

COMENTARIOS AL DOCUMENTO PROPUESTA REGULATORIA PARA LA DEFINICIÓN DE MERCADOS RELEVANTES DE TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA

A continuación y en uso del derecho de petición de información consagrado en la Constitución Política y reglamentado por el Código Contencioso Administrativo se exponen las consideraciones jurídicas de COMCEL frente al Documento "Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" y al Proyecto de Resolución "Por el cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar los mercados relevantes, así como la existencia de poder dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones", por lo que respetuosamente agradecemos a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones nos den respuesta a todas y cada una de nuestras consideraciones.

Esta argumentación jurídica incluye las conceptos jurídicos de tres (3) firmas de abogados reconocidas, a saber: José Gregorio Hernández de la firma José Gregorio Hernández Galindo – Consultores Abogados, Gustavo Tamayo de la Firma Lloreda y Camacho Compañía y José Orlando Montealegre de la Firma López Montealegre & Asociados.

1. Comentarios de Fondo:

1.1. Intervención del Estado en la Actividad Económica y la Iniciativa Privada es de Ley:

Las consideraciones frente a la facultad de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para intervenir el mercado de telefonía móvil celular se desarrollan en los conceptos adjuntos de nuestros asesores externos, doctores: José Gregorio Hernández de la firma José Gregorio Hernández Galindo – Consultores Abogados, Gustavo Tamayo de la Firma Lloreda y Camacho Compañía y José Orlando Montealegre de la Firma López Montealegre & Asociados. Agradecemos tener en cuenta los mismos como comentarios de COMCEL y por tanto, considerarlos dentro del proyecto regulatorio. A continuación se exponen las principales argumentaciones respecto a este aspecto:

Establece la Comisión tanto en el documento regulatorio como en el proyecto de resolución, que la entidad se encuentra facultada para intervenir el mercado de telefonía móvil celular y cita leyes y decretos ordinarios que, como lo exponemos en el siguiente numeral, no le permiten a la CRT entrar a intervenir el servicio de telefonía móvil celular concesionado por el Estado, pues en el caso de las leyes que se citan ninguna de ellas guarda relación con el servicio celular y en el caso de los decretos ordinarios ninguno tiene la facultad jurídica, de acuerdo con la Constitución, para dotar de facultades de intervención económica a la CRT respecto del servicio de TMC. Por lo anterior, nos

permitimos respetuosamente recordar a la CRT los artículos pertinentes de nuestra Carta Política, los cuales señalan que cualquier intervención del Estado en la iniciativa privada deber ser autorizada por la Ley:

- Los artículos 333, 334 y 365 de la Constitución Política validan que la actividad económica y la iniciativa privada son libres en Colombia y que para desarrollarlas sólo es necesario los requisitos que establezca la Ley. De igual forma, indican que el Estado sólo por mandato de la Ley evitará y controlará el abuso que hagan las empresas de su posición dominante, así como que los servicios públicos se desarrollarán de acuerdo al régimen jurídico que fije la ley y su intervención se hará en los términos de la misma (La Ley), COMCEL no conoce que la CRT tenga alguna facultad otorgada por una ley de la República para entrar a limitar la actividad económica y la iniciativa privada de COMCEL, por lo que en uso del Derecho de Petición de Información consagrado en la Constitución Política, solicitamos a esa entidad nos indique cuál es esa "Ley" que los faculta para intervenir el servicio de telefonía móvil celular.

ART. 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

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.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". (El subrayado es nuestro)

"ART. 334.- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la 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 los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

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.

También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones". (El subrayado es nuestro)

"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.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (El subrayado es nuestro)

- De otra parte la CRT no puede olvidar que la Constitución Política es la norma de normas, por lo que el actuar de la Comisión debe estar enmarcado en los términos de la Constitución y es caso de contradicción entre ésta y las normas de inferior jerarquía la Comisión deberá acatar la primera para el cumplimiento de sus funciones¹:

"La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

1.2. Falta de competencia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones :

Estos dos temas también son abordados por nuestros abogados externos ya mencionados y hacen parte integral de las observaciones de COMCEL al proyecto regulatorio. En este aspecto en particular, se concluye que la CRT no tiene competencia de ley para intervenir la actividad económica de COMCEL estableciéndolo como un operador con posición de domino en el mercado relevante "Voz Saliente Móvil" e imponiéndole obligaciones de disminución tarifarias y oferta mayorista.

A continuación se exponen las principales conclusiones sobre estos temas:

¹ Artículo 4 de la Constitución Política de Colombia

La Comisión cita en la parte considerativa del proyecto resolutorio y en el documento de regulatorio una serie de leyes y decretos ordinarios que, consideramos no son aplicables por las razones que a continuación se exponen:

- **Artículos 3° y 4° del Decreto Ley 1900 de 1990:** Estos artículo no tienen ninguna relación ni con el proyecto de regulación que la Comisión pretende expedir, ni mucho menos confieren facultada alguna de intervención en el servicio de TMC a la Comisión, los transcribimos a continuación:

“ARTICULO 3°. USO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Las telecomunicaciones deberán ser utilizadas como instrumentos para impulsar el desarrollo político, económico y social del país, con el objeto de elevar el nivel y la calidad de vida de los habitantes en Colombia.

Las telecomunicaciones serán utilizadas responsablemente para contribuir a la defensa de la democracia, a la promoción de la participación de los colombianos en la vida de la Nación y la garantía de la dignidad humana y de otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución, para asegurar la convivencia pacífica”.

“ARTICULO 4°. CALIDAD DE SERVICIO PÚBLICO. Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente decreto.”

- **Artículo 73 de la Ley 142 de 1994:** Como bien lo conoce la Comisión, la Ley 142 de 1994 no es aplicable a los servicios de TMC por expresa exclusión que hace la misma de este servicio en su numeral 14.26 del artículo 14:

14.26. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE TELEFONÍA PÚBLICA BÁSICA CONMUTADA. Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional. Exceptúase la telefonía móvil celular, la cual se regirá, en todos sus aspectos por la ley 37 de 1993 y sus decretos reglamentarios o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyen. (el subrayado es nuestro)

- **Artículo 15 de la Ley 555 de 2000:** Esta norma legal regula a los servicios de comunicación personal PCS y no a los servicios de TMC, como claramente

"ARTICULO 15. COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES. La CRT será el organismo competente para promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que sea necesario, expedir el régimen de protección al usuario y dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones.

La CRT expedirá las normas que regulan la interconexión teniendo en cuenta los principios de neutralidad y acceso igual-cargo igual." (el subrayado es nuestro)

- **Artículo 37, numerales 1, 2 y 3 del Decreto 1130 de 1999:** En primer término, es importante recordar a la Comisión que el Decreto 1130 de 1990 fue dictado por el Presidente de la República con las facultades que le confieren el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998, normas que sólo le permiten reformar la estructura de la entidades del poder ejecutivo, pero nunca crear funciones a la entidades, como lo pretende hacer la CRT a través de este proyecto regulatorio. El mismo enunciado del artículo 37 del mencionado Decreto indica que: *"Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto, serán ejercidas por dicha Comisión"*, ni la regulación por mercados relevantes, ni la definición de posición de dominio de un operador de TMC, ni mucho menos la imposición de sanciones a un operador de TMC son funciones que se encuentren dentro de estas norma o que el Ministerio de Comunicaciones antes las ejerciera, por lo que la Comisión no puede citar estos artículos que nada tienen que ver con el proyecto regulatorio propuesto por la Comisión.

En el mismo sentido, el numeral primero del artículo 37 de l Decreto 1130 de 1997indica que toda la regulación de los servicios de telecomunicaciones deberá realizarse de acuerdo con la Ley y en el presente proyecto regulatorio no hay Ley de la República que permita a la Comisión definir la posición de domino de un operador de TMC y mucho menos que le permita establecer sanciones a ese operador como lo son la disminución de tarifas off-net y la obligación de publicar una Oferta Mayorista:

"Promover y regular la libre competencia para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regular los monopolios cuando la competencia no sea de hecho posible, 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 las empresas en el mercado, de conformidad con la ley"

- **Artículos 10 y 13 del Decreto 2870 de 2007:** Si bien este Decreto le confiere facultades a la Comisión para definir los mercados relevantes en materia de telecomunicaciones, esta norma es un Decreto Ordinario sin fuerza de Ley, por lo tanto contrario a la Constitución pues no puede dotar a la Comisión de tales facultades, por lo que la CRT de acuerdo con lo establecido por la constitución Política en su artículo cuarto deberá preferir la aplicación de la Constitución a la norma que la contraría.

No obstante lo anterior, COMCEL procedió a realizar un análisis profundo sobre el proyecto regulatorio y a aportar sus respectivos comentarios sobre cada tema; sin que de lo anterior se desprenda que COMCEL esté de acuerdo con la intervención de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la actividad económica de nuestra empresa, pues como se encuentra desarrollado en los conceptos adjuntos, La Ley no le ha otorgado esa facultad a la CRT.

1.3. Modificación de las Condiciones de los Contratos de Concesión:

El servicio público de TMC está a cargo del Estado, quien lo puede prestar directa o indirectamente a través de concesiones. En la actualidad, los servicios de TMC son prestados por terceros a través de contratos de concesión y bajo los lineamientos establecidos el régimen jurídico de la Ley y sus respectivos reglamentos.

Mediante el Decreto 2061 de 1993, que reglamentó la ley 37 de 1993, el Gobierno Nacional otorgó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, facultades para fijar el régimen tarifario al que habría de someterse la TMC.

En desarrollo de la facultad otorgada por el Decreto 2061, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Resolución N° 004 de 1993 *"Por medio de la cual se establecen los principios de tarificación para la prestación del servicio de telefonía móvil celular"*, en la cual dispuso que la tarifas del servicio de TMC estarían sometidas al régimen de libertad tarifaria, al indicar que:

*"Las tarifas a los abonados celulares serán fijadas libremente por los operadores del Servicio de Telefonía Móvil Celular"*²

² Artículo 1 de la Resolución CRT 004 de 1993

En síntesis, desde antes de las licitaciones y las respectivas concesiones para la prestación del servicio de TMC, era claro que las llamadas celulares, estarían sometidas al régimen de libertad tarifaria y fue bajo esa premisa que, los hoy en día operadores celulares, participaron en las respectivas selecciones objetivas, que concluyeron en la suscripción de los respectivos contratos de concesión.

Fue bajo esa reglamentación que el Ministerio de Comunicaciones respecto al régimen tarifario estableció en la Sección III – Condiciones Financieras del Pliego de Condiciones³, lo siguiente:

“El operador podrá adoptar la estructura o estructuras tarifarias que considere conveniente, de acuerdo con los Criterios Generales de Tarificación contemplados en el Decreto 2061 de 1993 y el Régimen establecido por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.” (el subrayado es nuestro)

De igual forma, en las respuestas a las preguntas realizadas por los participantes en la licitación del servicio de TMC, con base en el pliego de condiciones propuesto, las cuales se encuentra en el documento denominado “Aclaraciones al pliego de condiciones de la licitación pública No. 046 de 1993-Acta No 02; el Ministerio contestó a CELUMOVIL a su solicitud del 8 de noviembre de 2003, lo siguiente:

“Indica CELUMOVIL refiriéndose al principio de no discriminación en las condiciones financieras, que “Creemos que el pliego debe aceptar tarifas diferenciales en determinadas zonas, dependiendo de si también existen tarifas diferenciales en la telefonía fija. ¿Sería posible esta modificación?”

No es consecuente la comparación entre la telefonía fija y la telefonía celular, puesto que por tratarse de servicios diferentes, el primero domiciliario y el otro no domiciliario, estos se encuentran regulados por regímenes diferentes.

Ahora bien, el espíritu del régimen tarifario establecido para la telefonía móvil celular (Resolución No 004 del 28 de octubre de 1993) es el de que el operador puede establecer libremente su estructura y niveles tarifarios siempre y cuando no se viole el principio de la libre y leal competencia en el sector y las opciones se le brinden indiscriminadamente a los usuarios” (El subrayado es nuestro).

Fue bajo el concepto de LIBERTAD DE TARIFAS que COMCEL elaboró su Propuesta Financiera para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, proyectando tanto sus ingresos, como costos e inversiones del servicio de TMC. Es preciso resaltar que frente a las tarifas off-net, tema de discusión en este proyecto no existe ningún pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio que

³ Página 43 del Pliego de Condiciones

concluya que COMCEL violó el principio del libre y leal competencia y tampoco que haya habido un abuso por parte de COMCEL Al consumidor respecto a las tarifas off-net, por lo que mal podría la Comisión entrar a regular las tarifas de COMCEL y mucho menos a imponerle una carga de Oferta Mayorista, sin que la entidad competente haya dictaminado que COMCEL incurrió en tales prácticas.

Uno de los principales factores por los cuales COMCEL aceptó la prestación del servicio de TMC por su propia cuenta y riesgo fue el régimen de libertad de que gozaban las tarifas por la prestación del mismo; al respecto, es pertinente el laudo arbitral del 10 de mayo de 2000, en el cual un Tribunal de Arbitramento dirimió un conflicto contractual entre COMCEL y el Ministerio de Comunicaciones con ocasión de la concesión del servicio de TMC, concluyendo que no existió ruptura del equilibrio contractual en la medida en que el Concesionario podía, mediante el expediente de la libre fijación de tarifas por los servicios que presta, ajustar sus ingresos a las variaciones del mercado.

En primer término, el Tribunal caracterizó el contrato de Concesión suscrito entre COMCEL y el Ministerio de Comunicaciones como un contrato oneroso y aleatorio, en el que precio del contrato estaba determinado por los ingresos brutos del concesionario, ingresos que derivan de las tarifas que el operador celular puede fijar libremente:

"d) Es un contrato oneroso y aleatorio. Según el Código Civil, artículo 1498, el contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro, y es, a su vez, conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o a hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

Como el precio del contrato no está determinado precisamente en el mismo, sino que depende de los ingresos brutos del concesionario, los cuales son variables e inciertos, en consecuencia, el contrato de que se trata es aleatorio". (énfasis añadido)

Acto seguido, el Tribunal reconoció la potestad del operador celular de fijar libremente sus tarifas:

"Además, es importante examinar en detalle el mecanismo de retribución del contratista para establecer si él impide que por los medios normales de ejecución y cobro de los servicios, pueda restablecer su economía y castigar los mayores costos que reclama, habida cuenta de la naturaleza aleatoria, ya señalada, del acuerdo contractual, que implica que el contratista asume los riesgos de sus ganancias o pérdidas de sus ingresos mayores o menores.

*Nótese cómo el contratista aceptó en su vinculación que la prestación del servicio sería **por su cuenta y riesgo**, expresión que indica la responsabilidad personal en la prestación del servicio y la asunción de los aleas que en el orden económico principalmente toma para sí y que pueden ofrecerle resultados altamente satisfactorios o resultados menores y hasta de pérdida, **según las circunstancias de administración y las condiciones del mercado, sobre cuyo albur opera**.*

Llama el tribunal la atención sobre la particularidad de que, según la ley (L. 37/93, art. 4º, num. b)), la prestación del servicio se haría en dos redes que competirían económicamente por el mercado, lo cual le transmite al contrato de concesión de telefonía móvil celular un neto carácter de negocio sujeto a los resultados de la ley de la oferta y la demanda y de las condiciones de competitividad que frente a la concurrencia cada concesionario ofreciera, pues jugaba sobre dos redes distintas.

*Como en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del Decreto Legislativo 1900 de 1990, en las concesiones de servicios de telecomunicaciones otorgadas conforme a lo previsto en ese decreto se consideran incorporados **los reglamentos técnicos y jurídicos establecidos con carácter general para cada servicio, se deduce que los reglamentos sobre régimen tarifario expedidos por la autoridad competente, hacen parte integrante del contrato**.*

*Tales reglamentos están comprendidos en la Resolución 87 de 1997 en cuyo artículo 53 la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones establece los criterios generales del régimen de tarifas aplicables a los operadores de servicios de telecomunicación: libertad regulada, libertad vigilada y libertad de tarifas. El numeral 5.3.6 del mismo dispone como principio general que “todos los servicios de telecomunicaciones estarán sometidos al régimen de libertad vigilada de tarifas, excepto en los casos señalados en este título o cuando la CRT resuelva lo contrario”. **Específicamente, en relación con las tarifas de la telefonía móvil celular, el artículo 5.24 establece que “Las tarifas a los abonados celulares serán fijadas libremente por los operadores del servicio”**.*

Como ya se dijo, en el caso litigado, las partes combinaron dos formas de remuneración a favor de ellas: para la administración contratante, un pago de una suma fija y una remuneración porcentual sobre los ingresos brutos obtenidos por el concesionario. Éste, a su vez, se remunera con el producido de las tarifas que puede cobrar a los usuarios del servicio, y en ello estriba su incentivo para el negocio, pues tal producto es un factor aleatorio que varía en función de las condiciones del mercado y las calidades y ventajas que el concesionario ofrezca al universo integrante de los usuarios potenciales.

La tarifa es un mecanismo de remuneración en el cual se pueden incluir los costos del servicio, y, de ese modo, a través de ella, depende del concesionario y no de la administración, adoptar medidas que garanticen la rentabilidad del negocio, pues está previsto que su fijación se haga libremente por éste, y en tal virtud los costos pueden transferirse o trasladarse al consumidor final, sin que el concesionario tenga que asumirlos de sus propios ingresos.

Tal medida se hará en función del mercado, naturalmente, y de las tarifas de la competencia, pero no depende, en modo alguno de la administración concedente, por lo cual, disponiendo el contratista de ese mecanismo, no resulta lógico que la administración contratante sea quien tenga que asumir los mayores costos derivados de medidas de carácter general adoptadas por el legislador para todos los prestadores del mismo servicio, particularidad que impide la configuración de un daño especial en detrimento del concesionario que deba indemnizarse como hecho o perjuicio causado por la ley en detrimento particular de una persona.

Concluyó el Tribunal de Arbitramento que en tanto la medida adoptada por la autoridad pública no afectó los ingresos brutos del Concesionario, la misma no se traduce en rompimiento del equilibrio contractual:

“En consecuencia, a la luz del principio de la conmutatividad de los contratos prescrita por el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, no es posible que se presente en este caso, ruptura del equilibrio económico. No se altera, entonces, por virtud de dicha ley, el esquema que se tuvo en cuenta al celebrar el contrato, pues ella no incide sobre los ingresos brutos.”

De lo anteriormente relatado se concluye que:

- Los servicios de telefonía móvil celular, conforme a la ley y los contratos de concesión, gozan de libertad tarifaria, debe recordarse que de acuerdo con el Artículo 38 de la Ley 153 de 1887 entiende incorporadas en los contratos todas las normas vigentes al tiempo de su celebración.
- Atendiendo el régimen legal antes citado, el régimen de libertad de tarifas está reflejado en el acuerdo contractual entre el Ministerio de Comunicaciones y los Concesionarios del servicio de TMC y, por ende se constituye en un derecho de los operadores celulares.
- Los operadores del servicio de TMC se comprometieron para con el Estado a prestar el servicio de telefonía móvil celular *por su cuenta y riesgo*, en razón a que la estructura tarifaria del servicio podía ser libremente definida por ellos.

- COMCEL frente a las tarifas off-net, tema de análisis del proyecto regulatorio, no ha incurrido en competencia desleal, ni en discriminación tarifaria, ni en prácticas de abuso de posición dominante, como se explicará más adelante.

1.4. La posición dominante en el Marco de la Ley:

1.4.1. Establece el Decreto 2870 de 2007 como definición de Posición Dominante que “Es la posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado, por parte de alguno o varios participantes en el mismo.” Esta definición guarda completa relación con el Decreto 2153 de 1992 que define Posición dominante como *“La posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.”*

La Comisión en el Documento “Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones” indica en varios apartes de las páginas 30 y 31 que el Régimen de Competencia en Colombia se rige por las Leyes 155 de 1959 y 256 de 1996 y el Decreto 2153 de 1992 y sus respectivas normas reglamentarias y expresa que para los servicios públicos domiciliarios ese régimen de competencia es definido por la Ley 142 de 1994⁴.

No obstante la CRT reconoce expresamente la aplicación de dos regímenes distintos para los servicios de telecomunicaciones no domiciliarios y domiciliarios, en su análisis de mercados relevantes cuando entra a definir la posición de dominio del mercado de “voz saliente móvil” no toma en cuenta la definición establecida en los Decretos 2153 de 1992 y 2870 de 2007, pues basa toda la posición de dominio de COMCEL en el porcentaje de participación que tiene nuestra empresa en el mercado relevante, pero no prueba que COMCEL esté determinando directamente o indirectamente las condiciones del mercado de “Voz Saliente Móvil”, es decir aplica la definición de mercado relevante de Ley 142 de 1994, cuando como lo dijimos anteriormente esta norma no es aplicable al servicio de TMC por expresa exclusión que hace la misma Ley 142 de 1994 del servicio de TMC⁵. Veamos qué análisis hizo la Comisión al respecto:

⁴ El régimen general de competencia en Colombia, se encuentra estipulado principalmente en la Ley 155 de 1959, y su decreto reglamentario (Decreto 1302 de 1964), el Decreto 2153 de 1992, y la Ley 256 de 1996, es de aplicación a la realización de cualquier actividad económica, salvo cuando exista un régimen de carácter especial.

Así entonces, dada la existencia de reglas especiales contenidas en la Ley 142 de 1994, parte de los servicios de telecomunicaciones (Telefonía Pública Básica conmutada – TPBC y Telefonía Móvil rula – TMR), se les aplica un régimen de competencia especial, que resulta preferente al régimen general de competencia, contenido en las normas antes mencionadas. Esta situación no se predica de los servicios de telecomunicaciones no domiciliarios, en particular, la Telefonía Móvil Celular – TMC, Servicios de Comunicación Personal – PCS, servicios de telecomunicaciones que utilizan sistemas de acceso troncalizado – Trunking y servicios de valor agregado, los que se sujetan a las reglas del régimen general.

⁵ Numeral 14.26 - Artículo 14 de la Ley 142 de 1994

- Respecto a la Descripción del Mercado de "Voz Saliente Móvil" indica que *"El desempeño de los precios, tráficos y cobertura de la telefonía móvil muestra un mercado en el que la rivalidad entre operadores ha conseguido resultados positivos. Los precios promedio por suscriptor y por minuto han venido cayendo sistemáticamente y se encuentran hoy en día en niveles inferiores a los promedios en sur América. Cómo resultado se observan tráficos crecientes por usuario. No obstante lo anterior, la evidencia analizada también indica que dicha evolución del mercado móvil se ha dado en un ambiente de competencia imperfecta con participaciones del mercado creciente por parte del operador dominante y con evidencia de discriminación de tarifas."*

La CRT al analizar el estado actual del mercado muestra que **EXISTE RIVALIDAD** entre los **TRES COMPETIDORES** y que hay resultados **POSITIVOS** pues las tarifas a los usuarios se encuentran hoy en día en **NIVELES INFERIORES A LOS PROMEDIOS DE AMÉRICA DEL SUR**. Sin embargo indica la Comisión que hay **PARTICIPACIÓN CRECIENTE DEL OPERADOR DOMINANTE**. Es decir la entidad reconoce que los competidores se pelean el mercado cómo entonces COMCEL puede determinar las condiciones del mercado? Reconoce también que las tarifas en Colombia son más bajas que el promedio suramericano entonces nos preguntamos cómo COMCEL determina las condiciones del mercado, lo único que indica la CRT es que hay una participación creciente en el mercado de COMCEL pero eso no es posición dominante, Posición dominante es *"La posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado."*

Tampoco es cierto que COMCEL esté incurriendo en discriminación de tarifas, ni existe ninguna investigación en contra de nuestra empresa por esta práctica anticompetitiva, por lo que solicitamos a la Comisión, en uso del derecho de petición consagrado en la Constitución Política proceder a aclarar esto en el documento.

- Refiriéndose a la agrupación según nivel de competencia indica la CRT que: *"De acuerdo a la práctica regulatoria internacional (comisión Europea), la identificación de Posición dominante se juzga aplicando diversos criterios, cuya evaluación se basa en un análisis prospectivo del mercado que tiene en cuenta las condiciones existentes. Adicionalmente, se considera que las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas (superiores al 50%) atestiguan por sí mismas, la existencia de una posición dominante. Puede presumirse que una empresa con una elevada cuota de mercado tiene posición significativa en el mercado y por tanto ocupa posición dominante, si dicha cuota se ha mantenido estable a lo largo del tiempo..."* Obsérvese que lo aquí mencionado nada tiene que ver con la definición legal de posición de dominio que existe en Colombia par los operadores de TMC: Posición dominante es *"La posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado."*

- Y continua indicando la CRT en la página 40 del documento: *“ Este nivel es muy elevado, da ventajas innegables en el contexto de competencia de redes y caracteriza a COMCEL como operador dominante en el mercado. Por ejemplo el mayor tamaño de un operador le permite crecer su base de usuarios con el manejo de precios relativos entre llamadas on-net u off-net, y genera una asimetría en esta dimensión con sus rivales”*
La CRT refiriéndose a la participación de mercado indica que, COMCEL con ese nivel muy elevado de participación le permite tener ventajas innegables con la competencia de otras redes, lo que lo hace operador con posición de domino, vuelve la CRT a definir erróneamente la posición de domino pues la atribuye al nivel elevado de participación y no a la posibilidad de determinar las condiciones del mercado de “voz saliente móvil” aspecto que la Comisión no analiza y tampoco prueba en ninguno de sus documentos.

En la página 41 del documento en mención como conclusiones frente al mercado de “Voz Saliente móvil” indica que: *“De acuerdo con el análisis de competencia, si bien el desempeño de los precios, tráficos y cobertura de la telefonía móvil muestra un mercado en que la rivalidad entre los operadores ha conseguido resultados positivos, el análisis también muestra que existe un operador dominante cuya participación en el mercado en términos de tráfico, ingresos y suscriptores es de 70%, 60% y 66% respectivamente. Adicionalmente los resultados evidencian que existe un mercado diferencial entre las tarifas off-net y on-net asociadas a los planes tarifarios ofrecidos por este operador, el cual también presenta las tarifas off-net más elevadas del mercado móvil en la modalidad de postpago. En la modalidad de prepago, las tarifas más bajas son ofrecidas por el operador más pequeño y solamente en este caso, las tarifas del operador más grande no son las más altas. Las tarifas diferenciales en prepago del segundo operador son las más altas que las de su competencia, pero sus tarifas en los planes de tarifa única son más bajas que las tarifas off-net del operador más grande. Es decir en todos los escenarios el operador más grande tiene la tarifa off net más elevada, a excepción del escenario de tarifa diferencial en prepago.”*

Nuevamente, la Comisión define la posición de domino de COMCEL con base en la participación de mercado y no toma en cuenta la definición legal par el servicio de TMC establecida en el Decreto 2153 de 1992, que define claramente que la posición de domino se da cuando se tiene la posibilidad de determinar directamente o indirectamente las condiciones de un mercado. Adicionalmente, la Comisión indica que los resultados evidencian que COMCEL tiene las tarifas off-net más altas, pero nunca mencionan qué datos se tomaron cómo fue el análisis de esas tarifas, ni qué años tuvieron en cuenta para los análisis. De otra parte, la experiencia internacional del servicio de telefonía móvil indica que la diferenciación de precios entre las comunicaciones on- net y off-net es una práctica universal aceptada en todas partes del mundo. Ahora bien, reiteramos nuevamente que COMCEL no ha realizado ni se encuentra realizando ninguna práctica de competencia

desleal, abuso de posición de dominio, ni actos contrarios a la libre y leal competencia de los que trata el régimen legal de competencia en Colombia.

En conclusión, en todo el estudio que la Comisión hace frente al mercado “Voz Saliente Móvil” no prueba que COMCEL determina directa o indirectamente las condiciones de este mercado, lo cual consecuentemente lleva a que se deslegitime la calificación de operador con posición de dominio que se le dio a COMCEL frente al mercado “Voz Saliente Móvil” y que es la que legalmente se le debe aplicar a los operadores de telecomunicaciones no domiciliarios, es decir, estamos frente a una situación administrativa de falta de motivación del acto administrativo.

De otra parte, es preciso aclarar a la Comisión que la Unión Europea, entidad internacional con la mayor experiencia internacional en mercados relevantes en materia de telecomunicaciones, ha indicado que aunque haya un alto porcentaje de participación de mercado de un operador en un mercado específico, no significa que por esa sola razón, ese operador ostente una posición de dominio o posición significativa de mercado.⁶

- 1.4.2. Para el caso de los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada la Ley 142 de 1994 ha establecido la siguiente definición: *“Posición dominante. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.”*; sin embargo en el proyecto regulatorio la Comisión no toma en cuenta esta definición para el análisis de los mercados relevantes en los cuales se encuentran involucrados los operadores de TPBC, teniendo en cuenta en que a pesar de que en muchos de los municipios colombianos los operadores de TPBC sirven a más del 25% de los usuarios NO declara la posición de dominio y contrariando lo que le exige la Ley 142 de 1994 a la Comisión⁷, desregula las tarifas de estos operadores contrariando lo dispuesto por la Ley, al respecto el artículo 88 de la mencionada norma establece:

“Artículo 88. Regulación y libertad de tarifas.

Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

⁶ Véase European Union, Commission Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Commission regulatory framework for electronic communications networks and services (2002/C 165 / 03), julio 11 de 2002

(...)

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta ley."

Por lo anterior, solicitamos a la Comisión con base en el derecho de petición consagrado en la Constitución Política, nos indique por qué no está aplicando la definición de posición de dominio establecida en la Ley 142 de 1994 para los operadores de TPBC.

1.5. Violación al debido proceso y el derecho de defensa que deben Gobernar las Actuaciones Administrativas.

La Comisión en el último párrafo de la Parte Considerativa del Proyecto de Resolución indica que, en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 2696 de 2004 publica la propuesta regulatoria para comentarios del sector. Para la CRT el procedimiento aplicable en esta actuación es el establecido en el Decreto 2696, el cual señaló los procedimientos que deben surtir los proyectos regulatorios de carácter general trabajados por las Comisiones de Regulación, pues pareciera ser que en su análisis encontró que el acto a proferirse es un acto general, en abstracto que tiene efectos para un grupo de personas y no un acto particular y concreto que tiene efecto sobre una persona jurídica en particular.

Al respecto, la jurisprudencia y la doctrina han definido los dos tipos de acto administrativo general y particular, así⁸: "A través de los primeros se conocen aquellos actos administrativos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto versados a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas Aquiles que se encuentren comprendidas en tales parámetros. Por el contrario, los segundos, son aquellos actos administrativos de contenido particular y concreto que producen situaciones y crean efectos individualmente considerados."

⁸ Sentencia C- 620/04

Este razonamiento que hace la Comisión, permite percibir que estamos en presencia de una actuación administrativa “mixta” que tiene algo de general y también de particular, como a continuación pasamos a explicar:

Por una parte, establece los Principios Generales de la Regulación de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones, en los cuales se encuentran: El objeto, ámbito de aplicación, principios y condiciones de la Resolución, luego procede a señalar los criterios y condiciones para determinar los mercados relevantes, indica los criterios para la definición de la Posición Dominante en los Mercados y establece los principios aplicables para los remedios regulatorios, hasta ahí todas las disposiciones tienen un carácter general y abstracto que caracterizan las actuaciones administrativas generales; sin embargo, la entidad a través de anexos establece como operador dominante dentro del mercado de “Voz Saliente Móvil” a COMCEL y le imparte una serie de obligaciones particulares (llamadas “remedios regulatorios”) que no tiene ningún otro operador, como lo son: La disminución de tarifas off-net con posibilidad de sometimiento a régimen regulado y obligación de oferta mayorista, en pocas palabras a través de los “Anexos” modifica la situación de COMCEL en el mercado generando efectos particulares y concretos frente a este operador, es decir, estamos en presencia también de una actuación administrativa particular.

Establece la Constitución Política en su artículo 29 que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y el Código Contencioso Administrativo – C.C.A. tomando como derrotero este derecho fundamental contemplado en nuestra Carta, establece como uno de los principios orientadores de las actuaciones administrativas el de la contradicción, el cual consiste en que los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones de la administración por medios legales, e indica también en su artículo primero que en caso que, no existan procedimientos especiales de ley para las actuaciones administrativas se aplicarán los contenidos en la Parte Primera del C.C.A. En el presente caso estamos frente a una actuación compleja (Al mismo tiempo particular y general) para las cuales no existe aún un procedimiento en particular, no es nuestro interés sentar una tesis sobre cuál procedimiento sería aplicable para este tipo de actuaciones.

Sin embargo, si es deber de COMCEL advertir a la Comisión que hay una violación clara del derecho fundamental del debido proceso así como del principio administrativo de contradicción, pues la Comisión no ha decretado pruebas ni permitido que COMCEL las controvierta y solicite y no otorga a COMCEL los recursos que por Ley le corresponden frente a una actuación que le genera efectos particulares y concretos en su persona.

1.6. Falsa Motivación del Acto Administrativo:

Frente a la falsa motivación de los actos administrativos, la jurisprudencia ha indicado que la misma consiste en: ⁹ *“...que la ley exija unos motivos precisos para la manifestación de un acto administrativo, y la autoridad lo expida sín que estos motivos se hayan dado en la práctica. La ilegalidad por falsa motivación también puede presentarse cuando los motivos invocados por la autoridad que toma la decisión, no han existido realmente, bien sea desde el punto de vista material o jurídico”*

Como la Comisión podrá darse cuenta a lo largo de nuestros documentos económicos y jurídicos, el proyecto de acto regulatorio que se sometió a comentarios del sector podría presentar falsa motivación, por las siguientes consideraciones que a continuación se resumen así:

- No existen facultades de Ley tal y como lo establece la Constitución Política, para que la Comisión intervenga el servicio de telefonía móvil celular y específicamente establezca como operador dominante a COMCEL restringiendo sus condiciones de mercado.
- La Comisión se aparta de la definición legal de posición de dominio señalada en el Decreto 2153 de 1992, estableciendo a COMCEL como operador dominante dentro del mercado relevante de “voz saliente móvil” por el sólo hecho de tener la mayor participación en el mercado de telefonía móvil. Por el contrario, la Comisión enmarca a COMCEL dentro de la definición de Posición de Dominio de Ley 142 de 1994, que por expresa disposición de ésta norma no es aplicable al servicio de TMC.
- En todo el documento regulatorio, la CRT no prueba la existencia de fallas de mercado en el mercado relevante de “voz saliente móvil” y por el contrario, en varios apartes del documento indica que existe competencia entre los operadores de telefonía móvil y una reducción importante de tarifas que beneficia a los usuarios.
- La Comisión no prueba que COMCEL tiene la capacidad para determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado móvil, definición de ley (Decreto 2153 de 1992) que permite establecer si existe posición de dominio en un mercado.

1.7. Qué entiende la CRT por Discriminación de Tarifas:

Indica la Comisión en la página 39 del documento para el mercado de voz saliente móvil en el numeral 5.3.1.1. *“Estado Actual de la competencia”* que *“...la evidencia analizada también indica que dicha evolución del mercado móvil se ha dado en un ambiente de competencia imperfecta con participaciones de mercado creciente por parte del operador dominante y con evidencia de discriminación de tarifas.”*

⁹ Consejo de Estado - expediente 11854 de 2005 - acción de nulidad contra la resolución 020 de 1996 proferida por la comisión de regulación de energía y gas

En el mismo numeral señala la CRT que *"Los indicadores de organización industrial del mercado móvil expuestos en el documento CRT (2008C) señalan que existen espacios para abusos de poder de mercado."*

Posteriormente en la página 40 del documento la Comisión vuelve a tocar el tema de discriminación tarifaria indicando que *"La estrategia de discriminación de precios on-net y off-net de los operadores constituye un motivo legítimo de preocupación, ya que difícilmente pueden asociarse los diferenciales en precios con la estructura de costos en la prestación de los servicios."*

Frente a todas estas expresiones de la Comisión refiriéndose a la discriminación tarifaria, se pregunta a la CRT cuál es la connotación de la expresión *"discriminación de tarifas o de precios"*, sólo se limita a una definición de carácter económico que equivale a diferenciación tarifaria o, por el contrario, la CRT está indicando con estos apartes que se está en presencia de una discriminación de precios enmarcados dentro de las conductas de acuerdos y actos contrarios a la libre competencia, actos de competencia desleal o conductas de abuso de posición dominante de que tratan las Leyes 155 de 1959 y 256 de 1996 y el Decreto 2153 de 1992.

Si a lo que se refiere la Comisión con estas expresiones es, a las conductas enmarcadas dentro de las normas antes descritas; COMCEL se opone radicalmente a estas afirmaciones, pues la definición sobre si alguna empresa está incurriendo en una o varias de estas conductas únicamente corresponde al organismo de vigilancia y control de la competencia, en este caso la Superintendencia de industria y Comercio, entidad que por Ley le compete conocer de la violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, actos de competencia desleal, promoción de la competencia y abusos de competencia desleal.

En uso del derecho de petición consagrado en la Constitución Política, agradecemos nos den respuesta clara y precisa sobre este aspecto.

1.8. Costos de las Comunicaciones Off-net:

Indica la Comisión que: *"Al considerar los cambios en la cuota de mercado del mayor operador, se observa que en algunos periodos los competidores han logrado ganar algunos puntos de participación, lo cual indica que la ventaja que le otorga el tamaño a la firma líder no es totalmente inercial. Sin embargo, desde el año 2000 COMCEL ha ganado 12 puntos en suscriptores, 14 en tráfico y 9 en ingresos en efecto, existe la posibilidad de que esta dinámica se profundice en el futuro. La estrategia de discriminación de precios on-net y off-net de los operadores constituye un*

motivo legítimo de preocupación, ya que difícilmente pueden asociarse los diferenciales en precios con la estructura de costos en la prestación de los servicios.”

Respetuosamente solicitamos a la CRT con base en el derecho repetición de información consagrado en la constitución Política, nos indique cuál es la información de costos de llamadas off-net con que cuenta para determinar que no se puede asociar el diferencial en el precio de las llamadas off-net con los costos de la prestación de este servicio.

De otra parte, es preciso mencionar a la CRT que a la fecha, la Superintendencia de Industria y Comercio, única entidad en Colombia facultada legalmente para conocer de las practicas restrictivas de la competencia, abuso de posición dominante y prácticas contrarias a la libre y leal competencia, no ha indicado ni se encuentra adelantando ninguna actuación administrativa en contra de COMCEL, en la cual establezca que existe una discriminación de tarifas off-net por parte de nuestra empresa.

1.9. Aclaraciones y Especificaciones de la Resolución y del Documento “Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia”:

- 1.9.1. La Comisión no define ni en el Documento Regulatorio ni en el Proyecto de Resolución cada uno de los mercados relevantes, lo cual genera confusiones y diversas interpretaciones de los mismos. Es indispensable entonces que la CRT defina y delimite cada mercado relevante.
- 1.9.2. Los criterios para la definición de Posición Dominante en Mercados Relevantes deben enmarcarse dentro de la definición de Posición de Domino establecida en el Decreto 2153 de 1992 para el caso de los operadores de TMC y en la Ley 142 de 1994 para el caso de los operadores de TPBC, toda vez que estos criterios deben corresponder a lo que en el marco legal se entiende como posición de dominio.
- 1.9.3. Aunque no compartimos la determinación de la CRT recatalogar a COMCEL como operador de dominio dentro del mercado de “Voz saliente Móvil”, debe quedar completamente claro que la supuesta posición de dominio de COMCEL en el mercado “Voz Saliente móvil” es específicamente en el tráfico off-net, esto es, tráfico que sale de la red de COMCEL a otras redes de operadores fijos y móviles. La Comisión debe ser precisa en la redacción indicando expresamente que COMCEL sólo tiene posición de dominio en el mercado de “Voz Saliente Móvil”
- 1.9.4. Como consecuencia de lo establecido en el numeral anterior, la Comisión frente a la obligación de Oferta mayorista impuesta a COMCEL, que tampoco compartimos, debe especificar claramente que esa oferta mayorista sólo incluye el ofrecimiento de minutos off-net, teniendo en cuenta que es el mercado relevante en el cual la Comisión supuestamente encontró la falla. También debe quedar completamente claro que la

obligación de COMCEL de poner a disposición de COMCEL una oferta mayorista se hace siempre y cuando: i) No se afecte técnicamente la red, ii) no se degrade la calidad del servicio de los usuarios del operador, iii) sea técnicamente factible y iv) se cuente con espectro suficiente para atender la oferta a terceros, pues nadie puede ser obligado a lo imposible.

- 1.9.5. Indica la CRT en el Documento "Definición de mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" que, el mercado relevante del servicio móvil ha sido considerado como el conjunto de llamadas móviles junto con SMS/MMS que utilizan redes del servicio móvil (página 25) y en la determinación de Mercados Minoristas definidos con alcance nacional: indica que el mercado de "*Voz Saliente móvil (Incluye también la originación de mensajes cortos de texto (SMS) y de mensajes multimedia (MMS)*", quiere decir lo anterior que las obligaciones impartidas a COMCEL deben incluir estos servicios? COMCEL considera que NO, pues el análisis de la Comisión sólo toma en cuenta planes tarifarios de voz, en la actualidad no existe interoperabilidad con ningún operador para intercambiar MMS y la última razón y de gran peso es que la CRT no ha establecido un remedio en el mercado mayorista (cargos de acceso), entonces no podría de acuerdo a la técnica que ha establecido esa misma entidad, entrar a impartir remedios en los mercados minoristas.
- 1.9.6. En el Anexo 01 la Comisión establece la lista de Mercados Relevantes sujetos a regulación Ex Ante, a saber: Mercados Minoristas i) Voz Saliente móvil y ii) Terminación de Llamadas Fijo – Móvil en todo el territorio Nacional y Mercados Mayoristas: i) Terminación de llamadas fijo – fijo en cada municipio del país, ii) i) Terminación de llamadas móvil – fijo en cada municipio del país, iii) Terminación de llamadas móvil – móvil en todo el territorio nacional y iv) Terminación de llamadas de larga distancia internacional en todo el territorio nacional. En el Anexo 03 al fijar los remedios regulatorios, la Comisión no fija estos remedios regulatorios para cada uno de los mercados regulatorios expuestos en el Anexo 01, sino por el contrario los fija para: **a.** Servicio de telefonía Móvil (TMC, PCS, y Trunking), **b.** Servicio de Telefonía Móvil: Llamadas Telefónicas fijo-móvil y **c.** Servicios de Telefonía de TPBC, TMC, PCS y TRUNKING: Terminación de Llamadas Telefónicas. Cuál es la razón para hacer esto? Por qué no se aplica cada remedio para cada mercado relevante ya definido?

1.10. La Oferta Mayorista Frente al Contrato de Concesión del servicio de TMC:

El artículo 32 de la ley 80 de 1993 - Estatuto de Contratación Administrativa, define el contrato de concesión así:

"4o. Contrato de Concesión.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”¹⁰

De otra parte, el artículo tercero de la Ley 37 de 1993 establece que: *“El servicio de telefonía móvil celular estará a cargo de la Nación, quien lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia.”*

Es decir, el servicio de telefonía móvil celular en Colombia está a cargo de la Nación y de acuerdo con la Ley, el Estado lo puede prestar a través de particulares otorgándolo a través de concesiones. El particular a quien se le otorga la concesión para la prestación del servicio público lo presta por su propia cuenta y riesgo y responde al Estado por la no adecuada prestación del mismo, este concesionario también debe cumplir con obligaciones de cubrimiento, calidad del servicio y de atención a los clientes.

A través del establecimiento de una Oferta Mayorista para el servicio de TMC, más específicamente obligando a COMCEL a ponerla a disposición de otros operadores de servicios de telecomunicaciones y del público en general, la Comisión está permitiendo la prestación del servicio de TMC por cualquier persona, sin cumplir con los preceptos legales que imponen una selección de los concesionarios a través de una licitación y sin la celebración de ningún contrato de concesión. En pocas palabras, nuevamente la Comisión mediante el Proyecto Regulatorio viola lo establecido por las leyes,

1.11. Barreras de Entrada Legales:

¹⁰ Negrilla fuera de texto

Si bien la Comisión indica en apartes del documento regulatorio que existen barreras legales¹¹ para el acceso de nuevos operadores al mercado móvil, no encontramos en todo el documento una referencia a cuáles son esas barreras legales. Por lo anterior, en ejercicio del derecho de petición consagrado en la constitución Política, solicitamos a la Comisión nos indique cuáles son esas barreras legales y nos dé una explicación de cada una de ellas.

1.12. Reglas Aplicables a Operadores no Sometidos a Regulación Ex – Ante :

Establece la Comisión en el anexo 4 del Proyecto de resolución que los operadores del servicio portador deberán hacer pública una oferta comercial actualizada en la que consten las condiciones técnicas, económicas y jurídicas que le sean aplicables y remitirla a la CRT dentro de los tres (3) meses de entrada en vigencia de la resolución.

COMCEL no entiende cuáles son los fundamentos de la medida de la Comisión de obligar a publicar a los operadores portador una oferta mayorista ("oferta - comercial"), pues tal y como lo establece el Decreto 2870 de 2007, esta medida sólo aplica para los operadores con posición de dominio que no es caso de este mercado mayorista pues la comisión en su análisis no encontró una posición de domino, es decir contraria lo establecido por el Decreto, del cual dice la CRT tener las facultades legales para expedir el acto administrativo.

La CRT debe dejar en claro en el proyecto regulatorio que esta oferta comercial será posible siempre y cuando se den las siguientes condiciones: i) No se afecte técnicamente la red, ii) no se degrade la calidad del servicio de los usuarios del operador, iii) el operador cuente con espectro suficiente para atender la oferta a terceros y iv) exista capacidad para hacerlo, pues nadie está obligado a lo imposible.

1.13. Cargos de Acceso para el intercambios de SMS y MMS:

Señala la CRT en el Anexo 3 "Lista de Remedios Regulatorios" en el literal c. que, someterá a regulación el valor de la remuneración por el uso de las redes asociadas a la terminación de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia. Sin embargo, en ningún documento análisis de este proyecto regulatorio se desarrolla este tema, analizando los valores que se aplicarían, si hay varias opciones de cargo de acceso, entre otro temas. Por lo que, la Comisión no podría entrar a fijar estos cargos de acceso en el presente proyecto regulatorio, teniendo en cuenta que no cumpliría con el procedimiento dispuesto en el Decreto 2696 de 2004.

¹¹ Páginas 40 del documento Definición de mercados Relevantes de Telecomunicaciones.

1.14. Aplicación de otras disposiciones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones;

A través del proyecto regulatorio, la Comisión señala que COMCEL supuestamente tiene posición de dominio en el mercado minorista de “voz saliente móvil” y en el mismo acto determina cuáles son los remedios regulatorios frente a esa posición de dominio, determinación que como lo hemos dicho a lo largo de nuestros documentos no compartimos. Por su parte, la resolución CRT 087 de 1997, establece en su Título IV como “Obligaciones Tipo C”, aquellas que deben ser cumplidas por los operadores con posición dominante para efectos de la interconexión. Se solicita a la CRT determine: i) Si esta norma sigue vigente una vez se expida el proyecto regulatorio, ii) Si sigue vigente después de la expedición del proyecto regulatorio, es aplicable a COMCEL este tipo de obligaciones como supuesto operador dominante en el mercado minorista de “voz saliente móvil”? Y iii) Si son aplicables estas obligaciones cuál es la razón para ello?

1.15. TEMPORALIDAD DE LA POSICIÓN DE DOMINIO Y DE LOS REMEDIOS REGULATORIOS:

Si bien la Comisión en el artículo tres (3) del proyecto regulatorio indica que las medidas tomadas por la CRT en la regulación de los mercados relevantes deben ser temporales, al definir la supuesta posición de dominio de COMCEL y la imposición de remedios regulatorios, no indica cuándo se encontró esa supuesta posición de dominio, ni tampoco cuándo la revisará nuevamente, es decir contraria el principio que la misma entidad establece en la regulación.

1.17. MERCADO RELEVANTE FIJO –MÓVIL Y LA POSICIÓN E DOMINIO

Nuevamente la Comisión inaplica el artículo tres de su proyecto regulatorio, pues sin dar ninguna explicación cataloga el mercado fijo-móvil con un mercado sujeto a regulación ex - ante, cuando la misma CRT indica que estas medidas son temporales y en ese supuesto debería volver a analizar por qué la medida es necesaria. Tampoco analiza por qué se reduce la tarifa por minuto de llamada fijo-móvil de \$392 a \$200. Por lo que, la Comisión no puede entrar a fijar estos valores en el presente proyecto regulatorio, teniendo en cuenta que no cumpliría con el procedimiento dispuesto en el Decreto 2696 de 2004.

1.18. Los informes de los Consultores de la Comisión frente al Proyecto Regulatorio Publicado:

De acuerdo con las fotocopias entregadas por la Comisión de los informes y presentaciones de los consultores externos contratados por esa entidad para el análisis de los mercados relevantes en Colombia, encontramos que en el informe presentado por LECG el 13 de noviembre de 2008 a la Comisión titulado "Comentarios y Sugerencias al Segundo Informe de los Consultores locales", indica LECG refiriéndose al mercado de "Voz saliente Móvil" en la página 12 que: *"Los Consultores Locales concluyen agregando que, si bien hay concentración en este mercados y se practica discriminación de precios, se recomienda excluir a este mercado de la regulación ex-ante y sólo monitorearlo, ya que los perjuicios potenciales que ocasionaría la regulación más que compensarían sus beneficios."* Y sigue diciendo que *"coincidimos en general con el análisis realizado por los Consultores Locales aunque, sin embargo, creemos que es necesario explorar una serie de variables para llegar a una conclusión más firme."*

Con base en lo anterior, se puede concluir que solo a un mes de publicar el proyecto regulatorio los consultores tanto internacionales como nacionales contratados por la Comisión coincidían en que no era necesario regular el mercado de "Voz Saliente Móvil" y que su regulación más que traer beneficios podría apuntar a ser perjudicial. Sin embargo, en el informe del 19 de diciembre de 2008, LECG sólo realizando el análisis de unos pocos planes tarifarios pospago con tarifas off-net y sin analizar las tarifas prepago off-net de los operadores, establece que *"la discriminación de tarifas" de COMCEL agrava la situación de asimetría en las participaciones de mercado* por lo que recomienda a la comisión establecer como posición dominante a COMCEL y recomienda una serie de remedios regulatorios.

Solicitamos a la Comisión en uso del derecho de petición de información consagrado en la Constitución Política, no indique por qué razón la CRT tomó en cuenta el último informe de los consultores internacionales en el cual se establece una posición de dominio por parte de COMCEL y no los anteriores informes de los consultores nacionales e internacionales que determinaban que no era necesaria una regulación ex - ante para el mercado de "voz saliente móvil", pues lo que se puede concluir de las copias suministradas por la Comisión, hasta un mes antes de la publicación del proyecto regulatorio para comentarios y después de un año y más de estudio de los mercados móviles no se consideraba el mercado de "Voz Saliente Móvil" como un mercado relevante sujeto a regulación ex ante y mucho menos a COMCEL como operador con posición de dominio.

1.19. Documento " Definición de mercados Relevantes de Telecomunicaciones":

En varios apartes de la parte resolutive del Proyecto de Resolución, la CRT se remite al Documento "Definición de mercados Relevantes de Telecomunicaciones", quiere decir lo anterior

que este Documento hace parte integral de la resolución? Si es así, la Comisión debe indicarlo. Sin embargo, no conocemos resoluciones que establezcan como parte integral de las mismas, los documentos análisis base para su expedición. Si la CRT considera que el documento debe hacer parte de la Resolución innovando nuevamente en la técnica jurídica, debe indicar claramente los límites de aplicación del documento.

1.20. Respuesta a nuestros Derechos de Petición :

Nuevamente reiteramos a la Comisión nos dé respuesta a todos nuestros derechos de petición que hemos elevado a la Comisión en desarrollo del presente proyecto regulatorio y que a la fecha no han sido contestados en su totalidad, por lo que nos es imposible entregar todos los comentarios de COMCEL al proyecto como lo hubieramos deseado.

2. Comentarios de Forma:

En varios apartes de la parte resolutive del proyecto de resolución, la CRT remite al Documento "Definición de mercados Relevantes de Telecomunicaciones", quiere decir lo anterior que este documento hace parte integral de la resolución? Si es así, la Comisión debe indicarlo. Sin embargo, no conocemos resoluciones que establezcan como parte integral de las mismas los documentos análisis base para su expedición. Si la CRT considera que el documento debe hacer parte de la Resolución innovando en la técnica jurídica, debe indicar claramente los límites de aplicación del documento.