

CONCEPTO

Para: Telefónica

Asunto: Análisis sobre las facultades legales de la CRC para la regulación del modelo de cobro en el mercado de servicios móviles y beneficios competitivos del modelo *Bill and keep*

Fecha: 11 de noviembre de 2022

Respetados señores:

En atención a su solicitud y a la información remitida, a continuación presentamos nuestro análisis sobre el fundamento jurídico de las facultades legales que tiene la Comisión de Regulación de Comunicaciones para la regulación del modelo de cobro en el mercado de servicios móviles y beneficios competitivos del modelo *Bill and Keep*, en contraposición al modelo de cargos de acceso por terminación móvil.

1. Resumen

La provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público, sometido, en consecuencia, a la inspección, vigilancia y control por parte del Estado, quien debe velar por su correcta y eficiente prestación.

Las comisiones de regulación son una manifestación de la intervención estatal necesaria para preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) está facultada para establecer condiciones regulatorias encaminadas a corregir las fallas en el mercado que ésta identifique, propender porque la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y proporcionar respuestas ágiles frente a las necesidades de los sectores.

Además de lo anterior, el régimen de acceso e interconexión se rige por principios orientadores como la libre y leal competencia, la buena fe y la eficiencia, los cuales permiten concluir que el régimen de costos de acceso se puede modificar en atención a estos principios.

El modelo de *Bill and Keep* se contrapone al régimen actual de cargos de acceso, en virtud del cual la red de origen paga por la terminación de las llamadas que sus usuarios cursan hacia la red receptora (i.e., quien recibe la remuneración en el receptor). De esa manera, entre otras ventajas, el nuevo modelo permite combatir la falla de mercado existente y detectada actualmente y que ha sido reconocida por el regulador en razón de los efectos negativos de red que promueve el sistema de cargos de acceso en favor del operador dominante, en tanto dicho esquema



evita que el dominante (y quien tiene mayor número de usuarios y, por tanto, volumen de recepción) acumule aún más poder de mercado.

Con todo, en virtud de la Ley vigente y en razón de las facultades y funciones legales que se han otorgado al regulador, la CRC puede tomar medidas encaminadas a mejorar las condiciones del mercado y, particularmente, a contrarrestar el la concentración del mercado. En este sentido, la CRC está facultada para tomar medidas como la implementación del modelo Bill and Keep, con el objetivo de dar solución a fallas de mercado que el regulador ya ha reconocido.

2. Supuestos de hecho

- 1) En la Resolución 6146 de 2021 la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante, CRC) determinó que COMCEL tiene posición de dominio en el mercado de servicios móviles.
- 2) En octubre del año 2021, la CRC publicó un proyecto de “Revisión de los Esquemas de Remuneración Móvil”, con el fin de establecer las alternativas regulatorias para tales efectos.
- 3) Frente al proyecto, distintos participantes del mercado han presentado comentarios.
- 4) Algunas firmas competidoras consideran que la CRC no tiene facultades para desarrollar e implementar este tipo de medidas regulatorias de mercado.

3. Análisis de regulatorio sobre los hechos

3.1. Fundamento jurídico para la intervención de la CRC en el mercado de servicios móviles

Funciones de la CRC

El artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 dispone que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público, con habilitación general, que se encuentra bajo la titularidad del Estado; por lo cual, se le aplica lo consagrado en el artículo 365 de la Constitución Política:

*“**ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”*

Que dicho servicio sea calificado como público también implica que le sea aplicada toda la teoría del servicio público, esto es:

- (i) Está sometido a un régimen jurídico especial definido por el legislador;
- (ii) Su prestación puede ser realizada por el Estado en gestión directa o indirecta, por los particulares o por comunidades organizadas; y



(iii) Su **regulación, control y vigilancia está a cargo del Estado.**¹

En consecuencia, la Ley 1341 de 2009 determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Dentro de su desarrollo, creó la CRC, entidad encargada de:

*“**promover la competencia en los mercados, promover el pluralismo informativo, evitar el abuso de posición dominante, regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones y garantizar la protección de los derechos de los usuarios; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad, de las redes y los servicios de comunicaciones, incluidos los servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora.**”² (Negrilla fuera de texto)*

En ese sentido, la norma expresamente establece **que la CRC puede promover la competencia en los mercados y adoptar las medidas regulatorias que sean necesarias para tal fin**, en desarrollo de los principios establecidos para el sector de las comunicaciones.³

En Sentencia C-1162 de 2000, la Corte Constitucional señaló que “(...) *la potestad normativa atribuida a las comisiones de regulación es una manifestación de la intervención estatal en la economía –una de cuyas formas es precisamente la regulación- cuya finalidad es corregir las fallas del mercado, delimitar la libertad de empresa, preservar la competencia económica, mejorar la prestación de los servicios públicos y proteger los derechos de los usuarios.*” (Negrilla fuera de texto)

En concreto, para cumplir con las finalidades señaladas, se establecen funciones y mecanismos explícitos, dentro de los cuales se determina que la CRC debe:

*“**Promover y regular la libre competencia y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado.**”⁴ (negrilla fuera de texto)*

No sobra resaltar que la Corte Constitucional ha señalado que la intervención estatal en materia de servicios públicos se justifica no sólo para garantizar el cumplimiento de los fines sociales, **sino también para corregir las imperfecciones**

¹ Resolución 6146 de 2021

² Artículo 19, Ley 1341 de 2009

³ Artículo 19, Ley 1341 de 2009

⁴ Ley 1342 de 2009 modificada por la Ley 1978 de 2019, artículo 22



del mercado y proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que se encuentran sujetas a permanentes variaciones de los mercados.⁵

En línea con lo anterior, la CRC está plenamente facultada para expedir medidas regulatorias directamente encaminadas a corregir fallas de mercado previamente identificadas, con el objeto de que el mercado se comporte lo más cercano posible a un mercado en competencia perfecta.

Por otro lado, es importante hacer referencia a los principios y obligaciones que rigen el régimen de acceso e interconexión de redes de telecomunicaciones, en tanto que en ellos se soporta la modificación al régimen de cargos de acceso pretendida por la CRC.

Así pues, el artículo 4.1.1.3. de la Resolución CRC 5050 de 2016 establece que son principios del acceso y de la interconexión, entre otros los siguientes:

“4.1.1.3.1. Libre y leal competencia: El acceso y la interconexión deberán propiciar escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad.

(...)

4.1.1.3.6. Buena Fe. Los proveedores tienen el derecho y la correspondiente obligación de adelantar de buena fe la celebración y ejecución de los acuerdos referidos al acceso y a la interconexión a redes de otros proveedores.

(...)

4.1.1.3.7. Eficiencia. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deben proveer el acceso y la interconexión a otros proveedores en condiciones eficientes en términos de oportunidad, recursos, especificaciones técnicas, entre otros”.

Con base en lo anterior, el régimen de cargos de acceso se puede modificar buscando el cumplimiento de los principios de libre y leal competencia y de eficiencia.

Declaración de dominancia de COMCEL - Resolución CRC 6146 de 2021

En desarrollo de sus funciones, la CRC identificó recientemente que en el mercado de servicios móviles hay una falla de mercado. En efecto, mediante Resolución

⁵ CRC en la Resolución 6146 de 2021 basada en la Sentencia C-741 de 2003 de la Corte Constitucional.



6146 de 2021 la CRC declaró que el PRST COMCEL tiene posición de dominio en este mercado.

Para llegar a esta conclusión, la CRC comprobó que no existe competencia efectiva ni contestabilidad de mercado debido a los siguientes factores:

- Las altas cuotas de mercado de COMCEL (en términos de tráfico, ingresos y usuarios), que causan que los índices Stenbacka y HHI aplicados para el mercado estén muy por encima de los valores tolerables o ideales.
- La significativa diferencia entre la cuota de mercado de COMCEL y sus competidores.
- Las altas cuotas de mercado, persistentes y continuas en el tiempo (en términos de tráfico, ingresos y usuarios).
- Las economías de alcance de COMCEL que le representan costos inferiores a los de sus competidores.
- La poca presión competitiva que han podido ejercer los competidores representativos y los que han entrado al mercado.
- La inelasticidad de precios de COMCEL, quien, a pesar de que sus precios hayan sido más elevados que el promedio de mercado en 26 de 33 trimestres analizados, ha aumentado sostenidamente su cuota de mercado.
- COMCEL registra una participación de sus usuarios de Servicios Móviles con respecto al total de su base de usuarios móviles cercana al 95%, es decir, de cada 100 usuarios que tiene COMCEL, 95 adquieren los servicios de voz y datos de manera conjunta, mientras que dicha tasa para el promedio del mercado es cercana al 77%.

La literatura económica ha determinado que una falla del mercado es una situación en la cual el mercado, por sí solo, no asigna eficientemente los recursos. El poder de mercado se ha entendido como una falla de mercado, en tanto que se refiere a la habilidad que tiene una persona, o un pequeño grupo de personas, para influir indebidamente en los precios del mercado.⁶

Con todo, una vez identificada la existencia de posición de dominio por parte de COMCEL en el mercado de servicios móviles, corresponde a la CRC intervenir regulatoriamente el mercado con el propósito de corregir y/o mitigar los efectos de esta falla de mercado que afecta la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones. En otras palabras, la CRC tiene el **deber legal** de tomar medidas regulatorias encaminadas a corregir o mitigar los efectos del poder de dominio en el mercado de servicios móviles, *so pena* de incurrir en omisión de sus funciones.⁷

⁶ Principios de Economía, Gregory Mankiw, página 13

⁷ Ley 1341 de 2009, artículo 22, numerales 1, 2, 3 y 4.



Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el 27 de julio de 2022 la Superintendencia de Industria y Comercio le manifestó formalmente a la Comisión la necesidad de definir y establecer medidas particulares a COMCEL, como consecuencia de la declaratoria de dominancia.

En su escrito, dice la Superintendencia que *“resulta indispensable el establecimiento de medidas regulatorias particulares de naturaleza ex ante para prevenir comportamientos que podrían afectar la libre competencia y los derechos de los usuarios, **así como para corregir las fallas de mercado que podrían derivarse de la existencia de un agente dominante en el mercado de servicios públicos**”* (negrilla propia).

Como se pasará a explicar en detalle, la implementación de un modelo *Bill and Keep* ayuda a controlar el poder de mercado del agente dominante y a neutralizar el efecto de esta falla en los servicios móviles, en tanto que permite que los jugadores se enfoquen en competir por los usuarios considerando que la remuneración la recibe el operador que origina la llamada y no quien la termina.

En contraposición, el modelo actual de cargos de terminación móvil profundiza la falla de mercado, pues al remunerar al agente que controla el mayor volumen de recepción de llamadas, intensifica la concentración del mercado y aumenta las barreras de entrada, lo cual no solo afecta la libre competencia, sino que perjudica al usuario final.

3.2. Análisis del modelo *Bill and Keep*

El modelo *Bill and Keep* (B&K) es un sistema de definición de precios para la interconexión en doble vía de dos redes, en el que la tarifa por terminación de llamadas es cero de forma recíproca, es decir, que cada red acepta terminar las llamadas provenientes de la otra red sin ningún costo.⁸ De esa manera, se contrapone al régimen actual en virtud del cual la red de origen paga por la terminación de las llamadas que sus usuarios cursan hacia la receptora.

Entre otras ventajas, el modelo B&K permite combatir la falla de mercado reconocida por el regulador, porque evita que el dominante perciba ingresos mayoristas a costa de sus competidores. Adicionalmente, permite que las firmas se enfoquen en competir por los usuarios y no por la tarifa.

Frente a este modelo, sus contradictores han argumentado que es éste sólo debería aplicarse cuando el mercado se encuentre en equilibrio. Sin bien es cierto que este ha sido el criterio de aplicación en otras jurisdicciones, consideramos que

⁸ OCDE (2004). *Access Pricing in Telecommunications, OECD, Paris, Glossary of Terms*. Traducción propia. Texto original: “A pricing scheme for the two-way interconnection of two networks under which the reciprocal call termination charge is zero - that is, each network agrees to terminate calls from the other network at no charge”. Disponible en: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=6727>



no es necesariamente el único escenario válido para la implementación del modelo B&K.

Adicionalmente, argumentan que el modelo B&K elimina los incentivos de inversión para el dominante. No obstante, se debe reconocer que el modelo de cargos actual tampoco genera incentivos para las inversiones en infraestructura debido a la incertidumbre que genera en los operadores entrantes y establecidos la definición de los cargos futuros.

En el caso colombiano se ha probado que en el mercado de servicios móviles existe una falla de mercado consistente alta concentración en un mercado escasamente competido. Más allá, está claro que el modelo de cargos de acceso vigente beneficia particularmente al PRST dominante, quien percibe la mayor cantidad de ingresos mayoristas al ser el mayor receptor de llamadas.

Siendo esto así, es deber legal de la CRC adoptar medidas regulatorias encaminadas a corregir el régimen de cargos de acceso que está beneficiando especialmente al agente dominante, que intensifica la concentración y el poder de mercado, y que genera barreras de entrada que afectan la estructura competitiva actual y potencial del mercado de servicio móviles, incluso si dichas medidas son diferenciales y particulares, tal y como lo aclarado la Corte Constitucional.

A nuestro juicio, la implementación del modelo B&K (i) cumple con los principios de acceso y de interconexión; (ii) nivelaría el campo de juego (i.e., las condiciones de competencia) en el mercado de servicios móviles; (iii) incentiva la competencia entre incumbentes y la entrada de nuevos jugadores (mayor disposición a invertir en infraestructura, aprovechamiento de economías de escala y aumento en los ingresos de los operadores); y (iv) en últimas beneficia a los usuarios finales, quienes podrán gozar de mejores precios, mayor cobertura y calidad del servicio

4. Conclusiones

- La legislación y la jurisprudencia colombiana facultan a la CRC para adoptar medidas regulatorias que promuevan la competencia en los mercados y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos.
- Las competencias de la CRC permiten que ésta adopte “regulaciones de carácter general o **medidas particulares**, pudiendo proponer **reglas de comportamiento diferenciales** según la posición de los proveedores”.
- En desarrollo de sus funciones, la CRC identificó que el mercado de voz móvil está excesivamente concentrado en un único agente tiene posición de dominio en el mercado de servicios móviles.



- El sistema actual de cargos de acceso e interconexión beneficia especialmente al agente dominante, intensifica su poder de mercado y desestimula la contestabilidad y competencia en el mercado de servicios móviles.
- La CRC está facultada para modificar el esquema vigente de cargos de acceso e interconexión, particularmente en virtud de los principios de libre y leal competencia, y eficiencia.
- El modelo de *Bill and Keep* permite combatir la falla de mercado existente actualmente y que ha sido reconocida por el regulador, porque evita que el dominante perciba ingresos mayoristas a costa de sus competidores.

Carlos Pablo Márquez Escobar
C.C. 79.941.943