



VPJ-0258-14

www.avantel.com.co

Bogotá, D.C., 2 de septiembre de 2014

Señor Doctor

**CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR**

Director Ejecutivo

**COMISION DE REGULACION DE COMUNICACIONES**

Calle 59 A Bis No. 5 – 53, Edificio LINK Siete Sesenta, Piso 9

Bogotá D.C.

---

**Asunto:** Proyecto regulatorio  
**"Revisión de Cargos de Acceso de las Redes Móviles"**  
Observaciones de **Avantel S.A.S.**

Respetado Señor Director:

En respuesta a la invitación formulada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en adelante CRC, en desarrollo del mandato legal, para que los interesados pongan de presente sus observaciones en torno al proyecto regulatorio identificado en el asunto, **AVANTEL S.A.S.**, en adelante **Avantel**, se permite formular las peticiones que describen a continuación, con base en los argumentos que se consignan en el presente documento:

## I. PETICIONES

Con fundamento en los argumentos expuestos a espacio a lo largo del presente documento de observaciones, **Avantel** se permite solicitar que, en el marco del proyecto regulatorio que se adelanta, la CRC:

- 1.1** Que mantenga la vinculación de los cargos de RAN con los valores de cargos de acceso reducidos sujetándolos al menor valor de la senda definida para aquellos, de manera que reflejen exclusivamente los costos incrementales eficientes asociados a



dicha Instalación Esencial, esto es, que no existirían si la misma no fuera provista a Proveedores Entrantes.

www.avantel.co

- 1.2 Con base en el modelo actualizado de redes móviles, adopte la opción de capacidad como mecanismo de remuneración de la instalación esencial de RAN, además de la opción de cargos por uso, -a elección del proveedor pagador-, en forma que tal valor refleje los costos incrementales de la capacidad de RAN demandada y las economías de escala propias de las industrias de red.
- 1.3 Formule en debida forma el artículo 8.1 -que el proyecto propone adicionar al artículo 8, de manera que sean los Proveedores Entrantes y no los incumbentes, los que se beneficien de la fijación asimétrica de cargos de acceso, como mecanismo de promoción de la competencia, durante un lapso que no debería ser inferior a cuatro (4) años, de conformidad con las conclusiones del estudio de Fedesarrollo, que se anexa, contados a partir de la entrada en vigencia de la Resolución proyectada.

## II. ALCANCE DE LA INICIATIVA

El proyecto publicado se ocupa de los siguientes aspectos:

1. Modificación de la Resolución CRT 1763 de 2007: Reducción de cargos de acceso a redes móviles.

Se propone la reducción de los valores de cargos de acceso para servicios de voz, para cuyo efecto se modifica la TABLA 3 del artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007.

Igualmente, se proyecta reducir los valores de cargos de acceso para SMS, circunstancia que comporta modificar la TABLA del artículo 8B de la misma Resolución CRT 1763 de 2007.

2. Modificación de la Resolución No. 4112 de 2013, en el sentido de desvincular los cargos de roaming de los que aplican para acceso de voz y SMS, al tiempo que mantener en los actuales niveles los valores que aplican para la instalación esencial de roaming.

El proyecto propone fijar como valor máximo para la remuneración del RAN de voz y de datos, las sumas de \$42.49 y \$9,20, respectivamente, en pesos de enero de 2011, que serán actualizadas de conformidad con la fórmula contenida en el proyecto, y ordena a la CRC revisar de manera integral las condiciones de remuneración de la instalación esencial.



3. Adopción de cargos asimétricos durante tres (3) años

www.avantel.co

De conformidad con el artículo 7 del proyecto, se adiciona el artículo 8.1 al artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007, en el sentido, en principio, de consagrar un cargo de acceso mayor hacia las redes de los operadores entrantes.

### III. OBSERVACIONES DE AVANTEL

**Avantel** considera que la propuesta conculcaría en forma abierta el ordenamiento constitucional y legal, así como el supranacional y los tratados internacionales suscritos por el país, por las razones que se exponen a continuación, algunas de las cuales han sido expresadas por la Compañía con ocasión de anteriores procesos regulatorios. El análisis de los temas enunciados se presenta en diferente orden, de acuerdo con el impacto que cada uno de ellos tiene para la promoción de la competencia, y en los mandatos constitucionales de igualdad y de libre y leal competencia, en los siguientes términos:

1. **DESVINCLACIÓN DE LA REMUNERACIÓN DE LA INSTALACIÓN ESENCIAL DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL (RAN), DE LA REGULACIÓN DE CARGOS DE ACCESO MÓVILES PARA VOZ Y SMS.**

La iniciativa regulatoria modifica los artículos 8.1 y 8.2 de la Resolución CRC 4112 de 2013, en el sentido de fijar los valores tope de la remuneración de RAN para los servicios de Voz y SMS en \$42,49 y \$1,40, respectivamente, durante el año 2015, montos expresados en pesos constantes de enero de 2011, y, por tanto, sometidos a actualización. La medida propuesta busca desvincular las reglas para la remuneración de RAN de Voz y SMS, de la senda de disminución de los cargos de acceso, que consta en la Resolución CRT 1763 de 2007, modificada por las Resoluciones CRC 3136 y 3500 de 2011, es decir, que los topes tarifarios aplicables para RAN, que se desligarían de la senda de reducción de los cargos de acceso, se fijan en \$42.49, también en pesos constantes de 2011 y sometidos a actualización anual.

#### 1.1. Impacta Negativamente la Competencia

La remuneración del roaming automático nacional (RAN) -tanto de voz móvil como de mensajes cortos de texto, SMS-, fue establecida en la Resolución CRC 4112 de 2013, y se encuentra determinada por los valores finales de las sendas de cargos de acceso de que tratan las Resoluciones CRC 3136 y 3500, ambas de 2011.



A la vez que –acertadamente- la CRC propone reducir los cargos de acceso a redes móviles en un ochenta y cinco por ciento (85%), a partir del 1 de enero de 2016, **sin justificación alguna y soslayando los gravísimos efectos que ello tendría para la competencia en el mercado**, se propone mantener los actuales valores de RAN y desvincularlos de la senda de reducción de los cargos de acceso.

Como fundamento de iniciativa semejante, que desconoce mandatos perentorios de la Constitución y la ley, la CRC se limitó a señalar lo que continuación se transcribe, que forma parte de un documento soporte del Proyecto Regulatorio de treinta y seis (36) hojas:

“Por otra parte, con el fin desvincular la regulación sobre la remuneración de la instalación de RAN de lo expedido en relación a los cargos de acceso, se propone modificar la Resolución 4112 de 2013 persiguiendo que los valores que quedaron definidos como toques en los servicios de roaming de voz y SMS no dependan de las tablas de cargos de acceso del artículo 8 de la Resolución CRT 1763. De este modo, los valores del RAN continuarán siendo \$42,49 y \$9,20 para minuto de voz móvil y SMS, respectivamente sin referencias a las sendas de las resoluciones CRC 3136 y 3500. De manera complementaria, se propone adelantar, durante el año en curso, estudios de mercado con el fin de evaluar los esquemas de remuneración del RAN o la necesidad de modificar las reglas establecidas en la Resolución CRC 4112 de 2013.”<sup>1</sup> (Subrayado)

En otras palabras, sin mediar estudio ni consideración técnica o económica alguna que diera fundamento razonable a la iniciativa, sino simplemente poniendo de presente su intención de analizar el asunto, la CRC se propone reducir en un ochenta y cinco por ciento (85%) los cargos de acceso, medida razonable y acertada, se repite, pero, al mismo tiempo proyecta mantener los de RAN en el nivel de 2013, sometido a reajustes anuales, aplicables exclusivamente respecto del operador entrante, en \$42.49, valor que la misma Comisión adoptó en febrero de 2013, bajo el criterio de “mayor estabilidad en las relaciones de interconexión”, ya que el resultado del análisis arrojaba una cifra sustancialmente inferior.

**Avantel** asume que la falta del más mínimo argumento en el documento soporte publicado, que sirva de justificación elemental para medida de tal naturaleza y efectos, obedece a que la decisión carece de todo soporte y explicación, al punto que resulta inexplicable que dicha medida provenga del órgano estatal encargado de promover la competencia en los mercados de redes y servicios de telecomunicaciones por mandato de la Ley 1341 de 2009.

<sup>1</sup> Documento soporte del proyecto regulatorio “Revisión de Cargos de Acceso de las Redes Móviles”, Comisión de Regulación de Comunicaciones, agosto de 2014. Pág. 35.



El mercado no había conocido una propuesta regulatoria tan nociva para la competencia, en particular, para **Avantel**, único agente que en los últimos once (11) años tomó la decisión de competir y desplegar su red en el mercado móvil colombiano, caracterizado por ser el segundo más concentrado del mundo, en el que los precios minoristas de servicios móviles son de los más altos, circunstancias que han sido constatadas y puestas de presente por la misma CRC, en repetidas ocasiones.

**Avantel** coincide con el Regulador en que las actuales condiciones del mercado móvil<sup>2</sup>, y - en particular- la actualización y ajuste de la herramienta del modelo de costos de redes móviles, con el fin de considerar la arquitectura convergente NGN, y la distribución y asignación de costos de redes móviles multiservicio, justifican la reducción de los cargos de acceso a redes móviles en la magnitud propuesta, así como la determinación de cargos de acceso asimétricos que favorezcan a los proveedores entrantes.

Pero, proponer simultáneamente que se mantengan los cargos vigentes de RAN, debidamente actualizados, y que se desvinculen de los nuevos valores de cargos de acceso, sensiblemente reducidos, constituye proceder sin fundamento técnico, jurídico ni económico, y, por ende, es ilegal, por las razones que se exponen a continuación:

(i) En primer lugar, porque a pesar de que la CRC, en el proceso previo a la expedición de la Resolución 4112 de 2013 actualizó y ajustó el modelo de cálculo, con el fin de que contara con una arquitectura convergente NGN, que reconociera la distribución y asignación de costos de redes multiservicio que, a partir de la base modelada existente, contemplara escenarios intermedios, hasta la migración a una red completamente IP, no adoptó los resultados que el mismo arrojaba.

La herramienta modificada se publicó en el año 2012, tanto en el marco de la IV Sesión del Grupo de Industria para el despliegue y desarrollo de redes de nueva generación (NGN), como en el marco del proyecto regulatorio "Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso a Internet a través de redes inalámbricas", que culminó con la expedición de la Resolución CRC 4112, como lo reconoce la CRC en el documento soporte del Proyecto de Regulación materia de observaciones.

Por lo anterior, la Resolución 4112 de 2013, ha debido adoptar los valores de RAN que resultaban de aplicar el modelo actualizado y ajustado al entorno NGN, que consideraba costos incrementales sustancialmente menores a los de la modelación anterior, como lo

<sup>2</sup> Entre otras, la posición de dominio de CLARO, la falta de competencia efectiva en el mercado móvil, la externalidad que representa la tarifa ofrecida por el proveedor dominante, la concentración de tráfico *on-net* de esta, y la entrada de nuevos agentes como consecuencia de la subasta de espectro 4G.



demuestran los montos propuestos de cargos de acceso, producto de la aplicación del mismo modelo.

www.avantel.co

Sin embargo, la Entidad optó por fijar los valores previstos para cargos de acceso en las Resoluciones CRC 3136 y 3500 de 2011, no obstante ser consciente de que involucraban costos sustancialmente superiores a aquellos con base en los cuales el RAN habría de proveerse, y explicó su decisión en el documento soporte del proyecto mediante el cual se establecían las condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, en los siguientes términos:

"El modelo actualizado a la fecha representa un escenario más cercano a la realidad tecnológica y de mercado existente en el 2012 que recoge el amplio desarrollo de las redes en tecnología 3G, **por lo cual es capaz de arrojar resultados de costos por servicio, incluyendo roaming, en niveles más eficientes que los calculados en años anteriores en materia de cargos de acceso.** No obstante, dentro del análisis regulatorio no se considera apropiado para el adecuado desempeño del sector móvil, el introducir cambios a los valores regulados asociados a voz y sms, diferentes a los ya regulados por la Comisión, **de manera tal que exista mayor estabilidad en las relaciones de interconexión establecidas.**"<sup>3</sup>

Al establecer los cargos de RAN en el año 2013, la CRC decidió privilegiar –a costa de la competencia- la *"estabilidad en las relaciones de interconexión establecidas"*, y por esa vía a los proveedores móviles establecidos, en desmedro de los fines regulatorios previstos en la Ley 1341, no obstante ser consciente de que los costos eficientes eran sustancialmente menores.

Resulta entonces contradictorio e inaceptable que en la propuesta de regulación publicada para observaciones del sector, la CRC reduzca en un ochenta y cinco por ciento (85%) los valores de cargos de acceso, con base en un modelo de redes móviles actualizado y ajustado al entorno NGN, y, al mismo tiempo, mantenga los cargos de RAN en los guarismos vigentes, basados en el modelo anterior de costos, cuando lo apenas natural sería, por lo menos, mantener dichos valores vinculados a los reducidos de cargos de acceso.

Adicionalmente, los cargos de roaming deben ser iguales a los de acceso, porque no hay diferencias relevantes entre los elementos de red requeridos para terminar una llamada de voz en la red de otro operador, y los requeridos para RAN de voz basado en CSFB, funcionalidad que, se agrega, es una inversión obligatoria para el operador de la red visitada, en cuanto la requiere para sus propios usuarios, de tal manera que no representa

<sup>3</sup> Comisión de Regulación de Comunicaciones, CRC. Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso a internet a través de redes inalámbricas. Regulación de Infraestructura, Agosto 2012, Pág. 112



un costo incremental. Finalmente, la interfaz de señalización SGs no tiene un costo relevante.

[www.avantel.co](http://www.avantel.co)

No obstante, la CRC no solamente no procede en consecuencia, sino que proyecta mantener los cargos de RAN en los valores vigentes, producto de un modelo desactualizado, pero, al mismo tiempo, reduce en un ochenta y cinco (85%) los valores de los cargos de acceso, fundada en un modelo de redes móviles actualizado y ajustado al entorno NGN, al tiempo que dispone, sin lógica alguna, la desvinculación entre ambos conceptos.

(ii) En segundo lugar, porque la propuesta de reducir los valores de cargos de acceso en un ochenta y cinco por ciento (85%), y –simultáneamente- mantener los cargos de RAN en los guarismos vigentes, -inclusive sujetos a una fórmula de actualización anual- demuestra que la CRC no analizó el impacto de semejante medida en la promoción de la competencia efectiva en el mercado, al punto que resulta evidentemente contraria a la misma y, por ende, violatoria del ordenamiento superior.

En efecto, se reduce sustancialmente la estructura de costos de los proveedores incumbentes, en especial, de los dos (2) de menor tamaño pero con veinte (20) y once (11) años de existencia en el mercado, respectivamente, y mantiene de manera artificial la estructura de costos mayoristas de un proveedor entrante como **Avantel**, que se sirve del acceso a RAN como instrumento de promoción de la competencia.

(iii) Por efecto de esta propuesta regulatoria, en el peor de los casos, el mayor costo de un minuto de Voz *off net* de Claro, Movistar o Tigo, será de diecisiete pesos con veintidós centavos (\$17,22), resultante de sumar ocho pesos con sesenta y seis centavos (\$8,66) por concepto de originación, más el mismo valor por concepto de terminación, mientras que el de **Avantel** será de cincuenta y un pesos con quince centavos (\$51,15), equivalente al cargo de RAN de cuarenta y dos pesos con cuarenta y nueve centavos (\$42,49), más el cargo de acceso, de ocho pesos con sesenta y seis centavos (\$ 8,66), lo cual hace sencillamente imposible para el proveedor entrante estructurar ofertas competitivas que emulen con las de los operadores establecidos, que –además- se benefician de economías de escala de las que carece el proveedor entrante, mientras completa el despliegue nacional de su red y obtiene una masa crítica de tráfico.

Así lo reconoció expresamente la CRC:

“En este sentido, es importante recalcar que los servicios móviles no se limitan a los servicios de datos, sino que forma parte de estos también los servicios de voz y SMS, de modo que el Roaming Automático Nacional no se circunscribe a promover la competencia en el mercado de datos móviles sino



que está llamado a posibilitar que los nuevos operadores puedan presentar al mercado ofertas contestables de voz, SMS y por supuesto, datos móviles.<sup>4</sup> [www.avantel.co](http://www.avantel.co)  
(Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, la medida propuesta conducirá inexorablemente al cierre de operaciones de **Avantel**, pues no solamente patrocina sino que promueve un estrechamiento total de márgenes en su contra: los costos mayoristas que sus proveedores de RAN le cobrarían por el uso de tal instalación esencial, más el cargo de acceso para el tráfico off net, en conjunto con los precios minoristas que dichos proveedores ofrecerían en el mercado minorista de voz, harían imposible no operar a pérdida, máxime cuando el operador dominante dispone de una proporción del tráfico on-net cercana al ochenta y ocho por ciento (88%), Movistar del setenta por ciento (70%), y Tigo del ochenta y cinco por ciento (85%), externalidad que disminuye sus costos mayoristas para el tráfico off net.

(iv) La propuesta desconoce la realidad tecnológica. En efecto, como consecuencia de la subasta realizada el 26 de junio de 2013, **Avantel** adquirió espectro en la banda AWS, en la cual la tecnología está desarrollada para redes de datos. Por ello, la CRC expidió la Resolución 4112 de 2013 de manera previa a la Mintic 449 del mismo año, de tal manera que se garantizara el RAN a los operadores entrantes, para la prestación de los servicios de voz, SMS y datos.

No obstante lo anterior, la propuesta regulatoria le da la espalda al hecho de que los entrantes, en especial **Avantel**, que lanzó sus servicios de 4G LTE, dependen del acceso a roaming para prestar sus servicios de voz y SMS, así como el de datos cuando el usuario se sale de cobertura de su red de origen, por la imposibilidad en la que se encuentran de proveerlos con sus propias redes que, se insiste, son de datos.

Por ello, hasta tanto sea una realidad la voz sobre LTE, VoLTE, el entrante estará sujeto al pago de cargos de roaming y, en consecuencia, desligarlos de los de acceso equivale, como se ha mencionado a espacio en el presente documento, a incrementar artificialmente los costos del entrante, aquél en cuya consideración deben adoptarse medidas asimétricas, precisamente para garantizar no solamente su entrada, sino su permanencia en el mercado.

Para que VoLTE sea realidad es fundamental: (i) contar con espectro en bandas bajas, que permita lograr cobertura; (ii) que el desarrollo de VoLTE esté a escala comercial y existan terminales a precios asequibles. Es por ello por lo que **Avantel** ha solicitado al Mintic la

<sup>4</sup> Resolución CRC 4508 de 2014





realización de la subasta de espectro de 700 MHz de manera urgente, lo cual tendrá efectos inmediatos en los desarrollos tecnológicos.

www.avantel.co

La anterior circunstancia fue reconocida por la SIC en las recomendaciones impartidas en su concepto de Abogacía de la Competencia, radicación 13-14194-1-0 del 8 de febrero de 2013, dirigido al Ministerio de TIC con ocasión de la estructuración del proceso de Subasta de 4G, previo a la expedición de la Resolución 449 de 2013:

*"5.1. Implementar una herramienta de seguimiento del roaming nacional y la compartición de infraestructura con indicadores medibles, **que permita verificar si los operadores beneficiarios de dichos servicios se encuentran en la capacidad de actuar autónomamente.** Por ello, se hace necesario fijar un plazo para que los potenciales entrantes accedan a los segmentos móviles mediante el despliegue de sus propias redes reduciendo el efecto de conductas parasitarias por dichos agentes."*

En concordancia con lo expresado por la SIC, la CRC en ejercicio de sus facultades de solución de controversias verificó que **Avantel** no se encuentra en capacidad de actuar autónomamente, como quiera que su red LTE no soporta la provisión de los servicios de voz y SMS y por ello requiere del acceso a RAN para la prestación al público de los mismos. No procede, en consecuencia, que la CRC mantenga los costos de RAN por encima de su costo eficiente. Actuar diferente haría en exceso gravosa la situación de **Avantel** que, adicionalmente, no podría sustituir en este momento dicha instalación esencial.

Es pertinente mencionar que la CRC se pronunció en relación con las conductas parasitarias, en la Resolución 4510 de 2014, al resolver el Recurso de Reposición interpuesto por Colombia Telecomunicaciones contra la Resolución 4421 de 2014. La entidad resume así la posición de la recurrente:

"En relación con el tema, cita (Colombia Telecomunicaciones) el documento soporte de la propuesta que regulatoria que antecedió la expedición de la Resolución CRC 4112 de 2013, para sustentar su argumento según el cual los esquemas de costos y los incentivos económicos deben llevar a que un proveedor entrante despliegue su propia infraestructura, afirmando que cuando ello no se ve muy factible por las condiciones propias del mercado, se puede forzar a través del establecimiento de condiciones mínimas de despliegue de su propia infraestructura, afirmando que cuando ello no se ve muy factible por las condiciones propias del mercado, se puede forzar a través del establecimiento de condiciones mínimas de despliegue o de temporalidad de las obligaciones de provisión de esta instalación esencial; aduce que de lo contrario se estarían fomentando "Free Riders" o desincentivando la inversión en infraestructura e incluso en desarrollos



tecnológicos, de lo cual surgiría la necesidad de determinar claramente la temporalidad de la medida".

www.avantel.co

La CRC afirmó:

"De la norma transcrita, puede apreciarse que una instalación esencial solo deja de serlo cuando su sustitución **técnica y económica** así lo determinen, y es por esta razón que la obligación de otorgar acceso al Roaming Automático Nacional desaparece **cuando el proveedor ya cuenta con infraestructura propia y la cobertura necesaria para prestar sus servicios de voz, datos y SMS**".

Carece de justificación que la CRC reconozca todo lo anterior y, sin embargo, determine una remuneración como la propuesta.

## **1.2. Viola el Deber Constitucional y Legal de Asegurar la Libre y Leal Competencia, al Tiempo que Condena al Fracaso al Operador Entrante, Avantel.**

### **a. La Promoción de la Competencia corresponde por Mandato Constitucional al Estado.**

El Derecho a la Libre Competencia Económica está consagrado en la Constitución Política de 1991 como derecho económico, colectivo, no fundamental, que supone responsabilidades.

Dispone la norma:

"Artículo 333.- (...) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. (...)"<sup>5</sup>

No obstante, la Corte Constitucional concibe la libre competencia económica como un derecho individual y a la vez colectivo<sup>6</sup>, en los siguientes términos:

<sup>5</sup> La **Corte Constitucional** se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de la definición, naturaleza, límites y fundamentos del derecho a la libre competencia. Véanse, entre otras, las siguientes providencias: Sentencias T-240/93, C-560/94, C-398/95, C-093/96, T-147/96, C-535/97, T-375/97, SU-182/98, C-183/98, C-352/98, C-332/00, C-1262/00, C-1268/00, C-616/01, C-810/01, C-815/01, C-949/01, C-369/02, C-389/02, C-615/02, C-915/02, C-974/02, C-150/03, C-654/03, C-1035/03, C-516/04, y C-623/04

<sup>6</sup> **Corte Constitucional**, Sentencia C-815 de 2001, M.P. doctor Rodrigo Escobar Gil

- **Ámbito individual (subjetivo):**

- La libre competencia es un "... *derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones.*"<sup>7</sup>
- Como derecho individual, "*L[ ]a libre competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.*"<sup>8</sup>
- La libre competencia económica promueve el funcionamiento eficiente de los mercados y por lo tanto propugna por el interés general, en la medida en que los beneficios derivados de la misma se irradian a los consumidores. "*La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado redunda en enormes beneficios para el consumidor, que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.*"<sup>9</sup>

- **Ámbito colectivo (objetivo):**

- La libre competencia es "...*principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa*".<sup>10</sup>
- Como principio estructural de la economía social de mercado, la libre competencia "...*no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la*

---

<sup>7</sup> Ibídem, Sentencia C-535/1997, M.P. doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>8</sup> Ibídem, Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>9</sup> Ibídem, Sentencia C-535/1997, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>10</sup> Ibídem, Sentencia T-240/1993, M.P. doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.



comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia." <sup>11</sup>

www.avantel.co

- Por consiguiente, "...la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados."<sup>12</sup>.

La libre competencia económica, como ocurre con todos los derechos de esta naturaleza, no es un derecho absoluto<sup>13</sup>. Su consagración constitucional, según la Corte, no excluye la posibilidad de que el Estado intervenga en la economía para regular determinados mercados, en los términos de lo previsto en el artículo 334 de la Constitución Política<sup>14</sup>, cuando el interés general lo amerite y cuando sea necesario para el cumplimiento de los fines del Estado.

Adicionalmente, de acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional "... el ejercicio del derecho individual de la libre competencia está limitado por la función social que debe cumplir. El derecho a la libre competencia es garantizado por la Constitución Política, que simultáneamente exige que en su ejercicio se imponga el respeto a la función social que le es propia."<sup>15</sup>

Como corolario de lo anterior, **el Estado tiene el deber de prevenir la indebida restricción de la competencia** y evitar abusos de posición de dominio de un agente

<sup>11</sup> Ibídem, Sentencia C-616 de 2001, M.P., doctor Rodrigo Escobar Gil.

<sup>12</sup> Ibídem, Sentencia C-535/1997, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>13</sup> Ibídem, Sentencia C-915/02, M.P., doctor Álvaro Tafur Galvis.

<sup>14</sup> **Constitución Política: Artículo 334.-** "La dirección general de la economía estará a cargo del estado. Este intervendrá, por mandato de ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa, de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. (aparte) El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. (aparte) También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones."

<sup>15</sup> **Corte Constitucional**, Sentencia C-616 de 2001, M.P. Doctor Rodrigo Escobar Gil.



sobre el mercado, en los términos del artículo 333<sup>16</sup> de la Constitución y de la legislación en materia de libre competencia.

www.avantel.co

La libre competencia es la facultad que tienen los empresarios y agentes de un mercado "de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones"<sup>17</sup>. No obstante, es preciso tener en cuenta que la libre competencia también implica una garantía para los consumidores, quienes pueden adquirir los bienes y servicios que requieren a quien ofrece las mejores condiciones y "se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros"<sup>18</sup>.

La libre competencia es un principio constitucional que irradia todas las actividades que se desarrollan en el mercado y que, se reitera, debe entenderse atemperada, como lo ha señalado la Corte Constitucional, "por la prevalencia del interés colectivo (art 1), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (CN 333, 334 y 335) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad."<sup>19</sup>

## b. La Regulación y el Derecho a la Libre Competencia Económica

Son múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la relación inescindible entre la regulación en materia de telecomunicaciones y el derecho a la libre competencia económica. Por lo tanto, resulta de la mayor importancia poner de presente lo establecido por la Corporación en su análisis sobre los servicios de telecomunicaciones, bajo el prisma de los servicios públicos, y, en general, de la intervención del Estado en la economía.

Para tal efecto, a continuación se presentan las principales conclusiones de la Sentencia C-815 de 2001<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> **Artículo 333.**- "(...) El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. (...)".

<sup>17</sup> **Corte Constitucional**, Sentencia C-263 de 2011.

<sup>18</sup> **Corte Constitucional**, Sentencia C-263 de 2011.

<sup>19</sup> **Corte Constitucional**, Sentencia C-398 de 1995.

<sup>20</sup> M.P. doctor Rodrigo Escobar Gil.



En la citada Providencia, el alto Tribunal analizó la demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 11 de la Ley 555 de febrero de 2000, referido a la prohibición <sup>www.avantel.co</sup> impuesta a los operadores establecidos, para participar en la licitación para el otorgamiento de las concesiones iniciales para la prestación de Servicios de Comunicación Personal, PCS.

El actor aducía que la disposición acusada era violatoria de los artículos 13, 75 y 333 de la Constitución Política, y alegaba, como lo sostienen algunos de los operadores establecidos, especialmente Claro, que:

"un real provecho lo obtienen los usuarios cuando estos adquieren servicios de mayor calidad a un mejor precio, evento que, en su criterio, únicamente puede ocurrir cuando quien presta el servicio goza de una estructura tecnológica suficiente para alcanzar economías de escala, es decir, las que permiten ampliar la producción de un bien o servicio logrando una reducción de costos. Siendo entonces el servicio de PCS muy similar en tecnología al de TMC, y estando estas últimas compañías dotadas de todas las herramientas suficientes para alcanzar en el mercado una eficaz mejoría en precios y servicios, resulta absurdo pretender prohibir su participación en la prestación del servicio de PCS".

En relación con el **ámbito de regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones**, la Corte estableció:

"...regulación no se mueve en el ámbito de la libre empresa y la competencia, sino que tiene que ver, de un lado, con el deber que tiene el Estado de organizar y asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios y funciones a su cargo, y de otro, con la especialidad del régimen para la gestión de los bienes de uso público."

Advierte la Corte que, en la medida en que el artículo 365 de la Constitución Política impone al Estado el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, la libre competencia puede estar supeditada a "*valores superiores*".

En ese sentido, cuando la prestación del servicio público es delegada por el Estado en particulares, "*...si bien da paso a la concurrencia de éstos en el ámbito de la libertad económica, tiene el deber de intervenir de modo que tal concurrencia sea compatible con las finalidades del servicio público.*"

Al asumir los particulares la prestación de un servicio público, ejercen funciones públicas y "*...quedan sometidos a los principios que gobiernan las actuaciones de la Administración...*".

La argumentación del alto Tribunal concluye en los siguientes términos:

"Cuando el Estado opta por la gestión de los bienes de uso público y de los servicios públicos a través del sistema de concesión, **no nos encontramos, en el punto de partida, en el campo de la libertad económica, sino en el de la función pública, no sólo porque la titularidad de la actividad es de naturaleza pública, sino también porque se trata de la satisfacción del interés público, para lo cual el legislador puede establecer las condiciones y limitaciones necesarias para el logro de sus fines competenciales.**" (Destacado)

Y, respecto de la competencia:

"Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, **debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo.** Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado". (Destacado)

### c. Impacto de la Competencia en el Bienestar Social

La doctrina económica concluye, de manera unánime, que la competencia en un mercado es benéfica en tanto conduce a la eficiencia, estimula la innovación y aumenta el bienestar de la sociedad<sup>21</sup>. En efecto, el resultado del equilibrio competitivo garantiza la eficiencia "asignativa" (los recursos son destinados al uso más valorado entre todos los posibles) y la eficiencia productiva (lo bienes se producen al mínimo costo posible)<sup>22</sup>.

"(...) el libre funcionamiento de los mercados es la mejor manera de asignar bienes y servicios entre los miembros de una comunidad; de asegurar que un bien o servicio sea producido eficientemente y al menor costo. Los mercados competitivos, incentivan la innovación de las empresas tanto en sus técnicas y procesos de producción como en la creación de nuevos productos y por tanto, aumentan las opciones de los consumidores. El resultado es que el bienestar económico de la sociedad es maximizado aumentando el bienestar social"<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cooter R., Ulen T., *Law and Economics*, Pearson, cuarta edición, Londres, 2003, capítulos 1 y 2.

<sup>22</sup> Agostini Claudio, "Institucionalidad e incentivos para la libre competencia", En revista En Foco No. 99, ISSN 0717-9987. Pág. 2.

<sup>23</sup> Ramírez Hernández, Fernando, "La política de competencia y el proceso de regulación en México 1993-1999", Universidad Nacional Autónoma de México. México 2007.

Estas consecuencias se generan en tanto la competencia procura, por un lado, la defensa de los intereses privados, y, por otro, la protección del interés público:

www.avantel.co

"La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política)"<sup>24</sup>.

En otras palabras, la libre competencia incrementa la eficiencia económica, lo que determina el aumento del bienestar de la sociedad en su conjunto<sup>25</sup>. Para que exista el derecho a la libre competencia es necesaria *"la garantía por parte del Estado de varios derechos tales como el derecho de propiedad, derecho de libre empresa, libertad para escoger profesión, libertad de asociación y libertad de competencia económica, entre otros"*<sup>26</sup>.

Uno de los supuestos indispensables para la existencia de la libre competencia es la pluralidad de actores en el mercado, circunstancia que evita la concentración de poder económico en el mismo y conlleva a los beneficios mencionados.

"Conforme a este supuesto, la competencia se protege dispersando el poder económico entre muchos competidores con igual poder económico, con el objeto de dejar libre la entrada al respectivo mercado y que ninguno pueda ejercer presiones indebidas sobre el mismo, ya que la excesiva concentración del poder económico puede producir presiones políticas antidemocráticas"<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> **Corte Constitucional**, Sentencia C-992 de 2006.

<sup>25</sup> **De León, Ignacio**, Manual para la Formación y Aplicación de las Leyes de Competencia, Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), agosto de 2002.

<sup>26</sup> **Miranda Londoño Alfonso y Gutiérrez Rodríguez Juan David**, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia", En: Revista de Derecho de la Competencia, (Bogotá-Colombia), Volumen 2 No. 2, enero - diciembre 2006. Pág. 333.

<sup>27</sup> **Miranda Londoño Alfonso y Gutiérrez Rodríguez Juan David**, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia", En: Revista de Derecho de la Competencia, (Bogotá-Colombia), Volumen 2 No. 2, enero - diciembre 2006. Pág. 277.



Cuando este elemento no existe, o la pluralidad de oferentes es limitada, la producción de bienes disminuye y, en consecuencia, los precios de los mismos se incrementan<sup>28</sup> [www.avantel.co](http://www.avantel.co)

"Cuando las empresas tienen poder de mercado, pueden subir los precios por encima del nivel competitivo en el que el precio es igual al costo marginal. Estos elevados precios reducen el nivel de producción por debajo de los niveles eficientes y generan elevados beneficios a las empresas"<sup>29</sup>.

Por lo anterior, el Estado debe asegurar la existencia de múltiples actores que garanticen que las reglas del mercado tengan pleno desarrollo y aplicación.

Contra reiterada y permanente jurisprudencia constitucional, la regulación propuesta eliminaría por completo a **Avantel** del mercado.

### **1.3. Transgrede el Derecho de Estirpe Constitucional y Supranacional a la Igualdad**

De ser expedida como está propuesta, la resolución proyectada sería violatoria del derecho a la igualdad.

#### **a. El Derecho Fundamental a la Igualdad como medida para superar los problemas de Competencia**

El artículo 13 de la Constitución Política dispone:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

"El Estado promoverá las condiciones para que la **igualdad sea real y efectiva** y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

<sup>28</sup> **Miranda Londoño Alfonso y Gutiérrez Rodríguez Juan David**, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia", En: Revista de Derecho de la Competencia, (Bogotá-Colombia), Volumen 2 No. 2, enero – diciembre 2006. Pág. 336.

<sup>29</sup> **Harrison, Jeffery**, *Law and Economics*, West Group, USA, 2000, Pág. 21. MERCURO, NICHOLAS y MEDEMA, STEVEN G., *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, USA, 1997, Págs. 13-14. Citado por Miranda Londoño Alfonso y Gutiérrez Rodríguez Juan David, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio vs los beneficios de la competencia", En: Revista de Derecho de la Competencia, (Bogotá-Colombia), Volumen 2 No. 2, enero – diciembre 2006. Pág. 336.



"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan" [www.avantel.co](http://www.avantel.co) (Resaltado)

De acuerdo con la Corte Constitucional,<sup>30</sup> "el punto de partida del análisis del derecho a la igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual "hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual"<sup>31</sup>. En Sentencia C-841/03 precisó:

"(...) el artículo 13 constitucional tiene 6 elementos fundamentales: (i) un principio general, que se refiere tanto a la igualdad ante la ley (igualdad formal), como a la protección igual por parte de las autoridades, la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato (igualdad material); (ii) la prohibición de discriminar por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; (iii) la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; (iv) la posibilidad de adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; (v) la obligación del Estado de brindar especial protección a personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; y (vi) el deber del Estado de sancionar los abusos o malos tratos contra quienes se encuentren en condiciones de indefensión o marginación". (Destacado)

#### b. Circunstancias que justifican un Trato Diferente

La igualdad debe ser "sustancial", y deben reconocerse las especiales situaciones y desventajas en las que se encuentran algunos sujetos:

"El derecho a la igualdad no se traduce en una igualdad mecánica y matemática **sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto**. Lo cual, implica que la aplicación efectiva de la igualdad en una determinada circunstancia no puede ignorar o desconocer las exigencias propias de la diversidad de condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los sujetos. (...)

"(...) el artículo 13 de la **Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho**, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas -entre ellas, rasgos o circunstancias personales- diferentes consecuencias jurídicas.<sup>32</sup>" (Destacado).

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-576 de 2004.

<sup>31</sup> Aristóteles, *Política* III 9 (1280 a): "Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales."

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-422/92. MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada por la distinguida como C-040/93. MP Dr. Ciro Angarita Barón.

En síntesis, la garantía del derecho fundamental a la igualdad requiere que las autoridades públicas ponderen todas las situaciones en las cuales ejercen su actuación, para así determinar cuál es el trato diferencial necesario para que el derecho fundamental a la igualdad sea real, material y palpable.

En materia de telecomunicaciones, la Corte Constitucional afirmó:

**"Es claro que quien ya tiene, por virtud de una concesión del Estado, acceso al espectro electromagnético, no está en la misma condición de quien no tiene tal acceso a un bien cuyo uso no está abierto para todos. Y tal diferencia es relevante en función del ámbito de regulación de la norma acusada. Ella incide sobre la oportunidad de acceso al espectro electromagnético, campo en el que se impone distinguir entre quienes en un momento dado tienen ya la posibilidad de hacer uso de una parte del mismo y quienes no la tienen; incide también en la posición de quienes estén interesados en obtener la concesión del servicio, porque quienes ya tienen la calidad de concesionarios, tendrían, por esa misma calidad, ventaja sobre quienes no la tienen, en el momento de proponer condiciones en la licitación o concurso; incide también, finalmente, en el ámbito de la competencia porque en el marco de una actividad de acceso restringido y regulado, es imperativo distinguir entre quienes por virtud de una concesión del Estado tienen la calidad de competidores en esa actividad y quienes no la tienen, ni han podido tenerla precisamente en función de la restricción de acceso impuesta por el Estado".**<sup>33</sup>

### c. Otorgar Trato Diverso a los Diferentes No es Discriminatorio

En Sentencia C-623/98, la misma Corte Constitucional sostuvo:

"(...), el principio de igualdad no consagra siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho o destinatarios de las normas, siendo posible, que **ante situaciones fácticas distintas, se prediquen diferentes consecuencias jurídicas**. Así entonces, se habla de una igualdad objetiva y no formal, la que prohíbe consagrar discriminaciones, pero autoriza un trato diferente si está razonable y objetivamente justificado". (Destacado)

Aunado a lo anterior, en Sentencia C-739/02, la misma Corporación determinó que cuando las autoridades brindan un trato diferente a algunos sujetos, no se produce *per se* una discriminación al resto de los administrados.

33

Ibidem. Sentencia C-815 de 2001. MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil

**"El derecho a la igualdad no se vulnera si el trato diferenciado tiene una justificación razonable"**

www.avantel.co

"(...) La igualdad -ha señalado la Corte- se traduce en el derecho que tienen los individuos a que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias<sup>34</sup> y que **"el núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual"**<sup>35</sup> (...)

"La aplicación efectiva de la igualdad corresponde, entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. **Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable<sup>36</sup> la distinción**"<sup>37</sup> (Destacado).

#### **d. Obligación de otorgar trato asimétrico a quienes son diferentes**

La Corte Constitucional ha establecido que las autoridades públicas tienen el deber de corregir las inequidades y desventajas en las que están algunos sujetos, para brindarles una igualdad material, real y efectiva<sup>38</sup>:

"...Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales **y de la diferencia entre los desiguales**. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, (...) **Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.** (...)

<sup>34</sup> Cfr. **Corte Constitucional**. Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-432 del 25 de junio de 1992. M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

<sup>35</sup> Cfr. *Ibidem*. Sala Plena. Sentencia C-022 del 23 de enero de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>36</sup> Sobre la razonabilidad, como criterio de valoración y aplicación del derecho a la igualdad, se ha pronunciado la Corte Constitucional en multiplicidad de ocasiones. Cfr., entre otras, la Sentencia C-221 de 1992. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>37</sup> *Ibidem*, Sentencia C-090 del 31 de enero de 2001. Sobre el criterio de razonabilidad, en Sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993, señaló la Corte que el mismo "hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad".

<sup>38</sup> MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero, reiterada por las distinguidas como C-013/93 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-479/92 MP. Drs. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

**"La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad". (Destacado).**

www.avantel.co

El Estado debe procurar el equilibrio, que no es otra cosa que la justicia concreta:

**"Al precisar el alcance del derecho a la igualdad, la Corporación también ha señalado que el objeto de esta garantía que a toda persona reconoce el artículo 13 de la Carta, no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todas las personas idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de diferenciaciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo formal, se favorezca la desigualdad.**

**"Para ser objetivas y justas, las reglas de la igualdad ante la ley no pueden desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas exigen regulación diferente para fenómenos y situaciones divergentes.**

**"La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las circunstancias concretas que los afectan, ya por las condiciones en medio de las cuales actúan, pues unas y otras hacen imperativo que el Estado procure el equilibrio, que en derecho no es cosa distinta que la justicia concreta. (...)**

**"Se verifica, entonces, una discriminación positiva justificada por ese mínimo de justicia material que se desprende de todo Estado social de derecho que se proclama justo. Ese trato diferente del débil se debe a la aplicación de la igualdad objetiva y no formal que predica la identidad entre los iguales y la diferencia entre los desiguales" (Destacado)<sup>39</sup>.**

La mencionada Corporación, en Sentencia C-838/03, reafirmó que la garantía de la igualdad material es una exigencia constitucional que deben atender las autoridades públicas:

**"(...) El cumplimiento de este principio exige que las autoridades públicas apliquen un trato igual entre iguales y desigual entre desiguales, esto último con base en una justificación objetiva y razonable y para lograr el propósito de que la igualdad sea material, es decir, real y efectiva, y no sólo formal.**

**"En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que el otorgamiento de un trato desigual debe cumplir unos requisitos que son la existencia de un fin legítimo o válido a la luz de la Constitución y la utilización de un medio adecuado o idóneo y proporcionado, esto es, que no sacrifique derechos, principios o valores constitucionales de mayor importancia, para la consecución de dicho fin.<sup>40</sup>" (Destacado)**

<sup>39</sup> **Corte Constitucional.** Sentencia C-345/93. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>40</sup> Sobre este tema pueden consultarse numerosas sentencias, entre ellas C-773 de 1998, C-337 de 1997 y C-022 de 1996.

Y de manera puntual, en la Sentencia T-555/11, la misma Corporación señaló el deber del Estado de dar un trato diferente positivo: [www.avantel.co](http://www.avantel.co)

"Para precisar el alcance de esa norma, la Corte Constitucional ha reiterado<sup>41</sup> que a fin de hacer que este derecho fundamental devenga efectivo para todas las personas, **el Estado debe acudir, incluso, al trato diferencial positivo**" (Destacado).

En relación con el trato diferente positivo, en la Sentencia T-330/ 93, la Corte Constitucional estableció:

"Con el trato diferencial positivo se aplica la filosofía esencial del Estado Social de Derecho, que se traduce en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, para hacer que la igualdad sea real y efectiva. **El principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo**". (Destacado).

En suma, es deber y obligación de resultado del Estado brindar un trato "*diferente positivo*" a todos los sujetos de derecho que por su condiciones especiales se encuentran en desventaja frente a los demás administrados.

Ocurre, sin embargo, que con el Proyecto y como ha quedado ampliamente demostrado, la CRC otorga trato más favorable a los operadores establecidos que al entrante.

**e. La normatividad supranacional reconoce el deber de garantizar la igualdad y otorgar trato no discriminatorio.**

En diferentes tratados de los que Colombia hace parte, en especial aquel que dio origen a la Organización Mundial de Comercio, incorporado al derecho interno mediante la Ley 671 de 1994 y las normas de la Comunidad Andina de Naciones, que constituyen derecho supranacional, imponen el deber de garantizar la igualdad y otorgar trato no discriminatorio.

Los anteriores principios rigen igualmente el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y los Estados Unidos, que consagra, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) trato no discriminatorio; (ii) trato nacional, en cuya virtud debe darse trato igual a las

---

<sup>41</sup> Cfr. T-554 de octubre 9 de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-040 de febrero 11 de 1993, M. P. Ciro Angarita Barón; T-273 de junio 14 de 1993, M. P. Dr. Carlos Gaviria Díaz; entre otras.

compañías de capital del exterior, como **Avantel**, que el que se otorga a compañías nacionales; y (iii) trato de nación más favorecida, que impone la obligación de otorgar a compañías de capital norteamericano (caso **Avantel**) el mismo trato que otorga a compañías de capitales de otros países.<sup>42</sup>

Todos los anteriores principios son conculcados por la regulación propuesta.

#### **1.4. Incurre en Falsa Motivación**

La propuesta regulatoria no se compece con las consideraciones del Documento que le sirve de Soporte, ni se ajusta al ordenamiento superior:

- a.** En el documento soporte, la CRC enumera las barreras -exógenas y endógenas- de entrada al mercado móvil, que impondrían la adopción de medidas para superar dichos obstáculos; sin embargo, actúa en contravía a la solución a la falla que quiere corregir, y propone el mantenimiento de los valores actuales de RAN, y su desvinculación de los valores reducidos de cargos de acceso. La medida tiene como efecto inmediato una brecha gigantesca entre los costos del entrante (porque el de RAN se mantiene) y los de los establecidos (reducidos de manera drástica), ante la cual cualquier asomo de promoción de la competencia por cuenta de la entrada de un nuevo proveedor desaparece por cuenta del regulador.
- b.** Si bien la CRC afirma que solamente si los costos de producción son lo suficientemente bajos (v.g. iguales a cero), el líder no podrá desmotivar la entrada y tendrá que enfrentar la competencia de los entrantes, a renglón seguido, decide aumentar artificial y sustancialmente los costos de producción de los entrantes, en relación con los de los incumbentes.
- c.** No obstante reconocer como barrera de entrada exógena la ventaja absoluta en los costos de los establecidos y las ventajas por economías de escala, formula una propuesta que afecta a los proveedores entrantes, que carecen de las economías de escala de sus competidores incumbentes y por ende, enfrentan costos promedio mayores.
- d.** Aunque la CRC manifiesta que el proveedor que más tarde en entrar al mercado no tendrá grandes probabilidades de pelear por una porción significativa de usuarios, en razón a que los establecidos acumulan ventajas que no permiten que el nuevo participante compita en igualdad de condiciones, presenta una propuesta que imposibilita que el entrante estructure ofertas que "reten" las de los incumbentes.

<sup>42</sup> Cfr. Tratado de Libre Comercio Colombia – USTR. Artículos 10 y 14 especialmente.

e. Si bien sostiene que entre más tarde sea la entrada al mercado del nuevo proveedor, mayores serán los costos (infraestructura, tecnología, publicidad, adquisición de usuarios, etc.) que tendrá que asumir, circunstancias que reducen las posibilidades de competencia, propone una regulación que mantiene artificialmente altos los costos mayoristas del entrante frente a la reducción sustancial de los costos mayoristas de los incumbentes.

f. La CRC reconoce que en un mercado conformado por la oferta de uno o más proveedores con alto poder de mercado, se esperaría que los entrantes contaran con niveles bajos de tráfico debido a los efectos de red, por lo cual, los pocos usuarios que capten generarán mayores llamadas hacia otras redes que con destino a la propia, lo que implica un déficit entre tráfico *on net* y *off net*.

No obstante tener preciso ese concepto, la Entidad propone una medida cuyo efecto inmediato es que el entrante asumirá por cada minuto de voz *off net*, costos ochenta y cinco por ciento (85%) mayores a los que asumirán los incumbentes, proporción que se suma a los costos en que tiene que incurrir para la captura de usuarios, su fidelización, y el despliegue de su propia red LTE.

### 1.5. Implica Actuación de la CRC Contra sus Propias Determinaciones

En efecto, según consta en el Documento de Respuesta a Comentarios del proyecto regulatorio "Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso de internet a través de redes inalámbricas", publicado en su última versión el 22 de agosto de 2013, la CRC acogió una observación pertinente de esta Compañía en relación con los cargos de RAN, como se aprecia en seguida:

"Frente al comentario de **AVANTEL** según el cual sería apropiado asociar el valor máximo a remunerar por el acceso y uso de la instalación esencial de roaming automático nacional con el menor valor de cargos de acceso para voz y SMS regulado para redes móviles, la CRC considera pertinente la observación, dado que las condiciones del mercado móvil han evolucionado continuamente, lo cual se refleja en mayores eficiencias en la prestación del servicio.

"Así las cosas, si bien los valores mayoristas regulados de cargos de acceso para los servicios de voz y SMS constituyen un referente apropiado para ser aplicado a los proveedores entrantes que harán uso del roaming, y dicha situación es inexistente en el mercado de datos, los valores de costos calculados años atrás pueden no reflejar de manera precisa la situación en la cual se desarrollarán los acuerdos de roaming automático nacional. Por tal razón, la CRC procederá a agregar un nuevo artículo a la resolución, en el cual de manera expresa se adopte el valor final de la senda de cargos de acceso contenida en los artículos 8 (tabla 3) y 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007, desde la entrada en vigencia





de la resolución. Dicho artículo quedará de la siguiente forma (...)"  
(Subrayado)

www.avantel.co

No se encuentra fundamento alguno que pueda apoyar cambio tan radical en la posición del Regulador. No debe perderse de vista que la Resolución 4112 fue adoptada en febrero de 2013, y menos aún que sus efectos no pueden haberse medido, por cuanto **Avantel**, el primer operador que solicitó acceso a RAN, solamente logró que el mismo fuera efectivo en julio del presente año respecto de Movistar y Tigo, y en agosto en lo que hace a Comcel.

De manera incomprensible, la Comisión propone en los artículos 3 y 4 del proyecto de resolución, que -en ejercicio de sus competencias- revisará de manera integral las condiciones de remuneración del roaming automático nacional de voz y SMS *"teniendo en cuenta las condiciones del mercado, el comportamiento de la competencia y las características de la interconexión entre proveedores y la cobertura de las redes, entre otros."*

Y es que no procede revisar -en el sentido de volver a examinar con detenimiento- algo que aún no ha producido efectos y, menos aún podría el regulador proceder contra sus propios actos.

Siendo entonces consecuente con el análisis técnico, económico y jurídico, efectuado por la CRC al momento de determinar el costo de la instalación esencial de RAN en el año 2013, corresponde a la entidad mantener el criterio utilizado y en conformidad, disponer que dicho valor corresponda al menor valor de la senda que se establezca para los cargos de acceso, en los términos ya descritos en el presente documento.

## **1. 6. Vulnera la Confianza Legítima de Avantel como Operador Entrante.**

### a. Desarrollo jurisprudencial del principio

A propósito de la confianza legítima, en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional<sup>44</sup> ha señalado -con apoyo en la doctrina especializada- que:

"La confianza legítima es un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4 de la C.P.), de respeto al acto propio<sup>45</sup> y buena fe (art. 83 de la C.P.), adquiere una identidad propia en virtud de las

<sup>43</sup> Documento de Respuesta a Comentarios Proyecto Regulatorio "Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso de internet a través de redes inalámbricas", Pág. 76.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, SU-360 de 1999.

<sup>45</sup> Ver sentencia T-295/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. **Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible.** [www.avantel.co](http://www.avantel.co)

"Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, **cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones.** Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Al respecto la Corte ha dicho:

'Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. **Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.** En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.<sup>46</sup>

"Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideran convenientes para la sociedad. La aplicación del principio de la buena fe lo que significa es que la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.

"(...) Así las cosas, el principio de confianza legítima tendrá tres presupuestos. En primer lugar, la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; en segundo lugar, una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; por último, la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. **Por lo tanto, el principio de la buena fe exige a las autoridades y a los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que**

<sup>46</sup> Sentencia C-478 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sobre este tema también pueden consultarse las sentencias T-398 de 1997, T-576 de 1998 y SU-260 de 1998.

**objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico**, como quiera que 'así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas'.<sup>47</sup> (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

b. **La subasta de Espectro IMT realizada el 26 de junio de 2013**

En el curso de dicho Procedimiento, **Avantel** resultó asignataria de un permiso para el uso del espectro radioeléctrico en el **segmento reservado** de la Banda AWS, razón por la cual se convirtió en Operador Entrante al mercado, circunstancia reconocida expresamente por la CRC:

"De esta forma, desde la perspectiva normativa antes señalada, es claro que **AVANTEL para todos los efectos legales, es un proveedor entrante y por lo tanto es sujeto de los derechos que hacen parte de la estrategia que fuera definida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para la promoción de la competencia y la inversión**, de acuerdo con las obligaciones definidas para los asignatarios de espectro radioeléctrico en la subasta realizada en 2013. (...)"<sup>48</sup> (Negrillas fuera del texto)

La participación de **Avantel** en la Subasta realizada el 26 de junio de 2013, hace escasos 13 meses, tuvo como causa y fundamentos esenciales las siguientes disposiciones superiores:

- (i) La Resolución CRC 4112 de 2013 sobre cargos de RAN, ya comentada, y
- (ii) La Resolución Mintic 449 del 11 de marzo de 2013, que consagró el derecho a acceder al RAN, en los términos definidos por el regulador, e hizo importantes declaraciones en materia de promoción de la competencia, para la cual se consideró necesario el ingreso de un Nuevo Operador al mercado (y, se colige, necesaria su permanencia en el mismo), tanto propias como tomadas de pronunciamientos de la CRC y la Superintendencia de Industria y Comercio:

"Que para **evitar una mayor concentración del mercado**, que podría llevar a los demás agentes del mercado a situaciones de insolvencia, de acuerdo con el informe de la SIC, es recomendable definir un escenario en el que se **propicie la entrada de al menos un nuevo proveedor de redes y servicios en el mercado, preferiblemente en la banda de AWS**, dados los menores costos de las redes y de los equipos, pues como concluye la Superintendencia, no

<sup>47</sup> Ibídem.

<sup>48</sup> Resoluciones CRC 4419, 4420 y 4421 de 2014, por medio de las cuales la entidad resuelve los conflictos surgidos entre Avantel y los operadores establecidos.



tendrían la tecnología de redes ni las economías de escala para asumir de forma competitiva los costos adicionales que representaría el segmento de 2.5 GHz"

www.avantel.co

...  
...  
"Que conforme con el concepto remitido mediante comunicación No. 12-182715 de fecha 19 de Octubre de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio, como órgano asesor del Gobierno Nacional en materia de protección de la competencia, recomendó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que, con el fin de facilitar la recomposición del sector y mitigar los riesgos de contagio del mercado de la Voz Saliente Móvil al mercado del Internet Móvil, se hace necesario permitir la entrada de un nuevo proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones al mercado".  
(Destacado y Subrayado)

Resulta evidente que la decisión de **Avantel** de participar en la Subasta, y su esfuerzo económico por convertirse en el Operador Entrante, estuvo motivada por las condiciones legales y regulatorias que antecedieron dicho procedimiento, y cuyos lineamientos fundamentales deben ser conservados -al menos por un período que permita evaluar sus resultados-.

Modificar en la forma que se propone el régimen regulatorio, desconocería en forma ostensible el principio constitucional de la Confianza Legítima.

## **2. RESULTA NECESARIA LA ADOPCIÓN DE LA OPCIÓN DE CAPACIDAD COMO MODALIDAD DE REMUNERACIÓN DEL RAN**

Al definir las condiciones generales para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, RAN, la Resolución CRC 4112 de 2013, establecida en el sub numeral 5 del numeral 30.2 del Artículo 30 de la Resolución CRC 3101 de 2011, dispuso:

### **"ARTÍCULO 8. REMUNERACIÓN DE LA INSTALACIÓN ESENCIAL DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL PARA SERVICIOS DE VOZ Y SMS.**

"A partir de la entrada en vigencia de la presente resolución los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles deberán aplicar el siguiente esquema de remuneración de la instalación esencial de roaming automático nacional:

"**8.1.** Para el roaming automático nacional de voz, **la remuneración por minuto** no podrá ser superior al valor final establecido en la Tabla 3 del artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007, modificado por el artículo 1° de la Resolución CRC 3136 de 2011, o aquella que la modifique o sustituya. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará a partir del 1° de enero de 2014, de



conformidad con lo establecido en el Anexo 01 literal b de la citada resolución o aquella que la modifique o sustituya.

www.avantel.co

"8.2. Para el roaming automático nacional de SMS, la remuneración por mensaje no podrá ser superior al valor final establecido en la Tabla del artículo 8B de la Resolución CRT 1763 de 2007, adicionado por el artículo 1º de la Resolución CRC 3500 de 2011, o aquella que la modifique o sustituya. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará a partir del 1º de enero de 2014, de conformidad con lo establecido en el Anexo 01 literal b de la citada resolución o aquella que la modifique o sustituya.

"**PARÁGRAFO.** Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles podrán establecer de mutuo acuerdo esquemas de remuneración distintos al dispuesto en el presente artículo, siempre y cuando tales acuerdos se ajusten a las obligaciones y principios regulatorios y no sobrepasen los topes a los que hacen referencia los numerales 8.1 y 8.2 de este artículo."

De igual manera, el artículo 9 dispuso que el valor de remuneración por el uso del roaming automático nacional para el servicio de datos no podrá ser superior a los valores establecidos en la siguiente tabla:

#### Valores Tope para Roaming de Datos

Unidad	2013*	A partir del 01-01-2014	A partir del 01-01-2015
MByte	\$25,63	\$19,36	\$13,09

\* Aplicable a partir de la vigencia de la presente resolución

Como se desprende de los artículos citados, la CRC dispuso que para el RAN de Voz, SMS y Datos, la remuneración se fijaba por minuto, SMS o Mbyte, respectivamente, esto es, por uso.

La remisión a los valores por uso, minuto y SMS, establecidos en el artículo 8º de la Resolución CRT 1763 de 2007, se fundamentó en la consideración ya mencionada, de que -si bien el modelo actualizado de costos de redes móviles a que se ha hecho referencia, representaba un escenario más cercano a la realidad tecnológica y de mercado existente en el 2012- que recogía el amplio desarrollo de las redes en tecnología 3G, capaz de arrojar resultados de costos por servicio, incluido roaming, en niveles más eficientes que los calculados en años anteriores en materia de cargos de acceso, en el análisis regulatorio no se consideró apropiado para el adecuado desempeño del sector móvil, introducir cambios a los valores fijados para Voz y SMS, distintos a los ya establecidos por la Comisión, en aras de una mayor estabilidad en las relaciones de interconexión ya establecidas.

No obstante no haber prohibido la CRC que los proveedores de la red de origen y de la red visitada pactaran la opción de capacidad como esquema de remuneración para el RAN, lo cierto es que regulatoriamente dicho esquema quedó limitado a la opción de uso, con base en tres (3) consideraciones de la Comisión, así:

a) Tratándose de la estructura de cobros por el acceso y uso de la instalación esencial de RAN, aquellos basados exclusivamente en el uso (costos que se recuperan mediante tarifas variables), se relacionan directamente con el costo marginal de los servicios y por ende con la disposición de pagar por su utilización efectiva. Por su parte, los cobros mediante tarifas integradas por dos partes, una fija y una variable, dan cuenta de la disposición del cliente a pagar por contar o no con el servicio ofrecido, a la luz de lo cual:

“Si bien las estructuras de cobros basadas en precios de dos partes tiene asidero económico, la racionalidad económica juega en contra de esta opción a la hora de hablar de una facilidad esencial como el acceso a RAN, ya que por el sólo hecho de la disposición a pagar de las redes entrantes, el valor del componente fijo debería ser muy elevado, llevando a que este tipo de reglas de cobro no sea óptima desde el punto de vista del objetivo regulatorio que se busca alcanzar con una medida de este tipo.”<sup>49</sup>

b) En términos de experiencias internacionales, en la mayoría de los países de la Unión Europea, OECD, y en los otros países donde se ha impuesto el Roaming Nacional, han prevalecido políticas de cobro de precios mínimos basados en uso, para eventos en los que no se llegue a acuerdo comercial, y negociaciones entre las firmas, en la mayoría de los casos<sup>50</sup>.

c) En el documento de respuesta a comentarios al proyecto regulatorio, aparece que UNE- EPM Telecomunicaciones expresó que para la fijación de topes tarifarios del roaming de voz, debía considerarse la definición de topes tarifarios para la opción de capacidad (precio por E1), a lo que la CRC contestó:

“R/ Frente a la solicitud de UNE en lo referido a la tarifa de roaming de voz por capacidad, en términos generales económicos cualquier tarifa por capacidad calculada con base en una modelación a capacidad máxima, jugará en desmedro de quién no sea capaz de copar dicha capacidad, favoreciendo indirectamente a quienes efectivamente son capaces de ocuparla. A la fecha se desconoce la dinámica de la utilización que llegará a darse para la instalación esencial del roaming automático nacional, por lo cual la postura de remuneración planteada en la propuesta tiene en cuenta una relación directa con el volumen de uso, sin que esto implique que los PRSTM involucrados no puedan llegar a acuerdos por

<sup>49</sup> Ídem  
<sup>50</sup> Ídem Pág. 98

capacidad o que a futuro la CRC pueda revisar otro tipo de esquemas de remuneración adicionales al propuesto."<sup>51</sup> (Subrayado)

www.avantel.co

El proyecto de regulación que es materia de observaciones mediante el presente escrito, además del nocivo efecto que producirá, según se explicó en aparte anterior, conserva la misma limitación, es decir, no prevé tarifas por capacidad.

No obstante, las consideraciones expuestas en su momento para soportar la exclusión de la opción de cargos por capacidad como esquema de remuneración del RAN, no solamente no encuentran justificación, sino que contradicen lo que al respecto ha dispuesto la propia CRC y la literatura en materia de regulación económica, según se explica a continuación:

**i) Los costos eficientes asociados al acceso y uso de RAN se recuperan tanto con la opción de uso como con la opción de capacidad**

La adopción de cargos de acceso por capacidad se remonta al año 2001, cuando la entonces CRT expidió la Resolución 463, cuyo artículo 1 ordenaba a los operadores telefónicos (de redes de TPBCL, de TMC y de PCS), ofrecer a los operadores que les demandaran interconexión, tanto la opción de cargos de acceso por minuto (uso), como de cargos de acceso por capacidad (E1). En particular, los cargos de acceso a las redes de TMC y PCS se causaban por la terminación de llamadas de larga distancia internacional entrante al país.

La CRT justificó su propuesta en los siguientes términos:

"Un esquema como el de capacidad busca incentivar a los operadores interconectantes para que, **a través de estrategias que tengan en cuenta la elasticidad de la demanda en diferentes períodos del día y para diferentes servicios, logren aumentos de tráfico y disminuyan sus costos de operación** al lograr un menor cargo de acceso promedio.

"Así mismo, la propuesta busca que los operadores establecidos **obtengan ingresos por el arrendamiento de sus enlaces, aumenten el número de enlaces arrendados en la medida en que el tráfico crezca y la utilización de los mismos se optimice viendo a la vez disminuido su riesgo en el negocio**. Lo anterior puesto que en este caso el operador que solicita la interconexión tendrá la responsabilidad de realizar adecuadamente sus proyecciones de demanda y el operador que arrienda su infraestructura no tendrá que cargar con los costos asociados con la provisión de capacidad innecesaria. Como resultado del esquema, **se obtendrán ganancias en eficiencia y un**

<sup>51</sup> Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC. Condiciones para el despliegue de Infraestructura para el acceso a Internet a través de redes inalámbricas - Roaming Nacional. Documento de respuestas a comentarios, Coordinación de Regulación de Infraestructura, Febrero 2013 Pág. 97



**mejoramiento de la ocupación de los canales que permita mantener los niveles de calidad necesarios.”<sup>52</sup> (Destacado)**

www.avantel.co

En esa oportunidad, la CRT manifestó que *“siendo la de capacidad una propuesta novedosa para el sector, la Comisión realizará un monitoreo permanente del desarrollo de su implementación”*.

En agosto de 2004, la misma Entidad formuló el proyecto “Revisión Integral de los Cargos de Acceso”, con el objeto de definir el esquema regulatorio que debía regir una vez culminada la etapa de transición contemplada en la Resolución CRT 463 de 2001, tanto para las redes fijas como para las redes móviles, en Colombia.

Fruto de dicho Proyecto fueron los modelos de costos HCMCRFIX y HC TPBCLE, así como el Modelo de Costos Eficientes de Redes Móviles, y la validación técnica y económica de sus resultados. Todos ellos se basaron en metodologías de costos incrementales de largo plazo, y tuvieron en cuenta los elementos de red necesarios para atender la expansión de cobertura y la demanda de tráfico proyectadas.

Con base en ellos, la CRT expidió la Resolución 1763 de 2007, cuyo artículo 8 estableció un cargo de acceso por minuto para remunerar a los operadores de TMC, PCS y Trunking, por los operadores de Telefonía Pública Básica Conmutada, TMC, PCS y Trunking, por concepto de la utilización de sus redes en sentido entrante y saliente, y -de manera adicional y por solicitud de los proveedores-, se introdujo el esquema de remuneración por capacidad, que todos los operadores de TMC, PCS y Trunking debían ofrecer a los operadores de TPBCLDI, TMC, PCS y Trunking.

Respecto de la reiteración de la opción de capacidad para redes fijas y móviles, manifestó la CRT:

**“Los cargos de acceso por capacidad es un modelo de tarificación **ampliamente utilizado** en las relaciones de interconexión en Colombia para remunerar el uso de las redes interconectadas y es coherente con los últimos avances tecnológicos en el sector de las telecomunicaciones. **Los cambios tecnológicos se caracterizan por el reemplazo de la conmutación por circuitos por la conmutación por paquetes, lo que a su vez lleva el desarrollo de las redes a la interconexión mediante nodos de alta capacidad.**”**

**“El descenso sistemático en los costos de transmisión y de conmutación, la aparición del protocolo IP, que ha reducido a más de la mitad los costos de equipos y la posibilidad de utilizar el mismo medio para enviar diferentes formas y tipos de información a costos**

<sup>52</sup> Documento CRT “FORO DE DISCUSIÓN RUDI-CARGOS DE ACCESO- REFORMA A PLANES TÉCNICOS BÁSICOS” Metropolitan Club, Bogotá D.C., 30 y 31 de julio de 2001



**significativamente más bajos hacen que la capacidad (arrendamiento de enlaces de interconexión) se consolide como una unidad de medida y como una variable relevante en los costos en telecomunicaciones en los futuros acuerdos de interconexión.** [www.avantel.co](http://www.avantel.co)

"Entre las ventajas observadas por la introducción de la remuneración por capacidad se tienen:

- Optimización de la infraestructura de transmisión existente, logrando una utilización más racional y apropiada de la infraestructura de enlaces en el país.
- Reducción de costos para el operador que solicita la interconexión.
- Reducción del nivel efectivo promedio de cargos de acceso pagados, manteniendo, por lo menos inicialmente, el nivel de los ingresos de los operadores.
- Generación de un volumen de ingresos eficiente, provenientes de cargos de acceso, para el operador interconectante, que le garantice la recuperación de sus inversiones.

"Por estas razones, la CRT propone mantener las opciones actuales de cargos de acceso para remunerar el uso de la infraestructura por concepto de la interconexión."<sup>53</sup> (Destacado)

Mediante la Resolución CRC 2354 de 2010, el Regulador dispuso una primera reducción de los cargos de acceso, tanto por uso como por capacidad, y el 26 de septiembre de 2011 expidió la Resolución 3136, mediante la cual estableció medidas regulatorias en el mercado de "Voz Saliente Móvil", entre ellas, una reducción adicional en los valores de cargo de acceso a redes móviles, igualmente tanto por uso como por capacidad.

En ambos ejercicios regulatorios, la CRC mantuvo la opción de capacidad para remunerar el acceso y uso de redes móviles, como de hecho lo hace la propuesta regulatoria objeto de observaciones.

Como puede apreciarse, hace ya más de doce (12) años que en Colombia se utiliza el esquema de capacidad para remunerar el acceso y uso de las redes móviles de telecomunicaciones, sin que proceda poner en discusión las ventajas de su adopción ni la recuperación, mediante esta alternativa, de los costos eficientes en que incurren los proveedores móviles para terminar llamadas en sus redes, más una utilidad razonable, al punto que la Comisión lo propone una vez más.

<sup>53</sup> COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES CRT. Propuesta Regulatoria para la fijación de los cargos de acceso a redes fijas y móviles en Colombia. Coordinación de Regulación. Septiembre de 2007, Pág. 69

No obstante, a la hora de fijar los cargos de RAN, la CRC descarta la opción de capacidad como mecanismo de remuneración de esta Instalación Esencial, sin considerar que como quiera que tanto los cargos de acceso por uso como los cargos de acceso por capacidad permiten la recuperación de los costos involucrados en la terminación de tráfico de interconexión, no existe razón válida para concluir que los valores de cargo de acceso por uso permiten la recuperación de los costos asociados al RAN como Instalación Esencial para efectos de interconexión, pero que los valores de cargo de acceso por capacidad no lo permiten, máxime cuando los elementos de red utilizados tanto para terminar llamadas como para usar RAN son los mismos, con la funcionalidad CSFB como costo adicional asociado a la provisión de RAN, que -en cualquier caso- no es un costo exclusivo de dicho servicio mayorista, sino común al servicio minorista de cada incumbente, para permitir a sus propios usuarios LTE acceder a servicios de Voz y SMS en sus redes 2G y 3G.

De hecho, la propia CRC ha señalado que la parte del costo mayorista de CSFB asociado al servicio de RAN es marginal frente al asociado a los servicios minoristas de Voz y SMS, tomando en consideración la cantidad de usuarios de los proveedores incumbentes que requieren hacer uso de la funcionalidad, respecto a los usuarios de Avantel que la requieran.

ii) La opción por capacidad comporta ventajas reconocidas por la literatura en materia de regulación de telecomunicaciones.

Como lo reconoció la CRT en los años 2001 y 2007, la opción de capacidad ha demostrado ser una opción que comporta ventajas indiscutibles, tratándose de la remuneración del acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones fijas y móviles.

La literatura regulatoria, por su parte, también ha reconocido la existencia de ventajas asociadas a la mencionada opción:

Kennet y Ralph (2007) afirman que, en términos de causación de costo, la demanda por interconexión de una o dos vías comporta una demanda por capacidad, y los cargos por capacidad o CBI (Capacity-based interconnection) fijan el precio igual al costo incremental de la capacidad requerida para transportar el tráfico de las partes de la interconexión, lo cual, al reflejar los costos, sitúa al proveedor alternativo o entrante en la misma base que el incumbente, en cuanto al costo del insumo, mientras los esquemas por uso no reflejan el costo de una llamada o un minuto, sino el costo incremental promedio por minuto, y, en consecuencia, aumentan los costos del conjunto de unidades provistas<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Mark Kennet & Eric K. Ralph. Efficient interconnection charges and capacity-based pricing. International Economics and Economic Policy August, Volume 4, Issue 2, pp 135-158 (2007)



De esa manera, en el esquema de capacidad, los precios son cercanos a la estructura de costos de la red de telecomunicaciones, los cuales no dependen de los minutos adicionales de llamadas sino de las unidades de transmisión y de las capacidades de conmutación, que usualmente representan costos fijos<sup>55</sup>.

En ese sentido, los cargos por capacidad pueden reflejar de mejor manera las causas subyacentes de los costos mayoristas y pueden también alinearse mejor con las estructuras de precios minoristas: aguas arriba, un cargo por capacidad refleja mejor la causalidad de costos, porque los costos relevantes son normalmente impulsados por un aumento de la demanda de capacidad; aguas abajo, los paquetes minoristas tienden sustancialmente hacia esquemas de tarifa plana<sup>56</sup>.

Los cargos por minuto son usualmente ineficientes, porque no reflejan la estructura de costos de las redes, mientras los cargos por capacidad son sustancialmente más eficientes<sup>57</sup>.

De otra parte, al reconocer el costo incremental de la capacidad requerida para transportar el tráfico adicional generado por la interconexión o el acceso, el precio por capacidad otorga a los proveedores con poder significativo de mercado mayor flexibilidad al diseñar estructuras de precios mayoristas, a la vez que, tomando en consideración las crecientemente populares tarifas planas a nivel minorista, un esquema mayorista por capacidad también confiere mayor libertad a competidores alternativos para ofrecer a sus clientes estructuras de precios similares a las de los incumbentes<sup>58</sup>.

En otras palabras, el esquema de capacidad permite que los operadores entrantes establezcan una estructura tarifaria diferente a la del operador establecido, y que se beneficien de las economías de escala que ellos mismo generan<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Wolfgang Briglauer e Ingo Vogelsang. The Need for a New Approach to Regulating Fixed Networks. Telecommunications Policy Volume 35 Issue 2 (2011)

<sup>56</sup> Ofcom. Wholesale mobile voice call termination Preliminary consultation on future regulation. (2009)

<sup>57</sup> Vogelsang, Ingo, in collaboration with Ralph-Georg Wöhr. Determining Interconnection Charges Based on Network Capacity Utilized, in Price Regulation. Karl-Heinz Neumann, Sonia Strube Martins and Ulrich Stumpf, eds. Bad Honnef: WIK Proceedings No. 8. (2002); Vogelsang, Ingo. Price Regulation of Access to Telecommunications Networks. Journal of Economic Literature, 41(3): 830-862. (2003)

<sup>58</sup> Wolfgang Briglauer e Ingo Vogelsang. The Need for a New Approach to Regulating Fixed Networks. Ob. Citada.

<sup>59</sup> Francesc Trillas y Joan Calzada, Los precios de interconexión en las telecomunicaciones: de la teoría a la práctica. Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública, 173-(2/2005): 85-125 (2005), Instituto de Estudios Fiscales.



Otra importante ventaja de los cargos por capacidad es que señalan la estructura de costos asociada a la entrada, basada en infraestructura (*facility based entry*), lo cual reduce la probabilidad de que ocurra una entrada ineficiente de este tipo, o de que no ocurra una eficiente<sup>60</sup>.

De igual manera, bajo el esquema de capacidad, los proveedores entrantes tienen fuertes incentivos para emplear totalmente la capacidad reservada por anticipado, lo cual contribuye a desacelerar la contracción general del mercado<sup>61</sup>.

Ahora bien, como lo exponía Gabel desde el año 2002, los avances tecnológicos abogan más por los cargos por el sistema de capacidad que por los cargos por el de uso, en tanto la conmutación de paquetes está reemplazando la conmutación de circuitos, y los operadores están interconectando sus redes con enlaces de alta capacidad, de manera que la dependencia en precios por minuto en vez de cargos por capacidad carece de sentido porque aquel sistema impone restricciones operacionales innecesarias y costos tanto en los operadores como en los fabricantes<sup>62</sup>.

Los cargos por capacidad son en consecuencia ideales para hacer frente a nuevos servicios diferentes de Voz, ofrecidos con base en nuevas tecnologías, en tanto las unidades de capacidad no dependen de la clase de información transmitida. Por ende, los cargos por capacidad pueden verse favorecidos con la implementación de *all-IP "Next Generation Networks" (NGN)*, en las cuales los minutos de uso dejaron de ser una medida apropiada de la red<sup>63</sup>.

Mantener, por ende, los cargos de acceso por uso, como único esquema de remuneración de las redes, resulta inconveniente, dadas las desventajas asociadas a estos esquemas:

"La regulación a través de precios de interconexión orientados a costes tradicionalmente se ha realizado en el marco de un sistema de interconexión por tiempo. Este consiste en establecer precios por minuto de interconexión diferentes en horario pico y en horario valle. Sin embargo, este sistema no refleja correctamente los costes de la interconexión. Para una empresa regulada el coste de la interconexión es el coste de los circuitos que los entrantes utilizan en el

<sup>60</sup> Mark Kennet & Eric K. Ralph. Efficient interconnection charges and capacity-based pricing. Ob. Citada

<sup>61</sup> Wolfgang Briglauer e Ingo Vogelsang. The Need for a New Approach to Regulating Fixed Networks. Ob. Citada

<sup>62</sup> David Gabel. A Competitive Market Approach to Interconnection Payments. Networking Knowledge for Information Societies: Institutions & Intervention Edited by Robin Mansell, Rohan Samarajiva and Amy Mahan (2002)

<sup>63</sup> Wolfgang Briglauer e Ingo Vogelsang. The Need for a New Approach to Regulating Fixed Networks. Ob. Citada.

horario pico 41. Teniendo esto en cuenta, facturar a los operadores precios de interconexión distintos en función del periodo del día en que se realiza el tráfico en lugar de facturarles el coste de los circuitos de interconexión que utilizan [www.avantel.co](http://www.avantel.co) genera numerosas distorsiones.

"Un sistema de interconexión por tiempo genera tres tipos de ineficiencias interrelacionadas. En primer lugar, el propietario de la red no tiene información fiable sobre la demanda de interconexión, por lo que puede quedar desbordado cuando los entrantes le soliciten más capacidad de la que espera. Si los entrantes estiman incorrectamente su tráfico de interconexión futuro es la empresa establecida quien tiene que financiar el exceso de capacidad o la ampliación de su planta. En segundo lugar, al establecer unos precios de interconexión pico y valle, los entrantes no pueden fijar libremente sus precios finales, sino que están condicionados por el valor de los precios de interconexión y por la duración del período pico. Finalmente, en un sistema de interconexión por tiempo, el operador establecido tiene unos costes incrementales a largo plazo menores que los entrantes. Generalmente los circuitos de telecomunicaciones se dejan con una capacidad excedentaria para garantizar un determinado nivel de calidad. Pero al agregar varios circuitos, se reduce la capacidad que se debe dejar vacante en cada circuito. Esto genera una economía de escala, que en un sistema de interconexión por tiempo se apropia el operador que gestiona la red."<sup>64</sup>

Si lo anterior es así, no existe razón técnica o económica que desaconseje la opción de capacidad como alternativa de remuneración del RAN, a elección del proveedor pagador, como Instalación Esencial asociada a la interconexión.

### **iii) La referencia a tarifas de dos partes no es pertinente tratándose de cargos de RAN por capacidad, ni su valor, per se, debería ser muy elevado**

Como se mencionó, la CRC justificó la determinación de excluir la opción de capacidad para remunerar el uso de RAN en que -si bien las estructuras de cobros basadas en precios de dos partes, tiene asidero económico- la racionalidad económica juega en contra de esta opción a la hora de hablar de una facilidad esencial como el acceso a RAN, ya que por el sólo hecho de la disposición a pagar de las redes entrantes, el valor del componente fijo debería ser muy elevado, llevando a que este tipo de reglas de cobro no sea óptima desde el punto de vista del objetivo regulatorio que se busca alcanzar con una medida de este tipo<sup>65</sup>.

Argumento semejante no resulta válido, en primer lugar, porque la opción de capacidad no comporta una tarifa en dos partes, tratándose solamente de un cargo fijo por una

<sup>64</sup> Francisc Trillas y Joan Calzada, Los precios de interconexión en las telecomunicaciones: de la teoría a la práctica. Ob. Citada

<sup>65</sup> Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC. Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso a internet a través de redes inalámbricas. Regulación de Infraestructura, Agosto 2012. Pág. 97

capacidad adquirida por el proveedor entrante, que carece de componentes tarifarios variables.

www.avantel.co

Siendo así, tampoco puede señalarse que por el sólo hecho de la disposición a pagar de las redes entrantes, el valor del componente fijo haya de ser muy elevado, afirmación que carece de soporte tanto en el documento que la contiene como en la realidad de la remuneración de RAN, como quiera que en tarifas de dos partes el valor fijo no se fija alto porque el variable es bajo, sino que se establece en función de los costos fijos involucrados en las industrias de red, frente a los bajos costos variables que se causan en ellas, con un costo marginal cercano a cero.

No procede por tanto sostener que no debe fijarse un valor fijo, porque sería muy alto, pues el nivel de dicho valor sólo puede determinarse a la luz de los costos incrementales asociados a la instalación por remunerar, que en alta proporción son fijos y no variables.

Como consecuencia de todo lo expuesto, no resulta admisible sostener, como lo hizo la CRC en el año 2013, que los cargos fijos no son óptimos desde el punto de vista del objetivo regulatorio que se buscaba alcanzar con una medida de este tipo, afirmación que carece de sustento y se cae por su propio peso, teniendo en cuenta que la verdadera utilidad de un cargo fijo por capacidad se ve representada en la obtención de economías de escala derivadas de la adquisición de una capacidad contratada por quien va a hacer uso de ella.

**iv) Que la tarifa por capacidad pueda no convenir a quien no sea capaz de coparla, no justifica la exclusión de la opción de capacidad en materia de remuneración de RAN.**

Señaló también la CRC, respecto de la solicitud de UNE respecto de la tarifa de roaming de Voz por capacidad, que -en términos generales económicos- cualquier tarifa por capacidad calculada con base en una modelación a capacidad máxima, jugará en desmedro de quién no sea capaz de copar dicha capacidad, favoreciendo indirectamente a quienes efectivamente son capaces de ocuparla, y que, desconociendo a la fecha la dinámica de la utilización que llegará a darse para la instalación esencial del roaming automático nacional, la postura de remuneración planteada en la propuesta (uso) tiene en cuenta una relación directa con el volumen de uso<sup>66</sup>.

Que la tarifa por capacidad juegue en desmedro de quien no sea capaz de coparla y a favor de quien sí lo haga, en manera alguna significa que no resulta eficiente conferir al Proveedor Entrante la opción de adquirir capacidad y pagar un cargo fijo por ella, cuando

<sup>66</sup> Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC. Condiciones para el despliegue de Infraestructura para el acceso a Internet a través de redes inalámbricas - Roaming Nacional. Documento de respuestas a comentarios. Coordinación de Regulación de Infraestructura, Febrero 2013, Pág. 97



sus propias estimaciones de demanda y el monitoreo de la evolución del tráfico en RAN le permiten considerar que obtiene mayores eficiencias adquiriéndola y pagando un cargo fijo, que le permita explotar economías de escala. [www.avantel.co](http://www.avantel.co)

La afirmación de la CRC cobraría relevancia si se discutiera dejar la opción de capacidad como única, que no es el caso, pues lo que se sugiere es que, de la misma manera que ocurre en materia de cargos de acceso, el proveedor pagador elija la opción de remuneración, por uso o por capacidad, que más se acomode a su estrategia, tráfico, y crecimiento.

Vale decir, por demás, que erró la CRC al excluir la opción de capacidad, porque para la fecha de expedición de la Resolución 4112, se desconocía la dinámica de la utilización que llegaría a darse para la instalación esencial de RAN, pues precisamente por esa razón es que se debería dejar al pagador la decisión de escoger conforme a cuál opción remunerará el uso de la instalación esencial, y será él (y no el regulador) quien asuma el riesgo de la opción acogida. No resulta pues propio del marco de su competencia, que la CRC realice análisis que corresponden al proveedor, o que pretenda evitarle a éste la asunción de riesgos que le son propios y corresponden a su desempeño en el mercado, a costa de adoptar medidas de intervención que afectan la eficiencia en el mercado mayorista, y por ende, en el mercado aguas abajo.

De hecho, al establecer en el año 2001 la opción de capacidad para la remuneración de redes fijas y móviles, la CRT desconocía cómo evolucionaría el tráfico por cursarse sobre las mismas, y fue esa circunstancia la que permitió conferir al pagador, a su propio riesgo, la opción de escoger con qué opción remuneraba el uso de las redes de terceros. Fue esa evolución la que, conocida por cada proveedor, supuso que algunas relaciones de interconexión se remuneraran por uso y otras por capacidad.

#### **v) Que la experiencia internacional refleje esquemas de remuneración de RAN basados en uso no es consideración pertinente**

Señaló la CRC en el 2013 que -en términos de experiencias internacionales-, en la mayoría de los países de la Unión Europea, OECD y en los otros países donde se ha impuesto el Roaming Nacional, han prevalecido políticas de cobro de precios mínimos basados en uso, en los casos donde no se llegue a acuerdo comercial, y negociaciones entre las firmas, en la mayoría de los eventos<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC. Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso a internet a través de redes inalámbricas. Regulación de Infraestructura Agosto 2012. Pág. 97

Si algún caso existe en que las experiencias internacionales no hayan desempeñado papel alguno para adoptar regulaciones a cargo de la CRC –y antes de la CRT-, es en el tema de cargos por capacidad. En efecto, en el año 2001, solamente España, en el concierto mundial, había adoptado la opción de cargos por capacidad. No obstante, la CRT, consciente de sus ventajas, la adoptó como opción de remuneración para el uso de redes interconectadas.

Cuando en el 2007 adoptó la regulación de cargo de acceso a redes móviles e incorporó la opción de capacidad, en Latinoamérica había apenas tres (3) países más con dicha opción (Argentina, Costa Rica y Perú)<sup>68</sup>. No obstante, la Comisión la acogió sin reparo para ese tipo de redes.

Lo propio ocurrió en materia de RAN, donde la experiencia internacional mostraba que en la mayoría de casos, los precios fueron fruto de acuerdos comerciales. A pesar de esta circunstancia, la CRC, considerando el poder sustancial de mercado de cada incumbente en el acceso a su red, estableció precios tope. La experiencia mostró que, de haber seguido los antecedentes internacionales, no habría RAN efectivo en el país, habida cuenta de que aún con la Resolución 4112 vigente, **AVANTEL** requirió la intervención particular y concreta de la CRC, para lograr la provisión efectiva de tal Instalación Esencial.

No se entiende entonces por qué, en el año 2013, la CRC invoca entre las frágiles consideraciones para excluir la capacidad como mecanismo de remuneración del RAN, que la experiencia internacional muestra cobro de precios mínimos basados en uso, en los casos donde no se llegue a acuerdo comercial, y negociaciones entre las firmas, en la mayoría de los eventos.

**Vi) Si en alguna oportunidad tecnológica se requiere adoptar la opción de capacidad, es aquella en que se remuneran redes 3G y NGN**

Como se ha señalado, tanto la CRC como la literatura en materia de regulación de redes de telecomunicaciones han señalado que los cambios tecnológicos caracterizados por el reemplazo de la conmutación por circuitos por la conmutación por paquetes, la aparición del protocolo IP, el descenso sistemático en los costos de transmisión y de conmutación, y la posibilidad de utilizar el mismo medio para enviar diferentes formas y tipos de información a costos significativamente más bajos, han hecho que la capacidad (arrendamiento de enlaces) se consolide como unidad de medida y como variable relevante en los costos de telecomunicaciones en los futuros acuerdos de acceso, uso e interconexión.

<sup>68</sup> CRT. Propuesta Regulatoria para la fijación de los cargos de acceso a redes fijas y móviles en Colombia Coordinación de Regulación Septiembre de 2007. Pág. 26



Y como se estableció también, en el año 2011 la CRC consideró adecuado actualizar y ajustar la herramienta del modelo de costos de redes móviles, con el fin de que la misma pudiera contar con una arquitectura convergente NGN que reconociera la distribución y asignación de costos de redes multiservicio, que -a partir de la base modelada existente- contemplara escenarios intermedios hasta la migración a una red completamente IP. La misma fue publicada en el año 2012, tanto en el marco de la IV Sesión del Grupo de Industria para el despliegue y desarrollo de redes de nueva generación (NGN), como en el marco del proyecto "Condiciones para el despliegue de infraestructura para el acceso a Internet a través de redes inalámbricas", que culminó con la expedición de la Resolución 4112.

No puede entonces existir mejor oportunidad para que la CRC adopte como cargos del RAN, además de la opción por uso (minuto), la de cargos por capacidad (E1), a elección del pagador, quien debe asumir los riesgos asociados a la contratación anticipada de una determinada capacidad, por un valor fijo, que -en todo caso- debe reflejar los costos incrementales asociados al tráfico de RAN, y las economías de escala propias de las industrias de red, en un entorno NGN "all IP".

### 3. LA FORMULACIÓN DEL ARTÍCULO 8.1, QUE EL PROYECTO PROPONE ADICIONAR AL ARTÍCULO 8, HACE INOCUA LA REDUCCIÓN DE CARGOS DE ACCESO QUE SE PRETENDE REALIZAR

Inspirada con acierto en las altas barreras endógenas y exógenas que enfrentan los nuevos proveedores para ingresar al mercado móvil, la CRC propone en el Artículo 7 del Proyecto, adicionar el Artículo 8.1 al Artículo 8° de la Resolución CRT 1763 de 2007, así:

**"ARTÍCULO 8.1.** La remuneración correspondiente al cargo de acceso de las redes de los proveedores de redes y servicios móviles que hayan obtenido permisos para uso y explotación de espectro radioeléctrico en bandas actualmente utilizadas en Colombia para servicios móviles terrestres IMT, corresponderá al siguiente valor:

Desde	01-ene-14	01-ene-16
Minuto (uso)	56,38	41,61
Capacidad (E1)	23.987.791,41	17.856.618,41

Nota: El Valor expresado en pesos constantes de enero de 2011. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará a partir del 1° de enero de 2014, conforme al Anexo 01 de la presente resolución. Corresponde al valor de los cargos de acceso que los proveedores de redes y servicios móviles reciben de otros proveedores de redes y servicios, cuando estos hacen uso de sus redes. Los proveedores de redes y



servicios de Larga Distancia Internacional pagarán cargos de acceso por originación y por terminación en las redes móviles. Los valores que contempla la opción de uso corresponden a la remuneración por minuto real, y la opción de capacidad correspondiente a la remuneración mensual por enlaces de 2.048 Kbps (E1) o su equivalente que se encuentren operativos en la interconexión. [www.avantel.co](http://www.avantel.co)

"PARÁGRAFO: Esta remuneración solo se reconocerá durante los tres (3) años contados desde la fecha en que fue asignado el primer permiso para uso y explotación del espectro radioeléctrico en bandas actualmente utilizadas en Colombia para servicios móviles terrestres IMT."

En la forma como está propuesto, el artículo transcrito hace inoqua la reducción proyectada para las tarifas de cargos de acceso, así como la asimetría a favor de los proveedores entrantes, en tanto todos los incumbentes (Claro, Movistar y Tigo) quedan incluidos en el supuesto de hecho de la norma para cobrar cargos de acceso a los valores previstos en la tabla, pues todos ellos han obtenido permisos para uso y explotación de espectro radioeléctrico en bandas actualmente utilizadas en Colombia para servicios móviles terrestres IMT, tanto antes de la Subasta de Espectro realizada en el 2013, como con ocasión de ella.

De acuerdo con la formulación así dispuesta, no solamente el único Operador Entrante que ofrecerá servicios de Voz, **Avantel**, sino todos los incumbentes, tendrán derecho de cobrar cargos de acceso a los valores previstos en la tabla. Es esa condición, la de ser titular permisos para uso y explotación del espectro radioeléctrico en bandas actualmente utilizadas en Colombia para servicios móviles terrestres IMT, la que obligó a los incumbentes a proveer RAN, de acuerdo con el artículo 4 de la Resolución 4112.

Pero, además, el proyecto desconoce el principio de irretroactividad de los actos administrativos, al disponer su párrafo que esta remuneración únicamente se reconocerá durante los tres (3) años siguientes, contados desde la fecha en que fue asignado el primer permiso para uso y explotación del espectro radioeléctrico en bandas actualmente utilizadas en Colombia para servicios móviles terrestres IMT.

Como es jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado, por regla general el acto administrativo solo produce efectos hacia el futuro, una vez se encuentre ejecutoriado, como manifestación de la certeza jurídica que caracteriza a un Estado de Derecho, y -por extensión- del principio de irretroactividad de la ley, razón por la cual solamente en forma excepcional pueden los actos administrativos tener efecto hacia el pasado o tomar en consideración situaciones de hecho anteriores a su expedición y firmeza, siendo para ello indispensable que medie siempre autorización de la ley, pues principio semejante tiene



fundamento adicional en el de seguridad jurídica, también esencial en un Estado de Derecho<sup>69</sup>.

www.avantel.co

En el presente caso, el primer permiso para uso y explotación del espectro radioeléctrico en bandas actualmente utilizadas en Colombia para servicios móviles terrestres IMT, fue conferido, para cada proveedor incumbente, hace muchos años, y tratándose de **AVANTEL**, casi un año atrás, razón por la cual el proyecto de Resolución cobijaría situaciones ocurridas antes de su vigencia, con desconocimiento del régimen jurídico superior.

Lo propio ocurre con la tabla propuesta, que permite el cobro de cincuenta y seis pesos con treinta y ocho centavos (\$56,38) desde el 1 de enero de 2014, cuando la sola publicación del proyecto data del 19 de agosto último, y la Resolución será expedida, probablemente, en septiembre u octubre.

Es pertinente mencionar que el Consejo de Estado ya ha suspendido provisionalmente y anulado actos administrativos que fijan precios para períodos transcurridos antes de su entrada en vigencia, como ocurrió con el artículo 2 de la Resolución 489 de 2002, en el que el 12 de abril de ese año, la CRC dispuso el cobro del valor del cargo de acceso a las redes de telefonía, a partir del 1 de enero de 2002<sup>70</sup>.

En ese sentido, el artículo propuesto debería ser del siguiente tenor:

**"ARTÍCULO 8.1. A partir de la entrada en vigencia de la presente disposición,** la remuneración correspondiente al cargo de acceso de las redes de los proveedores de redes y servicios móviles **que hayan resultado adjudicatarios de permisos para uso y explotación de espectro radioeléctrico en los segmentos reservados a que hace referencia la Resolución 449 de 2013, expedida por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones,** y los procesos de asignación de espectro de las mismas características que se realicen con posterioridad, corresponderá al siguiente valor:

Desde	01-sep -14	01-ene-16
Minuto (uso)	56,38	41,61
Capacidad (E1)	23.987.791,41	17.856.618,41

Nota: El Valor expresado en pesos constantes de enero de 2011. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará a partir del 1º de enero de 2014, conforme al Anexo 01 de la presente resolución. Corresponde

<sup>69</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: Doctora MARTHA SOFIA SANZ TOBON, Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil seis (2006) Radicación número: 76001-23-31-000-2001-02199-01

<sup>70</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, C.P: doctor MARCO ANTONIO VELLILLA, Bogotá, D.C., 21 de agosto de 2008. Exp. Número: 2003-000047



al valor de los cargos de acceso que los proveedores de redes y servicios móviles reciben de otros proveedores de redes y servicios, cuando estos hacen uso de sus redes. Los proveedores de redes y servicios de Larga Distancia Internacional pagarán cargos de acceso por originación y por terminación en las redes móviles. Los valores que contempla la opción de uso corresponden a la remuneración por minuto real, y la opción de capacidad corresponden a la remuneración mensual por enlaces de 2.048 Kbps (E1) o su equivalente que se encuentren operativos en la interconexión.

www.avantel.co

**PARÁGRAFO:** Esta remuneración solamente se reconocerá durante los cuatro (4) años siguientes, contados **desde la fecha de entrada en vigencia de la presente disposición.** (NFT)

El fundamento de la propuesta de cuatro (4) años para la asimetría es el que se describe a continuación, derivado de un estudio de Fedesarrollo y de las conclusiones de la OECD en el estudio que realizó sobre Colombia.

## **VI. DETERMINACIÓN DEL CARGO DE ACCESO HACIA LA RED DEL OPERADOR ENTRANTE: ESTUDIO DE FEDESARROLLO Y RECOMENDACIONES DE LA OECD**

### **1. FEDESARROLLO**

Fedesarrollo, en estudio remitido a la CRC en ocasión anterior, y anexo a la presente comunicación, efectúa la propuesta regulatoria que se resume a continuación, previas algunas consideraciones en las que la misma se fundamenta:

**a.** Con la entrada de las redes de 4G se espera una mayor dinámica en el mercado de datos móviles que en el de voz móvil; los nuevos modelos de costos y provisión de servicios bajarán el costo del consumo de datos por demanda, debido a un efecto de sustitución en los patrones de consumo entre voz y datos por los usuarios; impacto negativo en el precio del acceso a los servicios de datos móviles y aumento en la migración de usuarios en busca de paquetes de servicios que se acomoden mejor a sus necesidades.

En los países con regulación asimétrica, hay una relación fuerte entre el tamaño del operador dominante y el cargo de acceso para la terminación de llamadas en la red del más pequeño, y la asimetría busca la promoción de éste.

**b.** Se espera que el número de líneas de telefonía móvil ascienda a los 56 millones para 2018, con una población estimada cercana a los 49,8 millones de habitantes.

**c.** La estimación de demanda para la red entrante, con base en la experiencia de 2003-04 cuando entró la red de PCS al mercado; la penetración; el churn promedio de los establecidos; las adiciones de los establecidos y la concentración del mercado respecto a la aparición de un entrante es de 1.3 millones de usuarios para el quinto año. En consecuencia, el entrante tendría una participación de entre el 2,5% y el 2,53%.

d. Los costos por usuario para un operador entrante en Colombia son mucho mayores que los de los operadores incumbentes, aun cuando estos últimos demandan también grandes inversiones en redes para sus usuarios, y por otro lado, que los ingresos que los entrantes reciben por usuario son mucho menores como consecuencia del desbalance en el tráfico on-net y off-net que origina los efectos club entre usuarios.

#### e. Propuesta Fedesarrollo

La propuesta toma como referencia el análisis internacional presentado en el estudio, la recomendación de la Comisión Europea que hace referencia a que la asimetría es justificable y deseable bajo dos condiciones: (i) asignaciones desiguales del espectro y (ii) entrada de nuevos operadores al mercado, respecto de la cual la CE sugiere tener en cuenta las ventajas de permitir que el operador entrante recupere los costos de una manera eficiente, a la vez que recomienda una senda hacia la simetría. El regulador europeo señala que el período de convergencia debe oscilar entre 4 y 5 años a partir de la entrada de un nuevo operador.

En consecuencia, con base en una simulación de un mercado con tres operadores establecidos y un entrante, con un churn de 30% anual y asumiendo que al alcanzar la madurez del mercado, cada operador obtiene el 25% del mercado, entre el cuarto y el quinto año después de su entrada, el operador nuevo alcanza una posición de mercado suficiente para competir.

De acuerdo con esta comparación, durante las sendas de convergencia, los cargos de acceso se redujeron en promedio en 50% con respecto a sus niveles iniciales. Las caídas se produjeron en períodos con duración promedio de 1.153 días, es decir, un poco más de 3 años, con un promedio de 4 reducciones durante el período.

Como consecuencia de su análisis, la propuesta de Fedesarrollo consiste en una asimetría durante 4 años para los cargos de acceso (y, por ende los de roaming), con valores hacia la red del entrante superiores a los que se fijan hacia la red del dominante del 72,3%; 57,9%; 43,4% y 28,9% para cada año.

## 2. OECD

La OCDE hace referencia a las recomendaciones de la Unión Europea, ya resumidas pero agrega que los cargos asimétricos se justifican hasta cuando los nuevos entrantes alcancen entre el 15% y el 20% del mercado.



### 3. PROPUESTA AVANTEL

www.avantel.co

Como quiera que el ingreso del cuarto operador al mercado fue más tardía de lo esperado, por la negativa de los operadores establecidos a otorgar acceso a RAN al entrante, al punto de haber lanzado sus servicios de 4G sin haber celebrado los acuerdos respectivos, como lo ordena la Resolución 449 de 2013, la decisión del regulador no puede ser ajena a la realidad descrita.

La efectividad del término propuesto por la CRC sería de menos de veinticuatro (24) meses, dado que ya transcurrió más de un año desde la expedición de los permisos otorgados bajo las condiciones de la Resolución 449 de 2013; además, de que la regulación propuesta sería contraria a derecho, pues tiene un alcance y efectos retroactivos.

Con fundamento en los estudios que sobre el particular se han realizado, conocidos por el regulador, y en la experiencia internacional, la asimetría no debería durar menos de cuatro (4) años, de tal manera que la regulación tuviera efectos en la competencia, se permitiera el ingreso efectivo del cuarto operador, con propuestas que puedan competir con las de los operadores establecidos.

En la seguridad de que la CRC encontrará fundadas en derecho y desde los puntos de vista técnico y económico las observaciones expuestas y debidamente sustentadas, suscribo atentamente,

  
**Jorge Andrés Palacio Becerra**  
Presidente  
**Avantel S.A.S.**

Anexo: Se adjunta: (i) Presentación Avantel 4G LTE y (ii) Estudio de la regulación de cargos de acceso en telefonía y una propuesta para Colombia. Fedesarrollo.

Copia: Dr. Juan Pablo Herrera Saavedra, Superintendente de Industria y Comercio  
Calle 13 No.27-00 de Bogotá D.C.

CRC	
Radicación :	*201433623*
Fecha :	02/09/2014 03:43:14 P.M.
Remitente :	AVANTEL S.A
Anexos :	90 FOLIOS.
Asunto :	PROYECTO REGULATORIO REVISION CARGOS DE ACCESO DE LAS REDES MOVILES OBSERVACIONES DE AVANTELA SAS.