



RESOLUCIÓN No. **6336** DE 2021

*"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** y **AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** en contra de la Resolución CRC 6276 de 2021"*

LA SESIÓN DE COMISIÓN DE COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, y especialmente la que le confiere el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019 y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la Resolución CRC 6276 del 15 de abril de 2021, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC resolvió una solicitud de solución de controversias presentada por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** (en adelante "**COMCEL**") frente a **AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** (en adelante "**AVANTEL**"), en relación con el valor de remuneración por el uso que hace **AVANTEL** de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional (RAN) respecto de **COMCEL** para el servicio de datos, en los municipios donde **AVANTEL** ha desplegado para la prestación de sus servicios de datos más de tres sectores de tecnología 4G y la entrega de la información relacionada con estos municipios.

La Resolución CRC 6276 de 2021 fue notificada a través de medios electrónicos a cada una de las partes el 15 de abril de 2021, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020. Dentro del término concedido para tal efecto, **AVANTEL** interpuso recurso de reposición en contra del anotado acto administrativo, mediante escrito enviado por correo electrónico el 29 de abril de 2021, radicado internamente bajo el número 2021805179¹, en tanto que **COMCEL** interpuso recurso de reposición a través del escrito enviado por correo electrónico el 29 de abril de 2021, al cual se le asignó el número 2021805196².

Teniendo en cuenta que los recursos de reposición interpuestos por **COMCEL** y **AVANTEL** cumplen con lo dispuesto en los artículos 76 y 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, esta Comisión deberá admitirlos a fin de proceder a su estudio de fondo.

Por otra parte, mediante escrito con radicado número 2021806211 del 24 de mayo de 2021, **COMCEL** solicitó la incorporación al expediente del concepto expedido por la CRC a través del radicado 2021509340, en el cual esta Comisión dio respuesta a unos interrogantes planteados por **COMCEL** respecto a la remuneración de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, manifestando que "*contiene precisiones pertinentes en relación con la entrada en vigencia de las decisiones que desatan controversias sobre las tarifas negociadas de RAN, al igual que respecto de la aplicación del principio de trato no discriminatorio establecido en la regulación*". Al respecto, esta Comisión no

¹ Expediente administrativo 3000-32-13-17. Folios 85 – 87.

² Expediente administrativo 3000-32-13-1. Folios 88 – 89.

accederá a la solicitud, toda vez que dicho pronunciamiento se limitó a analizar de manera general y abstracta el alcance de la Resolución CRC 5050 de 2016 en materia de remuneración por el acceso a la instalación esencial de RAN, y no tiene efectos vinculantes frente a la situación particular y concreta bajo estudio. Adicionalmente, según lo dispuesto en el artículo 77 del CPACA³, las pruebas que las partes pretendan hacer valer deberán ser aportadas o solicitadas con la interposición del recurso de reposición y no con posterioridad a éste.

Finalmente, debe indicarse que, dado que en el presente asunto se está ante la interposición de recursos de reposición en contra de la resolución que resolvió una controversia surgida entre **COMCEL** y **AVANTEL** -asunto que debe resolverse mediante un acto administrativo de carácter particular y concreto-, la CRC no debe informar a la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC sobre esta actuación, pues se configura una de las excepciones a dicho deber, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 2.2.2.30.4 del Decreto 1074 de 2015.

2. EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR COMCEL

En su recurso de reposición, **COMCEL** formuló los cargos que se exponen a continuación:

2.1. Respecto a la fórmula adoptada por la Comisión para calcular el valor que AVANTEL deberá reconocer a COMCEL por el uso de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional – RAN- en aquellos municipios donde AVANTEL ha desplegado más de tres sectores de tecnología 4G para el servicio de datos, y la justificación de la fórmula propuesta por COMCEL.

En primer lugar, **COMCEL** hace referencia a las razones que sustentaron la fórmula en dos partes adoptada por la Comisión para establecer el valor de remuneración que debe reconocerle **AVANTEL**, por el uso de la instalación esencial de RAN en aquellos municipios en los cuales dicho proveedor ha desplegado tres o más sectores de tecnología 4G, y de manera específica, al mark-up del 15% utilizado en la fórmula como factor a para usos bajos de RAN.

Cuestiona el efecto de la regulación asociada al servicio de RAN, indicando que debería generar un incremento en la inversión en infraestructura propia por parte del Proveedor de Red de Origen (PRO), pero que al revisar los mapas de cobertura publicados por **AVANTEL** en su página web -siendo este operador el que más usa la instalación esencial de RAN-, observa un cubrimiento en tecnología 4G sólo para 93 municipios, es decir, cerca del 8% del total de municipios del país. Según lo anterior, concluye que el factor a del 15% utilizado en la fórmula en dos partes definida por la Comisión, no genera una diferencia sustancial respecto de la tarifa regulada, que incentive el despliegue de infraestructura propia.

En este orden de ideas, solicita a la CRC que revise las razones jurídicas y económicas por las cuales adopta un margen adicional sobre los valores regulados del 15%, pues en su criterio, este valor no es suficiente para remunerar las inversiones adicionales o marginales que **COMCEL**, como Proveedor de Red Visitada (PRV), debe realizar para recibir el tráfico adicional de **AVANTEL**, considerando el costo de oportunidad por dejar de recibir su propio tráfico; tampoco constituye un incentivo para ampliar su capacidad y recibir más tráfico de RAN; y no representa un incentivo para que el PRO despliegue su propia infraestructura.

Considera **COMCEL** que el mark- up que debe aplicarse para el acceso a la instalación esencial de RAN para datos debe ser del 38%. Para sustentar esta afirmación, hace referencia a lo manifestado por Sandbach en su estudio "*National Roaming Pricing in Mobile Networks*"⁴ en el cual señaló, para una frecuencia de espectro de 900 MHz en la red visitada -según **COMCEL**, equiparable a la banda de 700 MHz de Colombia-, lo siguiente: "*Bajo supuestos realistas, hemos calculado que un precio de acceso a roaming nacional competitivo neutral será aproximadamente un 38% por encima del costo promedio en la red del operador tradicional, aunque este resultado dependerá de las distribuciones específicas de tráfico contra la geografía en el país en cuestión. Un precio de acceso fijado a este nivel garantizará la neutralidad competitiva entre las redes y proporcionará una señal de inversión eficiente para la nueva red entrante (...)*".

³ "ARTÍCULO 77. REQUISITOS. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos. Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.

(...)

3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer."

⁴ Sandbach J. (2009). *National Roaming Pricing in Mobile Networks*.

En este orden de ideas señala que, con fundamento en el estudio en cita, y *"previendo que los operadores van a hacer uso de RAN sobre la futura infraestructura en 700 MHz que desplieguen los incumbentes, y que el modelo de costos del servicio de Datos (sic) toma como base **costos medios** que no pueden ser costos incrementales, debido a las nuevas inversiones que se deben hacer tanto a nivel del pago de espectro que habilita el uso de 700 MHz, como de las inversiones asociadas al despliegue comercial del espectro y las obligaciones de cobertura asociadas a la adjudicación, el mark up que debe aplicar para el acceso a la instalación esencial de RAN para Datos debe ser del 38% al que hace referencia Sandbach"* pues de lo contrario, según **COMCEL**, no existirá un verdadero incentivo para desplegar infraestructura propia en el mercado de datos, dados los altos costos de inversión en comparación con el bajo mark – up del 15% establecido por la Comisión.

Por otra parte, plantea que, dado que el tráfico de RAN de datos de **AVANTEL** es del 7% en proporción al total de su tráfico de datos, un incremento en la "tarifa negociada" no va a tener un aumento significativo en los precios minoristas.

Finalmente, precisó que la fórmula propuesta en su oferta final que contempla un mark up del 25%, se sustentó en los análisis de Sandbach⁵ y en un estudio preparado por Wall Communications para la Comisión Canadiense de Radio-Televisión y Telecomunicaciones -CRTC- el cual indicó que la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC por sus siglas en inglés) recomendó a las agencias reguladoras estatales, sobre la asignación de costos marginales y prospectivos, utilizar márgenes porcentuales dentro del rango del 15% al 35%, teniendo en cuenta los márgenes de ganancia que dejaban de recibir los operadores que prestaban su red. En tal sentido afirma que, un mark-up del 25% como el propuesto, se ubica más cerca de la media del rango indicado, y no en el cuartil inferior.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

En primer lugar, es necesario precisar que la decisión adoptada en la Resolución CRC 6276 de 2021 se circunscribe a determinar, ante la falta de acuerdo entre **AVANTEL** y **COMCEL**, el valor de remuneración por el uso que hace **AVANTEL** de la instalación esencial de RAN respecto de **COMCEL**, en aquellos municipios donde **AVANTEL** ha desplegado tres o más sectores de tecnología 4G y la definición de un procedimiento para obtener la información asociada a dichos municipios, luego no corresponde a la Comisión pronunciarse en el marco de una actuación de carácter particular y concreto, sobre las consideraciones que pueda tener **COMCEL** respecto a la regulación general relacionada con el servicio de RAN, toda vez que estos análisis exceden el propósito de la intervención regulatoria particular atribuida a la CRC.

Por otra parte, **COMCEL** señala que, consultados los mapas de cobertura de **AVANTEL**, advierte que este operador sólo registra cubrimiento en tecnología 4G para 93 municipios del país (8% del total de municipios del país), y concluye que el mark-up del 15% en la fórmula en dos partes definida por la Comisión, *"no genera una diferencia sustancial respecto de la tarifa regulada que incentive el despliegue de infraestructura propia"*, sin embargo, más allá de manifestar su desacuerdo con el mark-up definido, - que no coincide con el mark up del 25% propuesto en su oferta final-, no allega prueba alguna con su recurso de reposición que permita sustentar su afirmación según la cual un margen del 15% no incentivaría el despliegue de infraestructura por parte del PRO **AVANTEL**, cuando lo cierto es que corresponde al recurrente, en este caso **COMCEL**, probar los hechos que alega⁶.

Aunado a lo anterior, resulta pertinente señalar que la CRC sustentó de manera detallada en la Resolución CRC 6276 de 2021, las razones jurídicas y económicas que consideró para determinar los parámetros bajo los cuales debía fijarse el valor de remuneración en este caso en concreto. Para el efecto, tuvo en cuenta los principios que orientan la regulación general de RAN, y la lógica económica que subyace a la regla de libre negociación en los municipios con más de tres sectores de tecnología 4G, y que orienta la excepción contenida en el parágrafo del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016⁷.

⁵ Sandbach J. (2009). *National Roaming Pricing in Mobile Networks*.

⁶ Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional que *"(...) Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio "onus probandi", el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo."* Sentencia C-086 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷ Adicionado por el artículo 7 de la Resolución CRC 5107 de 2017.

En tal sentido, se indicó expresamente que la metodología que se fuera aplicar debía arrojar un mayor valor que la tarifa regulada prevista en el artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016⁸, y que, a su vez, debía garantizar que el valor a remunerar fuera incrementándose en la medida en que el PRO hiciera un mayor uso de RAN, bajo el principio de eficiencia dinámica⁹. A partir de estos parámetros, se estableció una metodología con un factor α calculado mediante una fórmula en dos partes, de manera que, para participaciones del tráfico total en RAN dentro del tráfico total de **AVANTEL** menores o iguales al 15%, el valor de remuneración se incrementaría en un 15%, incorporando incentivos al despliegue de infraestructura y un uso moderado del RAN, y para participaciones superiores al 15% definido, el valor de remuneración se incrementaría de manera proporcional, es decir, el factor α y los incentivos al despliegue aumentarían en la medida en que **AVANTEL** hiciera mayor uso de RAN.

También se señaló que para el cálculo del factor α se tuvo en cuenta el patrón de bajo consumo de RAN en datos de **AVANTEL**, según la información reportada por ese operador durante cada uno de los trimestres del año 2020 en el Formato 3.7 (Roaming Automático Nacional) y el Formato 1.9 (Acceso móvil a Internet) de la Resolución CRC 5050 de 2016, y que este mark-up resultaba adecuado y razonable teniendo en cuenta que:

- "(i) Un porcentaje inferior a dicho valor (15%) generaría un incremento de muy baja magnitud de la tarifa regulada, lo que iría en detrimento del cumplimiento de los fines de la regulación de carácter general y abstracto; y*
- (ii) En línea con el concepto de eficiencia dinámica, este valor hace que la remuneración sea superior al valor regulado, lo que permite la incorporación de incentivos al despliegue de infraestructura propia tanto para el PRO como para el PRV¹⁰, así como incentivos al uso medurado del RAN por parte del PRO, al tiempo que para usos bajos de RAN (menor al 15%) minimiza eventuales efectos de alza en precios minoristas¹¹"*

Así las cosas, para definir el límite inferior del *mark-up* determinado en la metodología de la Resolución CRC 6276 de 2021 (15% para usos bajos de RAN), la CRC consideró diferentes criterios con el fin de adoptar una fórmula que permita alcanzar un equilibrio entre las finalidades de la regulación, que incluyen la promoción del uso medurado del RAN, el uso eficiente de la infraestructura y el incentivo al despliegue de infraestructura propia por parte del PRO y del PRV, así como la promoción de la competencia a través de tarifas contestables, y la maximización del bienestar del usuario al poder acceder a mayores opciones de servicios, paquetes, precios y cobertura.

De otra parte, en relación con la afirmación según la cual el mark-up del 15% no es suficiente para remunerar las inversiones adicionales de **COMCEL**, ni para incentivar el despliegue de infraestructura propia, es preciso recordar, en primer lugar, que el *mark-up* de 15% es un factor que aplica solo para usos bajos de RAN (menos de 15% del tráfico total) por parte del PRO. En la medida en que el PRO aumente su uso de RAN en una proporción superior al umbral del 15%, el *mark-up* crecerá en la misma proporción y podrá, si el uso de RAN del PRO crece hasta ese punto, alcanzar porcentajes superiores al umbral definido por la CRC.

En segundo lugar, el valor del 15%, que corresponde al menor *mark-up* definido en la metodología, se aplica como un valor adicional a una tarifa regulada que fue definida con base en un modelo de costos eficientes, que incorpora una red 4G completamente funcional¹², es decir que ya incluye las previsiones para la remuneración de despliegues de infraestructura asociados a asignaciones de espectro 4G, por lo cual, no es acertado señalar que el mark-up del 15% no es adecuado para remunerar las inversiones adicionales de **COMCEL**, ni para incentivar el despliegue de infraestructura propia por parte del PRV y del PRO.

En este sentido, la CRC considera que el *mark-up* correspondiente al 15%, definido a partir del patrón de bajo uso de RAN de **AVANTEL** y cuya actualización deberá revisarse trimestralmente, al agregarse

⁸ Para el año 2021 la tarifa regulada para el servicio de RAN de datos corresponde a COP 13,85 por MB

⁹ Eficiencia dinámica: capacidad de ajuste de los mercados en que el objetivo no es alcanzar la curva de posibilidades máximas de producción, sino desplazarla a la derecha como consecuencia de la competencia entre los agentes, la constante creatividad y la búsqueda de oportunidades de ganancia.

¹⁰ De acuerdo con Sanbach (2009) en el caso de roaming nacional los dos operadores (incumbente y entrante) "invertirán en más cobertura geográfica cuando el precio de roaming nacional es mayor: el incumbente lo hará debido al ingreso extra que recibe de los precios de roaming, mientras que el entrante lo hará con el objetivo de evitar pagar los precios de roaming al incumbente".

¹¹ Escenario conservador (en la medida en que considera el objetivo de eficiencia dinámica y minimiza posibles distorsiones en el mercado).

¹² CRC. (2017). *Revisión y actualización de las condiciones para el Roaming Automático Nacional*. Documento Soporte.

a la tarifa regulada resulta en una remuneración adecuada y suficiente que atiende los diferentes propósitos de la regulación, esto es, la promoción de la competencia, y de la inversión, maximizar el bienestar de los usuarios, así como garantizar un valor de remuneración proporcional que armoniza los intereses del PRO incentivándolo a desplegar infraestructura propia en lugar de pagar mayores costos que el valor regulado por el uso de RAN, y permite que el PRV utilice este valor para expandir su red; así mismo, minimiza eventuales efectos de alza en precios minoristas. Adicionalmente, se reitera que **COMCEL** solo se limita a afirmar que debe darse aplicación a un umbral superior, pero no aporta evidencia alguna para acreditar que las finalidades mencionadas de remuneración no se logran, de conformidad con la metodología definida en la Resolución CRC 6276 de 2021.

En relación con el argumento de **COMCEL** consistente en que el *mark-up* para datos debería ser el mismo porcentaje sugerido por Sandbach en su estudio de 2009 (38%), pues de lo contrario el PRV no se vería motivado a hacer despliegue de infraestructura para el mercado de datos, dados los altos costos de inversión relacionados con el despliegue en la banda de 700 MHz, esta Comisión, señala que, en primer lugar, efectivamente como lo menciona **COMCEL**, la tarifa regulada de RAN para datos está basada en costos medios, en vez de costos marginales o incrementales a largo plazo.

La utilización de metodologías con base en costos medios para la definición de tarifas y/o cargos de acceso o interconexión implica la definición de precios por encima de los costos incrementales con el fin de incorporar señales económicas que incentiven la inversión en un mercado. En este sentido, se recuerda que en el documento técnico previo a la expedición de la Resolución 5107 de 2017, la CRC señaló que la razón por la que se definió una regulación simétrica y a costo medio para el cobro de Internet Móvil en modalidad RAN consiste en que el desarrollo del servicio de datos se encuentra en fase de crecimiento, *"por lo que el despliegue de la red, en términos de cobertura y de densificación en zonas urbanas, debe ser suficiente para cubrir las inversiones y la operación de las redes, como también a su vez debe cumplir con los objetivos de dar señales de inversión y de despliegue de infraestructura propia a todos los agentes"*¹³.

La definición en la Resolución CRC 5107 de 2017 de una tarifa regulada de RAN basada en costos medios, que aplica a todos los participantes establecidos en el mercado móvil, tiene entonces como objetivo garantizar la remuneración de las inversiones y operación de las redes, así como promover la inversión en el despliegue de infraestructura propia para todos los operadores establecidos. Eso hace que, de por sí, las tarifas reguladas de datos ya incluyan un valor adicional al que remuneraría estrictamente los costos directamente atribuibles a la prestación del servicio de RAN, el cual corresponde a la diferencia entre la tarifa regulada a costo medio (\$11,8 por MByte a pesos de 2017) y el costo marginal (\$6,4 por MByte a pesos de 2017). En este sentido, de conformidad con la metodología establecida en la Resolución CRC 6276 de 2021, para el servicio de RAN de datos, la cual utiliza como parámetro la tarifa regulada y le añade a esta un *mark-up* de al menos 15% en función del uso de RAN del PRO, todos los PRV, incluido **COMCEL**, reciben una remuneración que supera los costos directamente atribuibles a la prestación del servicio de RAN.

En segundo lugar, el modelo de costos *"empresa eficiente móvil 2016"* utilizado por la CRC para el cálculo de la tarifa regulada en datos, costeo de manera eficiente la infraestructura de acceso de 4G, transmisión, red núcleo, entre otras, e inversiones administrativas, necesarias para el funcionamiento de la red móvil en cada una de las zonas de cobertura en el territorio nacional y el soporte del tráfico demandado, así como los recursos humanos y de operación de la empresa. Con esto, se pudo determinar el costo total de largo plazo de la empresa eficiente, y con ello, obtener los costos medios de los servicios, así como el costo incremental de largo plazo por servicio¹⁴. En este sentido, los costos medios y marginales calculados por este modelo, que sirvieron como referencia para la definición de las tarifas reguladas de RAN para los servicios de datos, ya incluyen las previsiones para la remuneración de despliegues de infraestructura asociados a asignaciones de espectro 4G, como la reciente asignación de frecuencias en las bandas de 700 MHz. Adicionalmente, resulta pertinente señalar que, a diferencia de las bandas altas de espectro, la banda de 700 MHz, al ser una banda baja, presenta menores requerimientos de infraestructura para alcanzar coberturas similares a las logradas en bandas altas, por lo que los costos medios de despliegue a través de esta banda deben ser menores con respecto a otras bandas asignadas previamente como lo son AWS (1.700 MHz -2.100 MHz), 1.900 MHz y 2.500 MHz.

De esta manera, al definir la metodología de la Resolución CRC 6276 de 2021 una remuneración de RAN de datos, que excede de manera suficiente los costos directamente atribuibles a la prestación del servicio de RAN -por la existencia de una tarifa regulada superior al costo incremental y

¹³ CRC. (2016). *Revisión y actualización de condiciones para el Roaming Automático Nacional*

¹⁴ CRC. (2016). *Revisión de los mercados de servicios móviles*. Documento Soporte.

adicionalmente un *mark-up* de al menos 15%-, y al estar la tarifa regulada, basada en un modelo de costos eficientes que reconoce despliegues de infraestructura asociados a una red 4G completamente funcional, queda sin sustento el argumento de **COMCEL** según el cual, el *mark-up* para el servicio de RAN de datos no incentiva el despliegue de infraestructura dados los -denominados por el recurrente- "*altos costos*" de inversión relacionados con el despliegue de la banda de 700 MHz.

Adicional a lo anterior, en relación con la afirmación de **COMCEL** según la cual el *mark-up* de datos debería ser el mismo sugerido por Sandbach (38%), cabe anotar que el citado estudio constituye un marco de referencia que permite evidenciar que, bajo ciertas condiciones, los *mark-up* definidos para remunerar el servicio de RAN pueden ser inclusive superiores al 15%, magnitud que se hace viable bajo la metodología definida en la resolución recurrida, en los casos en que el tráfico de RAN del PRO como proporción del tráfico total crezca hasta sobrepasar el umbral definido, y posteriormente alcanzar dicho porcentaje del 38%.

Aunado a ello, resulta pertinente precisar que el documento de Sandbach (2009) corresponde a un ejercicio teórico que aporta elementos para el entendimiento de las implicaciones de la definición de la remuneración de RAN, que debe ser analizado en conjunto con los demás aspectos jurídicos y económicos del caso particular, a partir de una comprensión integral de la regulación y la ley, la cual persigue diferentes fines, pues no sólo promueve el despliegue e inversiones en infraestructura, sino que también debe garantizar la libre competencia a través de tarifas contestables y la maximización del bienestar de los usuarios, generando escenarios en los que los usuarios puedan acceder a diferentes y mayores ofertas de precios, servicios, paquetes y cobertura. De manera que, es a partir de este análisis sistemático de los distintos elementos en juego, que la Comisión puede determinar un valor de remuneración adecuado, razonado y proporcional, para dirimir el conflicto entre las partes.

De otra parte, **COMCEL**, como se indicó previamente, para sustentar la aplicación de un *mark-up* del 38%, también hace referencia al estudio de *Wall Communications* (2012) para la Comisión Canadiense de Radio, Televisión y Comunicaciones (CRTC), el cual menciona que en la definición de precios de acceso e interconexión, la FCC¹⁵ recomendó a las agencias reguladoras estatales utilizar márgenes porcentuales sobre los costos directamente atribuibles que generalmente se encuentran entre el 15% y el 35%, lo que indica, según **COMCEL**, que las tarifas, cuando había lugar a regular, se encontraban ajustadas dentro del rango del 15% al 35%, "*de cara a los márgenes de ganancia que dejaban de recibir los operadores que prestaban su red*".

Al respecto, del estudio citado, se evidencia que, en el caso de la regulación de valores de acceso e interconexión en Estados Unidos, los *mark-ups* definidos por los reguladores estatales generalmente se encuentran en un rango entre 15% y 35%, de manera que, el *mark-up* establecido para el presente conflicto al encontrarse dentro de este rango, se encuentra alineado con las prácticas internacionales.

No obstante, es importante precisar que los márgenes porcentuales a los que se hace referencia en el análisis de *Wall Communications* (2012), antes que incorporarse para reconocer la ganancia que dejan de recibir los incumbentes, se orientan a la asignación de costos no directamente atribuibles (costos comunes y compartidos con otros servicios) para la definición de la tarifa regulada, así como a la obtención de una utilidad razonable.

Así mismo, con respecto a los márgenes de ganancia que dejan de recibir los PRV, según lo mencionado por **COMCEL**, es importante tener en cuenta que la tarifa regulada que sirve de insumo en la metodología definida en la resolución recurrida para el cálculo de la remuneración por el uso de RAN, ha sido calculada mediante un modelo de costos que incluye el reconocimiento de una tasa de costo de capital apropiada para la industria. En este sentido se pronunció la Comisión en el documento de respuesta a comentarios de la Resolución CRC 5107 de 2017¹⁶, de la siguiente manera:

"[D]e acuerdo con la teoría económica y las prácticas comúnmente aceptadas, los precios regulados deben involucrar la así llamada "utilidad justa y razonable" del inversionista, como uno de los elementos básicos de costos a recuperar mediante dichos precios. En esta (sic) orden de ideas, la CRC ha aplicado en sus diferentes modelos de costos para la definición de precios regulados, tasas de costo de capital apropiadas para las industrias que regula, lo cual no ha sido la excepción para el modelo de costos "Empresa eficiente móvil 2016", desarrollado por Dantzig Consultores. De hecho, el modelo incorporó una tasa ponderada de costos de capital equivalente

¹⁵ La Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, por sus siglas en inglés) es la entidad reguladora de las comunicaciones, interestatales (entre los estados) e internacionales, de radio, televisión, telefónicas, satelitales y por cable, en los 50 estados, el Distrito de Columbia y los territorios de Estados Unidos.

¹⁶ CRC. (2017). *Revisión y actualización de condiciones para el Roaming Automático Nacional*. Documento de Respuesta a Comentarios. Página 37.

al 10,36%, el cual se estimó en el marco del proyecto de "Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso a Internet a través de redes inalámbricas".

Igualmente, con respecto al argumento de **COMCEL** sobre el costo de oportunidad por dejar de recibir su propio tráfico, la CRC a su vez se pronunció en el citado documento de respuesta a comentarios de la Resolución CRC 5107 de 2017, y señaló que este no necesariamente es el caso¹⁷, afirmando que: *"frente al comentario de COMCEL en relación con que se le debe permitir recuperar **el costo de oportunidad** de vender a través de RAN un minuto que él deja de vender, ya se ha indicado previamente que el mismo operador **reconoce contar con capacidad instalada excedentaria y en ese sentido para vender un minuto en RAN no tendría que dejar de vender un minuto a su usuario**; todo lo contrario, se reduciría la capacidad ociosa, permitiéndole al operador adquirir mayores eficiencias".* (NFT)

En relación con la afirmación de **COMCEL** según la cual el tráfico de RAN de **AVANTEL** con respecto al tráfico total cursado es bajo y a su juicio, un incremento en la *"tarifa negociada"* no va a tener un aumento significativo en los precios minoristas, debe tenerse en cuenta que la existencia de un bajo tráfico de RAN con respecto al tráfico total de este PRO, corresponde al análisis del tráfico de RAN del PRO durante el último trimestre del año 2020 que puede, o no, cambiar a futuro dependiendo del uso de RAN por parte de **AVANTEL**. En segundo lugar, debe precisarse que la consideración de la CRC de minimizar posibles efectos de aumentos en los precios minoristas hace referencia a los precios que pagan los usuarios por los servicios de RAN y no hace referencia los demás precios minoristas de servicios móviles. Al respecto, debe tenerse en cuenta, como se mencionó, que la tarifa regulada de RAN de datos ya incluye un valor adicional al que remuneraría estrictamente los costos directamente atribuibles a la prestación del servicio de RAN y que esto obedece al objetivo de promover la inversión en el despliegue de infraestructura propia para todos los operadores establecidos. En este sentido, un mark-up con un límite inferior demasiado alto, definido sobre una tarifa regulada basada en el costo medio, podría inducir aumentos en los precios minoristas de RAN que podrían afectar específicamente a los segmentos de usuarios que utilizan este servicio, situación que sucedería aún con una baja intensidad de uso de RAN por parte del PRO.

Por tal razón, la CRC considera necesario partir de un mark-up que si bien debe ser superior al valor regulado, permita minimizar el riesgo de un alza en los precios minoristas que termine afectando a los usuarios de RAN, pues, establecer un mark up mínimo del 25% o incluso del 38% sobre la tarifa regulada al costo medio, como lo propone **COMCEL**, podría implicar un incremento súbito y excesivo en el valor de remuneración del servicios de RAN, que podría impactar los costos de operación del servicio y por ende, conducir a la revisión de los precios minoristas ofrecidos a usuarios finales de RAN y, en algunos casos, la derivación de incrementos significativos de las tarifas y ofertas comerciales, lo cual iría en contra de la pluralidad de ofertas contestables a favor de los usuarios. Finalmente, vale la pena señalar que **COMCEL** no presenta evidencia concreta o algún soporte que sustente su afirmación. En este sentido, la CRC considera adecuado mantener el rango inferior del *mark-up*, asociado a usos bajos de RAN por parte del PRO, en el límite inferior (15%), el cual es acorde con las prácticas internacionales en la definición de *mark-ups* y se encuentra alineado con el patrón de tráfico del PRO.

Finalmente, vale la pena reiterar que **COMCEL** no presenta evidencia concreta o algún soporte que sustente su afirmación, cuando lo cierto es que, corresponde al recurrente demostrar que un mark-up del 25%, o del 38% no generaría un incremento en los precios minoristas como lo afirma. Lo anterior, teniendo en cuenta que, como lo ha señalado la Corte Constitucional *"(...) las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes"*¹⁸

Así mismo, ha indicado que *"(...) La acreditación de los hechos (de acción o de excepción) es una carga procesal que bien puede ser asignada a las partes que los invocan.*

(...)

Es también una carga adecuada para lograr esos mismos cometidos, si se tiene en cuenta que quien invoca un hecho lo hace –lo debe hacer- sobre la base de un conocimiento previo del mismo y por lo

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2013

*general dispone de algunos elementos mínimos para dar crédito a sus afirmaciones, en especial cuando pretende obtener algún beneficio de ellos (...)*¹⁹

En este sentido, la CRC considera adecuado mantener el rango inferior del *mark-up*, asociado a usos bajos de RAN por parte del PRO, en el límite inferior (15%), el cual es acorde con las prácticas internacionales en la definición de *mark-ups* y se encuentra alineado con el patrón de tráfico del PRO.

Así, esta Comisión considera que la metodología citada cumple con la finalidad de la norma y de la regulación de acceso a RAN, incluido el incentivo a la inversión y despliegue de infraestructura propia en zonas de mayor densidad poblacional, por las razones que se han expuesto, entre las que se incluyen: (i) que el *mark-up* incorporado por la metodología no es únicamente del 15% como valor fijo, sino que corresponde a un rango cuyo límite inferior -asociado a usos bajos de RAN por parte del PRO- si es del 15%, pero que puede ser mayor al 15% en la medida en que el PRO -**AVANTEL**- haga un mayor uso de RAN con respecto a su tráfico total del servicio de datos, por encima de este porcentaje; (ii) que el *mark-up* definido en la metodología, incorpora el concepto de "eficiencia dinámica" pues hace que la remuneración sea superior (no igual) al valor regulado para todos los posibles porcentajes de uso de RAN sobre el tráfico total del PRO, y adicionalmente, hace que esta remuneración crezca de manera proporcional a la intensidad de uso de RAN del PRO, para intensidades de uso superiores al 15% del tráfico total, lo que incorpora incentivos de eficiencia dinámica tanto en el corto, como en el mediano y largo plazo; (iii) que el valor del *mark-up* definido para usos bajos de RAN (menos de 15% del tráfico total), que aplica en este caso según la información de uso de RAN con respecto al tráfico total de **AVANTEL** del cuarto trimestre de 2020, minimiza también posibles efectos de aumentos en los precios minoristas de datos que pagan los usuarios, en los casos en el que el uso actual de RAN es bajo; y (iv) que el valor del *mark-up* definido para usos bajos de RAN (menos de 15% del tráfico total), es coherente con las prácticas regulatorias internacionales, todo lo cual, contribuye al logro de un equilibrio entre los objetivos de (i) promoción de la competencia a través de tarifas contestables, (ii) uso eficiente de la infraestructura, que incluye uso medido del RAN, (iii) despliegue de redes y promoción de la inversión en infraestructura propia en zonas de mayor densidad poblacional, y (iv) maximización del bienestar del usuario poniendo a su disposición mayores opciones de servicios, paquetes, precios y cobertura. En tal sentido, el margen mínimo del 15% incluido en la fórmula definida por la Comisión, se deriva de una comprensión integral del ordenamiento jurídico y de los distintos propósitos de la regulación y la ley, y de un análisis de proporcionalidad y razonabilidad que garantiza la promoción de la competencia y la defensa de los usuarios, es decir, el interés general económico.

Por las razones antes expuestas, el cargo formulado no tiene vocación de prosperar.

2.2. Frente al uso de la información reportada en los Formatos 3.7 y 1.9 de la Resolución CRC 5050 de 2016 para el cálculo del factor α en la fórmula propuesta por la Comisión.

Sobre este cargo **COMCEL** solicita a la CRC que "asegure el tiempo y sitio de publicación" de la información disponible del último trimestre contenida en los formatos 3.7 y 1.9 de la Resolución CRC 5050 de 2016, que deberá tenerse en cuenta al aplicar la fórmula definida por la Comisión para determinar el valor de remuneración del servicio de RAN de datos, teniendo en cuenta que los formatos son reportados por los operadores de manera trimestral en unos casos, y con unos días de posterioridad al trimestre a reportar.

Aduce así mismo, que el valor de la variable alfa (α) de la fórmula definida, depende de la información que el PRV decida publicar y que si bien, parte del principio de buena fe, solicita a la CRC, "informar los controles que junto con el Ministerio realizan para confirmar la veracidad de la información publicada, de manera que se logre el derecho a la correcta remuneración de la instalación esencial" por parte de **COMCEL**.

Finalmente, afirma que el PRV sólo puede constatar la información publicada por el PRO para el tráfico que cursa por su red y el respectivo valor conciliado, siendo imposible verificar la información del resto de tráfico cursado en RAN y la totalidad de los tráficos cursados en la red propia del PRO.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

La CRC, en el artículo primero de la decisión objeto de recurso, esto es la Resolución CRC 6276 de 2021, estableció que el valor de remuneración por la instalación esencial de RAN en el servicio de

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio.

datos, que *"a partir del tercer trimestre de 2021 se actualizará de manera trimestral, de acuerdo con la metodología presentada en la presente Resolución, y conforme a la información del último trimestre disponible reportada en los Formatos 3.7 y 1.9, o aquellos que los modifique, sustituya o adicione, así como al último valor de tarifa regulada, publicado por la CRC."* (NFT)

De lo anterior se deduce que, para la actualización del valor, **COMCEL** y **AVANTEL** deberán partir de los datos del tráfico de RAN y del tráfico total de datos que debe ser reportada por el PRV **-AVANTEL**, con una periodicidad trimestral y según el plazo de presentación definido en la Resolución CRC 5050 de 2016.

Así, el Formato 1.9 "ACCESO MÓVIL A INTERNET" dispone que éste debe ser presentado dentro de los 45 días calendario siguientes a la finalización del trimestre, y por su parte, el Formato 3.7 "ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL" señala que debe ser reportado dentro de los 15 días calendario siguientes al trimestre correspondiente, de manera que, **COMCEL** deberá tener en cuenta estos plazos de reporte, para poder disponer de la información que permita actualizar el valor según la fórmula definida en la Resolución CRC 6276 de 2021.

Ahora bien, considera esta Comisión, que la información correspondiente al tráfico de RAN y el tráfico total de **AVANTEL**, derivada de los Formatos 3.7 y 1.9²⁰, puede ser solicitada directamente por **COMCEL** a **AVANTEL** en desarrollo de la relación de interconexión, por constituir un medio expedito para consultarla, una vez se encuentre disponible, según los plazos regulatorios previamente indicados. Lo anterior, sin perjuicio de que **COMCEL** pueda consultar las publicaciones que realice esta Comisión sobre la información del tráfico de Roaming Automático Nacional y de datos de **AVANTEL**, a través de los canales y plataformas institucionales creadas para el intercambio de datos.

Es pertinente indicar que, la información reportada por el PRO a Colombia TIC debe cumplir con las condiciones de calidad de la información exigidas en la Resolución MINTIC 3484 de 2012²¹, modificada por la Resolución MINTIC 175 de 2021. En concreto, deberá ser entregada en forma exacta y completa, y garantizar su idoneidad, veracidad, confiabilidad y calidad, conforme los parámetros definidos por el Sistema Colombia TIC²², así como lo establecido las Resoluciones expedidas por la CRC sobre la materia²³.

En este orden de ideas, corresponde a **AVANTEL** garantizar la veracidad de la información sobre el tráfico RAN y el tráfico total de datos que suministre a **COMCEL** para el cálculo de la actualización de la tarifa, pues esta debe ser coincidente con la reportada en los formatos periódicos de información que tiene la obligación de reportar bajos las condiciones de calidad enunciadas en precedencia, pues de presentarla de forma inexacta o incompleta, estaría incurriendo en la infracción prevista en el numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009²⁴, conducta que corresponde ser investigada y sancionada por el MinTIC, en ejercicio de las funciones de vigilancia, inspección y control atribuidas a dicho Ministerio por el legislador, en el numeral 11 del artículo 18 de la Ley en cita.

Finalmente, respecto a los controles que se realizan para verificar la información del tráfico de datos de **AVANTEL**, se precisa que, corresponde al MinTIC, a través de la Dirección de Vigilancia, Inspección y Control, verificar el cumplimiento de las obligaciones de reporte periódico de información por parte de **AVANTEL**²⁵ y constatar la oportunidad y calidad de la información reportada, quien en ejercicio de

²⁰ Establecidos en Título de Reportes de Información de la Resolución CRC 5050 de 2016, los cuales, según lo dispuesto en dicho Título, deben ser reportados en el Sistema de Información Integral - Colombia TIC.

²¹ "Por la cual se crea el Sistema de Información Integral del Sector de TIC - Colombia TIC y se dictan otras disposiciones."

²² Resolución MINTIC 3484 de 2012, modificada por la Resolución MINTIC 172 de 2021: "ARTÍCULO 13. REPORTE Y CALIDAD DE LA INFORMACIÓN. Los obligados a reportar información al Sistema Colombia TIC, conforme al contenido de sus respectivos títulos habilitantes o de acuerdo con la regulación que les aplique, deberán entregarla en forma exacta y completa y garantizar su idoneidad, veracidad, confiabilidad y calidad, conforme con los parámetros definidos por el Sistema Colombia TIC. Al momento de la creación de los perfiles de usuario, se deberá anexas la correspondiente certificación del representante legal, la cual obrará como prueba del compromiso sobre la veracidad de la información de todo aquello que reporte su representada al sistema. (...)"

²³ Resolución MINTIC 3484 de 2012, modificada por la Resolución MINTIC 175 de 2021: "ARTÍCULO 17. OBLIGACIÓN DE REPORTE DE INFORMACIÓN A COLOMBIA TIC. Son obligados al reporte de la información contenida en esta resolución los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones PRST. (...) La información requerida deberá entregarse de acuerdo con lo establecido en la ley, en los actos administrativos expedidos para el efecto por las entidades administrativas del Sector TIC y lo señalado en aquellas directrices expedidas por las entidades del orden nacional que llegaren a ser parte del sistema Colombia TIC en virtud del correspondiente convenio."

Lo anterior según lo dispuesto en el artículo 18 de la Resolución MINTIC 3484 de 2012, modificada por la Resolución MINTIC 172 de 2021 que dispone: "INFRACCIÓN Y SANCIONES. De conformidad con el numeral 5 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, constituye infracción a la Ley abstenerse de presentar a las autoridades la información requerida o presentarla de forma inexacta o incompleta. Lo anterior sin perjuicio de las facultades sancionatorias atribuidas por ley a otras autoridades del sector, particularmente las atribuidas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones."

²⁵ Numeral 3 del artículo 21 del Decreto 1064 de 2020.

sus funciones²⁶, realiza visitas de inspección y vigilancia para constatar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles (PRSTM), por consiguiente, cualquier información adicional que requiera **COMCEL** para validar el tráfico de **AVANTEL** puede ser solicitada también al MinTIC.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de la competencia de inspección, vigilancia y control del MinTIC, anteriormente descrita, vale la pena precisar que la información publicada por la Comisión a través de las plataformas de intercambio de información estadística del sector²⁷, dentro de la cual se encuentra el tráfico de RAN y datos de **AVANTEL**, parte de una validación previa, mediante la cual la CRC analiza la coherencia y consistencia de la información consignada en cada uno de los formatos incluidos en el Capítulo 2 del Título Reportes de información de la Resolución CRC 5050 de 2016 reportados por parte de los proveedores a través del sistema Colombia TIC, y en caso de encontrar inconsistencias, la Comisión realiza requerimientos particulares a los operadores para validar la información, con el fin de que realicen la revisión, presenten las aclaraciones pertinentes y de ser necesario, ajusten la información reportada, antes de ser publicada para consulta de los diferentes agentes interesados.

2.3. Respecto a la retroactividad de los efectos jurídicos del acto administrativo que resuelve el conflicto entre COMCEL y AVANTEL.

COMCEL manifiesta su desacuerdo frente a la decisión adoptada en el artículo primero de la Resolución CRC 6276 de 2021, en el cual se establece que el valor a remunerar correspondiente a \$14,86 por Megabyte (MB), por el uso de RAN para el servicio de datos, en los municipios donde **AVANTEL** haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos más de tres sectores de tecnología 4G, deberá ser reconocida por **AVANTEL** "a partir de la ejecutoria de la Resolución" que resuelve el conflicto.

Indica que la Comisión no puede desconocer que la regulación actual le otorga el derecho al PRV a cobrar una "tarifa negociada" por el servicio de RAN de datos según lo previsto en el artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual "no puede ser objeto de desmejora por parte del regulador" lo cual, en su concepto ocurre, al reconocerse a partir de la firmeza del acto administrativo, y no con anterioridad bajo el argumento según el cual no puede otorgarle efectos retroactivos a su decisión constitutiva de derechos.

Afirma que el derecho a obtener la remuneración del servicio de RAN de datos bajo una "tarifa negociada" que le otorga la Ley, solo podría ser desconocido si se presentara un conflicto entre intereses generales e individuales, lo cual no se presenta en el caso bajo estudio, en la medida en que se trata de dos personas jurídicas proveedoras de servicios de telecomunicaciones sujetas al régimen de derecho privado.

En tal sentido, señala que debería reconocerse un valor a remunerar con un factor α de ajuste del 16,94% sobre la tarifa regulada con base en lo definido por la CRC en la Resolución CRC 5848 de 2019 confirmada por la Resolución CRC 5871 de 2019, mediante la cual resolvió el conflicto existente entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y **AVANTEL**, por lo menos desde el 6 de diciembre de 2019 hasta la ejecutoria de la resolución objeto del recurso, aduciendo que ese factor α de ajuste debería ser reconocido por **AVANTEL** a todos los operadores que la soliciten, pues de lo contrario, en su concepto, se estaría generando un trato discriminatorio hacia **COMCEL**.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

En primer lugar, es necesario indicar que la facultad, en cabeza de la CRC, para dirimir las controversias suscitadas entre los operadores se ejerce en virtud del mandato legal contenido en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por la Ley 1978 de 2019, la cual se activa como consecuencia de la imposibilidad de los proveedores de llegar a un acuerdo directo, y se materializa mediante la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto, los

²⁶ Artículo 22 ibidem.

²⁷ Esta actividad se desarrolla a través de la publicación de datos en la plataforma de intercambio de datos Post[data] (www.postdata.gov.co), disponible para consulta de todos los agentes interesados y grupos de valor del sector.

cuales se encuentran supeditados a lo dispuesto en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, es decir, al principio de legalidad administrativa²⁸.

Este principio encuentra su fundamento jurídico en el artículo 6 de la Constitución, según el cual "*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.*" y comprende dos acepciones; un material, y una formal. "*En su acepción material y más amplia, el principio de legalidad administrativa supone la necesidad de no infringir las normas jurídicas aplicables, cualesquiera que sean. En su vertiente formal, se impone a veces que la actuación de la Administración encuentre su cobertura en una norma con rango de ley precisamente.*"²⁹

Ahora bien, como se expuso en la resolución recurrida, los efectos jurídicos del acto administrativo mediante el cual se resuelve el conflicto y se determina el valor que deberá reconocer **AVANTEL** a **COMCEL** por el uso de RAN en los municipios en los cuales ha desplegado más de tres sectores de tecnología 4G, sólo puede tener efectos jurídicos a futuro, en la medida en que se trata de un acto administrativo constitutivo de derechos que crea una nueva situación jurídica, como quiera que la prerrogativa de cobro del valor establecido solo surge a partir de la existencia del acto administrativo de carácter particular y concreto expedido por la Comisión.

Al respecto, vale la pena indicar, como lo ha señalado la Corte Constitucional en su jurisprudencia que "(...) *la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.*"³⁰

En cuanto a los efectos de los actos administrativos en el tiempo, como se desprende de lo anterior, existe un principio irrefutable, según el cual, por regla general el acto administrativo solamente produce efectos hacia el futuro, que en nuestro ordenamiento encuentra su sustento jurídico en lo dispuesto en los artículos 58 y 29 de la Constitución Política y en la Ley 153 de 1887³¹. Ahora bien, como lo ha indicado el Consejo de Estado, este principio admite algunas excepciones, siempre y cuando exista una autorización legal para ello, a saber: "*a) Cuando el acto administrativo en su contenido es declarativo y no constitutivo. Este aserto tiene apoyo, además, en el artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal que expresa que 'Cuando una ley se limite a declarar el sentido de otra, se entenderá incorporada en ella para todos sus efectos; pero no alterará lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que entre a regir'. b) El acto administrativo que se dicta en cumplimiento de una sentencia emanada de la jurisdicción contencioso administrativa, fruto de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, el pronunciamiento jurisdiccional tiene efectos ex tunc. c) En algunos eventos el acto administrativo que revoca otro. d) Los actos interpretativos de actos administrativos anteriores. Sobre el particular el artículo 14 del Código Civil dispone que 'Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio'. e) Los actos de convalidación*"³² (NFT)

Según lo expuesto, y descendiendo al caso en concreto, se observa que ninguno de los presupuestos anteriores se aplica al asunto bajo análisis, pues el acto administrativo mediante el cual la Comisión define y resuelve esta controversia, puesta en su conocimiento ante la falta de consenso entre las partes, no tiene carácter declarativo, aclaratorio, ni interpretativo, pues corresponde a un acto constitutivo de derechos, en la medida en que con sus efectos crea una situación jurídica nueva y concreta³³ conforme a la cual otorga el derecho a **COMCEL** a cobrar un valor de remuneración a partir

²⁸ Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2021, Expediente D-2952. Magistrado ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, señaló: "*El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados*".

²⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "Legalidad y sometimiento a la ley y al derecho." En Los principios jurídicos del Derecho Administrativo. Madrid: Editorial La Ley, 2010. P. 57

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-069/95. Ref: Expediente D-699. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

³¹ "*Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*"

³² CONSEJO DE ESTADO, Concepto con Radicación No. 1294 de septiembre 7 de 2000. Magistrado Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

³³ Sobre los actos constitutivos el Consejo de Estado en Concepto con Radicación No. 1294 de septiembre 7 de 2000 hace referencia a la siguiente doctrina: "*Suelen entenderse como actos constitutivos, generalmente, aquellos actos 'mediante los cuales, y en virtud del poder legal de las autoridades competentes, se establecen nuevas relaciones jurídicas, se modifican o se extinguen'. Mientras que por actos declarativos se entienden aquéllos 'mediante los cuales se regulan relaciones concretas de la vida subsumiéndolas, en forma obligatoria, a la manera judicial bajo una norma jurídica determinada, fijándose así autoritariamente las relaciones jurídicas' (Herrnrit) (...) Esta distinción entre actos constitutivos y declarativos se justifica en la*

de la ejecutoria de la Resolución CRC 6276 de 2021 de \$14,86 por Megabyte (MB) que deberá actualizarse conforme a la metodología establecida en la resolución recurrida, por el uso de su instalación esencial de RAN en aquellos municipios en los cuales **AVANTEL** haya desplegado para la prestación de sus servicios más de tres sectores de tecnología 4G y a su vez obliga a **AVANTEL** al pago de este valor. En esa medida, es a través del acto administrativo recurrido que la Comisión consolida el derecho de **COMCEL** que deviene de la regla general contenida en el artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, a cobrar una tarifa producto de la aplicación de la fórmula definida en el acto objeto de recurso, ante la ausencia de definición de la misma de manera negociada, que para la fecha de ejecutoria de dicho acto corresponde a un valor de \$ 14,86 por Megabyte (MB). En consecuencia, al ser un acto que constituye un derecho, esta Comisión no se encuentra legalmente facultada para otorgarle efectos anteriores a su vigencia, pues de hacerlo, estaría desconociendo el principio de irretroactividad de los actos administrativos expuesto y a su vez, se estaría vulnerando el principio constitucional de legalidad que orienta el ejercicio de su función administrativa.

De manera que, contrario a lo afirmado por **COMCEL**, la Comisión, al dirimir la controversia puesta en su conocimiento, otorgándole efectos hacia futuro a su decisión, no está haciendo nada diferente que someterse a las reglas y límites impuestos por el legislador para el ejercicio de sus competencias, en virtud de la vinculación positiva con el ordenamiento jurídico, de manera que solo puede actuar cuando la Ley se lo permita, y en el sentido precisamente indicado por ésta³⁴, razón por la cual su actuación, no puede ser interpretada por **COMCEL** como contraria a derecho por no acceder a su petición de reconocer, en contravía de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, efectos retroactivos a su decisión.

Ahora bien, **COMCEL** interpreta que la decisión adoptada por la Comisión, al establecer un valor de remuneración que solo podrá tener efectos hacia futuro vulnera "*sus derechos adquiridos*", en concreto "*el derecho que tiene COMCEL de recibir una tarifa diferencial a la tarifa regulada por parte de AVANTEL por la prestación del servicio de RAN de Datos, en los municipios donde AVANTEL haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos más de tres sectores de tecnología 4G*". Sin embargo, el argumento planteado por **COMCEL** pasa por alto que el conflicto objeto de análisis no versa sobre la definición del derecho de **COMCEL** a recibir una tarifa por el uso de su instalación esencial de RAN de datos en aquellos municipios donde **AVANTEL** haya desplegado más de tres sectores de tecnología 4G, pues este derecho deviene de la regla general descrita en el artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, sino sobre el valor de remuneración que debe reconocerle **AVANTEL** ante la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo directo sobre esa tarifa, asunto decidido por esta Entidad en la resolución objeto de recurso. Cosa distinta es que **COMCEL** para lograr la remuneración de la instalación esencial de RAN antes de la firmeza del acto administrativo busque que esta Entidad desconozca su deber de dar aplicación al principio de irretroactividad de los actos administrativos, cuando lo cierto es que dicho proveedor puede perseguir el pago de dichos valores ante el juez del contrato.

Por otra parte, **COMCEL** indica que la Comisión debería reconocer el valor resultante de aplicar un factor α de ajuste del 16,94% a la tarifa regulada desde el 6 de diciembre de 2019 hasta la ejecutoria de la Resolución CRC 6276 de 2021, factor α que fue definido por la CRC para resolver el conflicto existente entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y **AVANTEL** mediante la Resolución CRC 5848 de 2019 confirmada por la Resolución CRC 5871 de 2019, aduciendo que ese factor α de ajuste debería ser reconocido por **AVANTEL** a todos los operadores que la soliciten, pues de lo contrario, en su concepto, se estaría generando un trato discriminatorio hacia **COMCEL**.

Aunado al argumento anteriormente expuesto, respecto a la imposibilidad jurídica de otorgar efectos retroactivos a un acto administrativo constitutivo de derechos, es necesario precisar que la Resolución CRC 5848 de 2019, confirmada por la Resolución CRC 5871 de 2019, constituye un acto administrativo de carácter particular y concreto mediante el cual se resolvió la controversia suscitada entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y **AVANTEL**, en el cual se tuvo en cuenta un factor de ajuste del 16,94% a aplicar sobre la tarifa regulada, para determinar el valor que **AVANTEL** debía remunerar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. por el servicio de RAN de datos, de manera que sus efectos jurídicos solo pueden ser oponibles a la relación de interconexión existente entre dichos proveedores, en virtud de la controversia suscitada entre las partes involucradas en ella.

medida en que ciertos actos, por su contenido literal, crean ya un derecho nuevo e introducen en la realidad una situación jurídica que significa algo completamente nuevo en el mundo de las manifestaciones jurídicas, aunque, claro está, que debe estar ya contenido in nuce en el mundo jurídico, mientras que los demás actos se limitan a constatar o fijar una situación jurídica ya existente, sin cambiar, por lo menos aparentemente, la misma" (Destacamos). MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. México: Editora Nacional, 1980. págs. 246-247".

³⁴ Rivero R. (2013). *Derecho administrativo económico*

En este orden de ideas, al tratarse de un acto de carácter particular y concreto mediante el cual se creó una situación jurídica aplicable a **AVANTEL** y a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., no es posible extender sus efectos a terceros ajenos a esa relación de interconexión y a la actuación administrativa que puso fin al conflicto, pues hacerlo, conllevaría a desnaturalizar su característica sustancial, convirtiéndolo en un acto de contenido general y abstracto con efectos erga omnes.

Por los argumentos expuestos, no ha de prosperar el cargo ni la petición realizada por **COMCEL**.

3. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR AVANTEL

AVANTEL formuló dos cargos en su recurso de reposición, los cuales serán resueltos conforme se expone a continuación.

3.1 Respecto a la afirmación según la cual "la tarifa aplicada de COP\$14.86 por MB aplicada por la CRC a AVANTEL no consulta la situación particular de la compañía ni lo establecido por la regulación al respecto."

Respecto al primer cargo formulado, **AVANTEL** manifiesta su desacuerdo con el valor de remuneración de RAN de datos correspondiente a COP \$14,86 por MB establecido por la Comisión en el artículo segundo de la Resolución CRC 6276 de 2021 y solicita que, en su lugar, se aplique una tarifa de \$ 13,85 MB. Afirma que la Comisión no tuvo en cuenta la regulación vigente aplicable a la materia, esto es, la modificación que introdujo el artículo 7 de la Resolución CRC 5107 de 2017³⁵ en el artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, pues en su concepto, se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 9 de la Resolución CRC 4112 de 2013, modificado por la Resolución CRC 4660 de 2014 que fue compilado en el artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

En este sentido, sustenta que es el artículo 4.7.4.2. modificado por la Resolución CRC 5107 de 2017, el que resulta aplicable en este caso, por lo cual la tarifa regulada allí establecida es la que **AVANTEL** debe retribuir por concepto de remuneración de RAN de datos.

Indica que las tarifas aplicables a **AVANTEL** fueron establecidas por las resoluciones CRC 4419 y 4508 de 2014, que a su criterio son las que rigen la relación de acceso y uso de RAN, de acuerdo con las competencias de la CRC, la presunción de legalidad y de seguridad jurídica, razón por la cual, a su juicio, el valor a remunerar debe ser de COP 12,00 por MB para el año 2019, y COP 12,92 por MB para el 2020, mientras los actos administrativos señalados sigan vigentes en el ordenamiento jurídico.

Finalmente afirma que "(...) para efectos de las tarifas en 4G, deberían ser negociadas y no impuestas como lo pretende el operador dominante y como lo ordenó la CRC en el acto administrativo que se impugna" y concluye señalando que, según estos argumentos, y lo establecido en la regulación, la tarifa de RAN de datos aplicable para el año 2021 corresponde al valor de COP \$13.85 por MB.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

En primer lugar, debe indicarse, que, contrario a lo afirmado por **AVANTEL**, el análisis realizado por la Comisión para definir la metodología a utilizar para establecer el valor de remuneración del RAN de datos en los municipios en los cuales **AVANTEL** hubiera desplegado más de tres sectores de tecnología 4G, se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, modificado por el artículo 7 de la Resolución CRC 5107 de 2017, es así que en el numeral 3.4 de la Resolución CRC 6276 de 2021 que se recurre, se indicó lo siguiente:

"(...) el artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, al regular lo relativo a la remuneración de la instalación esencial de RAN para el servicio de datos, preceptúa, en lo pertinente al presente caso, lo siguiente:

"ARTÍCULO 4.7.4.2. REMUNERACIÓN DE LA INSTALACIÓN ESENCIAL DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL PARA SERVICIOS DE DATOS.

4.7.4.2.1. El valor de remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional para el servicio de datos no podrá ser superior al valor establecido en la siguiente tabla:

Remuneración	24-Feb-2017
---------------------	--------------------

³⁵ "Por la cual se actualizan las condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional y se dictan otras disposiciones."

Datos (Mbyte)	11,87
----------------------	-------

Nota 1: Valores expresados en pesos constantes de enero de 2017. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará a partir del 1o de enero de 2018 de conformidad con lo establecido en el literal d) del Anexo 4.2 del TÍTULO DE ANEXOS o aquella norma que lo modifique, adicione o sustituya.

(...)

PARÁGRAFO. *La remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional para el servicio de datos, a los valores contemplados en la tabla del numeral 4.7.4.2.1 del artículo 4.7.4.2 del Capítulo 4 Título VII de la Resolución CRC 5050 de 2016, solo será aplicable en aquellos municipios donde el Proveedor solicitante de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, es decir el Proveedor de Red Origen, haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos 3 o menos sectores de tecnología 4G, o no haya desplegado ningún sector en la citada tecnología."*

Del aparte normativo transcrito se puede colegir que la regulación estableció una regla según la cual el valor determinado en la tabla del artículo 4.7.4.2.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016 únicamente será aplicable en aquellos municipios donde el proveedor solicitante de RAN – el PRO- haya desplegado para la prestación de datos en conjunto tres o menos sectores de tecnología 4G, o no haya desplegado ningún sector en la citada tecnología.

(...)

En este punto, resulta del caso mencionar que los cambios introducidos con la Resolución CRC 5107 de 2017³⁶, en términos de la remuneración de instalación esencial de RAN, se enfocaron en fijar un criterio a partir del cual se definiera si en un determinado municipio era aplicable el valor de remuneración regulado o un valor libremente negociado entre el PRO y el PRV.

(...)

En el documento de respuesta a los comentarios remitidos con ocasión de la propuesta regulatoria publicada que culminó con la expedición de la Resolución CRC 5107 de 2017, esta Comisión fue clara en mencionar, sobre el objetivo de dicha regulación, que para:

"(...) generar una competencia sostenible basada en infraestructura, se debe incentivar a los operadores entrantes a "escalar la escalera de la inversión", que se refiere al incremento paulatino de infraestructura por parte del operador entrante, partiendo de los elementos de red más fácilmente replicables y "escalando" la inversión hacia elementos cada vez menos replicables. Es precisamente con este marco conceptual en mente que esta Comisión ha determinado que mientras los operadores sean considerados como entrantes, el valor a pagar por el uso de la instalación esencial de RAN para voz y datos se remunere a costos incrementales de largo plazo, lo cual les permite por un periodo de cinco años incrementar su infraestructura, y escalar la escalera de la inversión. Cuando su condición de entrante finaliza, la obligación de acceso a RAN a costos incrementales desaparece, momento a partir del cual deberá remunerar el RAN para voz y datos con la regla establecida para los operadores establecidos. Lo cual en últimas envía una señal clara al mercado sobre la necesidad de inversión en infraestructura propia en tanto que al dejar de ser entrantes se incrementa el costo al que podrían arrendar la infraestructura." "(SFT)

De lo anterior se evidencia, sin lugar a dudas, que el análisis realizado por la Comisión para resolver el conflicto presentado entre **AVANTEL** y **COMCEL** se sustentó en la norma vigente, y en particular en la regla prevista en el parágrafo del artículo 4.7.4.2 anteriormente citado, que fue introducido a esta disposición por el artículo 7 de la Resolución CRC 5107 de 2017, el cual crea dos escenarios para la remuneración del RAN de datos; uno de ellos, el regulado, siempre y cuando se trate de municipios en los cuales el PRO haya desplegado menos de tres sectores de tecnología 4G, o no haya desplegado ninguno, y el segundo escenario, de libre negociación, en el cual los proveedores deben acordar un valor de remuneración. En tal sentido, como bien lo manifiesta **AVANTEL** en su recurso de reposición, es esta y no otra disposición la que debe tenerse en cuenta para determinar el valor que debe remunerar **AVANTEL** a **COMCEL** por el uso de la instalación esencial de RAN de datos.

³⁶ "Por la cual se actualizan las condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional y se dictan otras disposiciones."

Ahora bien, **AVANTEL** sostiene que son las Resoluciones CRC 4419³⁷ y 4508³⁸ de 2014 las que rigen la relación de acceso y uso a RAN, que las tarifas aplicables fueron definidas en estos actos administrativos, de manera que, mientras se encuentren vigentes, la tarifa a aplicar correspondiente al año 2019 es de \$12,00 por MB, para el año 2020 \$12,92 por MB y \$13,85 por MB para el año 2021. Al respecto, es necesario indicar que este argumento fue ampliamente analizado en la Resolución que se recurre, señalando que, el conflicto resuelto a través de la Resolución CRC 4419 confirmada por la Resolución CRC 4508 de 2014, se concretó en definir el alcance de la obligación de provisión de RAN solicitada por **AVANTEL** a **COMCEL**, de conformidad con la regulación de carácter general y abstracto vigente en ese momento, en relación con las áreas geográficas donde **AVANTEL** tenía derecho al acceso y uso de la instalación esencial de RAN de voz, SMS y datos; la funcionalidad técnica requerida para garantizar el carácter automático de RAN; la cantidad de nodos de interconexión según criterios de eficiencia; los costos de transmisión asociados al esquema RAN de voz; y el enrutamiento de tráfico de voz asociado a numeración 1XY, originado por usuarios de roaming, de manera que no se definieron los valores que **AVANTEL** debía remunerar a **COMCEL** por el acceso a la instalación esencial de RAN y la forma como estos valores debían ser modificados, razón por la cual, no es de recibo la afirmación según la cual, las tarifas aplicables son las definidas en estas resoluciones particulares.

Adicional a ello, en la Resolución CRC 4419 de 2014, confirmada por la Resolución CRC 4508 de 2014, la única referencia asociada a los costos de remuneración de RAN de datos tuvo como propósito indicar que la remuneración de RAN estaba determinada por la regulación general vigente, que para la fecha de la decisión correspondía a la Resolución CRC 4112 de 2013, o aquella que la modificara o adicionara, concluyendo en dicha oportunidad que, contrario a lo solicitado en su momento por **COMCEL**, los enlaces de esta instalación esencial no debían ser remunerados de manera adicional, y correspondía a las partes asumir, en proporciones iguales, los costos de interconexión asociados a los medios y enlaces de transmisión de ámbito local entre los nodos de los proveedores requeridos para soportar el tráfico RAN. En consecuencia, no puede concluirse que a través de esas resoluciones se haya definido el valor de remuneración de RAN de datos que **AVANTEL** debe reconocer a **COMCEL**, el cual, como ya se expuso, debe someterse en todo caso a lo dispuesto en la regulación general, específicamente, a lo previsto en el parágrafo del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016.

En línea con lo anterior, es preciso reiterar que la lógica económica que subyace a la regla prevista en el parágrafo del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, tiene como finalidad, entre otros aspectos, incentivar mediante la fijación de valores de remuneración regulados, el despliegue de infraestructura en aquellos municipios en donde se tienen tres o menos sectores de estación base instalados, diferenciándolos de aquellos en los cuales el PRO cuenta con más de tres sectores, con el fin de que en este último caso, la remuneración dependa de la libre negociación entre las partes y de esta forma, el Proveedor de Red Visitada (PRV) pueda cobrar legítimamente valores de remuneración más altos que los topes regulados, teniendo en cuenta mayor despliegue que debe realizar para ofrecer sus servicios adecuadamente. Estas reglas se inspiraron en los principios normativos contenidos en la Ley 1341 de 2009 de promoción de la inversión y uso eficiente de la infraestructura, con el objeto de incentivar el despliegue de red propia por parte del PRV y del PRO en aquellos municipios con mayor densidad poblacional.

En este orden de ideas, como se expuso en el numeral 3.4 de la resolución recurrida, no es posible establecer en este caso un valor igual al de la tarifa regulada como lo pretende **AVANTEL** al sugerir la aplicación de una tarifa de COP \$13.85 por MB para el año 2021, pues se restaría todo efecto útil al parágrafo del artículo 4.7.4.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016, y se estaría transgrediendo lo expresamente dispuesto en dicho parágrafo, el cual, de manera literal establece que la tarifa regulada dispuesta en el artículo 4.7.4.2.1 *"solo será aplicable en aquellos municipios donde el Proveedor solicitante de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, es decir el Proveedor de Red Origen, haya desplegado para la prestación de sus servicios de datos 3 o menos sectores de tecnología 4G, o no haya desplegado ningún sector en la citada tecnología."*

En relación con la afirmación según la cual *"(...) para efectos de las tarifas en 4G, deberían ser negociadas y no impuestas como lo pretende el operador dominante y como lo ordenó la CRC en el acto administrativo que se impugna"*, es necesario aclarar, en primer lugar, que la intervención de la Comisión para dirimir la controversia sobre el valor de remuneración del RAN de datos en aquellos municipios en los que, en función del despliegue de infraestructura efectuado por **AVANTEL**, este no

³⁷ *"Por la cual se resuelve el conflicto surgido entre AVANTEL S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. por la definición de las condiciones de acceso a la instalación esencial de Roaming Automático Nacional"*

³⁸ *"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por AVANTEL S.A.S. y COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. contra la Resolución CRC 4419 de 2014"*

se encuentra regulado en la Resolución CRC 5050 de 2016, surge por cuenta de la solicitud realizada por **COMCEL**, ante la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo sobre dicho valor, y al haberse comprobado el agotamiento del plazo de negociación directa dispuesto en la regulación vigente para el efecto. Luego, el valor establecido por la Comisión se deriva del ejercicio de su función de intervención en un escenario de regulación de solución de controversias, como una expresión de la regulación *ex post*³⁹ motivado en la ausencia de acuerdo entre **COMCEL** y **AVANTEL** sobre el valor de remuneración.

En segundo lugar, como se expuso en la resolución recurrida, el proceso de negociación entre las partes no puede tener un carácter indefinido, como lo ha pretendido **AVANTEL**, al manifestar en desarrollo de la actuación, que en el contrato de transacción suscrito entre **COMCEL** y **AVANTEL**, no se definió lo que ocurriría una vez finalizado el plazo de 30 días allí dispuesto para acordar la tarifa que **AVANTEL** debería reconocer a **COMCEL** y por ello deben continuar negociando, pues esta posición desconoce lo previsto en el numeral 9 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 19 de la Ley 1978 de 2019 según el cual “[n]ingún acuerdo entre proveedores podrá menoscabar, limitar o afectar la facultad de intervención regulatoria, y de solución de controversias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.”

Por lo expuesto, el cargo no puede prosperar.

3.2 Sobre la fórmula definida por la CRC

En primer lugar, **AVANTEL** solicita a la CRC reconsiderar el valor estático del factor α del 15% establecido en la fórmula definida por la Comisión, el cual, a su juicio, desincentiva la inversión en el despliegue de infraestructura propia, al tener que pagar un costo elevado por el uso de la instalación esencial de RAN, que, en su criterio es superior al de costos más utilidad razonable.

Propone que el factor α sea igual al valor que resulte de la relación entre el tráfico total de RAN y el total de tráfico del PRO, lo cual se reflejaría en un “alivio” en las tarifas de RAN cuando logre reducir el valor de esa relación, como consecuencia de un menor uso de RAN y un mayor uso de su propia red, debido a las inversiones realizadas para la expansión de la misma.

Manifiesta que la relación entre el tráfico de RAN de datos y el tráfico total de **AVANTEL** es del 7%, de manera que un factor α estático del 15% desincentiva sus esfuerzos y le impide beneficiarse de las inversiones que realiza para expandir su red, pues, pese a que disminuye el indicador, debe seguir pagando la misma tarifa de RAN.

Como petición subsidiaria **AVANTEL** propone que se establezca como valor de referencia un factor α del 8% en lugar del 15% o una combinación de varios rangos, con el fin de contar con un escenario intermedio frente a lo establecido por la CRC en la Resolución 6276 de 2021.

Adicional a lo anterior, indica en el acápite de peticiones, que se revoque el numeral primero de la Resolución CRC 6276 de 2021, en el sentido de imponer a **AVANTEL** la tarifa de RAN de datos regulada de COP \$ 13.85 por MB, en vez de COP \$14.86 por MB.

CONSIDERACIONES DE LA CRC

Sea lo primero indicar, que la metodología definida por esta Comisión para establecer el valor de remuneración del RAN de datos en los municipios donde el PRO ha desplegado más de tres sectores de tecnología 4G, partió de dos premisas fundamentales. La primera de ellas, consistente en garantizar el cumplimiento de la finalidad regulatoria inmersa en la regla establecida en el parágrafo del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, de manera que, en aquellos municipios en los que, en razón a su mayor densidad poblacional -los proveedores cuentan con más de tres sectores con tecnología 4G-, se debe promover que el PRV cobre legítimamente valores de remuneración de RAN más altos que los topes regulados a costos medios, y por lo tanto los valores a definirse se efectúan a través de la libre negociación entre las partes⁴⁰. La segunda premisa consistió en asegurar que la fórmula permitiera determinar que el incremento del valor regulado permitiera la promoción de la competencia y la promoción de la inversión, maximizando el bienestar de los usuarios, de acuerdo

³⁹ Al respecto, el profesor Montero Pascual (2007) expone que uno de los aspectos más relevantes en torno a las funciones de los reguladores es el relativo a su capacidad de intervención ex post. En efecto, dice el doctrinante en cita, a la par de las funciones de regulación ex ante, las autoridades en la materia disponen de mecanismos de intervención ex post, los cuales se reflejan, por ejemplo, en el ejercicio de las competencias asociadas a la resolución de conflictos.

⁴⁰ Generalmente establecidos por encima de los topes regulados en la regulación vigente.

con el cálculo de un porcentaje de factor α , es decir, que creciera de manera proporcional a la intensidad de uso de RAN de parte del PRO, en este caso **AVANTEL**.

En este orden de ideas, bajo la primera premisa, resultan inviables las peticiones realizadas por **AVANTEL**, toda vez que, en el caso de usos bajos de RAN, permitir que el factor α fluya libremente de acuerdo con el valor resultante de la relación entre el tráfico de RAN de datos y el tráfico total del PRO; establecer un factor α del 8%, un valor intermedio entre este y el 15% definido por la Comisión, o incluso, el mismo valor de la tarifa regulada al que ha hecho referencia-, contraría expresamente lo previsto en el párrafo del artículo 4.7.4.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016⁴¹, y la finalidad de esta disposición, según la cual, los valores contemplados en la regulación únicamente son aplicables en aquellos municipios en donde el PRO haya desplegado tres o menos sectores de tecnología 4G, con el fin de incentivar el despliegue de infraestructura en estos municipios haciendo una diferenciación de valores, mientras que en aquellos municipios en los que se cuente con más de tres sectores (comúnmente asociados a los municipios con mayor densidad poblacional), la remuneración de la instalación esencial se debe dejar a la libre negociación de las partes para que actúe abiertamente la competencia.

Debe resaltarse que estas reglas se inspiraron en los principios normativos contenidos en la Ley 1341 de 2009, respecto de la promoción de la inversión y uso eficiente de la infraestructura con el objeto de incentivar el despliegue de red propia por parte del PRV y del PRO, por lo que establecer un valor de remuneración inferior o igual al valor regulado, contraviene los intereses regulatorios y legales en los que se inspiraron las reglas diferenciales, así como el principio de eficiencia dinámica, que tiene como propósito incentivar una mayor innovación e inversión tanto para el proveedor de RAN como para el operador que hace uso del mismo⁴². Así las cosas, determinar un valor de remuneración igual a la tarifa regulada, inferior a ella, o uno sustancialmente similar a esta, no permitiría alcanzar un equilibrio entre los objetivos de (i) promoción de la competencia a través de tarifas contestables, (ii) uso eficiente de la infraestructura, que incluye uso medido del RAN, (iii) despliegue de redes y promoción de la inversión en infraestructura propia en zonas de mayor densidad poblacional, y (iv) maximización del bienestar del usuario ofreciéndole mayores opciones de servicios, paquetes, precios y cobertura, que persigue la metodología establecida por la Comisión en la resolución recurrida.

Adicionalmente, como se mencionó en dicha resolución, la aplicación de un mark-up del 15% para usos bajos de RAN como el de **AVANTEL**, permite la incorporación de incentivos al despliegue de infraestructura propia tanto para el PRO como para el PRV, garantizando el derecho de este último a cobrar legítimamente valores de remuneración de RAN más altos que los topes regulados a costos medios, y minimiza a su vez, eventuales efectos de alza en los precios minoristas.

Como se evidencia de lo anterior, para la definición de la metodología, y en particular del factor α del 15%, la CRC consideró diferentes criterios jurídicos y económicos con el fin de buscar un equilibrio entre las finalidades de la regulación, que incluyen el incentivo a la inversión en infraestructura propia, así como la promoción del uso medido del RAN y la promoción de la competencia, bajo un criterio de eficiencia dinámica, estableciendo un mark-up sobre la tarifa regulada que permita que la remuneración sea superior al valor regulado; que esté alineado a las prácticas internacionales aplicables, y que propenda por minimizar los posibles efectos de aumentos en los precios minoristas de datos que pagan los usuarios finales.

Finalmente, se agrega que, contrario a lo afirmado por **AVANTEL**, en vez de desincentivar el despliegue de infraestructura propia, la definición del mark-up con un límite inferior del 15% sobre la tarifa regulada, debe incentivarlo para expandir su red, pues para establecer este límite inferior y no uno mayor, se tuvo en cuenta el patrón de bajo uso de RAN de **AVANTEL**, que se ubicó en el 7% para el último trimestre de 2020, en este sentido, el mark up del 15%, resulta adecuado y suficiente para lograr el equilibrio entre las diferentes finalidades de la regulación vigente.

Adicionalmente, respecto a la afirmación según la cual, la definición de un mark-up del 15% "*impide que empresas como AVANTEL que vienen haciendo un esfuerzo importante para realizar inversiones de despliegue en su propia red, tengan que limitarlos por tener que atender el costo elevado que representa el uso de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, muy superior al de costos más utilidad razonable*", debe precisarse que la fórmula definida justamente crea el escenario en el cual **AVANTEL** puede replantear ese análisis, y considerar enfocar sus esfuerzos en expandir y

⁴¹ Modificada por la Resolución CRC 5107 de 2017.

⁴² En este caso, se incentiva a AVANTEL al despliegue de su propia red para aprovechar economías de alcance no presentes en el uso de RAN, y por esta vía ofrecer productos diferenciados con mayor innovación y a COMCEL porque le permite obtener un mayor ingreso que puede dedicar a inversiones orientadas a mayor innovación.

hacer uso de su infraestructura propia para la prestación de sus servicios de telecomunicaciones, en vez de incurrir en costos adicionales por acceder a la instalación esencial de RAN, suministrada por terceros (en este caso **COMCEL**).

Por lo anterior, ni el cargo, ni las peticiones realizadas por **AVANTEL** están llamadas a prosperar.

En virtud de lo expuesto, la CRC

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Admitir los recursos de reposición interpuestos por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN.**

ARTÍCULO SEGUNDO. Negar las pretensiones formuladas por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** en los recursos de reposición, y confirmar la resolución recurrida en todas sus partes.

ARTÍCULO TERCERO. Notificar por medios electrónicos la presente Resolución a los representantes legales de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, advirtiéndoles que contra la misma no procede ningún recurso.

Dada en Bogotá D.C. a los **21 días del mes de julio de 2021.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PAOLA BONILLA CASTAÑO
Presidente

SERGIO MARTÍNEZ MEDINA
Director Ejecutivo

Expediente 3000-32-13-17
C.C.C. 02/07/21 Acta 1306
S.C.C. 14/07/21 Acta 413

Revisado por: Lina María Duque del Vecchio – Coordinadora de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias
Elaborado por: Lizzett Grimaldo Sierra / Camilo Acosta