá o motivará a los usuarios a que se trasladen o cambien a planes tarifarios que no contemplen tal regla, ni utilizará planes empaquetados con el fin de hacer ofertas comerciales que terminen transgrediendo la presente regla tarifaria en el mercado de voz saliente móvil.

PARÁGRAFO 1o. *La Comisión de Regulación de Comunicaciones, en uso de sus facultades legales, de oficio o a petición de parte, monitoreará, en cualquier momento, los efectos que la medida establecida en el presente artículo, tenga sobre el mercado "Voz Saliente Móvil", con el fin de levantarla, modificarla o mantenerla, para lo cual se utilizará la información reportada por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL y/o solicitada por esta Comisión para este propósito.*

PARÁGRAFO 2o. *Como consecuencia de la medida adoptada en el presente artículo, las Resoluciones CRT 2066 y CRC 2171 de 2009, perderán su vigencia a partir del momento en que cada una de las reglas definidas en el presente acto administrativo queden en firme y el presente acto administrativo haya sido ejecutoriado.*

ARTÍCULO QUINTO. *Revocar el artículo 4° de la Resolución CRC 4002 de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.*

ARTÍCULO SEXTO. Notificar personalmente la presente Resolución al representante legal de **COMCEL S.A.** o a quienes hagan 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 **31 DIC 2012**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO MOLANO VEGA
Presidente


CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR
Director Ejecutivo

C.C. Acta No. 849 del 14/12/2012
S.C. Acta No. 278 del 18/12/2012

LMDV/MVG/DPF/CAE/AJR

Exp. 2000-1-2