



RESOLUCIÓN No. **6492** DE 2022

*"Por la cual se resuelve la solicitud de revocación directa presentada por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en contra de las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 de 2021"*

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

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las que le confiere la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019, y de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES GENERALES

El 24 de febrero de 2017, el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) profirió la Resolución CRC 5110 de 2017, *"Por la cual se da inicio a una actuación administrativa de carácter particular y concreto tendiente a la constatación o no, de la posición dominante del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en el mercado susceptible de regulación ex ante "Servicios Móviles", y la revisión y análisis frente a la posibilidad de adoptar eventuales medidas regulatorias respecto del mismo"*.

En dicho acto administrativo se ordenó comunicar a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. (COMCEL)** sobre el inicio y objeto de la actuación en comento, en los términos del artículo 37 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, para que se hiciese parte de la misma y remitiera sus comentarios y observaciones, solicitara pruebas y ejerciera su derecho de defensa y contradicción, respecto de los análisis preliminares contenidos en el *"Documento Soporte - Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios Móviles"*.

A **COMCEL** le fue comunicado, el mismo 24 de febrero de 2017, el inicio de la actuación administrativa, su objeto y las consideraciones de la CRC sobre el particular, entregándole copia de la Resolución CRC 5110 de 2017 y de su documento soporte, titulado *"Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios móviles"*.

Surtido el trámite de rigor y realizados los análisis que resultaban del caso, descritos detalladamente en la respectiva resolución, y de cara al objeto bajo el cual se llevó a cabo la actuación administrativa, el 28 de enero de 2021, mediante Resolución CRC 6146¹, esta Comisión la resolvió en los siguientes términos:

"[...]"

¹ "Por la cual se decide la actuación administrativa de carácter particular y concreto iniciada mediante Resolución CRC 5110 de 2017 respecto del proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**"

ARTÍCULO 1. *Constatar que la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** tiene posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado "Servicios Móviles (2.5. del ANEXO 3.1.)" definido en el Anexo 3.2. del TÍTULO DE ANEXOS de la Resolución CRC 5050 de 2016.*

ARTÍCULO 2. *Abstenerse de imponer alguna de las medidas regulatorias particulares enunciadas en el artículo 1 de la Resolución CRC 5110 de 2010 [sic] y explicadas en el numeral 6 del documento denominado "Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios móviles"", remitidos a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.** mediante radicado de salida número 2017537286 del 24 de febrero de 2017, por las razones expuestas en el aparte considerativo de la presente Resolución.*

ARTÍCULO 3. *Sin perjuicio de las funciones otorgadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones y de las medidas que en ejercicio de las mismas se puedan adoptar, transcurridos dos (2) años desde la ejecutoria del presente acto administrativo, esta Comisión elaborará un informe sobre las condiciones de competencia del mercado de "Servicios Móviles", de manera que este sirva de insumo para el ejercicio de las funciones a su cargo, de conformidad con lo expuesto en el aparte considerativo de esta Resolución.*

ARTÍCULO 4. *Notificar personalmente la presente Resolución al Representante Legal de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** o a quien haga sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de reposición, el cual se debe interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.*

[...]"

El 29 de enero de 2021, la Comisión notificó a **COMCEL** la Resolución CRC 6146 de 2021 y, en contra de tal acto, dicho proveedor, a través de su representante legal, interpuso recurso de reposición mediante los escritos identificados con los radicados 2021300049², 2021801895³, 2021801902⁴ y 2021801903⁵ del 12 de febrero de 2021⁶.

Luego de que se surtiera el trámite previsto en la Ley, la Comisión resolvió el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL**, así como otras solicitudes realizadas en desarrollo de la referida actuación, a través de la Resolución CRC 6380 del 8 de septiembre de 2021⁷, en cuyo aparte resolutivo se plasmaron las siguientes decisiones:

"ARTÍCULO PRIMERO. *Rechazar por improcedente y extemporánea la petición consistente en que se decrete una inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos en contabilidad e informática, así como por extemporánea la petición relativa a que se retraigan los efectos de la Resolución CRC 6146 de 2021, formuladas por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** mediante el radicado 2021806417 del 28 de mayo de 2021, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *Rechazar por extemporáneas las peticiones formuladas por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** mediante el radicado 2021300201 del 8 de junio de 2021, consistentes en que se decrete como prueba el "Data Flash 2021-12 – Inversión en telecomunicaciones 2019" y se tenga en consideración lo expuesto en el citado documento dentro esta actuación administrativa, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.*

ARTÍCULO TERCERO. *Rechazar por extemporáneas las peticiones formuladas por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** mediante el radicado 2021809125 del 3 de agosto de 2021, consistentes en que se decrete como prueba el "Comparador de Canastas de Precios TIC" y se tenga en consideración lo expuesto en el citado documento dentro de esta actuación administrativa, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.*

ARTÍCULO CUARTO. *Rechazar por extemporáneas las peticiones formuladas por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** mediante la comunicación con radicado 2021809649, remitida el 11 de agosto de 2021, consistentes en que (i) se decrete como medio de prueba las declaraciones que el representante legal de **PARTNERS TELECOM COLOMBIA***

² Documento radicado en instalaciones de la CRC.

³ Documentos remitidos por correo electrónico.

⁴ Documentos remitidos por correo electrónico.

⁵ Documentos remitidos por correo electrónico.

⁶ Expediente Administrativo 2000-74-18-1-1. Carpetas 17-18. Folios 3558-3858.

⁷ "Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021".

S.A.S. dio para notas de prensa publicadas por Forbes Colombia, Revista Semana y El Tiempo; (ii) se decreta una prueba por informe en virtud de la cual se oficie al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que indique los abonados y variación de usuarios de telefonía móvil a nivel nacional, especialmente la tasa CHURN de los últimos cuatro meses; y (iii) se decreta la elaboración de un estudio del mercado de "Servicios Móviles" por parte de un tercero, por medio del cual se puedan verificar sus condiciones actuales, lo anterior, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO QUINTO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021, identificado con los radicados 2021300049, 2021801895, 2021801902 y 2021801903 del 12 de febrero de 2021.

ARTÍCULO SEXTO. Denegar las pretensiones formuladas por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución y, en consecuencia, confirmar el acto recurrido en todas sus partes.

ARTÍCULO SÉPTIMO. Notificar por medios electrónicos la presente resolución al representante legal de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, o a quien haga sus veces, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, advirtiéndole que contra la misma no procede ningún recurso".

La Resolución CRC 6380 de 2021 fue notificada el 8 de septiembre de 2021, de conformidad con las reglas previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, advirtiéndole a **COMCEL** que contra la misma no procedía recurso alguno, lo anterior de acuerdo con las reglas que gobiernan la referida actuación. Sin embargo, el 22 de septiembre de 2021, dicho proveedor presentó ante la CRC el escrito con número de radicado 2021811644 en el que manifestó que interponía recurso de reposición en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021. En el citado escrito, adicionalmente, reiteró diversas solicitudes probatorias efectuadas con posterioridad al vencimiento del término para la interposición del recurso de reposición en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021 y, finalmente, realizó nuevas peticiones de carácter probatorio.

Fue así como a través de la Resolución CRC 6415 del 14 de octubre de 2021⁸, la Comisión rechazó "por manifiestamente improcedente" el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL** en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021, "así como todas y cada una de las peticiones plasmadas en dicho documento".

Posteriormente, con el documento con radicado 2021814635 del 9 de noviembre de 2021, **COMCEL** solicitó la revocatoria directa de las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 de 2021, invocando para ello principalmente la materialización de un agravio injustificado, de conformidad con lo previsto en el numeral 3º de artículo 93 del CPACA.

2. LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA

COMCEL inicia la sustentación de su solicitud con la citación de las causales de revocación directa previstas en el artículo 93 del CPACA y, adicionalmente, con la transcripción de jurisprudencia de la Corte Constitucional que refiere a la revocación directa como un instrumento que sirve para remediar los yerros que se puedan cometer en el ejercicio de la administración pública⁹.

Acto seguido, el solicitante recuerda jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se hace alusión a la materialización de un agravio injustificado como causal de revocación de los actos administrativos, para luego enfatizar en que esta se configura cuando la decisión de la administración es ilegal o cuando esta vulnera el principio de igualdad "es decir, cuando quien aduce el agravio ha tenido que sufrir una carga que una persona en su misma condición no tendría porqué [sic] soportar".

COMCEL expresa que, en el caso concreto, el agravio injustificado tiene origen en la expedición irregular de las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 de 2021. Esta expedición irregular, agrega, se dio en la medida en que la CRC no le permitió ejercer efectivamente su derecho de defensa, al negar el decreto y práctica de pruebas que generan el convencimiento según el cual **COMCEL** no ostentaba posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles"; y la Comisión se negó a actualizar "su

⁸ "Por la cual se rechaza el recurso de reposición interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021".

⁹ Corte Constitucional, sentencia

estudio de mercado”, aun cuando COMCEL intentó alertar a la CRC “sobre el error que estaba cometiendo al basar su decisión en las condiciones de un mercado del 2017”.

El peticionario indica que la declaratoria de la posición de dominio en el mercado de “Servicios Móviles” le crea perjuicios que, aun cuando actualmente no han acaecido, en el futuro sí sucederán por *“las obligaciones que COMCEL (quien sin ostentar dicha posición) deberá cumplir”*. Expresa que ha sido el operador que más ha invertido en desarrollo de infraestructura en telecomunicaciones en el país y que *“debe verse sometido a medidas como brindar interconexión a otros operadores a través del RAN, y ahora con la nueva decisión, también deberá atenerse a las medidas particulares que decida imponer la CRC”*. Por ello, concluye que el trato que se le ha dado *“no converge con el principio de igualdad, pues en la actualidad ningún otro operador soporta tantas cargas como lo hace COMCEL”*.

Luego de enunciar que su solicitud de revocatoria directa es oportuna en los términos del artículo 95 del CPACA, en razón a que *“no ha acudido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”* y en consideración del agravio injustificado que alega, **COMCEL** hace un recuento de los que, en su opinión, son los antecedentes fácticos de la actuación administrativa iniciada mediante la Resolución CRC 5110 de 2017 y decidida mediante la Resolución CRC 6146 de 2021, confirmada por la Resolución CRC 6380 de 2021, así como de lo relativo a la expedición de la Resolución CRC 6415 de 2021.

En la sección en la que expone, el que considera en específico el agravio injustificado, **COMCEL** formula los siguientes argumentos:

2.1. AL RESOLVERSE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN CRC 6146 DE 2021, LA COMISIÓN INTRODUJO ELEMENTOS NUEVOS FRENTE A LOS CUALES COMCEL NUNCA TUVO LA OPORTUNIDAD DE DEFENDERSE

COMCEL subraya que, en la Resolución CRC 6146 de 2021, este regulador *“incurrió en una infinidad de errores e imprecisiones de hecho y de derecho”*, que propiciaron la interposición del recurso de reposición, el cual, al ser decidido, dio lugar a que la Comisión incluyera nuevos argumentos y hechos frente a los que, añade, no pudo defenderse, con lo que se evidencia un atropello a sus derechos al debido proceso y de defensa y, a la par, la expedición irregular de la Resolución CRC 6380 de 2021, que confirmó la Resolución CRC 6146 del mismo año.

Expone que, en virtud de la situación descrita, interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021, con el propósito de que la CRC revocara las nuevas consideraciones respecto de las cuales no se pudo defender. Sobre el particular, recuerda que el nuevo recurso de reposición, formulado en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021, lo fundamentó en el artículo 318 del Código General del Proceso -CGP-, aplicable a las actuaciones administrativas por la remisión plasmada en el artículo 306 del CPACA, en la medida en que la existencia de nuevos argumentos en la Resolución CRC 6380 *“supone la existencia de un nuevo acto administrativo de carácter particular que es susceptible de impugnación [sic] en los términos del artículo 74 [del CPACA]”*.

El solicitante manifiesta que el primer punto nuevo planteado en la Resolución CRC 6380 de 2021, y no en la Resolución CRC 6146 del mismo año, refiere a *“denominación del empaquetamiento como una condición intrínseca del mercado y no como una falla del mercado”*. En su opinión, en la Resolución CRC 6146 de 2021 la Comisión expresó que el empaquetamiento es una falla de mercado al señalar que:

“Ahora bien, acorde con lo planteado en el documento “Intervención de Carácter Particular en el Mercado Servicios móviles”, en la presente sección se adelantan los análisis relacionados con la falla de mercado correspondiente al apalancamiento entre el mercado de “Voz Saliente Móvil” y el mercado de “Servicios Móviles” por parte de COMCEL, y el traslado de los problemas de competencia del primero hacia el segundo.” [negritas agregadas por COMCEL]

COMCEL agrega que, para controvertir esa afirmación, en su recurso adujo que *“no podía ser considerado como dominante en el mercado de voz saliente ya que ese mercado ha cambiado sustancialmente”*. Con todo, dice, como respuesta a su argumento, la Comisión *“respondió bajo una*

posición diferente indicando que COMCEL no entendía cuál era la falla que estaba tratando de controvertir y afirmando que el empaquetamiento no era una falla de mercado”, y que la falla era la posición de dominio.

En esa medida, sostiene **COMCEL**, la CRC habría puesto de presente que el empaquetamiento sería una condición normal del mercado de “Servicios Móviles” y no una falla del mismo, lo cual, agrega, es un argumento completamente diferente al expuesto en la Resolución CRC 6146 de 2021, en la que se afirmó que el apalancamiento constituía una falla de mercado.

El solicitante explica que el reproche de la CRC en cuanto a la posibilidad que **COMCEL** tiene de empaquetar servicios *“parte de un sesgo no previsto en la ley”,* en razón a que no existe disposición normativa alguna *“que indique que censure o discrimine que un agente con determinada participación, contrario a lo que desarrollan los demás operadores, siga las tendencias del mercado, esto es, ofrecer y prestar los servicios de voz e internet móvil como un solo paquete”*(sic). De hecho, para **COMCEL**, aun cuando el empaquetamiento no es una práctica contraria a la competencia y la declaratoria de posición de dominio no puede concebirse como una falta o sanción, lo reflejado por la Comisión en la Resolución CRC 6146 de 2021 en torno al empaquetamiento *“tiene un tono de reproche asimilable a la infracción de una norma”*.

COMCEL expresa, además, que si lo determinante en el empaquetamiento fue su posición de dominio en el mercado de “Voz Saliente Móvil”, entonces la Comisión debió considerar lo expuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- según lo cual la redefinición de mercado que planteó el proyecto que dio lugar a la Resolución CRC 5108, *“que creó el mercado de “Servicios Móviles””,* podría dar lugar al decaimiento de la dominancia de **COMCEL** en el mercado de “Voz Saliente Móvil”. Sobre el particular agrega que, aun cuando insistió en su momento en la pérdida de fuerza ejecutoria de la decisión de dominancia en el mercado de “Voz Saliente Móvil”, en los términos del artículo 92 del CPACA, la Comisión *“dejó de pronunciarse de fondo; más aún cuando múltiples aspectos de la resolución recurrida partían de la presunta dominancia de COMCEL en el mercado de “Voz Saliente Móvil””*.

En criterio del solicitante, aun cuando para la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC el decaimiento en cita se origina en la migración de usuarios del mercado “Voz Saliente Móvil” al mercado “Servicios Móviles”, la CRC evade evaluar el efecto de la “creación” del nuevo mercado y deja de responder la advertencia de la Superintendencia, *“reiterando sin analizar el punto levantado por la autoridad de competencia, que se mantiene la dominancia de COMCEL en voz saliente”*.

Así, frente al que considera que es el primer punto nuevo, **COMCEL** afirma que las conclusiones de la CRC se basan en un mercado que se ha negado a revisar, el cual *“sufrió un cambio trascendental a raíz de la creación del mercado de servicios móviles”*, lo que en su sentir le ha causado un agravio injustificado al servir de base para la expedición de las resoluciones CRC 6146 y 6380 de 2021.

COMCEL califica como un segundo punto nuevo, respecto del cual no se pudo defender, el hecho de que, en su sentir, la CRC haya manifestado que sus medidas regulatorias no han logrado una competencia efectiva en el mercado. Frente a este asunto, **COMCEL** asume que, en la Resolución CRC 6146, la Comisión *“no abordó el ambiente de competencia que habrían generado sus propias medidas regulatorias”*, específicamente aquellas asociadas a la portabilidad, equipos terminales, cláusulas de permanencia y Operación Móvil Virtual, no obstante lo cual, en su criterio, este regulador indicó, en la Resolución CRC 6380, que aun cuando tuvo en cuenta las medidas regulatorias que ha expedido, el problema no es que estas hayan dejado de generar competencia, sino que las mismas no han sido efectivas.

El solicitante critica a la CRC porque, en su parecer, no analiza en concreto cómo cada una de las medidas ha impactado en la competencia en el mercado de “Servicios Móviles”, sino que se limita a aseverar que estas no han generado competencia efectiva, *“sin siquiera molestarse en indicar cuáles serían las condiciones necesarias para alcanzar dicho nivel de competencia”*. Expone que solo hasta la Resolución CRC 6380 de 2021 la autoridad puso atención a lo que supone una ausencia de competencia efectiva, de modo que los argumentos de **COMCEL** tuvieron como propósito asegurar que las medidas regulatorias *“generaron condiciones de competencia en el mercado de servicios móviles”*.

Adicionalmente, **COMCEL** señala que, sin perjuicio de lo argumentado por la CRC, existe evidencia de que el mercado de “Servicios Móviles” enfrenta condiciones de competencia efectiva, para lo cual

cita el aparte del radicado 2018300888 del 22 de junio de 2018, proveniente de esta Comisión, cuyo tenor es el siguiente:

"Una cosa es la dominancia o poder de mercado como aptitud o poder de un agente para influir en los precios del mercado, la producción, la innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios u otros parámetros de la competencia en el mercado durante un periodo de tiempo significativo, y otra es la explotación que un proveedor dominante hace o no hace, de ese poder. El hecho de que un agente no explote su poder de mercado no significa que no lo tenga, y el hecho de tenerlo, no sólo de explotarlo, es lo que impide que exista competencia efectiva, porque el agente poderoso no enfrenta, no sufre presiones competitivas de sus rivales, se comporta con independencia de ellos y de los consumidores, y al hacerlo, está en posición de determinar directa o indirectamente, las condiciones del mercado, lo cual, en sí mismo, constituye una falla de mercado".

En opinión de **COMCEL**, la ausencia de competencia efectiva abarca las siguientes características del agente con poder de mercado: "(i) no enfrenta presiones competitivas de sus rivales, (ii) se comporta con independencia de sus rivales y (iii) se comporta con independencia de los consumidores".

El citado proveedor argumenta que ninguna de las características mencionadas se cumple para su caso; ello según el reporte *"Impacto del marco regulatorio expedido por la CRC entre los años 2012 y 2014 para los sectores de TIC y Televisión"*, en el que se analizan los efectos de ocho resoluciones de la Comisión, a saber: la Resolución CRC 4040 de 2012, en la que se determinó la vigencia mínima de saldos móviles; la Resolución CRC 4112 de 2012, en la que se establecieron medidas asociadas al Roaming Automático Nacional -RAN-; la Resolución CRC 4296 de 2013, referente a la compensación automática voz móvil; y la Resolución 4444 de 2014, en la que se prohíben las cláusulas de permanencia mínima en servicios de comunicaciones móviles.

COMCEL asegura que, de acuerdo con el reporte en referencia, *"cada una de las resoluciones de interés produjo consecuencias favorables a las condiciones de competencia en el mercado móvil"*. En el caso de la Resolución CRC 4040, concluye que su expedición fue favorable para los consumidores gracias a la reducción de los precios en el servicio de voz. Para la Resolución CRC 4296, sostiene que los efectos favorables se dieron particularmente para los servicios prepago en la medida en que los usuarios de tales servicios tienden a agotar la totalidad de los planes que adquieren y por esto *"pueden aprovechar plenamente los minutos que les son abonados en sus cuentas por motivo de compensación automática debido a llamadas caídas"*.

El proveedor solicitante expresa que, teniendo en cuenta lo anterior, presentó un análisis que permitía corroborar cómo las medidas que menciona han generado condiciones de competencia en el mercado, no obstante lo cual, la CRC *"se abstuvo de estudiar los argumentos expuestos y simplemente desechó lo probado por COMCEL"*.

COMCEL finaliza su argumento aduciendo que sí enfrenta presiones competitivas de sus rivales en el mercado, pues los efectos de las medidas ya enunciadas se reflejan de forma generalizada en todo el mercado, por lo cual no puede afirmarse que se comporta con independencia de sus competidores o de los consumidores. Lo descrito, añade, *"tiene un impacto directo en los precios del mercado de "Voz saliente móvil" que han disminuido por virtud de la competencia"*.

2.2. LA COMISIÓN NO RESOLVIÓ DE FONDO EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN CRC 6380 DE 2021

COMCEL indica que, al momento de resolver el recurso de reposición que interpuso en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021, la Comisión *"pretendió minimizar la magnitud de los argumentos expuestos"*, al haber interpretado que dicho acto administrativo no introdujo elementos nuevos al debate. Lo anterior puesto que, en su sentir, la CRC manifestó que, dado que la parte resolutive no se vio afectada, entonces *"tales argumentos no tienen el peso de poderse entender como susceptibles de ser rebatidos por medio del recurso de reposición"*.

En su opinión, lo referido se constituye como *"una manifiesta violación a la ley y una afectación de interés general"*, como quiera que la Comisión no estudió de fondo los argumentos presentados en el recurso y con esto se incurrió en una grave vulneración del debido proceso.

El solicitante precisa que la declaratoria de dominancia tal y como fue concebida por la CRC, en la que no se tuvo en cuenta las condiciones dinámicas de competencia del mercado, es lesiva del interés general y el bienestar de los consumidores, además de generar un *"incentivo perverso a la*

innovación y a la competencia agresiva y leal que prefiere la Constitución". Ello, dado que los consumidores no podrán acudir a un mercado en el que se promueva la inversión y en el que se brinden servicios de telecomunicaciones en mejores condiciones.

2.3. DURANTE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA LA CRC NEGÓ SISTEMÁTICAMENTE LAS SOLICITUDES PROBATORIAS OPORTUNAMENTE PRESENTADAS Y APORTADAS POR COMCEL

Dice **COMCEL** que la Comisión negó sistemáticamente las pruebas que solicitó y aportó, alegando para ello una *"una supuesta extemporaneidad, la cual no es procedente a la luz del artículo 40 de la ley 1437 de 2011"*, de suerte que se transgredió su derecho de defensa. En su escrito, el solicitante expone las pruebas que fueron rechazadas, señalando que tal decisión desconoció de forma "caprichosa" la utilidad, conducencia, pertinencia de las mismas. Puntualmente, hace referencia a las siguientes peticiones probatorias:

- (i) Solicitud del 28 de mayo de 2021, para que se decretara como prueba de oficio una inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos expertos en contabilidad e informática a practicarse en las oficinas de los proveedores COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.
- (ii) Solicitud radicada el 8 de junio de 2021 para que se decretaran diversas pruebas documentales, una prueba por informe y un estudio del mercado de "Servicios Móviles".
- (iii) Solicitud del 3 de agosto de 2021 para que se decretara como prueba "el informe "COMPARADOR DE CANASTA DE PRECIOS"" publicado en la página de la CRC.
- (iv) Solicitud del 11 de agosto de 2021 para que la CRC decretara (a) las declaraciones de Christopher Bannister, representante legal de PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., que dio para notas de prensa publicadas en diversos medios de comunicación; (b) una prueba por informe en virtud de la cual se oficiara al MinTIC para que indicara los abonados y variación de usuarios de telefonía móvil a nivel nacional, especialmente la tasa CHURN de los últimos cuatro meses; y (c) de oficio, la elaboración de un estudio del mercado de "Servicios Móviles" por parte de un tercero, por medio del cual se pudieran verificar las condiciones actuales del referido mercado.

Luego de hacer alusión a las solicitudes probatorias, **COMCEL** explica que la Comisión decidió descartar las mismas, lo que le permite sostener que este regulador ya tenía un criterio previo y una posición formada al iniciar la actuación que culminó con la expedición de las resoluciones CRC 6146 y 6380 de 2021.

La sociedad peticionaria reitera que la Comisión desatendió los conceptos de abogacía de la competencia en los que la SIC alertó sobre el decaimiento de la declaratoria de dominancia en el mercado de "Voz Saliente Móvil" por la migración de los usuarios del anotado mercado al de "Servicios Móviles". Añade que la CRC no analizó lo expuesto por la Superintendencia y negó la práctica de pruebas que tenían como propósito evaluar las variables que componen el mercado de "Voz Saliente Móvil" y su evolución debido a la "creación" del nuevo mercado de "Servicios Móviles".

COMCEL argumenta que la Comisión negó las peticiones probatorias asociadas a la evaluación del mercado de "Voz Saliente Móvil" aduciendo que estas son impertinentes, con lo cual pasó por alto que tales solicitudes se basaban en la alerta de la SIC. Para **COMCEL**, la Comisión negó de manera injustificada las mencionadas solicitudes *"manteniendo artificialmente la condición de dominante de COMCEL en el mercado de Voz Saliente[,] a pesar de que los propios actos de la CRC (Creación del mercado de servicios móviles) generaron la alerta de decaimiento de la dominancia"* (sic).

En este contexto, **COMCEL** señala que al haberse rechazado sus solicitudes probatorias se le causó un agravio injustificado y reitera que la Comisión tenía un criterio formado *"antes de la emisión del fallo con lo cual inutilizó los momentos aprovechables por COMCEL para ejercer su defensa"*.

Posteriormente, manifiesta que la inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos expertos en contabilidad e informática a practicarse en las oficinas de los proveedores COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. tenía como propósito *"evidenciar las condiciones de mercado mas [sic] recientes mercado [sic] para que la CRC fundara su decisión en datos reales"*, información esta que no estaba disponible al momento de expedir la

Resolución CRC 6146 de 2021. Así mismo, explica que la prueba hubiera permitido conocer las condiciones actuales del mercado, en consideración de aspectos como la asignación de espectro de 2019, el ingreso de "nuevos entrantes" y en virtud de *"las medidas que con suficiencia se expusieron en el trámite y que la agenda de la propia CRC había definido"*.

COMCEL señala que la extemporaneidad de la solicitud probatoria se descarta al tener presente que la CRC expuso nuevos argumentos en la Resolución CRC 6380 de 2021, de modo que el medio probatorio es oportuno para discutir dichos argumentos, de los que no pudo defenderse. La pertinencia se evidencia, dice, *"en que al estudiar un mercado no debe desconocerse su naturaleza dinámica"*, a lo que añade que su intención era brindar un elemento para que la decisión de la CRC fuera adecuada a la realidad y a las verdaderas dimensiones del mercado.

En lo relativo a la solicitud encaminada a que se decretaran diversas pruebas documentales, una prueba por informe y un estudio del mercado de "Servicios Móviles", **COMCEL** pone de manifiesto que el *"Data Flash 2021-12 – Inversión en telecomunicaciones 2019"*, a pesar de haber sido rechazado por extemporáneo, demuestra que no tiene posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", lo que a su vez evidencia que *"la autoridad se abstiene de analizar una prueba que permite concluir que COMCEL ha invertido en el sector honrando sus compromisos con Colombia"*.

Respecto de la solicitud para que se decretara el informe "COMPARADOR CANASTA DE PRECIOS", **COMCEL** anota que tal prueba documental contribuía a que la CRC variara su decisión y, por tanto, no podía ser desestimada por esta autoridad al demostrar la inexistencia de posición de dominio y en la medida en que con la misma se descartaba que la Comisión adoptara su decisión basada únicamente en las participaciones de mercado.

De otra parte, en lo relativo a la solicitud para que se decretaran las declaraciones dadas por Christopher Bannister, quien se desempeña como representante legal de PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., a diferentes medios de comunicación, así como las solicitudes para que se decretara una prueba para determinar la tasa CHURN y la elaboración de un estudio del mercado de "Servicios Móviles", **COMCEL** expone que tales peticiones resultaban necesarias para determinar las condiciones actuales del mercado y para evidenciar cómo el nuevo operador -PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S.- *"ha podido entrar con fuerza en un mercado dinámico y bastante competitivo"*. Para el peticionario, los referidos medios probatorios permiten determinar que el *"mercado no tiene barreras de entrada altas y que es fácil competir, incluso posicionarse, así como que COMCEL no tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado pues se encuentra sometido a la libre competencia"*.

Por último, a la par de citar diversa jurisprudencia constitucional en la que se hace referencia al derecho al debido proceso, **COMCEL** plantea que, de acuerdo con lo ya expuesto, la Comisión le negó el derecho a la prueba y, por ende, vulneró sus derechos al debido proceso y a la contradicción, lo cual constituye un agravio injustificado.

3. CONSIDERACIONES DE LA CRC

Procede la CRC en este punto a pronunciarse respecto de la solicitud de revocación directa formulada por **COMCEL** en contra de las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 de 2021, en los siguientes términos:

3.1 CAUSALES DE REVOCACIÓN. PERJUICIOS MERAMENTE EVENTUALES

La revocación de los actos administrativos se concibe como una herramienta de autocontrol¹⁰ de la que puede hacer uso la Administración, cuyo objetivo consiste en hacer desaparecer, con efectos

¹⁰ Ha dicho el Consejo de Estado:

"La revocatoria de los actos administrativos ha sido considerada como una forma para que la administración pueda conseguir su desaparición o extinción de la vida jurídica, de modo que se convierte en un ejercicio de autocontrol de sus propias decisiones.

Esta figura puede ser utilizada por el sujeto pasivo del acto frente a la autoridad que lo produjo o ante su inmediato superior. También puede ser usada como medida unilateral de la administración para dejar sin efecto decisiones que

hacia el futuro¹¹, sus propios actos administrativos¹². De este modo, tal figura *"le permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, o de derechos fundamentales"*¹³.

Las causales de revocación directa de los actos administrativos se encuentran consagradas en el artículo 93 del CPACA, así:

"Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".

A su turno, el artículo 94 del citado Código establece que la solicitud de revocatoria directa será improcedente bajo la invocación de la causal consagrada en el numeral 1º del artículo 93 ya referido, *"cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles"* y en relación con los actos respecto de los cuales *"haya operado la caducidad para su control judicial"*.

El artículo 95 del CPACA hace alusión a la oportunidad de la revocación directa, para lo cual señala que esta *"podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda"*. Así mismo, además de indicar que las solicitudes de revocación deben ser resueltas dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la petición, dicho artículo determina que, en contra de la decisión que resuelve una solicitud de revocatoria, no procede recurso alguno.

El artículo 96 ibidem, por su parte, aclara que *"[n]i la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo"*.

Finalmente, el artículo 97 de la misma codificación instituye las reglas para la revocación de los actos administrativos de carácter particular y concreto, según las cuales, **(i)** salvo expresa disposición legal, tales actos no pueden ser revocados sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular; **(ii)** en caso de que se niegue tal consentimiento y la autoridad considere que el acto es contrario al ordenamiento jurídico, deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo -acción de lesividad-; **(iii)** cuando el acto tenga origen en medios ilegales y fraudulentos, se podrá prescindir del requisito de conciliación y se deberá solicitar la suspensión provisional de sus efectos; y **(iv)** en el trámite de la revocación han de garantizarse los derechos de audiencia y defensa.

Cabe destacar que la revocación directa no hace parte de la antes denominada vía gubernativa, de modo que la solicitud de revocatoria no se constituye como un recurso en contra de los actos administrativos, adicional a los previstos en el artículo 74 del CPACA, sino que se erige como un

adopte. En este último evento, se convierte en «un mecanismo ya no alternativo sino adicional al de la vía gubernativa, del que puede hacer uso la Administración de manera oficiosa, bajo ciertas circunstancias y limitaciones, para revisar y corregir la manifiesta antijuridicidad, inconveniencia, o el agravio injustificado que cause alguno de sus actos administrativos». Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 30 de septiembre de 2021, rad. 2000-19.

¹¹ Sobre el particular, la Subsección B, de la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó lo siguiente en sentencia de 15 de agosto de 2013 (rad. 2166-07):

"Tal como lo sostiene, en forma mayoritaria, la doctrina y la jurisprudencia, la revocatoria directa de un acto administrativo no puede proyectar sus efectos de manera retroactiva, esto es, hacia el pasado, ex tunc, en primer lugar, porque el acto revocatorio, o a través del cual se revoca, tiene el carácter constitutivo de nuevas situaciones jurídicas, lo que implica que sus efectos se producen a partir de su existencia, esto es, hacia el futuro y, en segundo lugar, porque en virtud del principio de legalidad no hay duda de que el acto administrativo ha cumplido sus efectos, a lo que se suma su ejecutividad y ejecutoriedad, entendidas éstas como la eficacia que el acto comporta de cara a su cumplimiento, así como la capacidad que tiene la administración para hacerlo cumplir sin necesidad de la intervención de autoridad distinta".

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 21 de mayo de 2009, rad. 2222-07.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2011, rad. 4893-05.

mecanismo extraordinario que abre paso a la revisión de estos actos por las causales que expresamente prevé la Ley. Al respecto, la Corte Constitucional ha puesto de presente lo siguiente¹⁴:

"Dentro de esta perspectiva, con el régimen de lo contencioso administrativo en su configuración actual, y aun dentro del nuevo marco constitucional, el legislador pretende dar cumplimiento a los postulados de la igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, reglando el ejercicio y el control de la función administrativa, al señalar un amplísimo conjunto de mecanismos de control y actuación de los administrados y asociados dentro del cual se ubica la revocatoria directa de los actos de la Administración. En este sentido es claro que la revocatoria no hace parte de la vía gubernativa ni es un recurso administrativo ordinario; se trata de un procedimiento específico de control de la misma administración sobre sus actos, en el que puede participar el interesado y con el cual no se pueden desconocer unilateralmente derechos de terceros [...]"¹⁵ (SFT).

Ahora bien, en lo que respecta a la causal prevista en el numeral 3 del artículo 93 del CPACA, relativa a la posibilidad de revocar los actos administrativos por ocasionar un agravio injustificado a una persona -causal invocada por **COMCEL** en su solicitud-, el Consejo de Estado ha tenido ocasión para señalar lo siguiente:

*"Por lo que dice relación a la tercera de las causales del artículo 69 del C. C.A., esto es, cuando con el acto se cause agravio injustificado a una persona, no reviste en realidad- como lo afirma parte de la doctrina nacional- un juicio de conveniencia, sino que se trata en realidad de una hipótesis que involucra una valoración estrictamente jurídica en tanto **que exige la presencia de un perjuicio sin motivo, razón o fundamento a una persona, el cual sólo puede darse cuando medie la ilegalidad del acto, o cuando se rompe el postulado de la igualdad ante las cargas públicas, principio que, a su vez, retoma lo dispuesto por el artículo 13 Superior**"¹⁶ (RFT).*

Al tenerse en cuenta lo expuesto por la jurisprudencia en cita, puede evidenciarse que el concepto de agravio injustificado es asimilable jurídicamente al de daño antijurídico -previsto en el artículo 90 de la Constitución Política-, entendido este como *"aquél que la víctima no est[á] en el deber jurídico de soportar, [...]"*, sea porque el mismo tiene fuente en una decisión administrativa contraria al orden normativo, o porque, siendo legal la decisión, esta se traduce en un daño especial -en tanto título de imputación objetivo de la responsabilidad del Estado-, es decir, como aquella afectación [...] *"que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva,¹⁷ en la medida en que aquel se ha beneficiado a costa de un daño anormal, desmesurado o superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas¹⁸¹⁹.*

¹⁴ Aun cuando la sentencia en cita analiza la revocación directa bajo el régimen legal previsto en el Código Contencioso Administrativo, dada la sustancial coincidencia existente entre dicho Código y el CPACA en lo concerniente a la citada figura, el pronunciamiento jurisprudencial traído a colación resulta ser absolutamente pertinente.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-339 de 1996.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 5 de mayo de 1981, expuso que la revocatoria directa *"no es propiamente un recurso de la vía gubernativa (como lo son el de reconsideración o reposición, y el jerárquico o de apelación), sino una herramienta o medida correctiva, espontánea o provocada de las transgresiones del orden jurídico en que puede incurrir la administración con sus actos"*.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 16 de marzo de 2005, rad. 27921A.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 23 de mayo de 1973, Exp. 978, Actor: Vitalia Duarte Vda. de Pinilla, C.P. Alonso Castilla Saiz,

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 20 de febrero de 1989, exp. 4655, C.P. Antonio José de Irisarri: *"La existencia del Estado y su funcionamiento implica incomodidades o inconvenientes para los asociados, que éstos deben soportar en aras del bien colectivo en tanto y en cuanto esas incomodidades no sobrepasen un determinado umbral: el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Cuando quiera que se quiebre esa igualdad, aun por el obrar legítimo y ceñido al derecho de la administración, será preciso restablecerla, resarcido los perjuicios que de tal manera hayan podido causarle, porque la equidad así lo impone (...)"*

"Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre un encasillamiento dentro de otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad. Por ello es quizás aquella en la cual el fundamento mediato de la responsabilidad, que consiste en la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas que campea en la Constitución, opera de manera directa".

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, rad. 16421.

Es por lo expresado que el agravio injustificado, como causal de revocación de las decisiones administrativas, debe ser estudiado desde la perspectiva que ofrece el concepto de daño antijurídico, lo cual supone que se deba analizar, en primer lugar, si en efecto se ha argumentado y comprobado la configuración de un daño que cumpla con las características atribuidas a este, esto es, que sea cierto, concreto o determinado, personal²⁰, lícito y persistente²¹. Y, en segundo lugar, que el daño tenga el carácter de injustificado, lo que apareja identificar si este proviene de un acto ilegal o si genera una ruptura en la igualdad ante las cargas públicas. De modo que, valga decirlo, la existencia del daño es una condición necesaria para el análisis de la solicitud de revocación, de tal suerte que el hecho de que no exista un daño hace imposible estudiar cualquier solicitud de revocación directa fundamentada en la causal tercera del artículo 93 del CPACA, puesto que, lógicamente, para que haya un agravio injustificado, lo primero que se debe identificar es la existencia misma del agravio, lesión o daño, para después de esto establecer si esa afectación encuentra justificación jurídica o no²².

A lo descrito se suma el hecho de que, evidentemente, la causal en cita es diferente a la prevista en el numeral 1º del artículo 93 *ibidem*, a partir de la cual la revocación tendría vocación de prosperidad ante la manifiesta transgresión del ordenamiento jurídico por parte del acto administrativo, lo que a la postre significa que, bajo el estudio del agravio injustificado, no hay lugar a estudiar simple y llanamente la configuración de una transgresión del ordenamiento jurídico superior, en cuyo caso el abordaje del análisis se haría a partir de la causal primera, sino que siempre y en todo caso la autoridad deberá verificar la existencia o no de una afectación de una persona que no encuentre sustento jurídico, bien sea, insístase, porque deviene en ilegal la decisión de la que se pide la revocación, o bien sea porque esta genera un daño especial.

Lo hasta ahora manifestado tiene gran relevancia para el caso concreto puesto que, en este, la petición de revocación no podría de ninguna manera tener como fundamento la causal a la que alude el numeral 1º del artículo 93 del CPACA, dado que, en ese escenario, esta se tornaría improcedente, en los términos del artículo 94 del mismo Código, como quiera que **COMCEL** interpuso el recurso previsto en la Ley en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021, respecto de la cual en este momento solicita su revocación. De ahí que, para el estudio específico de la petición de revocatoria elevada por **COMCEL**, sea imprescindible examinar si se está o no ante un agravio o lesión y si, de existir, es injustificada.

Pues bien, lo primero que debe advertirse sobre el particular es que el mismo **COMCEL** afirma que la expedición los actos administrativos de los que solicita su revocatoria no le están causando un daño cierto en este momento, que a su turno pueda considerarse como un daño especial, en tanto quebrantador de la igualdad ante las cargas públicas. Ello, debido a que la supuesta afectación tendría origen en las hipotéticas obligaciones que **COMCEL** debería hipotéticamente cumplir en el futuro y en las medidas que eventualmente adoptaría la Comisión en virtud de la constatación que efectuó en la Resolución CRC 6146 de 2021, confirmada por la Resolución CRC 6380 de 2021, respecto de la posición dominante que el citado proveedor ostenta en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles". Dijo lo siguiente **COMCEL**:

*"Adicionalmente, debe ponerse de presente que con la declaratoria de la posición de dominio de COMCEL en el mercado de servicios móviles, se crean perjuicios que si bien no se han materializado en la actualidad, en el futuro sí lo harán, tal y como son, las obligaciones que COMCEL (quien sin ostentar dicha posición) deberá cumplir. Es importante aclarar que COMCEL, quien ha sido el operador que más ha invertido en desarrollo de infraestructura en telecomunicaciones en el país debe verse sometido a medidas como brindar interconexión a otros operadores a través del RAN, y ahora con la nueva decisión, también deberá atenerse a las medidas particulares que decida imponer la CRC. Es claro que el trato que ha dado la administración a mi representada no converge con el principio de igualdad, pues en la actualidad ningún otro operador soporta tantas cargas como lo hace COMCEL"*²³ (SFT).

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 2000, rad. 10397.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de agosto de 2017, rad. 37304.

²² Es en ese sentido que la doctrina expresa que "cuando se evidencia la existencia de un daño antijurídico, con amparo en esta causal, el afectado tendrá derecho a solicitar la revocación del acto administrativo que le produce ese perjuicio injustificado con la finalidad de proteger ese interés particular afectado con la decisión de la administración" (cfr. Santos Rodríguez, Jorge Enrique, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) Concordado y comentado, (Ed.) José Luis Benavides. Universidad Externado de Colombia, 2016, pág. 263).

²³ Página 4 de la solicitud de revocatoria presentada por **COMCEL**. En similares términos, en la página 9 de dicho escrito, **COMCEL** expuso lo siguiente:

Considerando que ni siquiera en criterio de **COMCEL** se ha configurado un daño que cumpla con el requisito de ser cierto, en razón a que este tendría génesis en obligaciones y medidas que actualmente no han sido consagradas en el ordenamiento jurídico, cabe colegir, entonces, que lo que la referida sociedad invoca como daño tiene un marcado carácter de eventual e hipotético, y, por tanto, no susceptible de protección jurídica alguna. En efecto, la jurisprudencia ha tenido ocasión de señalar que el daño eventual o hipotético, basado en suposiciones o conjeturas, no tiene el carácter de cierto y, por lo mismo, no genera resarcimiento alguno -y por ende tampoco daría lugar a la revocación del acto al que este daño se atribuye-, dado su abierto carácter de indeterminado:

"Adicionalmente a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación tiene bien averiguado, de tiempo atrás²⁴, que el daño, para que pueda ser resarcido, debe ser cierto, por manera que aquél que resulta indemnizable es el perjuicio que cumple dicha condición de certeza —más allá de que revista la naturaleza de actual o futuro—, esto es que no se trate de un perjuicio puramente eventual, hipotético, fundado en meras suposiciones o en conjeturas; en otros términos, para que el perjuicio resulte indemnizable, se hace necesario que no exista duda alguna en relación con su ocurrencia, como lo ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado:

"La Sala ha dicho, en reiterada jurisprudencia, que para que un daño sea indemnizable debe ser cierto²⁵, es decir que no trate de meras posibilidades, o de una simple especulación:

"Ha sido criterio de la Corporación²⁶, que el daño para su reparación, además de antijurídico debe ser cierto, sin que haya lugar a reparar aquellos que constituyan una mera hipótesis o sean eventuales, y en todo caso los que no pudieren llegarse a comprobar fehacientemente en el proceso respectivo."

*"En este sentido, la doctrina nacional igualmente ha esbozado su criterio según el cual, el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización, y que eventualidad y certeza se convierten en términos opuestos desde un punto de vista lógico, pues el perjuicio es calificado de eventual - sin dar derecho a indemnización -, o de cierto - con lo cual surge entonces la posibilidad de derecho a indemnización -, pero jamás puede recibir las dos calificaciones²⁷."*²⁸

"Adicionalmente, con la declaratoria de la posición de dominio de COMCEL en el mercado de servicios móviles, se crean perjuicios que si bien no se han materializado en el futuro si lo harán, tal y como son, las obligaciones que COMCEL (quien sin ostentar dicha posición) deberá cumplir. Es importante aclarar que COMCEL, quien ha sido el operador que más ha invertido en desarrollo de infraestructura en telecomunicaciones debe verse sometido a medidas como brindar interconexión a otros operadores a través del RAN, y ahora con la nueva decisión, también deberá atenerse a las medidas particulares que decida imponer la CRC. Es claro que el trato que ha dado la administración a mi representada no converge con el principio de igualdad, pues en la actualidad ningún otro operador soporta tantas cargas como lo hace COMCEL" (SFT).

²⁴ A este respecto pueden ser traídos a colación, por vía de ejemplo, los siguientes pronunciamientos, todos de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: sentencia del 2 de junio de 1994; Radicación: 8998; Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta; sentencia del 23 de septiembre de 1994; Radicación: 9458; Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta; sentencia del 27 de octubre de 1994; Radicación: 9763, Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

²⁵ Nota original de la sentencia citada: Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, sentencia de 7 de febrero de 2000, expediente: 11649, actor: Jesús Antonio Arce Jiménez.

²⁶ Nota original de la sentencia citada: Ver Sentencias de 17 de febrero de 1994. Exp. 6783 y de 9 de mayo de 1995, expediente 8581.

²⁷ Nota original de la sentencia citada: Puede consultarse en este sentido la obra "El Daño" de Juan Carlos Henao, Uniexternado, 1998.

²⁸ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, sentencia de 15 de junio de 2000, expediente: 11614, actor: Andrés Cuervo Casabianca y otra.

Así el daño sea futuro debe quedar establecida la certeza de su ocurrencia, no puede depender de la realización de otros acontecimientos^{29/30}.

En el presente asunto, el supuesto daño invocado por **COMCEL** es en cualquier caso eventual toda vez que, según lo expuesto en la solicitud de revocación, el mismo no tiene razón de ser en la constatación de su posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", sino que su realización sucedería en virtud de las medidas regulatorias y obligaciones que hipotéticamente se lleguen a imponer, cuya falta de certeza en cuanto a su contenido, alcance y efectos es palmaria en este momento. En todo caso, debe indicarse que la eventual imposición de eventuales medidas regulatorias u obligaciones no implican, per se, la causación de un perjuicio a **COMCEL**, ya que estas, además de estar amparadas en sí mismas por la presunción de legalidad que le es propia a todo acto administrativo y estarían sustentadas en las resoluciones CRC 6146 y 6380 de 2021, las cuales también gozan de tal presunción.

Tratándose de un daño eventual, no resulta de recibo la aseveración según la cual este debe dar lugar a la revocación de las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 de 2021, pues lo cierto es que, de acuerdo con lo visto, en últimas, tal lesión resulta ser inexistente. Al no detectarse daño cierto alguno, como **COMCEL** lo reconoce, por sustracción de materia no habría lugar a entender que a dicho proveedor se le ha ocasionado un agravio y, por ende, mucho menos que este pueda ser catalogado de injustificado.

Debe aclararse en este punto que el análisis de las medidas regulatorias hipotéticas que eventualmente adopte esta Comisión con el propósito de hacer frente a la citada falla de mercado, estarían antecedidas de las actuaciones administrativas respectivas y tendrán que cumplir con el requisito de proporcionalidad, aspecto este que da cuenta de la importancia de realizar el estudio en concreto respecto del alcance, idoneidad, necesidad y razonabilidad de las eventuales medidas, y no de forma abstracta, o como lo indica la propia jurisprudencia, a partir de conjeturas carentes de sustento fáctico, que es lo que en este caso propone **COMCEL** cuando señala que el perjuicio se origina en obligaciones y medidas que aún no han sido adoptadas.

Lo expuesto impone descartar de plano la solicitud de revocatoria directa por el supuesto quebrantamiento de la igualdad en las cargas públicas, ya que esta se sustenta en perjuicios que tienen un evidente carácter eventual o, lo que es lo mismo, dado su carácter incierto y por ello inexistente.

Es por lo razonado hasta el momento que la solicitud de revocatoria directa elevada por **COMCEL** será analizada, en lo que sigue, con el fin de identificar si las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 de 2021 causaron o no un agravio injustificado al haberse expedido de forma irregular y al haber vulnerado los derechos al debido proceso, defensa y contradicción del referido proveedor -que es el otro argumento que formula **COMCEL**-, mas no, bajo la hipótesis relativa a la causación de un daño

²⁹ Nota original de la sentencia citada: *"En cambio, daño eventual es aquel cuya existencia dependerá de la realización de otros acontecimientos extraños al hecho ilícito en cuestión, que concurren con éste a la formación del perjuicio. A diferencia del daño eventual, tanto el daño actual como el futuro deben ser ciertos, entendiéndose por ello la existencia de los mismos debe constar de manera indubitable mediante la comprobación de la vulneración de un derecho subjetivo del demandado y no depender esta vulneración de otros acontecimientos que puedan o no producirse con posterioridad.*

"Si el juez indemniza las consecuencias futuras de un daño es por que [sic] se halla capacitado para apreciar, partiendo de la existencia cierta de un agravio, en forma más o menos exacta, las repercusiones que el hecho ocasionará más adelante, cálculo que, en cambio, no puede en manera alguna efectuar, a menos de entrar en el terreno movedido e incierto de las conjeturas, cuando la existencia del agravio depende de la producción de una serie de hechos contingentes y extraños al hecho ilícito en cuestión.

"De lo expuesto se infiere que el momento que debe tenerse en cuenta para apreciar si el ciclo de consecuencias se ha cerrado, es el de la sentencia y que, por tanto, será daño futuro el que se configure por las consecuencias posteriores al fallo que razonablemente deben ocurrir, y que el juez deberá estimar por ser cierto el daño.

"Cuando se habla de daño cierto, entonces, no se alude a una clase especial de daño, sino que se quiere expresar que el agravio debe poseer una determinada condición de certeza para que origine efectos jurídicos, condición sobre la que no se hace necesario hacer mayor hincapié, puesto que todo hecho, para ser tenido en cuenta y surtir consecuencias debe estar comprobado.

"Afirmar que el daño debe ser cierto, es lo mismo, en realidad, que expresar que el daño debe existir para que se origine el derecho a que se origine un resarcimiento, lo que por no merece siquiera afirmarse." Roberto H. Brebbia, "Daños Patrimoniales y daños morales", en José N. Duque Gómez, Del Daño, Editora Jurídica de Colombia, s.l., 2001. págs. 53 y 54.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de agosto de 2001; Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 25000-23-26-000-1993-9314-01(12555); Actor: Marco Aníbal López y otros.

especial, por cuanto esta se basa, a partir de la formulación de conjeturas y suposiciones, en una premisa que imposibilita tal análisis, esto es, que realmente el supuesto daño es eventual e hipotético.

3.2 IMPROCEDENCIA LEGAL DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR COMCEL EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN CRC 6380 DE 2021. INVIABILIDAD DE RESOLVER DE FONDO SOBRE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS EN EL MISMO

En la sección 4.1 de la solicitud de revocatoria, **COMCEL** señala que mediante la Resolución CRC 6380 de 2021, por medio de la cual se resolvió el recurso que interpuso en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021, la Comisión introdujo nuevos argumentos a efectos de sustentar su decisión de declarar a **COMCEL** con posición de dominio en el mercado de "Servicios Móviles". Indica que tales argumentos versan sobre tres puntos: "(i) la denominación del empaquetamiento como una condición intrínseca del mercado y no como una falla del mercado; (ii) las medidas regulatorias tomadas por la CRC no han logrado una competencia perfecta en el mercado y; (iii) los OMV y OMR no han competido por grandes participaciones de mercado, de ahí que no haya una competencia perfecta en el mercado". En tal medida, dice el peticionario, la Comisión transgredió su derecho de defensa y expidió las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 de 2021 de forma irregular.

A su vez, en el numeral 4.2 de su escrito de solicitud de revocación, **COMCEL** afirma que la CRC no resolvió de fondo el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021, con lo cual, en su sentir, "*pretendió minimizar la magnitud de los argumentos expuestos por [COMCEL] al interpretar que dicho acto administrativo no introdujo elementos nuevos al debate*" y, de otra parte, se constituyó como una "*manifiesta violación a la ley y una afectación de interés general*" y una transgresión al debido proceso. Aseguró, a su vez, que la declaratoria de dominancia en los términos expuestos por la CRC, sin tener en cuenta las condiciones dinámicas del mercado, "*generan un incentivo perverso a la innovación y a la competencia agresiva y leal*", lo que desencadena a la postre en la afectación de los consumidores, quienes no podrán acudir a un mercado en el que se promueva la inversión y por ende se brinden servicios de telecomunicaciones en mejores condiciones.

Con el propósito de resolver sobre los argumentos expuestos por el solicitante, es importante recordar que, tal y como fue descrito en la sección de antecedentes del presente acto administrativo, luego de surtir el procedimiento correspondiente, la Comisión expidió la Resolución CRC 6146 de 2021, mediante la cual, entre otras cosas, constató que **COMCEL** tiene posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles". En plena concordancia con lo establecido en el ordenamiento jurídico, la CRC dispuso que la citada Resolución CRC 6146 era susceptible del recurso de reposición el cual fue interpuesto y sustentado oportunamente por **COMCEL**.

De este modo, después de que se diera curso al trámite previsto en la Ley, la Comisión expidió la Resolución CRC 6380 de 2021, por medio de la cual decidió, entre otras cosas, negar las pretensiones que **COMCEL** formuló en su recurso y, en consecuencia, confirmar integralmente la Resolución CRC 6146. Vale aclarar que en su aparte resolutivo se advirtió específicamente que en cumplimiento de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Resolución CRC 6380 de 2021 no era susceptible de ningún recurso, lo cual es deducible del hecho de haber sido un acto administrativo que resolvió un recurso de reposición interpuesto en contra de otra decisión de igual naturaleza.

Posteriormente, **COMCEL** interpuso recurso de reposición en contra de la decisión que resolvió el recurso interpuesto, contenida en la Resolución CRC 6380 de 2021, para lo cual sostuvo que "*este acto administrativo introduce elementos nuevos, argumentos que no fueron expuestos en la Resolución 6146 de 2021 y sobre los cuales [COMCEL] no pudo pronunciarse en el recurso de reposición radicado el 12 de febrero de 2021*". A lo anterior agregó que "*[d]e conformidad con el artículo 318 del Código General del Proceso, que por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 es aplicable al caso, la introducción de nuevos argumentos por parte de la CRC, en la Resolución 6380 de 2021, supone un nuevo acto administrativo de carácter particular que es susceptible de impugnación [sic] en los términos del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011*".

Con el fin de decidir respecto del recurso en mención, la CRC señaló lo siguiente en la Resolución CRC 6415 de 2021:

- Aun si se aceptara que artículo 318 del CGP resulta aplicable a las actuaciones administrativas de carácter particular y concreto como la iniciada a través de la Resolución CRC 5110 de 2017 y decidida por vía de la Resolución CRC 6146 de 2021, lo cierto es que el recurso interpuesto por **COMCEL** en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021 resultaba improcedente³¹.
- La literalidad del artículo 318 del CGP denota que los puntos nuevos que hacen admisible la interposición de recursos en contra de la decisión que resuelve un recurso de reposición, refiere a asuntos no decididos con anterioridad por parte de la autoridad, de manera que los puntos nuevos son predicables de **la decisión en sí misma**, mas no frente a las consideraciones que se hayan incluido para desatar el recurso³².
- De acuerdo con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³³ y del Consejo de Estado³⁴, y con lo enseñado por la doctrina³⁵, es posible indicar que los puntos nuevos nacen cuando en la providencia que resuelve el recurso se consignan decisiones nuevas, no previstas en la providencia originalmente recurrida, mas no en caso de que **(i)** la autoridad opte simplemente por confirmar, modificar o revocar la decisión inicialmente adoptada, ni mucho menos **(ii)** cuando la autoridad, para resolver el recurso, exponga consideraciones cuyo propósito sea acoger o desestimar los argumentos previstos por recurrente.
- Aceptar que la decisión confirmatoria de la providencia que resolvió el recurso, incluso a partir de argumentos complementarios o sustitutos, es susceptible de recurso, da lugar a que los procesos y las discusiones en que estos se den sean interminables, ya que **(i)** cualquier decisión sería nueva respecto de la anterior y, por lo tanto, frente a ella serían procedentes los recursos de ley; y **(ii)** la autoridad únicamente podría limitarse a replicar la argumentación planteada en la decisión impugnada, a pesar de que el recurrente exponga nuevas consideraciones, pues si las consideraciones son ampliadas o modificadas, ello posibilitaría la interposición de recursos de manera indefinida³⁶.

³¹ En la Resolución CRC 6415 de 2021 se expuso:

*"Como quiera que **COMCEL** sustenta su recurso de reposición en la aplicación del artículo 318 del Código General del Proceso -CGP-, debe comenzar esta Comisión poniendo de presente que aun aceptándose que dicha disposición es aplicable, en virtud de lo establecido en el artículo 306 del CPACA, en una actuación administrativa de carácter particular y concreto como la iniciada a través de la Resolución CRC 5110 de 2017, regida por el referido CPACA, en todo caso bajo el imperio de la normatividad en cita, el recurso de reposición interpuesto por dicho proveedor en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021 es abiertamente improcedente, tal y como pasa a explicarse a continuación.*

[...]

De acuerdo con el inciso cuarto del texto normativo en cita [el artículo 318 del CGP], por regla general, resulta improcedente la interposición de cualquier recurso en contra del auto que resuelve un recurso de reposición. Sin embargo, agrega la disposición, sí procederá la interposición de los recursos correspondientes, en caso de que el auto que resuelva el recurso de reposición inicialmente interpuesto contenga puntos no decididos en el auto impugnado; de ser así, el recurso ha de ser interpuesto frente a esos puntos nuevos. Surge, a partir de lo enunciado, la doctrina de los puntos frente a los cuales sí procede la interposición de recursos, por tratarse de asuntos no decididos en la providencia que en principio fue impugnada".

³² Dijo lo siguiente la Comisión en la Resolución CRC 6415 de 2021:

"Nótese que, según la propia literalidad del artículo 318 del CGP, los puntos nuevos que hacen admisible la interposición de recursos en contra de la decisión que resuelve un recurso de reposición, refieren a asuntos no decididos con anterioridad por parte de la autoridad; es decir, los puntos nuevos son predicables de la decisión en sí misma en cuanto a que debe tratarse de una completamente nueva, diferente a la determinada en la primera providencia, y no frente a las consideraciones que se hayan incluido para desatar el recurso. Lo descrito es ciertamente indiscutible si se tiene en cuenta que la disposición tantas veces citada alude a "puntos no decididos" como motivo para la interposición de recursos en contra del auto que resuelve el recurso de reposición, pero no a consideraciones o argumentos no expuestos en la decisión que en primera medida fue impugnada".

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 9 de junio de 1980.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 18 de marzo de 2010, rad. 35010.

³⁵ Canosa Torrado: Manual de Recursos Ordinarios. Págs. 212-214.

³⁶ En la Resolución CRC 6415 de 2021 se señaló:

"Avalar lo contrario, esto es, que la decisión confirmatoria de la providencia que resolvió el recurso, incluso a partir de argumentos complementarios o sustitutos, es susceptible de recurso, da lugar a que los procesos y las discusiones en que estos se den sean interminables, puesto que, de un lado, cualquier decisión sería nueva respecto de la anterior y, por lo tanto, frente a ella serían procedentes los recursos de ley y, de otro lado, la autoridad decisoria únicamente podría limitarse a replicar la argumentación planteada en la decisión impugnada, a pesar de que el recurrente exponga nuevas consideraciones, ya que, en caso de que esta sea ampliada o modificada, ese solo hecho posibilitará la interposición de recursos por siempre y para siempre".

- Aun si en gracias de discusión se llegara a concluir, a partir de la comparación de la Resolución CRC 6146 y 6380 de 2021, que la CRC formuló argumentos nuevos o variaciones de estos, ello no apareja que en la Resolución CRC 6380 se hayan adoptado decisiones nuevas que por ende sean susceptibles de otro recurso de reposición, adicional al ya interpuesto y decidido en contra de la Resolución CRC 6146. Lo descrito porque, primero, la Resolución CRC 6146 fue confirmada por la Resolución CRC 6380, situación que de por sí permite evidenciar que no hay punto nuevo alguno en lo resuelto por la Comisión, en la medida en que la decisión versa sobre *"un mismo y único asunto jurídico circunscrito al debate propuesto mediante el correspondiente recurso de reposición"*³⁷; y, segundo, porque, dado que los puntos nuevos susceptibles de recurso son aquellos que se incluyen como decisión en la parte resolutive del acto administrativo, mas no en sus consideraciones, es entonces claro que la supuesta exteriorización de nuevos argumentos por parte de la Comisión, que es a lo que **COMCEL** se refiere, no da lugar a la procedencia de recurso alguno³⁸.

Destáquese, en virtud de lo recordado en cuanto al contenido de la Resolución CRC 6415 de 2021, que el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL** en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021 era manifiestamente improcedente por proponerse en contra de un acto que precisamente resuelve un recurso de reposición y porque en este no se incluyeron puntos no decididos en la Resolución CRC 6146 de 2021, mediante la cual se resolvió la actuación administrativa iniciada por la Resolución CRC 5110 de 2017. Dada la evidente improcedencia de la reposición, resulta obvio que la Comisión no podía, ni tenía el deber jurídico de resolver de fondo los argumentos expuestos por **COMCEL**.

De hecho, si la CRC hubiera analizado de fondo los cargos formulados por **COMCEL** en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021, habría transgredido el Capítulo VI del Título III de la Parte Primera del CPACA, por avalar la presentación de una reposición en contra de actos administrativos que precisamente resuelve un recurso de la misma naturaleza y, adicionalmente, habría vulnerado el artículo 318 del CGP que torna improcedente la presentación de recursos en contra de una providencia en la que se resuelve el de reposición, máxime si se tiene en cuenta que, de conformidad con lo ya expresado, la formulación de nuevos argumentos, en aras de decidir la impugnación que se formula en contra de una providencia, no hace que la decisión que resuelve la reposición sea susceptible de ser nuevamente impugnada.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 18 de marzo de 2010, rad. 35010.

³⁸ Sobre el particular, en la Resolución CRC 6415 de 2021 se expresó lo siguiente:

*"En el caso concreto se tiene que, aun cuando **COMCEL** aduce que, en dicho acto, la Comisión expuso argumentos no evidenciados en la Resolución CRC 6146 de 2021 o que variaron sustancialmente, ese solo hecho, aun si fue cierto -que dicho sea de paso no lo es en la forma como **COMCEL** lo presenta en el escrito del 22 de septiembre de 2021 con radicado 2021811644-, no hace que en la Resolución CRC 6380 de 2021 se hayan adoptado decisiones nuevas que por ende sean susceptibles de otro recurso de reposición, adicional al ya interpuesto y decidido en contra de la Resolución CRC 6146.*

*Lo anterior, en razón a que, en primer lugar, la decisión adoptada en la Resolución CRC 6146 de 2021 fue confirmada por la Resolución CRC 6380 de 2021, situación que de por sí permite evidenciar que no hay punto nuevo alguno en lo resuelto por la Comisión, por cuanto la decisión versa, en los términos expresado por la jurisprudencia, sobre "un mismo y único asunto jurídico circunscrito al debate propuesto mediante el correspondiente recurso de reposición", por suerte de lo cual es absolutamente equivocada la postura de **COMCEL** a partir de la cual debe entenderse, en contravía de lo determinado en el ordenamiento jurídico, que la Resolución CRC 6380 de 2021 es "un nuevo acto administrativo de carácter particular que es susceptible de impugnación [sic] en los términos del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011". Dicho con otras palabras, la decisión sigue siendo la misma y, por ende, ninguna novedad es predicable de la misma.*

*En segundo lugar, la palmaria improcedencia radica en que, al tenerse por cierto que los puntos nuevos susceptibles de recurso son aquellos que se incluyen como decisión en la providencia impugnada, esto es, en la parte resolutive del acto administrativo, mas no en las consideraciones de la misma, es entonces claro que la supuesta exteriorización de nuevos argumentos por parte de la Comisión, que es a lo que **COMCEL** se refiere en su escrito del 22 de septiembre de 2021, no da lugar a la procedencia de recurso alguno.*

*Admitir que las actuaciones administrativas son perpetuas en los términos que **COMCEL** pretende, implica ir en contravía de los principios de la función administrativa de eficacia y celeridad, contemplados en los numerales 11 y 13 del CPACA, cuya aplicación exige que los procedimientos administrativos logren su finalidad, que no es precisamente la de adelantar trámites sin final, y evitar dilaciones y retardos injustificados, situación que se daría ante la posibilidad de interponer tantos recursos como decisiones haya en desarrollo de la actuación.*

*La improcedencia acá evidenciada es aplicable a todas y cada una de las peticiones planteadas por **COMCEL** en su escrito con radicado 2021811644 del 22 de septiembre de 2021, si se tiene en cuenta que estas parten de la premisa absolutamente equivocada desde el punto de vista jurídico según la cual la Comisión debe resolver de fondo sobre el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021 y, en esa medida, debe igualmente decidir sobre las peticiones probatorias allí consignadas".*

Corolario de lo expuesto es que el reproche que hace **COMCEL**, relativo al hecho de que la Comisión no se hubiera pronunciado de fondo respecto del recurso que radicó en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021, no tenga sustento normativo alguno y, antes bien, traiga consigo el desconocimiento de las disposiciones normativas en las que la Comisión fundamentó la improcedencia de este.

Tampoco encuentra esta Comisión que la decisión plasmada en la Resolución CRC 6415 de 2021, consistente en rechazar por ser evidentemente improcedente el recurso de reposición que **COMCEL** formuló en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021, le haya vulnerado su derecho al debido proceso o sea constitutiva de alguna irregularidad. En efecto, toda vez que la decisión contenida en la Resolución CRC 6415 tiene pleno respaldo normativo, no resulta factible atribuirle a esta una afectación al derecho al debido proceso de **COMCEL**. Mucho menos puede sostenerse que una decisión es irregular cuando se encuentra claramente sustentada en disposiciones normativas que se encuentran vigentes, como sucede en el caso objeto de análisis.

Debe subrayarse, en este punto, cuál es el contenido del que jurisprudencialmente se ha dotado al debido proceso en materia administrativa. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

"5.3. Dentro de ese marco conceptual, la Corte se ha referido el debido proceso administrativo como "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal"³⁹. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"⁴⁰.

5.4. Así entendido, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a "actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción"⁴¹ ⁴². (NFT)

En este orden de ideas, es claro que las autoridades deben garantizar los siguientes derechos respecto de los particulares a los que se dirigen sus decisiones: **(i)** a ser oídos en el trámite de la actuación administrativa en curso; **(ii)** a la notificación del acto administrativo bajo el cumplimiento de los preceptos legales; **(iii)** a un trámite administrativo sin dilaciones; **(iv)** a permitir la participación desde el principio de la actuación; **(v)** a que la actuación se adelante ante el funcionario competente y bajo el cumplimiento de las disposiciones legales; **(vi)** a gozar de la presunción de inocencia; **(vii)** al ejercicio del derecho de defensa y contradicción; **(viii)** a solicitar, aportar y controvertir las pruebas que sean necesarias; y, **(ix)** a impugnar las decisiones y promover las acciones pertinentes para solicitar la nulidad por la vulneración del debido proceso⁴³.

Así pues, cabe precisar, a la luz de la jurisprudencia en cita, que el contenido del debido proceso en materia administrativa no refleja regla alguna según la cual la Comisión deba resolver favorablemente las peticiones manifiestamente improcedentes y carentes de sustento normativo que formule **COMCEL**, como es el caso de aquella relativa a la presentación de un recurso de reposición en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021, acto respecto del cual, se reitera, por disposición del ordenamiento jurídico, no resultan procedentes recursos adicionales.

En todo caso, debe recordarse que como fue puesto de presente en la Resolución CRC 6415 de 2021 con sustento en la normatividad en vigor, es jurídicamente procedente que, al resolver un recurso, esto es, al analizar los argumentos plasmados por el recurrente en el recurso, la autoridad exponga nuevas consideraciones que le conduzcan a confirmar la decisión impugnada, sin que por tal razón dichas consideraciones se constituyan en puntos no decididos previamente y, por lo tanto, haya lugar a la presentación de un nuevo recurso, y mucho menos a asegurar que quien decide está sorprendiendo al recurrente. Reitérese que la posibilidad de conceder una nueva impugnación depende de la inclusión de nuevas decisiones en el acto que resuelve el recurso, mas no del planteamiento de argumentos nuevos o diferentes.

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-796 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁰ Sentencia ibidem.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-653 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-980 de 2010.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2019.

En otras palabras, aun suponiendo que los argumentos expuestos por la Comisión en la Resolución CRC 6380 de 2021 hayan sido nuevos y diferentes respecto de los contenidos en la Resolución CRC 6146 de 2021 -situación que, se reitera, no es cierta en la forma como lo expone **COMCEL**-, tal hipótesis está respaldada en la normatividad vigente, de manera que la aplicación de las reglas procesales y de los mandatos legales a los que está sometida la CRC y los administrados, no acarrea ningún tipo de vulneración del derecho al debido proceso del solicitante y, por consiguiente, no lleva a colegir que la Comisión le haya causado un agravio injustificado al referido proveedor por las razones que expone en su petición y tampoco a entender que las decisiones de las que se solicita la revocatoria fueron expedidas de forma irregular. Si, por el contrario, la Comisión no expuso argumentos nuevos en la Resolución CRC 6380, comparados con los dispuestos en la Resolución CRC 6146, el reproche tampoco tendrá razón de ser. De ahí que, para resolver la solicitud de revocación directa proveniente de **COMCEL**, sea innecesario aludir a los argumentos que este considera nuevos, como quiera ni la existencia ni la inexistencia de los mismos develan transgresión alguna al debido proceso y tampoco la irregularidad que acusa el peticionario.

Lo razonado hasta el momento en esta sección también lleva a señalar que la Comisión no pretendió, como indicó **COMCEL**, minimizar los argumentos plasmados en el recurso radicado en contra de la Resolución CRC 6380 de 2021. A decir verdad, la Comisión no podía estudiarlos y resolverlos de fondo, so pena de contrariar el ordenamiento normativo. Lo jurídicamente acertado era, como en efecto sucedió, rechazar el citado recurso dada su manifiesta improcedencia.

Ahora, puesto que **COMCEL** argumenta que el proceder de la Comisión resulta manifiestamente contrario a la Ley, debe recordarse que no podría esta Comisión estudiar la solicitud de revocación formulada por la referida sociedad a partir de la primera causal del artículo 93 del CPACA, por cuanto, al haber ejercido **COMCEL** el recurso de reposición en contra de la Resolución CRC 6146, se tornaría improcedente la invocación de la misma, de conformidad con lo establecido el artículo 94 del CPACA.

De otro lado, no puede pasarse por alto que, en el numeral 4.2 de su escrito, **COMCEL** no explica y tampoco prueba cómo es que la constatación de dominancia, plasmada en la Resolución CRC 6146 de 2021, genera un incentivo perverso a la innovación y la competencia "agresiva y leal", y mucho menos cómo es que ello le causa un agravio injustificado o conlleva la afectación del interés general. Adicionalmente, en el ya citado numeral 4.2 del escrito de revocación, **COMCEL** tampoco justifica, y mucho menos demuestra, cómo es que la constatación de dominancia afecta a los usuarios, situación que, en cualquier caso, no da lugar a concluir que se le ha ocasionado un agravio injustificado a **COMCEL**. Esto, por sí mismo, impide a la CRC tener por cierto que se haya materializado alguna de las causales que el artículo 93 del CPACA contempla para la revocación de los actos administrativos.

En atención a lo consignado en esta sección, la Comisión no identifica que, por las razones expuestas por **COMCEL** en las secciones 4.1 y 4.2 de su escrito, se haya configurado la afectación del interés general o un agravio injustificado al peticionario, y por ende no encuentra que las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 sean susceptibles de ser revocadas directamente.

3.3 ACTIVIDAD PROBATORIA DENTRO DE LA ACTUACIÓN. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO DE COMCEL

COMCEL arguye que la CRC negó sistemáticamente las pruebas que solicitó a lo largo de la actuación administrativa, alegando para ello una supuesta extemporaneidad, que en su opinión no resulta procedente a la luz del artículo 40 del CPACA, y que, a su vez, lleva a concluir que la CRC ya tenía una postura formada antes de expedir el acto que decidió el trámite administrativo. Con posterioridad, hace referencia a aquellas peticiones probatorias que la Comisión rechazó por extemporáneas en el marco del trámite del recurso de reposición interpuesto por el proveedor en mención en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021, para lo cual enfatiza en que estas solicitudes fueron rechazadas de manera caprichosa y con desconocimiento de los criterios de utilidad, conducencia y pertinencia.

Así mismo, en su solicitud **COMCEL** centró su atención en las solicitudes probatorias con las que buscaba evidenciar la situación del mercado "Voz Saliente Móvil", así como en lo que en su sentir expresó la SIC en relación con el vaciamiento del mismo y, por ende, en la inexistencia de posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles". Añadió que la extemporaneidad aducida por este regulador para rechazar sus solicitudes probatorias se desdibuja debido a que la evidencia de

argumentos nuevos expresados por la Comisión en la Resolución CRC 6380 de 2021, trae consigo que los medios probatorios indicados sean oportunos en aras de que estos sean debatidos.

Adicionalmente, en la sección I de su escrito, **COMCEL** sostuvo que intentó "*alertar a la CRC sobre el error que estaba cometiendo al basar su decisión en las condiciones de un mercado del 2017, no obstante, la entidad se negó rotundamente a actualizar su estudio de mercado*".

Todo lo anterior, asegura **COMCEL**, conlleva a la violación de sus derechos al debido proceso, de defensa y a la prueba.

Lo primero que debe señalarse respecto de las aseveraciones esbozadas por **COMCEL** es que todas y cada una de las decisiones que en materia probatoria adoptó la Comisión en desarrollo de la actuación administrativa iniciada a través de la Resolución CRC 5110 de 2017 estuvieron cimentadas debidamente en criterios de oportunidad de la solicitud, así como en los de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad de las mismas. Ello, en concordancia con lo establecido, entre otros, en los artículos 40, 75, 77 y 79 del CPACA y los artículos 164 y 168 del CGP.

Lo descrito es apreciable en los propios actos administrativos en los que se resolvieron sobre solicitudes probatorias e incluso las mismas resoluciones CRC 6146 y 6380 de 2021, en las que también se hizo referencia a la aludida temática, con el objetivo de concluir que no es cierto que las decisiones que en materia probatoria tomó este regulador hayan sido arbitrarias o contrarias al ordenamiento jurídico. Estas mismas razones sirven para establecer que tampoco hay lugar a calificar las decisiones de la Comisión como caprichosas, en los términos a los que **COMCEL** se refiere en su escrito de revocatoria.

Como consecuencia de lo expuesto, es menester descartar la consideración de **COMCEL** según la cual la Comisión negó de manera sistemática las solicitudes probatorias que dicho proveedor propuso, suponiendo con ello la afectación de su derecho al debido proceso, ya que, en realidad, las decisiones probatorias de la Comisión estuvieron debidamente basadas en los presupuestos que la Ley establece para el efecto. Es más, tal y como se puso de presente en las resoluciones CRC 6146 y 6380 de 2021, **COMCEL** no tuvo ni tiene el derecho a que se despache favorablemente toda petición probatoria que haya realizado pues, se repite, una solicitud en ese sentido, además de ser oportuna, debe acreditarse como conducente, pertinente, útil y ajustada al ordenamiento jurídico. Sobre el particular, en la Resolución CRC 6146 de 2021, la Comisión expuso lo que a continuación se recuerda:

"Pues bien, de lo anterior resulta claro que constitucionalmente el alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas [...] NO supone de facto que la Autoridad administrativa deba: (i) conceder escenarios para controvertir, no solo las pruebas, sino el análisis de las mismas, a la medida y en el momento y forma que desea el administrado, con desconocimiento de los principios del artículo 209 constitucional y por fuera de las etapas que el mismo procedimiento administrativo ha consagrado para ejercer el derecho de defensa y contradicción mediante los recursos en sede administrativa; (ii) decretar todas las solicitudes probatorias por el solo hecho de que el administrado las considera pertinentes, conducentes, necesarias y/o útiles; (iii) anticipar al administrado los análisis que ha realizado la Administración sobre el material probatorio obrante en el expediente antes de proferir un acto definitivo, desconociendo así las normas del procedimiento establecido en el CPACA, únicamente en razón a que el administrado considera que los autos de pruebas debidamente motivados perdieron su presunción de legalidad con fundamento en pronunciamientos no vinculantes de otras autoridades".

En similar sentido se pronunció esta Comisión en la Resolución CRC 6380 de 2021 al indicar que:

*"[...] contrario a lo dicho por **COMCEL** [...], en esta actuación no se ha materializado ningún tipo de vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la prueba y de defensa. Todas las decisiones encaminadas a decretar o rechazar pruebas han sido tomada en derecho, como quiera que las mismas han estado fundamentadas en un análisis riguroso y pormenorizado en torno a su pertinencia, conducencia y utilidad. Reitérese que **COMCEL** no ofrece ningún tipo de consideración que tenga como objetivo desvirtuar lo expuesto por la Comisión a la hora de rechazar las pruebas antes descritas, toda vez que su cargo se centra simplemente en advertir que tiene derecho a solicitar su decreto, sin que haya un esfuerzo argumentativo siquiera mínimo que permita poner en duda lo señalado por la CRC. Así, pues, es claro que el razonamiento que sobre el particular efectuó este regulador se mantiene incólume.*

*Adicionalmente, cabe manifestar que, aun cuando es cierto que en desarrollo de la garantía constitucional de debido proceso, **COMCEL** contaba con el derecho a presentar las solicitudes*

probatorias que considerara del caso en la presente actuación hasta antes que se profiriera la decisión que puso fin a la misma -la Resolución CRC 6146 de 2021-, de conformidad con el artículo 40 del CPACA, tal prerrogativa en modo alguno significa que esta sociedad tuviera derecho a que la Comisión accediera a las mismas, sin hacer un análisis sobre su conducencia, pertinencia y utilidad.

Al respecto, en primer lugar, es de recordar que, según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, los particulares no tienen el derecho a que toda petición que presenten sea respondida de manera afirmativa y acorde con sus intereses. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que "el derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa"⁴⁴. En consecuencia, la admisión o rechazo de las peticiones probatorias de **COMCEL** han estado siempre supeditadas al análisis que la Comisión realice sobre su procedencia a la luz de lo que el ordenamiento jurídico establece sobre el particular y en consideración del objeto delineado en la actuación, de suerte que la sola negación de la petición no comporta la vulneración de ningún derecho del mencionado proveedor.

En segundo lugar, debe ponerse de presente que, de conformidad con lo señalado en el mismo artículo 40 del CPACA y la remisión efectuada por el artículo 306 del mismo Código en virtud de la cual resulta aplicable el artículo 168 del CGP, la autoridad administrativa tiene el deber de analizar toda solicitud probatoria a fin de rechazar aquella que resulte ser manifiestamente impertinente, inconducente o inútil.

Nótese que la jurisprudencia constitucional nunca ha señalado que el derecho al debido proceso implique que la autoridad administrativa deba acceder a todas las peticiones probatorias que los particulares realicen; ni siquiera las sentencias transcritas por **COMCEL** en su recurso concluyen algo así. La jurisprudencia reconoce, como no puede ser de otra manera, el derecho a aportar, solicitar y controvertir pruebas; pero de ello no se desprende que la respuesta a toda petición probatoria deba ser positiva, ya que, si así fuera, se caería en el absurdo según el cual la autoridad estaría forzada a decretar y practicar pruebas que nada aportan al objeto de la actuación o que son contrarias al ordenamiento jurídico.

Aún más, el Consejo de Estado ha considerado que el rechazo de pruebas inconducentes e impertinentes no vulnera el debido proceso y no vicia de nulidad el acto administrativo final. En efecto, en sentencia del 22 de febrero de 2018, la Sección Cuarta del Consejo de Estado indicó que "las autoridades deben verificar los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia de las pruebas", de modo que, en el caso allí resuelto, en que una prueba solicitada versaba sobre hechos distintos a los investigados por la autoridad, la citada Corporación concluyó que dicha autoridad "estaba facultada para rechazar la prueba que solicitó [la demandante] sin que ello conlleve la transgresión del derecho de defensa o del debido proceso, en la medida en que el medio probatorio escogido por la demandante, no era el conducente para demostrar la procedencia de la deducción discutida"⁴⁵. Tal postura también fue expuesta por la Sección de Tercera del Consejo de Estado:

"7.18.7.- En este orden de ideas y descendiendo al caso sub iudice, no ve la Sala una violación al debido proceso en perjuicio de la parte demandante, pues encuentra que la denegatoria de la prueba peticionada en el recurso promovido contra la Resolución No. 768 de 2005 se sustentó en razonamientos jurídicos y lógicos, **pues la Comisión consideró que el objeto de la prueba solicitada ya se había agotado con el recaudo de otros medios de prueba que se encontraban en la actuación administrativa o por considerar que no arrojaría elementos de juicio útiles al a discusión jurídica planteada en ese momento.**

7.18.8.- Recuerda la Sala que **aunque es cierto que existe un derecho de las partes en la actuación judicial y administrativa a probar (derecho a la prueba) el mismo no ostenta características absolutas**, pues, por el contrario, **característica esencial de la prueba judicial es que ésta se encuentra circunscrita a la satisfacción de determinados estadios o filtros demarcados por las regulaciones procedimentales.** En este sentido, lo que la Sala advierte, se repite, es que **la Comisión sustentó de manera ponderada la denegatoria de la prueba**, esto es, no obedeció a una decisión arbitraria"⁴⁶ (NSFT).

Como puede verse, es la posición del Consejo de Estado que, si bien las partes tienen un derecho a probar, este requiere que la prueba supere una serie de filtros para que se pueda

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-146 de 2012.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, sentencia del 22 de febrero de 2018, rad. 20478.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, sentencia del 3 de diciembre de 2015, rad. 42327.

decretar, o lo que es lo mismo, con el fin de que una prueba pueda ser decretada se requiere que esta sea pertinente, conducente y útil, juicio que corresponde hacer a la autoridad administrativa ante la cual se surta la respectiva actuación”.

Ahora bien, mención aparte merecen las solicitudes probatorias que **COMCEL** formuló luego de que venciera el plazo para la interposición del recurso de reposición en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021, y a las que refiere específicamente la citada sociedad en su solicitud de revocación.

Al respecto, resulta procedente recordar que, una vez fue notificada la Resolución CRC 6146, en contra de su contenido **COMCEL** interpuso recurso de reposición. En su impugnación, **COMCEL** formuló diversas solicitudes probatorias las cuales fueron analizadas y decididas en auto proferido el 26 de marzo de 2021. En concreto, la Comisión resolvió de manera motivada lo siguiente respecto de las peticiones probatorias que **COMCEL** plasmó en su recurso de reposición:

- (i) Decretó como prueba, con el valor probatorio que en derecho correspondiera, el documento con el título *"INFORME DE ASEQUIBILIDAD 2020 RESUMEN EJECUTIVO"*;
- (ii) Decretó un dictamen pericial de parte cuyo objeto se circunscribió a demostrar la caracterización de las condiciones de competencia en el mercado actual de "Servicios Móviles", incluyendo un análisis de las barreras de entrada en dicho mercado;
- (iii) Rechazó la solicitud consistente en decretar el dictamen pericial de parte dirigido a demostrar los planes y paquetes que ofrecen COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.;
- (iv) Rechazó la solicitud consistente en decretar un dictamen pericial dirigido a realizar el cálculo del IPROM de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (PRST);
- (v) Rechazó la solicitud consistente en decretar un dictamen pericial de parte dirigido a estudiar el uso de dispositivos Dual Sim;
- (vi) Incorporó el concepto elaborado por el abogado Jairo Parra Quijano, aportado por **COMCEL**, como parte de las alegaciones contenidas en el recurso de reposición presentado por esta sociedad, en los términos del artículo 226 del CGP;
- (vii) Decretó como prueba documental el "concepto técnico" elaborado por el economista Mauricio Santamaría, titulado *"Sobre la declaratoria de la dominancia de Comcel en el mercado de Servicios Móviles: una vez más por la senda equivocada"*, el cual fue aportado por **COMCEL** con el recurso de reposición presentado;
- (viii) Rechazó la solicitud consistente en decretar el dictamen pericial dirigido a que la SIC presentara un estudio de mercado de servicios móviles en Colombia;
- (ix) Rechazó la solicitud consistente en decretar y practicar la inspección con exhibición de documentos e intervención de peritos expertos en contabilidad e informática forense solicitada por el recurrente respecto de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.;
- (x) Rechazó la solicitud consistente en decretar una prueba por informe a fin de que la SIC determinara si en la actuación administrativa se requería, previo a su culminación, una interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
- (xi) Rechazó la solicitud consistente en decretar una prueba por informe a fin de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina informara si, previo a la expedición de la Resolución CRC 6146 de 2021, la Comisión debió remitirle el expediente de la presente actuación para que realizara una interpretación prejudicial;
- (xii) Rechazó la solicitud de oficiar a la SIC para que informara sobre la procedencia de la interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
- (xiii) Rechazó la solicitud de oficiar a la SIC para que adelantara un estudio del mercado de "Servicios Móviles" en Colombia, con el fin de verificar si **COMCEL** reúne o no los requisitos para considerarse como dominante en dicho mercado;
- (xiv) Rechazó la solicitud de oficiar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que informara sobre la remisión del expediente de la presente actuación administrativa para su interpretación prejudicial;
- (xv) Rechazó la solicitud consistente en decretar y practicar los testimonios de Alba Luisa Esmeral Berrío, Jaime Casasbuenas Sabogal, Jorge Fernando Negrete, Carlos Alberto Paz Borrero y Lina Gómez;
- (xvi) Rechazó la incorporación como prueba documental de los siguientes documentos aportados por **COMCEL** en su recurso: **a.** la comunicación del 11 de febrero de 2021 dirigida por la representante legal de **COMCEL** al Secretario General de la Comunidad Andina, cuya referencia es *"ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO – PRESUNTA POSICIÓN DOMINANTE INICIADA POR LA COMISIÓN DE*

REGULACIÓN DE COMUNICACIONES – CRC DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Vs. COMCEL (INICIADA RESOLUCIÓN No. 5110 DE 2017 – RESOLUCIÓN 6146 DE 2021 QUE DECLARA A COMCEL COMO DOMINANTE” (sic), junto con los correos electrónicos de envío; **b.** la comunicación con radicado 2019301670 del 11 de junio de 2019, remitida por la representante legal de **COMCEL** a la CRC, cuya referencia es *“ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO – PRESUNTA POSICIÓN DOMINANTE COMCEL S.A. (RESOLUCIÓN No. 5110 DE 2017”* (sic); **c.** la comunicación con radicado 2019301763 del 17 de junio de 2019, remitida por la representante legal de **COMCEL** a la CRC, cuya referencia es *“ALCANCE A SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA”*; **d.** la comunicación del 16 de julio de 2020 remitida por la representante legal de **COMCEL** a la CRC, con el asunto *“Solicitud motivada de revisión del mercado relevante sujeto de regulación ex ante de “servicios móviles””*; **e.** la comunicación del 11 de agosto de 2020 remitida por la representante legal de **COMCEL** a la CRC, con el asunto *“Alcance a la Solicitud [sic] motivada de revisión del mercado Relevante [sic]”*; y

- (xvii)** Decretó como prueba documental e incorporó al expediente la comunicación del 18 de agosto de 2020 remitida por el Director de Asuntos Regulatorios y Relaciones Institucionales de **COMCEL** a la CRC, con el asunto *“Comunicación 31 de julio de julio de 2020. Cuadro comparativo Formato 1.9.”*, la cual fue aportada por **COMCEL** a través de su recurso de reposición.

Nótese que, en concordancia con las reglas previstas para el trámite de los recursos en sede administrativa, la Comisión resolvió motivadamente sobre cada una de las peticiones probatorias que **COMCEL** formuló oportunamente en su recurso de reposición, considerando para ello los criterios de pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad de la prueba.

Ahora, después de que finalizara el término para la presentación del recurso y de que la CRC incorporara y practicara las pruebas decretadas en el auto del 26 de marzo de 2021, **COMCEL** presentó diversas solicitudes probatorias, las cuales fundamentó, en lo que concierne al criterio de oportunidad, en que el artículo 40 del CPACA le habilitaba a solicitar y aportar pruebas en cualquier momento en desarrollo de la actuación. Puntualmente, **COMCEL** solicitó lo siguiente: **(i)** que se decretara una inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos expertos en contabilidad e informática a practicarse en las oficinas de los proveedores COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.⁴⁷; **(ii)** que se tuviera como medio de prueba el *“Data Flash 2021-12 – Inversión en telecomunicaciones 2019”*⁴⁸; **(iii)** que se decretara como prueba *“el informe “COMPARADOR DE CANASTA DE PRECIOS [sic] publicado en la propia página de la CRC”*⁴⁹; **(iv)** que se decretaran como medios de pruebas las declaraciones que Christopher Bannister, representante legal de PARTNERS TELECOM COLOMBIA S.A.S., dio para notas de prensa publicadas por Forbes Colombia, Revista Semana y El Tiempo, la cuales fueron aportadas por **COMCEL**⁵⁰; **(v)** que se decretara una prueba por informe en virtud de la cual se oficiara al MinTIC para que indicara los abonados y variación de usuarios de telefonía móvil a nivel nacional, especialmente la tasa CHURN de los últimos cuatro meses⁵¹; y **(vi)** de oficio se decretara la elaboración de un estudio del mercado de “Servicios Móviles” por parte de un tercero, por medio del cual se pudieran verificar las condiciones actuales del referido mercado⁵².

Al resolver sobre la solicitud de inspección administrativa con exhibición de documentos, en la Resolución CRC 6380 de 2021 la CRC concluyó que esta debía rechazarse, por ser, además de extemporánea, improcedente, en la medida en que la petición ya había sido resuelta en el auto de pruebas del 26 de marzo de 2021 y por ende lo que materialmente pretendía **COMCEL** era interponer un recurso en contra del mismo:

“Sea este el momento para poner de presente que la petición consistente en que se decrete una inspección judicial no es más que la reiteración de la efectuada en el numeral 7 de la sección VI. PRUEBAS del recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021, la cual fue resuelta a través del artículo 3 del auto de pruebas del 26 de marzo de 2021, en el que la misma fue rechazada de manera motivada. Con ello, por ende, se pretende la revocación de tal decisión contenida en un acto de trámite. Tan es cierto lo anterior que, al

⁴⁷ Radicado 2021806417 del 28 de mayo de 2021.

⁴⁸ Radicado 2021300201 del 8 de junio de 2021.

⁴⁹ Radicado 2021809125 del 3 de agosto de 2021.

⁵⁰ Radicado 2021809649 del 11 de agosto de 2021.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Idem.

sustentar su petición, **COMCEL** encamina su argumentación a cuestionar las consideraciones esgrimidas por la Comisión en dicho auto.

Así las cosas, la petición de **COMCEL**, materialmente, comporta la presentación de un recurso de reposición mediante el cual pretende que la Comisión revoque la decisión ya adoptada en el auto de pruebas del 26 de marzo de 2021 consistente en rechazar el decreto y práctica de la mencionada prueba, para que, en su lugar, esta sea decretada. Tal solicitud es, en consecuencia, improcedente si se tiene en cuenta que el artículo 75 del CPACA dispone que los actos administrativos de trámite, como lo es el auto del 26 de marzo de 2021, no son susceptibles de recurso.

Por lo demás, no puede pasarse por alto que la petición probatoria objeto de pronunciamiento es a todas luces extemporánea. Aun cuando **COMCEL** solicita que la Comisión decrete de oficio la inspección judicial, lo cierto es, en primer lugar, que, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 77 del CPACA, cualquier petición que al respecto tuviera a bien formular **COMCEL**, debía realizarse dentro del término previsto para interponer su recurso de reposición en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021; y, en segundo lugar, mal puede decretarse de oficio una prueba cuando ello es producto, precisamente, de la solicitud extemporánea de la parte interesada.

En virtud de las razones expuestas, la petición relativa al decreto de una inspección judicial, plasmada en el radicado 2021806417 del 28 de mayo de 2021, será rechazada por improcedente y extemporánea [...].

A lo descrito debe sumarse el hecho de que, de manera previa, en el auto del 26 de marzo de 2021, esta Comisión rechazó esta misma solicitud probatoria en razón a que **COMCEL** no cumplió con la carga procesal de identificar los hechos cuya acreditación buscaba con su práctica y tampoco con la relativa a enunciar con claridad y precisión los documentos que buscaba obtener; y, de otro lado, debido a que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., como sujetos ajenos a la actuación, se opusieron a que **COMCEL** conociera la información que se pretendía obtener, dado su carácter reservado:

"Como puede observarse, la procedencia de dicha exhibición, conforme se desprende del artículo 266 del CGP, exige que quien solicita la exhibición conozca los hechos que pretende probar con los documentos, y al mismo tiempo conozca los documentos cuya exhibición solicita y mediante los cuales pretende probar los hechos que conoce. En consecuencia, no procederá la exhibición si quien la solicita no conoce los hechos que pretende probar, o no conoce los documentos cuya exhibición solicita.

Es por esa razón que el mencionado artículo exige que quien pida la exhibición de un documento exprese los hechos que pretende demostrar y acredite la relación que el documento tiene con aquellos hechos, pues es precisamente esa relación entre documentos y hechos la que permite al juez discernir la pertinencia de la solicitud probatoria. En otras palabras, si la parte solicitante no identifica de manera clara y concreta los documentos cuya exhibición solicita, no podrá cumplir con la carga de demostrar la relación entre ellos y los hechos que pretende probar, impidiendo al juez evaluar la pertinencia de la exhibición; a su turno, si el solicitante identifica los documentos pero no conoce ni describe los hechos que pretende probar con ellos, entonces tampoco allí podrá cumplir con la carga de demostrar la relación entre ellos y tales documentos, impidiendo al juez, de nuevo, evaluar la pertinencia de la exhibición.

Tan cierto es que el solicitante debe conocer y describir los hechos que pretende probar con los documentos cuya exhibición solicita, que el artículo 267 ibidem, al establecer las reglas que se aplican ante la renuencia a la exhibición de documentos, dispone que, si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone a ella y el juez no encontrase justificada dicha negativa, "tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar", consecuencia que es de imposible operancia si quien solicitó la exhibición no conociere ni hubiere descrito los hechos que pretendía probar.

[...]

A partir de un análisis de la solicitud probatoria efectuada por COMCEL, resulta evidente que dicha sociedad no cumplió con la anotada carga, pues no conoce ni expuso los hechos cuya acreditación busca con la exhibición de documentos, como tampoco identificó de manera precisa los documentos cuya exhibición solicita a las sociedades COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., consecuencia de lo cual es que COMCEL no cumplió con la carga de demostrar la relación entre documentos y hechos.

En efecto, el recurrente, en su solicitud probatoria, no identificó de manera precisa los documentos cuya exhibición solicita, refiriéndose de manera genérica a cualquier documento

físico o almacenado en forma digital en servidores, correspondencia, cuentas de correo electrónico, bases de datos y computadores, entre otros, que tengan relación directa o indirecta con el objeto de la presente actuación y en particular con la información que las mencionadas sociedades remitieron a la CRC.

Tampoco expresó con claridad y concreción los hechos que pretendía probar con los documentos cuya exhibición solicitó, que claramente no conoce, en tanto encarga a los peritos la labor de informarle (i) cuál es el porcentaje que representan los usuarios que cuentan con planes o paquetes de voz y datos móviles, y cuál el que representa los usuarios que cuentan con planes o paquetes de solo datos móviles; y (ii) si es cierto o no que solo el 42% de los usuarios de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y el 67% de los usuarios de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. tienen servicios móviles.

Nótese que tanto la labor que encarga a los peritos no puede tenerse como una descripción de los hechos que se busca acreditar, que la forma como fue redactada imposibilitaría aplicar, si fuese el caso, la presunción del artículo 267 del CGP.

[...]

En conclusión, de la sola redacción de la solicitud probatoria es claro que COMCEL no conoce los documentos cuya exhibición solicita, ni los hechos que pretende probar con ellos; **COMCEL** requiere la exhibición, no para probar hechos que conoce a través de documentos concretos e individualizados, sino para conocer hechos que desconoce a través de documentos que también desconoce, en clara contravía de la finalidad para la cual el CGP admite la exhibición de documentos [...]

Ahora bien, teniendo en consideración que la solicitud de inspección judicial con exhibición de documentos se realizó respecto de información que está en poder y es propiedad de las sociedades COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., quienes en esta actuación no ostentan la calidad de parte, mediante comunicaciones del 17 de marzo de 2021 con radicado de salida CRC No. 2021505912, esta Comisión le informó a dichas empresas la solicitud probatoria elevada por **COMCEL**, con el propósito de que, dentro de los tres (3) días siguientes se pronunciaran sobre la misma.

[...]

Así, [...] la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. respondió arguyendo, en primer lugar, que no fue reconocida como tercero con interés en la actuación administrativa que se inició mediante la Resolución CRC 5110 de 2017 y, en segundo lugar, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 267 del CGP indicó que "(...) TIGO no se encuentra obligado a exhibir los documentos requeridos por Comunicación Celular S.A COMCEL S.A, [...]"

Por su parte, [...] la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. dio respuesta advirtiendo que, de manera categórica, se opone al decreto y práctica de esta prueba porque recae sobre "información de propiedad de Telefónica Movistar, que vale la pena señalar, es no sólo reservada sino además comercial y estratégicamente sensible

[...]

Habida cuenta de lo anterior, es evidente que resulta inútil, per se, decretar una inspección judicial con exhibición de documentos propiedad de terceros que no están obligados a exhibirlos en virtud del artículo 267 del CGP, y quienes le manifestaron a esta entidad, en respuesta a la comunicación mediante la cual se les informó de la solicitud de **COMCEL**, que no iban a exhibir ningún documento relacionado con dicha solicitud por no estar obligados a ello.

En consecuencia, la solicitud acá estudiada será rechazada".

De otra parte, en lo que concierne a las demás solicitudes probatorias arriba mencionadas, la Comisión expuso que estas debían ser rechazadas dado que las peticiones se formularon de forma extemporánea, sin que resultara válido excusar la inoportunidad de la solicitud en lo preceptuado por el artículo 40 del CPACA:

"De la revisión de lo requerido es evidente que las solicitudes en cita son también extemporáneas por haberse presentado con posterioridad al vencimiento del término concedido para la presentación del recurso de reposición en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021. Si bien es cierto que, en los términos del artículo 40 del CPACA, "[d]urante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales [...]", de tal texto normativo no se desprende que **COMCEL** pueda aportar pruebas luego de finalizado el término

para la presentación del recurso, puesto que, en contravía de tal postura, el numeral 3 del artículo 77 del CPACA determina que con el recurso se solicitarán y aportarán "las pruebas que se pretende hacer valer".

Lo que establece el artículo 40 del CPACA es que se pueden solicitar, aportar y practicar pruebas, bien sea de oficio o a petición del interesado, hasta antes de que se profiera la decisión de fondo, que no es otra que el acto administrativo definitivo, que se define en el artículo 43 del CPACA como el que decide directa o indirectamente el fondo del asunto o haga imposible continuar la actuación, y que para el caso concreto es la Resolución CRC 6146 de 2021. Cosa distinta es que, según el artículo 74 del CPACA, contra los actos definitivos proceden, por regla general, el recurso de reposición, ante quien expidió la decisión, para que la aclare, modifique, adicione o revoque, y el recurso de apelación ante el inmediato superior administrativo o funcional, con el mismo propósito, si el funcionario que emitió el acto definitivo lo tuviere, que no es el caso.

*Es por lo descrito que en el acápite resolutivo del presente acto se dejará constancia del rechazo de las solicitudes probatorias que **COMCEL** formuló con los radicados 2021300201 del 8 de junio de 2021, 2021809125 del 3 de agosto de 2021 y 2021809649, remitida el 11 de agosto de 2021, dada su clara extemporaneidad.*

[...]

*Finalmente, en cuanto a la solicitud consistente en que se decrete un estudio, realizado por un tercero, en el que se analicen las condiciones actuales del mercado de "Servicios Móviles", debe esta Comisión recordar que ese fue justamente el objeto del dictamen pericial presentado por el señor Jorge Hernán Flórez Acosta⁵³, de suerte que se está ante una solicitud que, además de extemporánea, es reiterativa de una ya atendida por la CRC en desarrollo de esta actuación y en virtud de la cual **COMCEL** tuvo la oportunidad de aportar el referido trabajo pericial. A lo anterior se agrega que, aun cuando **COMCEL** solicita que tal estudio se decrete de oficio, lo cierto es que no es posible decretarlo por ser producto, justamente, de la solicitud extemporánea de la parte interesada".*

Resáltese de lo recordado que las decisiones adoptadas por la Comisión tuvieron un sólido respaldo jurídico, sin que este haya sido desvirtuado por **COMCEL** con la sola sugerencia de que el artículo 40 del CPACA posibilitaba que la Comisión accediera a sus peticiones probatorias. En contravía del parecer de **COMCEL**, es lo cierto que, de acuerdo con las citas efectuadas respecto de la Resolución CRC 6380 de 2021, sus solicitudes fueron a todas luces improcedentes y extemporáneas. Mal podría aceptarse como real la afectación de los derechos de defensa y al debido proceso de **COMCEL**, por el hecho de rechazar, aplicando para ello el derecho vigente, aquellas solicitudes probatorias que resultaron ser improcedentes y extemporáneas. Al no existir evidencia alguna de la infracción de los derechos que **COMCEL** invoca, por contera tampoco es acertado concluir que las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 de 2021 infringieron un agravio injustificado a la mencionada sociedad.

En este punto, debe esta Comisión subrayar que, en consonancia con lo expuesto en la sección 3.2 del presente acto administrativo, según lo dispuesto en el artículo 318 citado por el solicitante, la sola formulación de argumentos nuevos no da lugar a determinar que se le haya vulnerado derecho alguno a **COMCEL** pues, en cualquier caso, la autoridad tiene el deber de dar respuesta a la integralidad del recurso de reposición que se formule teniendo la potestad de exponer estos nuevos argumentos, con el propósito de edificar el acto que resuelve sobre el recurso interpuesto. A la par de lo anterior, es del caso afirmar que, no siendo cierto que la Comisión haya planteado nuevos argumentos en la Resolución CRC 6380 de 2021 en contraste con los acogidos en la Resolución CRC 6146 de 2021, en la forma como lo señala **COMCEL**, tampoco resulta procedente aceptar los reclamos que sobre las solicitudes probatorias hace dicha sociedad en razón de esos supuestos argumentos nuevos, mucho más si se tiene en cuenta que la actuación administrativa que comenzó a partir de la Resolución CRC 5110 de 2017 ya culminó, sin que en consecuencia haya lugar a la práctica de pruebas que en desarrollo de la misma fueron correctamente rechazadas.

Por lo demás, en virtud de lo planteado, no resulta de recibo que se califiquen como caprichosas las decisiones probatorias que la Comisión adoptó y muchos menos a señalar, sin fundamento o prueba alguna, que la Comisión tenía formada una opinión antes de proferir el acto que decidió la actuación iniciada por vía de la Resolución CRC 5110 de 2017. En efecto, de un lado, no puede tener por

⁵³ En el auto de pruebas del 26 de marzo de 2021, la Comisión, al decretar dicho dictamen pericial, indicó lo siguiente:

"Teniendo en cuenta lo descrito se accederá al decreto y práctica de un dictamen pericial por un profesional en economía cuyo objeto será demostrar la caracterización de las condiciones actuales de competencia en el mercado de Servicios Móviles y en el que se evidencie un análisis de las barreras de entrada en dicho mercado." (SFT)

caprichosas aquellas decisiones que tuvieron un amplio y vigoroso sustento normativo y, de otro lado, tampoco puede decirse que la Comisión tenía un criterio previo y una opinión formada, cuando, a decir verdad, a lo largo de la actuación no solo se le garantizó a **COMCEL** ejercer sus derechos al debido proceso, de defensa y de contradicción sin ningún tipo de limitación, diferente a la que el mismo ordenamiento jurídico prevé, labor esta que incluyó el decreto y práctica de múltiples pruebas solicitadas por **COMCEL** que cumplieron con los requisitos de oportunidad, conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad; la realización de un profundo debate probatorio en el que se le otorgó a **COMCEL** la posibilidad de controvertir y pronunciarse sobre el material probatorio obrante en la actuación; y el análisis de todos y cada uno de los argumentos que **COMCEL** formuló en desarrollo de la misma, máxime, si precisamente producto del debate probatorio, del análisis de los argumentos expuestos y de la información y pruebas disponibles en el expediente, la CRC no impuso las medidas o remedios regulatorios plasmados en la Resolución CRC 5110. Esto por sí mismo demuestra que la CRC estaba lejos de tener una opinión formada antes de proferir el acto, pues fue precisamente por el desarrollo de la actuación, que en la decisión que puso fin a la actuación se desestimó la imposición de los remedios regulatorios ya aludidos.

No puede pasarse por alto que **COMCEL**, en el recurso interpuesto en contra de la Resolución CRC 6146 de 2021, ya había indicado que la Comisión habría transgredido el principio de imparcialidad al tener una opinión formada, previa a la expedición de dicho acto. Al resolver este cargo, la Comisión planteó diversos argumentos con el objetivo de desestimar esta acusación infundada, los cuales bien vale la pena recordar en este momento:

*"En síntesis, en este cargo **COMCEL** asegura que la CRC incurrió en prejuzgamiento ya que en la Resolución CRC 5110 de 2017, mediante la cual se dio inicio a la actuación administrativa, esta Comisión "sostuvo que COMCEL ya contaba con posición de dominio en el mercado de "Servicios Móviles", para sustentarlo cita un apartado de la resolución recurrida, en la que esta Comisión hace referencia a la Resolución CRC 5110, así:*

*"En el documento soporte de la Resolución CRC 5110 de 2017, esta Comisión **consideró también que COMCEL disfrutaba de una ventaja competitiva importante a la hora de adquirir nuevos usuarios** debido al tamaño de su red de distribución a nivel nacional y la interacción entre diferentes canales de venta. En ese sentido, **COMCEL había logrado establecer una red de puntos de venta sustancialmente superior a la de sus competidores, lo que implicaba para la CRC a su vez una diferencia proporcional en los costos asociados a replicar dicha red de distribución, tanto para operadores establecidos como para entrantes. Ahora bien, los resultados presentados mostraban que a través del empaquetamiento de servicios era posible que COMCEL hubiera apalancado su posición** en el mercado de "Servicios Móviles" a partir de su posición en el mercado de "Voz Saliente Móvil", **lo cual se veía reflejado en participaciones de mercado similares en los diferentes servicios, y un traslado del entorno competitivo del servicio de voz al servicio de datos móviles.**" (NFT)*

*Es a propósito de dicho párrafo que, en su recurso de reposición, **COMCEL** sostiene que "en abierta infracción del principio de imparcialidad subjetiva **en la Resolución recurrida la CRC sugirió** -en abierto prejuzgamiento- **que COMCEL contaba con posición de dominio** en el mercado relevante de "Servicios Móviles", lo cual adujo mencionando que disfrutaba de una ventaja competitiva" (NFT).*

*Al respecto, sea lo primero señalar que en la resolución recurrida la CRC no "sugirió" que **COMCEL** contara con posición de dominio en el mercado relevante de "Servicios Móviles"; de hecho, en la resolución recurrida la CRC efectivamente constató, después de surtida la actuación administrativa, que **COMCEL** contaba con posición de dominio en dicho mercado. En consecuencia, mal podía el proveedor sostener en su recurso que la CRC, en el acto administrativo definitivo, había incurrido en prejuzgamiento, pues las autoridades no prejuzgan, material ni jurídicamente, cuando adoptan una decisión administrativa definitiva.*

*En segundo lugar, no es cierto que, en la Resolución CRC 5110 de 2017, la CRC hubiera sostenido que **COMCEL** contaba con posición de dominio en el mercado de "Servicios Móviles", afirmación que no aparece en renglón alguno del mencionado acto administrativo. Habiéndose edificado el cargo en dicha premisa, está efectivamente condenado al fracaso.*

*Cosa distinta es que la CRC, fruto de un análisis preliminar, hubiere indicado en el documento soporte con el que se acompañó la Resolución CRC 5110 de 2017⁵⁴, las características del mercado, de los servicios y del proveedor **COMCEL**, como punto de partida -no de llegada- de la situación de mercado sobre la cual se adelantaría, con la plena participación de **COMCEL**, la*

⁵⁴ Intervención de Carácter Particular en el Mercado "Servicios móviles". Documento soporte. Versión Comité de Comisionados. Regulación de Mercados. Febrero de 2017

actuación administrativa de carácter particular, de manera tal que dicho proveedor pudiera constituirse como parte y hacer valer sus derechos.

*Fue en ese contexto y para esos efectos que el mencionado documento soporte, después de informar a **COMCEL** los hallazgos preliminares de la CRC en materia de tamaño absoluto, tamaño relativo, barreras de entrada, fallas de mercado y/o problemas de competencia, y conducta de la firma, se refirió a las ventajas competitivas con las que contaba **COMCEL** y que "en principio, le permitirían al operador actuar con independencia del mercado."*

De hecho, en el aparte denominado "Estructura del documento", la CRC señaló:

*"[...] (iv) en el capítulo cuatro se presentan **los hallazgos preliminares** que llevan a la CRC a **considerar necesario el inicio de la presente actuación** administrativa ante la **eventual existencia de posición dominante** en el mercado de "Servicios Móviles" [...]" (NFT).*

*En consecuencia, falta a la verdad el recurrente cuando afirma que en la Resolución CRC 5110 de 2017 esta Comisión "sostuvo que COMCEL ya contaba con posición de dominio en el mercado de "Servicios Móviles", y por ende se equivoca de manera grave cuando afirma, partiendo de tal premisa, que "[a]l inicio de la actuación administrativa, la CRC manifestó un abierto prejuizamiento contrario al principio de imparcialidad que debe guiar el ejercicio de la función administrativa". Lejos de ello, tanto del tenor literal como del contexto de dicho documento soporte se evidencia, de manera incontestable, que la CRC jamás hizo afirmación semejante, y que, para garantizar a **COMCEL** todos sus derechos y en particular su derecho al debido proceso, la CRC le informó de sus hallazgos preliminares, de manera que, si no coincidía con ellos, tal proveedor pudiera proceder de conformidad a lo largo de la actuación administrativa, como en efecto ocurrió.*

Ahora bien, en la resolución recurrida, ciertamente esta Comisión hizo referencia a los hallazgos preliminares contenidos en el documento soporte que acompañó a la Resolución CRC 5110 de 2017, a manera de antecedentes, como efectivamente lo demuestra el hecho de hacerlo en el numeral 3º "SUPUESTOS BAJO LOS CUALES LA CRC DIO INICIO A LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. OBJETO DE LA ACTUACIÓN". Resulta simplemente absurdo acusar a la CRC de prejuizamiento, simplemente porque en el acto administrativo definitivo hace referencia, a manera de antecedentes, a los hallazgos preliminares con base en los cuales se dio inicio a la actuación administrativa.

*Así, es relevante aclarar que las consideraciones citadas en el recurso de reposición únicamente hacen referencia a algunos apartes del contexto bajo el cual se inició la actuación administrativa particular en relación con **COMCEL**, que fueron incluidas en la resolución recurrida con el único fin de ilustrar el panorama completo en el que se desarrolló dicha actuación, situación apenas natural considerando que los hallazgos preliminares de la CRC, incluyendo las ventajas competitivas por parte de dicho proveedor respecto de sus demás competidores en el mercado de "Servicios Móviles", hicieron parte de los supuestos bajo los cuales la CRC dio inicio a la actuación administrativa, en orden a confirmar o no, durante la actuación administrativa, la hipótesis sobre la posición dominante de **COMCEL** en el mercado minorista de "Servicios Móviles". Precisamente porque en ese momento solo se trataba del inicio de una actuación basado en una hipótesis del regulador que requería detallados análisis adicionales, se señaló en dicho documento soporte que, únicamente en caso de constatar la situación de dominancia, se requeriría la eventual implementación de potenciales medidas particulares respecto del mencionado operador, las cuales fueron planteadas de manera eventual en el artículo 1 de la Resolución CRC 5110 de 2017 y explicadas en el respectivo documento soporte, con el fin de que **COMCEL** pudiera ejercer debidamente sus derechos, en los términos definidos en el artículo 37 y siguientes del CPACA, desde el inicio de la actuación administrativa [...]"*

En ese orden de ideas, es posible colegir que no es cierto que la Comisión, antes de decidir la actuación administrativa que empezó con la expedición de la Resolución CRC 5110, haya tenido una opinión formada en torno a la posición dominante de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles", si se tiene en cuenta que, a lo largo de la misma y en plena garantía del derecho al debido proceso, hubo lugar a un amplio debate jurídico, económico y probatorio en torno al objeto bajo el cual se delimitó la actuación.

Adicionalmente, debe esta Comisión referirse a los argumentos de **COMCEL** a partir de los cuales reprocha el que la CRC no haya decretado ninguna prueba que tuviera como propósito analizar la situación del mercado "Voz Saliente Móvil" en el marco de la actuación iniciada por la Resolución CRC 5110 de 2017, desconociéndose así, dice el peticionario, lo que la SIC manifestó sobre las consecuencias de la identificación del mercado de "Servicios Móviles" como un mercado relevante susceptible de regulación ex ante, así como el vaciamiento que ello traería frente al de "Voz Saliente Móvil" y por lo tanto el decaimiento de su posición de dominio en este.

Lo primero que debe ponerse de relieve, nuevamente, es que las decisiones que sobre el particular tomó la Comisión se basaron en los criterios de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad de las pruebas. De este modo, específicamente en lo relativo a la revisión del mercado "Voz Saliente Móvil", la CRC aseguró que tal aspecto no hacía parte del objeto de la actuación administrativa, objeto definido en la Resolución 5110 que dio inicio al trámite y cuya determinación tiene como propósito precisamente salvaguardar el debido proceso. Por esta razón, ninguna solicitud probatoria al respecto era pertinente. Esto sucedió, por ejemplo, en el auto de pruebas del 13 de noviembre de 2020, en el que la Comisión expuso:

"COMCEL aportó el dictamen pericial titulado "Mercado de voz saliente móvil: bajo las condiciones actuales de competencia, ya no se justifica la existencia de medidas asimétricas" elaborado por Andrés Escobar Arango. Según lo expuesto en el dictamen pericial, se evidencia que este tiene por objeto evaluar, desde una perspectiva económica, si las consideraciones que llevaron a la CRC a constatar la posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante "Voz Saliente Móvil", que dio lugar a la imposición de medidas que denomina "asimétricas", continúan teniendo vigencia.

COMCEL también aportó el documento elaborado por los señores Alfonso Miranda y Jorge Flórez Acosta bajo el título "ANÁLISIS TÉCNICO, JURÍDICO Y ECONÓMICO DEL MERCADO DE VOZ SALIENTE MÓVIL", cuyo objetivo es que la CRC revise las condiciones de competencia en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante "Voz Saliente Móvil".

Siendo así, tanto el trabajo pericial como el documento antes mencionados [sic], se erigen como pruebas impertinentes toda vez que se refieren a asuntos que no constituyen el objeto de la presente actuación administrativa. Mientras que tales pruebas se enfocan en demostrar hechos asociados a las condiciones de competencia y la declaratoria de dominancia de COMCEL en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante "Voz Saliente Móvil", la presente actuación tiene como propósito, se insiste, verificar si COMCEL ostenta o no posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante de "Servicios Móviles" y, a partir de ello, determinar la posibilidad de adoptar o no una, algunas o todas las medidas especificadas en la Resolución CRC 5110 de 2017. Es esta última y no otra la temática que delimita la pertinencia de las pruebas que se pretenden hacer valer en la actuación.

En conclusión, dado que la prueba pericial y la documental que fueron allegadas por COMCEL versan sobre asuntos que no tiene relación con el objeto de la presente actuación, es preciso rechazarlas, lo cual quedará plasmado en la parte resolutive del presente auto".

Armónicamente, en la Resolución CRC 6380 de 2021, al encarar los argumentos que **COMCEL** formuló en contra de la postura de la CRC relativa a negar los análisis en torno al mercado de "Voz Saliente Móvil" que el referido proveedor había solicitado, este regulador expuso que ello no hacía parte del objeto de la actuación administrativa que inició con la Resolución CRC 5110 de 2017, para lo cual incluso también se hizo alusión a la Resolución CRC 6146 de 2021:

"A riesgo de parecer reiterativo, para resolver este cargo resulta del caso recordar que desde el inicio de la presente actuación, que se dio con la Resolución CRC 5110 de 2017, la CRC delimitó de manera clara el objeto de la misma, el cual consistía en establecer si COMCEL ostenta o no posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles", y en caso de considerar que sí tiene dicha posición, determinar si procede la imposición de alguna, varias o todas las medidas regulatorias de carácter particular descritas en el documento soporte que acompañó el referido acto administrativo.

El hecho de que la CRC determine con tal grado de precisión el objeto de la actuación, además de ser una garantía en aras de que COMCEL pueda ejercer su derecho al debido proceso, trae consigo que ningún factor ajeno al descrito en tal objeto pueda ser materia de análisis en la actuación ni, por ende, tema de prueba. Si así no fuera, carecería de sentido tal delimitación, pues, en todo caso, se llegaría al absurdo según el cual al interior de la actuación se podría discutir cualquier asunto diferente al inicialmente concebido, por el sólo hecho de que el interesado lo traiga a colación.

Por tanto, aun cuando es cierto que el segundo inciso del artículo 42 del CPACA establece que la decisión con la que se ponga fin a una actuación administrativa "resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos", de tal precepto no se desprende que la Administración se vea constreñida a hacer los análisis que el interesado solicite a pesar de que estos sean impertinentes en contraste con el objeto delineado para el trámite, y tampoco le obliga incluir temáticas adicionales a las previstas en el objeto de la actuación.

*En el caso concreto, si bien la CRC tenía que resolver, como efectivamente lo hizo, sobre la solicitud de **COMCEL** consistente en que se llevaran a cabo los análisis en torno a las condiciones de competencia del mercado de "Voz Saliente Móvil" y se reconociera el decaimiento de la Resolución CRT 2062⁵⁵, ello no significa que tuviera que decidir positivamente tal solicitud y acceder a realizar dichos estudios, y mucho menos que hubiera lugar a pronunciarse de fondo sobre tal decaimiento, cuando estos asuntos no hacen parte del objeto de la presente actuación. En otras palabras, el artículo 42 del CPACA no le otorga a **COMCEL** el derecho a que la CRC aborde temáticas y haga los análisis que le interesen a este proveedor pese a no hacer parte del objeto de la actuación, y tampoco a que la autoridad deba pronunciarse de fondo sobre peticiones impertinentes, pues tal precepto lo único que establece es que deben resolverse todas las solicitudes oportunamente elevadas y, en este caso, ello sucedió cuando la Comisión despachó negativamente las peticiones consistentes en efectuar un análisis sobre el mercado de "Voz Saliente Móvil" y en reconocer el decaimiento de la Resolución CRT 2062, al no tener estas relación con el objeto de la actuación. En efecto, al referirse a la solicitud de **COMCEL** relativa a realizar estudios en torno al mercado "Voz Saliente Móvil", en la Resolución CRC 6146 de 2021 la Comisión señaló que:*

*"En la medida en que el objeto de la presente actuación administrativa se limita a establecer si **COMCEL** ostenta o no posición dominante en el mercado de "Servicios Móviles" y si es el caso adoptar medidas regulatorias en tal mercado y en relación con dicho proveedor, cualquier prueba que no tuviera que ver con la dominancia del proveedor en el mercado de "Servicios Móviles" o con las medidas regulatorias potenciales a imponerse sobre **COMCEL** en dicho mercado, era impertinente por no ser parte del tema de prueba.*

*Desde esa perspectiva, eran impertinentes en el marco de la presente actuación las pruebas solicitadas por **COMCEL** orientadas a que la CRC analizara las condiciones de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil" luego de que la Resolución CRC 5108 de 2017 calificara al mercado de "Servicios Móviles" como mercado relevante susceptible de regulación ex ante.*

*Ciertamente, los efectos que a juicio de **COMCEL** hubiere tenido en el mercado de "Voz Saliente Móvil" o en cualquier otro mercado, la definición del mercado de "Servicios Móviles" como mercado relevante susceptible de regulación ex ante, no constituyen tema de prueba de la presente actuación precisamente porque lo que se discute en ésta no son las condiciones de competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil" sino la existencia o no de dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Servicios Móviles" y las medidas regulatorias a imponerse sobre tal proveedor en este mercado en caso de ser procedentes.*

*Resulta inadmisibles, en consecuencia, señalar que la CRC está violando el derecho al debido proceso de **COMCEL** al negarse, en la presente actuación, a atender su solicitud de revisar las condiciones de competencia y la posición de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil" y decretar pruebas a esos efectos, pues ni el derecho ni la lógica la obligan a decretar pruebas sobre materias que escapan al objeto de la actuación, que en manera alguna constituyen "pre-requisito" para la adopción de una decisión definitiva en el marco de esta actuación administrativa".*

Más adelante, para aludir a la solicitud de reconocimiento del decaimiento de la Resolución CRT 2062, la Comisión expresó:

*"Ahora bien, tampoco es admisible, por idénticas razones, la acusación formulada por **COMCEL**, en el sentido de que la CRC debió atender, en el marco de la presente actuación, el llamado de la SIC para evaluar el decaimiento de la Resolución CRT 2062 de 2009 como consecuencia de la supuesta migración de usuarios de **COMCEL**, del mercado de "Voz Saliente Móvil" al mercado de "Servicios Móviles", pues el objeto de la presente actuación no incluye la evaluación o análisis del decaimiento de actos administrativos en los que la CRC ha constatado la dominancia de **COMCEL** en otros mercados.*

*Tanto es así que **COMCEL**, mediante derecho de petición del 4 de abril de 2018⁵⁶, solicitó a la CRC "que declare, de acuerdo al procedimiento administrativo que juzgue adecuado, el decaimiento de la Resolución CRT 2062 de 2009, pues **COMCEL** no es dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil" (...)", petición que fue respondida por esta Comisión mediante comunicación de fecha 22 de junio de 2018, con radicado 2018522577, señalando que, por las razones expuestas en esa comunicación, **COMCEL** no acreditó que hubieran desaparecido los fundamentos de hecho con base en los cuales la CRC constató la existencia de posición de dominio en el mercado de "Voz Saliente Móvil", y por lo mismo, la CRC no podía acceder a la solicitud de constatar como hecho sobreviniente la desaparición de tales fundamentos fácticos con las consecuencias que al mismo le atribuiría la Ley".*

A lo enunciado, la Comisión añadió que, aun cuando la SIC hizo referencia al posible vaciamiento del mercado de "Voz Saliente Móvil", tal situación no forzaba a la Comisión a emprender un análisis que excedía el objeto de la actuación administrativa que comenzó con la Resolución CRC 5110 de 2017:

⁵⁵ "Por la cual se constata la posición dominante de COMCEL S.A. en el mercado relevante de telecomunicaciones denominado "Voz saliente móvil".

⁵⁶ Comunicación de COMCEL del 04 de abril de 2018 con radicado 2018300888.

*"Justamente, en virtud de lo reiterado en su recurso de reposición, resulta necesario insistir en lo ya expuesto en el apartado transcrito, esto es, que el hecho de que la SIC hubiera conceptualizado que la CRC debía acometer el estudio del decaimiento de la Resolución CRT 2062 de 2009, no generaba la obligación ineludible de llevar a cabo tal labor, por cuanto el objeto del trámite que ahora ocupa la atención de la Comisión no consiste en revisar el decaimiento de la posición dominante de **COMCEL** en otros mercados, ni los efectos que en ellos haya tenido la inclusión del mercado de Servicios Móviles como mercado susceptible de regulación ex ante. De hecho, la postura de **COMCEL** parte de un errado entendimiento del alcance que tiene un concepto de abogacía de la competencia de la SIC, que le lleva a asegurar que la Comisión debe acoger irreflexivamente cualquier indicación o sugerencia que la Superintendencia efectúe, desconociendo que la misma Ley otorga la posibilidad de apartarse motivadamente de lo que se exprese tal concepto. Fue esto precisamente lo que la CRC hizo en el acto recurrido cuando expuso lo siguiente frente a la aseveración de la SIC relacionada con el estudio del decaimiento de la Resolución CRT 2062 de 2009:*

*"Respecto de la mención que realiza la SIC sobre el Concepto de Abogacía de la Competencia que esa Entidad rindió respecto del proyecto que culminó con la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, y sobre el cual indica que advirtió a la CRC sobre la necesidad de evaluar si la redefinición de mercados relevantes podría tener como consecuencia inmediata la pérdida de vigencia de la declaratoria de dominancia en el mercado de "Voz Saliente Móvil", lo primero que se debe recordar es que el mencionado proyecto regulatorio pretendía, como efectivamente sucedió, la expedición de un acto administrativo de carácter general y no contemplaba la revisión de la situación particular de ningún agente específico del mercado. De igual manera, es importante precisar que dentro del objeto de la presente actuación no se contempla la revisión de la constatación de dominancia de **COMCEL** en el mercado de "Voz Saliente Móvil". Al respecto es pertinente, mencionar que tal revisión fue solicitada vía derecho de petición por **COMCEL**, y respondido por esta Comisión mediante radicado CRC 2018522577 de 2018; en concreto, en la respuesta se le indicó a **COMCEL** que no había acreditado la desaparición de los supuestos fácticos que habían dado origen a su dominancia en el mercado de "Voz Saliente Móvil".*

A pesar de ello, debe tenerse en cuenta que en el Documento soporte que acompañó la publicación del proyecto de carácter general que culminó en la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, los análisis de competencia del mercado de "Voz Saliente Móvil" permitieron evidenciar niveles altos de concentración, participaciones de mercado asimétricas, distribución ineficiente del tráfico cursado por los usuarios y un impacto diferenciado de la oferta comercial del operador de mayor participación, sumado a la falta de evidencia que permitiera inferir que en ausencia de regulación el mercado tendría una mayor competencia.

Adicionalmente, es pertinente tener en cuenta que dentro de la Agenda Regulatoria 2021 – 2022⁵⁷ la CRC tiene previsto desarrollar el proyecto "Revisión de los esquemas de remuneración móvil y del mercado minorista de Voz Saliente Móvil" con el fin de determinar, entre otros aspectos, si el referido mercado debe continuar siendo sujeto de regulación ex ante o si esta condición se debe modificar.

*Ahora bien, debe recordarse también que el objeto de la presente actuación no es evaluar cuál es el efecto que la definición del mercado relevante de "Servicios Móviles" sujeto a regulación ex ante tiene sobre el tamaño de **COMCEL**, sino constatar si **COMCEL** tiene o no posición dominante en dicho mercado".*

En línea con lo citado, cabe resaltar que, incluso considerando que la SIC indicó que era deseable que se realizara una evaluación del impacto de la redefinición de mercados propuesta en el proyecto regulatorio que dio lugar a la Resolución CRC 5108 de 2017 sobre la estimación total de usuarios del mercado "Voz Saliente Móvil", a efectos de revisar si la dominancia en ese mercado había decaído, lo cierto es que por no ser la temática descrita parte del objeto de esta actuación, de ninguna manera debía ni podía la CRC, conforme a derecho, abordar su análisis en el acto administrativo recurrido".

Los argumentos en mención son de gran relevancia en la medida en que dan cuenta de que las decisiones que sobre este asunto acogió la Comisión no resultan ser, en contravía del parecer de **COMCEL**, ni arbitrarias, ni injustificadas y tampoco carentes de sustento normativo. De esta manera, no resulta factible sostener, como lo hace el peticionario, que las citadas posturas de la Comisión hayan generado una vulneración de sus derechos al debido proceso y de defensa, lo que a la postre implica la ausencia del agravio injustificado que este invoca.

Por lo demás, sea este el momento para advertir que se equivoca **COMCEL** cuando aduce que la CRC tomó la decisión plasmada en la Resolución CRC 6146 de 2021 con información que no se encontraba actualizada. Frente a esta afirmación, que también fue planteada en el recurso que este

⁵⁷ Disponible en <<https://www.crcm.gov.co/uploads/images/files/201229%20AR%202021-22%20VPUB.pdf>> (ver página 32).

operador presentó contra la Resolución CRC 6146, la Comisión precisó lo siguiente en la Resolución CRC 6380 de 2021:

*"Sin perjuicio de lo ya anotado, es preciso destacar que es falso lo sostenido por **COMCEL** en cuanto a que la Comisión resolvió esta actuación "con sustento en las circunstancias que tenían lugar en el 2017, sin realizar una revisión efectiva de las condiciones de competencia actuales". No hace falta una revisión exhaustiva de la decisión administrativa impugnada para reconocer que el objeto de la actuación se definió con información actualizada del mercado, tal y como se indicó en la sección 4.1.7 de este acto y se puede evidenciar con la lectura de la Resolución CRC 6146 de 2021".*

Estas consideraciones permiten desvirtuar lo expuesto por **COMCEL** en cuanto a la falta de actualización de la información que cimentó la constatación de dominancia en el mercado de "Servicios Móviles".

Corolario de todo lo expuesto en este acto administrativo es que se tenga por cierto que **COMCEL** no logró acreditar la configuración de ninguna de las causales que invocó a fin de solicitar la revocatoria directa de las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 de 2021, motivo por el cual esta petición ha de ser negada.

La presente resolución fue aprobada en el Comité de Comisionados de la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la CRC del 29 de diciembre de 2021, según consta en el Acta No. 1338. Así mismo, el presente acto administrativo fue aprobado por la Sesión de Comisión de Comunicaciones de la CRC en Sesión realizada el 12 de enero de 2022, según consta en el Acta No. 422.

Que, en virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Negar la solicitud elevada por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** consistente en revocar directamente las resoluciones CRC 6146, 6380 y 6415 de 2021, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.

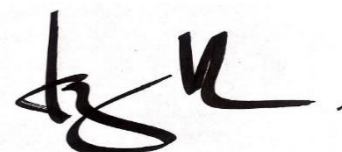
ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar por medios electrónicos la presente resolución al representante legal de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, o a quien haga sus veces, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, advirtiéndole que contra la misma no procede ningún recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Dada en Bogotá D.C. a los **14 días del mes de enero de 2022**

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA BONILLA CASTAÑO
Presidente



SERGIO MARTÍNEZ MEDINA
Director Ejecutivo

C.C.C. 29/12/2021 Acta 1338.
S.C.C. 12/01/2022 Acta 422.

Elaborado por: Guillermo Velásquez – Víctor Andrés Sandoval Peña
Revisado por: Víctor Andrés Sandoval Peña – Coordinador (E) de Asesoría Jurídica y Solución de Controversias