



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 5031 DE 2013

19 FEB 2013

Radicación: 12 - 57655

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

En ejercicio de las facultades previstas en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el Artículo 333 de la Constitución Política establece: "[...] *La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades [...] 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*".

SEGUNDO: Que el Artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 en sus Numerales 2 y 3, establecen como función de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia "*velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales*" así como: "*Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*".

TERCERO: Que el Numeral 4 del Artículo 9 del Decreto 4886 de 2012, establece como función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia: "*Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia*".

CUARTO: Que el día 4 de abril de 2012, la señora HILDA MARÍA PARDO en su calidad de Representante Legal Suplente de la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. (COMCEL), presentó oficio de queja ante esta Superintendencia, en el cual puso de presente la posible ocurrencia de una conducta anticompetitiva por parte de las sociedades COLOMBIA MÓVIL, TELEFÓNICA MÓVILES y UNE-EPM (competidores de COMCEL).

Los hechos sobre los cuales se fundamenta la queja presentada, se resumen de la siguiente manera:

- Manifiesta en su escrito de queja que la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) mediante Resolución No. 3139 de 2011, dio inicio a una actuación administrativa de carácter particular respecto de la sociedad COMCEL, a fin de: i) analizar la posibilidad de dar una aplicación anticipada de la reducción de los cargos de acceso a los que hace referencia la Resolución CRC No. 3136 de 2011; ii) revisar la restricción del diferencial tarifario *on-net/off-net* según las resoluciones CRT No. 2066 y 2171 de 2009, para determinar si la misma se mantiene, modifica o levanta y, iii) analizar la viabilidad de la adopción de medidas regulatorias adicionales para

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

prevenir que la posición de dominio de COMCEL en el mercado "Voz Saliente Móvil" tenga efectos sobre la prestación de sus servicios en este u otro mercado.

- Se afirma que el 23 de febrero del año 2012, las sociedades COLOMBIA MÓVIL, TELEFÓNICA y UNE-EPM presentaron unificadamente ante el Ministerio de las TICS un escrito en el cual "*solicitan de manera conjunta imponer urgentemente, las medidas particulares dirigidas al operador dominante*".
- Concluye afirmando que con base en lo anterior, se le estaría restringiendo a COMCEL su capacidad competitiva y generando un impacto desmedido, ya que esto no ha pasado desapercibido en la opinión pública, habida cuenta de que los medios de comunicación han registrado la noticia, como puede verse en la revista DINERO del 29 de marzo de 2012.
- Posteriormente, la sociedad COMCEL presentó un escrito ante esta Delegatura, afirmando que "*[s]e reitera la posición conjunta que han venido manteniendo los competidores de Comcel, encaminada a obstruir la participación de esta empresa en el mercado*"¹.

QUINTO: Que conforme lo previsto en el inciso primero del Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992², para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, la SIC deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Así las cosas, mediante memorando interno No. 12-57655-3 del 11 de septiembre de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, ordenó la apertura de una averiguación preliminar a fin de determinar la posible ocurrencia de una conducta anticompetitiva por parte de las sociedades denunciadas³.

SEXTO: Que encontrándose la presente actuación administrativa en averiguación preliminar y de conformidad con las facultades conferidas a esta Entidad, se practicaron y allegaron las siguientes evidencias:

6.1 Testimonios

- MARC WILLY EICHMANN, Presidente de UNE-EPM⁴.
- JUAN CARLOS ACOSTA, Presidente de COLOMBIA MÓVIL⁵.
- RICARDO PONTÓN, Presidente de TELEFÓNICA⁶.
- HILDA MARÍA PARDO, Representante Legal Suplente de COMCEL⁷.

¹ Folios 65 a 67 del expediente.

² Modificado por el art. 155 del Dec. 019 de 2012.

³ Folio 49 del expediente.

⁴ Folios 204 y 205 del expediente.

⁵ Folio 146 y 202 del expediente.

⁶ Folio 147 y 200 del expediente.

⁷ Folio 47 del expediente.

X

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

6.2 Documentos

6.2.1. Aportados por COMCEL con el escrito de queja

- Comunicación remitida el 23 de febrero de 2012 al Ministerio de las TICS y firmada por los presidentes de UNE-EPM, COLOMBIA MÓVIL y TELEFÓNICA⁸.
- Copia de la revista Dinero del 29 de marzo de 2012⁹.

6.2.2. Aportados por COMCEL en Averiguación Preliminar

- 1 CD aportado por el apoderado de COMCEL con la siguiente información: a) reportaje del Presidente de COLOMBIA MÓVIL al diario La República en su edición del 18/SEP/12; b) reportaje de prensa titulado: *"polémica por subasta para la tecnología 4G"*; c) reportaje de la revista Semana en su edición del 16/SEP/12 titulado: *"la nueva tecnología 4G qué chicharrón"*; d) memorando de EPM-UNE al Ministerio de las TICS, ANE y CRC, respecto de la subasta de espectro radioeléctrico 4G; e) Auto No. 2012-275230 del 6/SEP/12, mediante el cual la Procuraduría General aceptó la recusación interpuesta en contra del Comisionado CARLOS REBELLÓN; e) reportaje de prensa titulado: *"comprando tiempo"* publicado en dinero.com; f) memorando de EDATEL al Ministerio de las TICS, ANE y CRC, respecto de la subasta de espectro radioeléctrico 4G.
- Reportaje del diario El Tiempo del 9/OCT/12: *"La guerra por el 4G tiene salida"*¹⁰

6.2.2. Aportados por COLOMBIA MÓVIL en diligencia de testimonio

- Estudio económico realizado por la firma CAPITAL ADVISORY PARTNERS, titulado: *"Revisión de escenarios regulatorios del mercado de Voz Saliente Móvil"*¹¹.
- Estudio económico realizado por GRAHAM JOHNSON y JEFFREY ROHLFS, titulado: *"Competitividad en el sector móvil colombiano"*¹².

6.2.2. Aportados por TELEFÓNICA en diligencia de testimonio

- Estudio económico realizado por TELEFÓNICA, titulado: *"Competencia de Movistar frente al operador dominante"*¹³.
- Estudio económico realizado por TELEFÓNICA, titulado: *"Diagnóstico del mercado de Voz Saliente Móvil, estado de la discusión regulatoria"*¹⁴.

SÉPTIMO: Que esta Delegatura considera oportuno efectuar un análisis descriptivo del mercado relevante presuntamente afectado con los hechos relacionados en la queja así:

⁸ Folios 36 y 37 del expediente.

⁹ Folios 38 a 44 del expediente.

¹⁰ Folio 67 del expediente.

¹¹ Folios 69 a 116 del expediente.

¹² Folios 117 a 145 del expediente.

¹³ Folios 148 a 173 del expediente.

¹⁴ Folios 174 a 199 del expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

El mercado presuntamente afectado

El mercado relevante de "Voz Saliente Móvil" fue definido por la CRC en la Resolución No. 2058 de 2009, con ocasión del primer ejercicio de identificación de mercados relevantes y posición dominante en el sector de telecomunicaciones en Colombia.

En la actualidad, la dinámica de este mercado lo ha constituido como un mercado maduro. Según reportes del Ministerio de las TICS, al finalizar el primer semestre de 2012, Colombia alcanzó un total de 48.156.504 abonados en el servicio de telefonía móvil, correspondiente a un incremento del 19.6% de líneas activas en relación con las existentes en junio de 2009. Este fuerte crecimiento representa una masificación y universalización de los servicios de telefonía móvil, situación que se evidencia en el nivel de penetración que presentó el servicio móvil en el país, el cual para junio de 2012 fue del orden del 103.4%¹⁵.

Ahora bien, en cuanto al tipo de abonados que demandan el servicio de telefonía móvil, Colombia presenta un rasgo característico y es el significativo porcentaje de usuarios bajo la categoría prepago; a junio de 2012, éste ascendió al 81.37% del total de abonados, mientras que los usuarios bajo la modalidad pospago fueron tan solo el 18.63%¹⁶.

Por otra parte, la oferta de telefonía móvil la componen cinco operadores, donde se presentan amplios diferenciales en las cuotas de mercado y uno de los intervinientes ostenta posición dominante, tal como se presenta a continuación:

Tabla 1. Abonados, ingresos y tráfico en el mercado de telefonía móvil según PRST para el segundo trimestre de 2012

PRST	Abonados en servicio	%	Ingresos *	%	Tráfico**	%
Comunicación Celular S.A. COMCEL	29.375.269	61,00%	1.023.462.861.000	66,01%	39.862.933.658	77,9%
Telefónica Móviles Colombia S.A.	12.358.536	25,66%	336.314.458.391	21,69%	8.654.875.668	16,9%
Colombia Móvil S.A. E.S.P	6.070.470	12,61%	186.152.829.000	12,01%	2.614.644.369	5,1%
Uff Móvil S.A.S.	271.128	0,56%	4.472.282.954	0,29%	16.998.710	0,0%
UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.	81.101	0,17%	-	-	-	-
TOTAL	48.156.504	100,00%	1.550.402.431.345	100,00%	51.149.452.405	100,0%

* Ingresos son los ingresos brutos menos deducciones.

** El tráfico esta medido por los minutos totales de ocupación de canales de voz.

Fuente: Diseño SIC, datos obtenidos del Informe trimestral de conectividad del Ministerio de las TICS.

De la gráfica anterior, se puede observar que al terminar el segundo trimestre del año 2012, COMCEL contaba con una participación de mercado superior al 60% en cualquiera de los indicadores utilizados (abonados, ingresos, tráfico), seguido por TELEFÓNICA y COLOMBIA MÓVIL con participaciones en términos de abonados del 25.66% y 12.61% respectivamente.

Por otra parte, nótese que el Operador Móvil Virtual (OMV) UFF MÓVIL, que entró en operación en el primer trimestre de 2012 utilizando la red de TIGO, obtuvo una participación del 0,56% en términos de abonados a finales del primer semestre del año 2012, en tanto que, UNE-EPM tan solo alcanzó un 0,17% para el periodo en mención.

¹⁵ Ver Boletín Trimestral de las TICS Cifras segundo trimestre de 2012. Publicado en septiembre de 2012. http://www.mintic.gov.co/images/documentos/cifras_del_sector/boletin_3t_banda_ancha_vive_digital_2012.pdf
Consulta: 18/DIC/12

¹⁶ *Ibidem*.

4

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Del análisis anterior es posible evidenciar que las participaciones de mercado de los competidores de COMCEL, en cualquiera de las variables utilizadas para su medición, son significativamente inferiores a las alcanzadas por éste. Sobre el particular, vale la pena resaltar que la CRC mediante Resolución No. 2058 de 2009, determinó posición dominante para la sociedad COMCEL en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* "Voz Saliente Móvil"¹⁷.

Al respecto, la CRC realizó un estudio económico¹⁸, cuyos principales resultados fueron los siguientes:

- El tamaño relativo del proveedor en el mercado en términos de usuarios, tráfico e ingresos fue superior al 60% en cualquiera de los indicadores utilizados.
- En relación con el tamaño absoluto del mercado, se observó que COMCEL cuenta con la capacidad de explotar mayores economías de escala que sus competidores.
- Se identificaron barreras a la entrada de un nuevo proveedor de tipo tecnológico, económico legal y administrativo que le impiden la entrada al mercado en el corto o mediano plazo, así como algunas fallas de mercado relacionadas con las externalidades de red, el efecto club, entre otros.
- La CRC constató la incidencia de la sociedad COMCEL sobre las decisiones en el mercado y de los usuarios en particular.

Vale aclarar que a la fecha COMCEL sigue siendo operador dominante en el mercado "Voz Saliente Móvil".

Después de haberse constatado la dominancia del operador COMCEL en el referido mercado, la CRC implementó una serie de medidas regulatorias particulares y generales con el fin de promover la competencia y prevenir posibles abusos de dominancia por parte de este proveedor.¹⁹ Sin embargo, a pesar de las medidas implementadas, la CRC evidenció que las fallas de mercado derivadas de características generalizadas entre los proveedores que participan del mismo, no han sido modificadas a pesar de los remedios regulatorios implementados, y bien por el contrario, se han profundizado los problemas que en términos de competencia fueron identificados en el año 2009. A continuación, se resumen las características generales en términos de competencia identificadas en dicho mercado:

¹⁷ Cabe señalar que la posición ostentada por COMCEL en el precitado mercado, se constató nuevamente por la CRC a través de la Resolución N° 2062 de 2009, confirmada por la Resolución N° 2152 de 2009.

¹⁸ CRC. *Revisión de Condiciones de Competencia del Mercado "Voz Saliente Móvil"*. Mayo de 2011. <http://www.crcm.gov.co/?idcategoria=53559&download=Y> Consulta: 24/FEB/12.

¹⁹ Resoluciones CRT N° 2066 y 2171 de 2009 mediante la cuales se determinó el régimen regulatorio tarifario para COMCEL en el que la tarifa *off-net* no podía ser superior a la tarifa *on-net* más el cargo de acceso. Posterior a esto, mediante la Resolución CRC N° 3136 de 2011 la Comisión adoptó, entre otras medidas de carácter general en el mercado "Voz Saliente Móvil", un cambio en la aproximación metodológica para la estimación de los cargos de acceso hacia redes móviles, migrando de un modelo TSLRIC a un modelo LRIC puro, adicional a ello, se identificaron fallas de mercado derivadas de características generalizadas entre los proveedores que participan en dicho mercado que permiten, justificar la necesidad de establecer medidas regulatorias *ex ante* particulares respecto del proveedor con posición dominante.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Tabla 2. Características generales en términos de competencia del mercado "Voz Saliente Móvil"

Aspecto	Característica
Barreras a la entrada para operadores de red	La asignación de espectro es un recurso del Estado que es limitado.
Barreras Económicas	Nivel de costos hundidos y fijos en los que debe incurrir un nuevo proveedor para entrar el mercado.
Participación de mercado en términos de usuarios	En términos absolutos, la participación de COMCEL en términos de usuarios casi triplica a la del segundo proveedor y es 5 veces más grande que el tercer operador.
Participación de mercado en términos de tráfico	En términos relativos, la participación de COMCEL viene aumentando, principalmente de tráfico <i>on-net</i> .
Competitividad en precios a nivel internacional	Son bajos en términos absolutos y altos en términos relativos.
Diferenciación de Precios	Tendencia decreciente de precios y diferenciación de precios <i>off-net/on-net</i>
Costos de cambio endógenos	Resultado de la diferenciación de precios <i>off-net/on-net</i> , externalidades de red y efecto club.
Cargos de acceso	Comcel se considera como receptor neto de cargos de acceso
Costos de cambio exógenos	Se mantienen algunos costos como el cambio de terminal, cláusulas de permanencia mínima, SIM CARD, desaparece un costo de cambio exógeno como es la portabilidad numérica.
Entrada de nuevos proveedores	La entrada de operadores móviles virtuales como Uff Móvil en voz; UNE y ETB en datos, y proveedores de red como UNE-banda de 2.5 GHz no ha generado un impacto significativo en el mercado en términos de competencia.

Fuente: Diseño SIC, información de la CRC

De la tabla anterior se puede evidenciar ciertas particularidades del mercado "Voz Saliente Móvil", que hicieron necesaria la implementación de medidas regulatorias de carácter particular hacia el proveedor dominante. Así pues, la CRC mediante Resolución No. 3139 de 2011 dio inicio a una actuación administrativa de carácter particular con el fin de implementar remedios regulatorios *"a el fin de garantizar una competencia efectiva en el corto y en el largo plazo y de contrarrestar desde la perspectiva de la regulación ex ante los efectos que sobre el mismo pudiera tener el comportamiento del proveedor con posición dominante"*.²⁰

OCTAVO: Que una vez definido el mercado presuntamente afectado y habiéndose precisado los supuestos de hecho en que se fundamentó la queja o aquellos advertidos por la SIC, se ha de establecer si los mismos se enmarcan en una presunta conducta anticompetitiva tendiente a reducir la capacidad competitiva de la quejosa y quiénes serían los presuntos infractores de las normas de competencia.

NOVENO: Que en aras de resolver la presente actuación administrativa, esta Delegatura se permite realizar las siguientes consideraciones:

9.1. Autoridades regulatorias y su función

Sea lo primero poner de presente que la CRC se encuentra revestida de la facultad regulatoria *ex ante* para intervenir en los mercados que componen el sector de las telecomunicaciones con el objeto fundamental de promover la competencia, proteger los derechos de los usuarios y generar reglas que permitan que los diferentes mercados que componen las TICS se desarrolle en un ambiente de competencia efectiva. Así, el inciso segundo del Artículo 19 de la Ley 1341 de 2009 dispone lo siguiente:

²⁰ Ver Resolución CRC No. 4002 de 2012.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

"La Comisión de Regulación de Comunicaciones es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad".

El ejercicio regulatorio de definición de mercados relevantes en el sector de las comunicaciones, parte de la necesidad de controlar de manera *ex ante* posibles patologías en este tipo de mercados emanadas de sus características particulares, como son entre otras, la existencia de incumbentes, externalidades de red y altos costos hundidos de entrada.

En desarrollo del concepto de convergencia tecnológica, en virtud del cual la regulación debe estar diseñada por redes y no por servicios la CRC inició el proceso de definición de mercados relevantes. Sin embargo, esta definición debe estar acompañada de la imposición de medidas regulatorias previas para aquellos operadores que ostentan un poder significativo de mercado. Se trata de obligaciones de tipo particular dirigidas a que el operador dominante, aún sin estar abusando de su posición, caso en el cual se aplica el control *ex post* a cargo de esta Superintendencia, cumple con unos cargos adicionales entre los que se encuentran: i) imposición tarifarias, ii) servicio universal, iii) contabilidad separada, etc.

Teniendo como fundamento lo anteriormente dicho, la CRC además de constar la posición dominante de la sociedad COMCEL en el año 2009,²¹ implementó medidas regulatorias tanto de carácter general como particular²², advirtiendo que continuaría adelantando medidas regulatorias para fortalecer las condiciones del mercado "Voz Saliente Móvil" definido por la CRC mediante Resolución CRT 2058 de 2009. Así pues, la Comisión remitió a los diferentes agentes que intervienen en este mercado el Documento "*Diagnóstico Preliminar del Mercado 'Voz Saliente Móvil'*"²³ por medio del cual se planteó la posibilidad de incluir las promociones dentro del diferencial tarifario *on-net / off-net*, además de implementar un esquema de remuneración diferencial para el mercado mayorista.

Posterior a esto, la CRC publicó para comentarios del sector el documento denominado "*Consulta Pública – Escenarios Regulatorios para el Mercado Voz Saliente Móvil*" donde se analizaba la situación del mercado y por otro lado, sometía a consulta de la industria un conjunto de alternativas regulatorias "*que a la luz de todos los análisis y debates adelantados, podrían tener un impacto positivo sobre los niveles de competencia en el mercado 'Voz Saliente Móvil', bien sea a nivel minorista, mayorista o ambos*"²⁴. Aunado a lo anterior, se adelantó un foro sectorial llevado a cabo el 23 de marzo de 2011 para generar espacios adicionales para la presentación de argumentos de los agentes que concurren en el mercado objeto de regulación.

²¹ Mediante Resolución CRT 2062 de 2009, situación constatada en la Resolución No. 2152 de 2009.

²² Mediante Resolución CRT 2066 de 2009, confirmada mediante la Resolución No. 2171 de 2009.

²³ En aplicación de lo previsto en el Parágrafo 1 del Artículo 3 de la Resolución CRT 2066 de 2009 de 2009, modificado por Artículo 4 de la Resolución CRC 2171 de 2009 una vez vencido el plazo máximo previsto para que COMCEL implementara la medida regulatoria la Comisión procederá a verificar los efectos de la medida regulatoria en el mercado "Voz Saliente Móvil" con el fin de establecer si habría lugar a levantar la restricción impuesta sobre el diferencial de tarifas *off net* y *on net* de COMCEL S.A..

²⁴ Ver Resolución CRC No. 4002 de 2012.



Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Como resultado de lo anterior, la CRC mediante Resolución CRC No. 3136 de 2011 modificó la aproximación metodológica para la fijación de los cargos de acceso a redes móviles con el fin de "(...) *hacer más eficiente la industria, mediante la disminución gradual de los cargos de acceso (...) calculados mediante un modelo de costos eficientes los cuales deben ser trasladado a todos los usuarios (...)*"²⁵. Adicional a esto, dispuso en su artículo noveno que las medidas regulatorias de carácter general allí contenidas, se expedían sin perjuicio de la posibilidad de establecer medidas regulatorias particulares respecto del proveedor de redes y servicios con posición dominante en el mercado ya referido.

Así pues, como ya se ha indicado la CRC mediante la Resolución No. 3139 del 29 de septiembre de 2011, dio inicio a una actuación administrativa de carácter particular con el fin de analizar y establecer la posibilidad de fijar medidas regulatorias particulares respecto del operador COMCEL.

De lo dicho en líneas precedentes, esta Delegatura observa que la medida regulatoria de carácter particular hacia la sociedad COMCEL, se adoptó siguiendo el procedimiento establecido en la Resolución CRT No. 2058 de 2009 por medio de la cual, además de definirse los mercados relevantes, se contempló un plazo al cabo del cual se realizaría una revisión periódica de las medidas regulatorias ya adoptadas. En línea con lo anterior, para la CRC los diferentes remedios regulatorios planteados para el mercado mayorista y minorista, fueron consecuencia de la detección de diferentes fallas de mercado evidenciadas en los estudios económicos que dicha Comisión elaboró y puso en consideración del sector.

9.2. Influencia de la petición de los operadores en las medidas regulatorias

Que antes de realizar las consideraciones pertinentes respecto de los hechos denunciados, se estima necesario dar claridad sobre la presunta conducta anticompetitiva al parecer tendiente a reducir la capacidad competitiva de COMCEL.

En testimonio recibido a la señora HILDA MARÍA PARDO es su calidad de vicepresidente jurídico de la denunciante, declaró lo siguiente:

"Pregunta: Doctora usted hace referencia en su escrito, como ahora en la respuesta dada a esta pregunta, a la limitación de la capacidad competitiva por parte de la empresa COMCEL. Podría explicarnos la forma en la cual se vería limitada la capacidad competitiva de la empresa COMCEL con ocasión de lo que usted afirma.

*Respuesta: (...) por que se estaría limitando la competencia de COMCEL con las medidas que se estarían, presionando por parte de los competidores para que se expidiera por parte del organismo regulador, las medias que están presionando que se expidan (...)"*²⁶

Así las cosas, considera la Delegatura que la posible conducta anticompetitiva a evaluar, se encamina a establecer, si los esfuerzos individuales o conjuntos hechos por los competidores de COMCEL, tendientes a influenciar a una agencia gubernamental, en este caso, el Ministerio de las TICS y la CRC, para que tome acción legislativa o regulatoria contra ella, resultarían contrarios a las normas de la libre competencia.

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Folio 48 del expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

En este orden de ideas, es preocupación de las autoridades de competencia evitar que se obtenga o incremente el poder de mercado de los agentes que concurren en él, haciendo un uso indebido del poder legislativo o regulatorio de las autoridades gubernamentales, ello en razón a que dicho comportamiento supone unos mínimos costos de implementación y ocasiona significativos y durables efectos anticompetitivos²⁷.

En relación con lo anterior, el presidente de UNE-EPM se pronunció sobre el particular, indicando lo siguiente en diligencia de testimonio:

"Pregunta: ¿Quiere agregar o añadir algo más a la presente diligencia?"

Respuesta: (...) Por otro lado, tampoco, pues estamos buscando por medio de esto llegar a tener alguna concertación que se materialice en alguna competencia desleal, desde este punto de vista es una carta sencilla, en el cual le expresamos unos puntos en los que estamos de acuerdo que están basados en la realidad (...)"²⁸

De la anterior declaración, esta Delegatura puede establecer que la intención de los suscriptores de la misma se encamina a poner de presente una problemática evidenciada en el sector.

Aunado a lo anterior, la actuación administrativa por medio de la cual se propusieron medidas regulatorias particulares a la sociedad COMCEL, tal como se mencionó, obedeció a un mandato legal otorgado a la CRC por medio del cual, periódicamente se debe hacer una revisión de los mercados relevantes ya definidos, con el propósito de implementar medidas regulatorias cuando las condiciones de los mercados así lo requieran.

Adicional a ello, tal como se expuso en el acápite anterior, después de haberse constatado la posición dominante de la sociedad COMCEL en el mercado relevante "Voz Saliente Móvil", la CRC le impuso en el año 2009 medidas regulatorias a dicha empresa encaminadas al establecimiento de diferenciales tarifarios *on net / off net*, que al cabo del término de vigencia de su aplicación, la Comisión observó que dichos diferenciales "(...) sólo benefician a sus usuarios y que en conjunto con su posición dominante afecta de manera negativa la competencia en el mercado relevante"²⁹. Así pues, por medio de la actuación administrativa particular objeto de análisis, la CRC, además de entrar a regular el mercado minorista a través de la modificación de dicho diferencial tarifario, profirió medidas regulatorias a nivel mayorista relacionadas con la aplicación de cargos de acceso diferenciales.

En este orden de ideas, la implementación de medidas regulatorias se encontraban encaminadas a remediar una problemática que había sido identificada de ante mano por la CRC y se encontraba dentro de su órbita de competencias funcionales.

Así pues, esta Delegatura no evidencia ningún tipo de concertación entre el regulador y los agentes económicos denunciados tendientes a la implementación de una medida regulatoria en desmedro del denunciante, pues la misma, se correspondía a un remedio regulatorio el cual consideró la CRC como herramienta necesaria para fomentar la competencia en el mercado de "Voz Saliente Móvil", además de implementar medidas que podrían corregir la falla de mercado ya detectada.

²⁷ *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*, Washington, FTC, 2006, pág. 3.

²⁸ Folio 205 del expediente.

²⁹ Ver Resolución No. 4002 de 2012, pág. 1.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Adicional a ello, esta Delegatura observó que el oficio objeto de análisis no tuvo la suficiente incidencia en el curso de la actuación regulatoria que llevó a cabo la CRC, por cuanto no se considera que el mismo, se haya utilizado como un instrumento para exhortar al regulador en la implementación de mecanismos regulatorios en contra de la denunciante que la coloquen en una condición de competencia desventajosa respecto de los demás participantes.

Frente al hecho de la resonancia o incidencia que tuvo el precitado oficio en el Ministerio de las TICs, los presidentes de las sociedades TELEFÓNICA y UNE-EPM manifestaron lo siguiente:

En nombre de la sociedad TELEFÓNICA³⁰, su presidente afirmó:

"Pregunta: ¿Qué respuesta han recibido ustedes por parte del Ministerio de las TICs?"

Respuesta: Que yo sepa, de la misma no.

Pregunta: ¿No han tenido una retroalimentación?"

Respuesta: No, hemos tenido distintas discusiones sobre el tema, pero no hemos tenido una respuesta clara a esto" (se subraya)

A su turno, el presidente de UNE-EPM indicó lo siguiente³¹:

"Pregunta: ¿Cuál fue la respuesta que encontraron por parte del Ministerio de las TICs frente a esa comunicación que ustedes les remitieron?"

Respuesta: Pues digamos que es muy difícil entender cuáles son las reacciones de un Ministerio con respecto a una comunicación particular, porque esto está dentro del objeto mismo del Ministerio y uno no sabe si la reacción del Ministerio es a raíz de la comunicación, o no son a raíz de la comunicación (...)

Pregunta: Con ocasión a ese escrito, ¿se han llevado reuniones con el Ministerio de las TICs, de pronto para discutir uno de los temas planteados en el mismo?"

Respuesta: No reuniones en las que yo he participado"

Según las afirmaciones hechas por los declarantes, el oficio remitido ante el Ministerio de las TICs, éste careció de la relevancia suficiente como para haber generado siquiera un efecto de celeridad en la expedición del remedio regulatorio, más aun, según se afirma, no se produjo un intercambio de opiniones o impresiones entre los denunciados y el Ministerio de las TICs o la CRC.

Doctrina Noerr-Pennington

Del análisis anterior, esta Delegatura logró evidenciar que el oficio en mención no generó un impacto en el trámite que culminó con las medidas regulatorias para el mercado mayorista y minorista de "Voz Saliente Móvil", pese a lo anterior, es fundamental manifestar que según la denominada doctrina *Noerr-Pennington*, por cuya virtud, no resulta anticompetitivo que uno o varios de los agentes participantes en un mercado, estimulen la acción legislativa o regulatoria de sus competidores. Esta doctrina tiene como soporte el

³⁰ Folio 200 del expediente.

³¹ Folio 205 del expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

derecho constitucional de petición y la no expresa prohibición como conducta anticompetitiva.³² Sobre el particular, la doctrina sostiene lo siguiente:

*"Este derecho es protegido sin importar cuán anticompetitiva sea la intención del peticionario y si la conducta es individual o concertada (...) el Derecho de la Competencia sólo proscribe las restricciones comerciales que resultan de conductas de particulares, no aquellas de la válida acción gubernamental."*³³

Concuerda esta Delegatura con los fundamentos doctrinarios anteriormente expuestos en la medida en que resulta admisible el ejercicio del derecho de acudir ante el regulador o el ente legislativo a fin de que se adopten medidas con la vocación de generar un beneficio social, eficiencia económica y libre competencia en los mercados. Lo anterior bajo el presupuesto que en ejercicio de las actividades de búsqueda común de una modificación legislativa o regulatoria, no se realizan conductas anticompetitivas como puede ser la de intercambiar información confidencial de las empresas o agentes involucrados en el "cabildeo".

En el presente caso, este Despacho considera que las actividades acusadas por parte de la empresa COMCEL no excedieron los límites de lo que es posible en ejercicio de la búsqueda de lo que fue considerado en su momento por los competidores de COMCEL como mejoras regulatorias.

9.3 Incidencia del oficio en la opinión pública

Por otro lado, de acuerdo con lo manifestado por la Dra. HILDA MARÍA PADO en su escrito de queja, se hace referencia a un presunto comportamiento de descrédito a través de los medios masivos de comunicación con ocasión del oficio presentado por algunos de los competidores de COMCEL ante el Ministerio de las TICS, así lo informó:

*"en su versión on-line del artículo citado, la revista dinero publicó la comunicación presentada por las sociedades Colombia Móvil, Telefónica Móviles y UNE-EPM ante el Ministerio de las TICS, generando así un impacto desmedido en la opinión pública"*³⁴.

Sobre el particular, la jurisprudencia extranjera ha considerado que sería contrario a las normas de la libre competencia, la conducta que tiene como finalidad adelantar una intensa campaña publicitaria dirigida ostensiblemente a influenciar al Gobierno para interferir directamente en las relaciones negociales de las firmas competidoras³⁵. Esta doctrina conocida como "sham" por la Corte Suprema de Estados Unidos, tiene otra variante la cual hace referencia al abuso del derecho de litigio con el propósito de impetrar demandas infundadas contra las firmas competidoras, a fin de publicitarlas y generar una imagen negativa de ellas en el mercado³⁶.

En este orden de ideas, la doctrina tiene establecido que para efectos de generar una práctica anticompetitiva, habrán de cumplirse los siguientes presupuestos: i) adelantar actos de descrédito con la potencialidad suficiente como para influenciar a los

³² Vid. *Eastern R. Presidents Conference Vs. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127 (1961) y *UMW Vs. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

³³ Thomas Sullivan. *Antitrust law*, Newark, LexisNexis, 2003, pág. 1000

³⁴ Folio 5 del expediente.

³⁵ Cfr. Thomas Morgan. *Modern antitrust law and its origins*, St. Paul (Minn), Thompson, 2005, pág. 213.

³⁶ En este sentido puede verse el caso *Professional Real Estate Investors Vs. Columbia Pictures*, 508 U.S. 49 (1993) y Charles Goetz. *Antitrust law*, Newark, Lexis Nexis, 2002, págs. 792 y 793.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

consumidores a optar por uno u otro producto en desmedro de los ofertados por el perjudicado, ii) acudir de manera reiterada al emprendimiento de una campaña masiva de difusión de dicho comportamiento de descrédito.

Partiendo de la anterior premisa, se hace necesario entrar a analizar el objeto mismo del oficio con el fin de observar si se cumple el primer presupuesto atrás indicado.

A continuación se presenta el apartado más relevante de dicho oficio:

"(...) Es preocupante que si no se adoptan de manera urgente las medidas particulares dirigidas al operador dominante se pueda presentar un grave retroceso en la institucionalidad de esta Industria (...)

Señor Ministro, es imperativa la intervención regulatoria particular en el mercado móvil. Por lo anterior, respetuosamente solicitamos que manifieste al Ministerio Público la necesidad de que adelanten el procedimiento de la recusación con celeridad y que una vez este proceso culmine la CRC proceda con la mayor prontitud a implementar las medidas a su cargo, pues se está perjudicando el sector está en riesgo la situación de competencia de la industria de las TIC en Colombia y, en últimas, el bienestar de todos los usuarios de telecomunicaciones del país."³⁷

De la simple lectura del anterior fragmento de la comunicación objeto de reproche, se evidencia que la petición se encamina: en primer instancia, a obtener los buenos oficios del Ministerio de las TICS ante la Procuraduría General, a fin de que se resuelva la recusación del Comisionado de la CRC³⁸, y una vez resuelta ésta, proceda la CRC a implementar las medidas regulatorias a su cargo.

En ese sentido, lo expuesto por los denunciados se encamina a la imposición de medidas regulatorias de carácter particular respecto de la denunciante. Situación que como ya indicó, obedeció a una problemática identificada con antelación por parte del regulador mediante diversos estudios económicos y técnicos en el marco de sus facultades. Así pues, se advierte que las consideraciones hechas por UNE-EPM, COLOMBIA MÓVIL y TELEFÓNICA obedecen a una problemática bien conocida por los intervinientes en el sector de las TICS.

Al respecto, el presidente de TELEFÓNICA en diligencia de testimonio rendido el día 26 de octubre de 2012 en esta Superintendencia, indicó lo siguiente:

"Pregunta: ¿Cómo fue la elaboración de ese documento, a qué razón se obedeció?"

Respuesta: El documento que dice, obedece a las circunstancias que hoy son de conocimiento público que tiene que ver con una regulación por una falla en el mercado (...) Creo que para entender bien el contexto deberíamos remitirnos a que esto tiene una historia previa y es que nosotros como compañía, hemos entendido que la falla

³⁷ Folio 37 del expediente.

³⁸ Una vez iniciada la actuación administrativa por la CRC, la sociedad COMCEL le manifestó un presunto impedimento del Comisionado Carlos Rebellón, al haber trabajado para la sociedad UNE-EPM y participado en la elaboración de un proyecto similar al que hoy se pretende implementar. Dado que el Comisionado Rebellón no se declaró impedido COMCEL lo recusó. Dicha recusación fue decidida por la Procuraduría General mediante Auto N° 2012-275230 del 6/SEP/12, en el sentido de aceptar la recusación interpuesta.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

*que existe en el mercado y que se debe principalmente a la dominancia de uno de los actores en este momento bajo la denominación de CLARO antes COMCEL (...)*³⁹

En este mismo sentido, fue la declaración hecha por el presidente de UNE-EPM, también firmante del oficio en cuestión, quien en diligencia de testimonio rendido el día 14 de noviembre de 2012, afirmó lo siguiente respecto del público conocimiento de la problemática identificada en el mercado "Voz Saliente Móvil".

"Pregunta: ¿Cómo se dio la elaboración de ese documento, el entorno en el cual se dio, se llevó a cabo?"

Respuesta: Ese documento sencillamente se dio, porque digamos que hay unas verdades inocultables con las cuales diferentes operadores las vimos. Hay diferentes verdades que vimos, diferentes operadores y las pusimos sobre una carta."

Así, para esta Entidad las declaraciones contenidas en el oficio en cuestión dan cuenta de aspectos suficientemente conocidos por los agentes económicos que participan en el mercado, relacionados con la necesidad de realizar ajustes regulatorios en el sector.

Adicional a ello, se logró constatar que en ninguno de sus apartados se pretendió generar un efecto de descrédito en contra de la denunciante. Al respecto, el presidente de UNE-EPM manifestó lo siguiente:

"Pregunta: Quiere agregar o añadir algo más a la presente diligencia."

*Respuesta: (...) este tema no es solo un tema de averiguar de dónde vino la carta, qué pasó con la carta, sino también dejar claras dos o tres cosas. Primero, que lo que está en la carta está soportado en documentos que les voy a pasar, bajo ninguna circunstancia en la carta hay actos de descrédito contra absolutamente nadie, es decir, estamos hablando de una carta en la cual estamos manifestando nuestra opinión de manera libre basado en hechos, no estamos buscando con esto crear desorganizaciones, ninguna organización (...)"*⁴⁰.

Así las cosas, no se considera como anticompetitivo poner de presente una problemática de conocimiento general de los intervinientes y que no hace referencia a una campaña de desprestigio contra COMCEL. De esa manera se observa que no se cumple con el primer presupuesto ya esbozado.

En segundo lugar, el oficio en mención no fue difundido masivamente entre los medios de comunicación sino que por el contrario, el conocimiento que se tuvo del mismo, fue a propósito de un artículo de prensa publicado en la revista DINERO en su edición No. 394 del 30 de marzo del año 2012 y no se advierte una masiva campaña publicitaria tendiente a generar un efecto adverso para la sociedad denunciante conforme lo dispone la doctrina "Sham".

En lo atinente a la publicidad que se le dio al documento en cuestión, los presidentes de las sociedades TELEFÓNICA, UNE-EPM y COLOMBIA MÓVIL se refirieron así:

En primer término, el presidente de TELEFÓNICA manifestó lo siguiente:

³⁹ Folio 200 del expediente.

⁴⁰ Folio 205 del expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

"Pregunta: Recuerda si ese fue socializado, se le hizo publicidad a través de un medio masivo de comunicación, prensa escrita, radial, televisiva a ese documento.

Respuesta: No, puede ser que una vez que esté presentado y publicado, algún periodista haya hecho preguntas, el tema ya estaba en los medios mucho atrás, esta carta no es el primer elemento sobre los cargos asimétricos y la subasta, ya se venía hablando, inclusive CLARO habló mucho antes de este tema que cualquiera de nosotros, o sea no crea que tenga relación esto con lo que hay en prensa hoy. Me parece que la socialización del problema fue muy anterior, creo que nació y tomó más estado público cuando fue la recusación del comisionado (...)"⁴¹.

En segundo lugar, el presidente de UNE-EPM al respecto indicó:

"Pregunta: (...) Ese documento en algún momento fue socializado en los medios masivos de comunicación por parte de ustedes o de algún otro de los suscriptores.

Respuesta: Tengo entendido que la revista Semana hizo alusión a este documento, cómo llegó a la revista Semana, no tengo la menor idea"⁴².

Y en última instancia, el presidente de COLOMBIA MÓVIL precisó:

"Pregunta: Particularmente, ese documento, usted nos dice que hubo prensa, digamos que lo socializaron al interior de la CRC, hicieron alguna campaña de publicidad en algún medio de comunicación escrito radial televisivo.

Respuesta: No, no hicimos campaña, lo único que tuvimos fue entrevistas periodísticas para de alguna, forma explicar porque se estaba dando esta situación"⁴³

Partiendo de la doctrina "Sham" y de la evidencia recaudada, esta Delegatura considera que el comportamiento desplegado por las denunciadas no corresponde a una conducta anticompetitiva, por cuanto no se aprecia que el oficio remitido al Ministerio de las TICS de manera conjunta, haya obedecido a una estrategia concertada de descrédito hacia COMCEL tendiente a difundir masivamente una imagen negativa de la denunciada en el mercado, que llegase a tener la potencialidad de restringirle su capacidad competitiva, en los términos indicados en el escrito de queja a la luz del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como lo manifiesta la denunciante y de lo cual hace eco su apoderado.⁴⁴

Por lo demás, y en atención a lo manifestado por el apoderado de la sociedad denunciante en cuanto a que "los competidores de Comcel continúan adelantando acciones de distinto orden, esas sí orientadas a impedir la libertad de competir que tiene Comcel, como lo registran diariamente todos los medios masivos de comunicación, a propósito de la subasta de espectro para la tecnología 4G"⁴⁵. (Se subraya)

⁴¹ Folio 200 del expediente.

⁴² Folio 205 del expediente. Se aclara que una vez revisados los archivos periodísticos de la revista Semana, no se encontró alguno que hiciera mención al tema objeto de la presente resolución, de tal suerte que ha de entenderse que la referencia debe ser hecha a la revista Dinero.

⁴³ Folio 146 del expediente.

⁴⁴ Folios 2 y 51 del expediente.

⁴⁵ Folios 50 y 51 del expediente.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Se aclara que los referidos apuntes de prensa, fueron allegados en medio magnético como prueba a la presente actuación administrativa,⁴⁶ constatándose que los mismos no se relacionan con el objeto de la queja, es decir, con el oficio que fue remitido al Ministerio de las TICS, el cual alude exclusivamente a la implementación de medidas regulatorias particulares hacia el operador con posición dominante en el mercado "Voz Saliente Móvil".

9.4 Conclusión

Así las cosas, partiendo de la normatividad aplicable y de la evidencia recaudada, esta Delegatura considera que no resultan anticompetitivas las acciones que fueron ejecutadas por las sociedades UNE-EPM, COLOMBIA MÓVIL y TELEFÓNICA tendientes a la implementación de las medias regulatorias de carácter particular para la sociedad COMCEL. En este orden de ideas, se advierte que no existen elementos de juicio para adelantar una investigación administrativa, por la presunta infracción de las normas en materia de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia económica o por competencia desleal administrativa, ante lo cual procederá su archivo.

En mérito de lo anterior, esta Delegatura

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: RECONOCER personería al doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR identificado con cédula de ciudadanía No. 19.335.765 de Bogotá, abogado con Tarjeta Profesional No. 30.633 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado especial de la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A., en los términos previstos en el poder que le fuere conferido.

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR el archivo del expediente administrativo N° 12-57655, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido del presente acto administrativo al JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR identificado con cédula de ciudadanía No. 19.335.765 de Bogotá, abogado con Tarjeta Profesional No. 30.633 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado especial de la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A., entregándole copia e informándole que procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, el cual puede interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **19 FEB 2013**

GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

⁴⁶ A continuación se enlista los aludidos artículos de prensa: a) reportaje al Presidente de COLOMBIA MÓVIL al diario La República en su edición del 18/SEP/12, titulado: "Tigo teme que llegue dominancia abusiva al servicio de datos"; b) reportaje de prensa titulado: "Polémica por subasta para la tecnología 4G"; c) reportaje de la revista Semana en su edición del 16/SEP/12 titulado: "La nueva tecnología 4G qué chicharrón"; d) reportaje de prensa titulado: "Comprando tiempo" publicado en dinero.com

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Notificar:

Doctor
JOSE MONTEALEGRE
C.C. 19.335.765 de Bogotá
T.P. 30.633 del C.S.J.
Cra. 14 N° 93B - 32 Of. 404
Bogotá - Colombia
Apoderado:
COMCEL

Elaboró: Dayhana Jiménez
Marco Jiménez
Revisó: Julio Castañeda V.B.C
Aprobó: Germán Bacca —