

Bogotá D.C.
1007

Honorable Senador
SENEN NIÑO AVENDAÑO
SENADOR DE LA REPÚBLICA
SENADO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 N° 8 - 68 Edificio Nuevo del Congreso Ofc 536
CIUDAD

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO			
RAD: 17-78008-3-0		FECHA: 2017-04-06 16:16:32	
DEP: 1007	DESPACHO DEL	EVE: SIN EVENTO	0
SUPERINTENDENTE DELEGAD			
TRA: 396	ABOGACIA COMPETENCIA	FOLIOS: 12	
ACT: 440	RESPUESTA		

Asunto: Radicación: 17-78008-3-0
Trámite: 396
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 12

Referencia: Proyecto de Ley Número 117 de 2016 Senado, por el cual “se crean instrumentos para proteger al usuario de servicios de telecomunicaciones móviles, incentivar la competencia en el sector y promover la masificación del acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones”.

Honorable Senador Niño:

En relación con la comunicación de la referencia, identificada con el número de radicación 17-78008 de fecha 30 de marzo de 2017, esta Superintendencia procede a rendir el concepto solicitado respecto del Proyecto de Ley “por la cual se crean instrumentos para proteger al usuario de servicios de telecomunicaciones móviles, incentivar la competencia en el sector y promover la masificación del acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones” (en adelante el “**Proyecto de Ley**”), para lo cual se explicará el Proyecto de Ley y, posteriormente, se presentará el análisis del mismo desde la perspectiva de la libre competencia económica.

1. EL PROYECTO DE LEY

1.1. Objeto

El Proyecto de Ley que cursa el trámite para Primer Debate en la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República¹, plantea varios objetivos que se estructuran sobre los siguientes tres ejes²: i) la efectiva **protección del usuario** de los servicios de telecomunicaciones móviles en relación con la calidad del servicio prestado; ii) la

¹ Gaceta del Congreso 649 de 2016.

² Artículo 3° del Proyecto 117 de 2016.



promoción de la competencia en el sector de las telecomunicaciones móviles a partir de la asignación eficiente y equitativa del espectro electromagnético, el otorgamiento de incentivos a la oferta que permita a los usuarios obtener cada vez más servicios de menor precio y mejor calidad, y también el acceso por parte de los proveedores del servicio de telecomunicaciones móviles a la infraestructura y redes de telecomunicaciones que faciliten la adecuada prestación del servicio a su cargo; y iii) la **masificación del acceso** a las tecnologías de la información y las comunicaciones.

1.2. Exposición de motivos

Dentro de las consideraciones presentadas por el Ponente a cargo del Proyecto de Ley, se resaltan entre otros aspectos, la necesidad de establecer reglas de juego en el mercado de las telecomunicaciones móviles que garanticen su acceso en condiciones de justicia e igualdad no solo de cara a quienes fungen como usuarios del servicio, sino también de quienes se desempeñan en el otro extremo de la relación, es decir, los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones Móviles³ – PRSTM (en adelante “**PRSTM**”).

Aunado a lo anterior, se destaca en el Proyecto de Ley la problemática que, desde hace algunos años, ha venido enfrentando el sector de las telecomunicaciones en Colombia, especialmente en lo que se refiere a la concentración del mercado de la telefonía móvil. En esta línea, se menciona en la exposición de motivos que la compañía Claro detenta una participación superior al 50% en los mercados relevantes, así:

“(…) el grupo conformado por Comcel y Telmex bajo la marca Claro obtuvo en 2011 utilidades del orden de los 2,8 billones de pesos, mientras Telefónica, segundo participante en el mercado, superó solo los 298.456 millones de pesos. Esto indicaría que si bien Comcel actualmente cuenta con una cuota de participación en el mercado de telefonía móvil de 61,9%, seguido por Telefónica con el 25,4%, que pone de manifiesto la posición de dominio en dicho mercado, en términos de utilidades el panorama es mucho más crítico pues el grupo bajo la marca Claro capturaría cerca del 74,35% de las utilidades totales del sector, mientras Telefónica quedaría con una participación del 7,83%, y Colombia Móvil quedaría con tan sólo el 2,06% de las utilidades del sector.”

Finalmente, se citan algunos preceptos normativos de carácter constitucional y legal que justificarían la necesidad de introducir las reformas en el sector de las telecomunicaciones móviles.

1.3. Contenido

El Proyecto se estructura así:

- i) Finalidad, ámbito de aplicación, objetivos y definiciones. (**Capítulo I**, artículos 1 - 4).
- ii) Agente económico preponderante (**Capítulo II**, artículo 5).

³ Resolución CRC 5050 de 2017. Título I. Definiciones. “PRSTM: Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones Móviles (Incluye a los OMV). (Resolución CRC 3128 de 2011, artículo 2, Modificada por la Resolución CRC 4813 de 2015)”.

- iii) Medidas especiales para promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones móviles (**Capítulo III**, artículo 6).
- iv) Medidas especiales para precaver y evitar el abuso en el sector de las telecomunicaciones (**Capítulo IV**, artículo 7).
- v) Medidas especiales para el fortalecimiento de las telecomunicaciones de los sectores de seguridad, defensa y emergencias en la era del posconflicto. (**Capítulo V**, artículo 8).
- vi) Medidas para promover la masificación de las tecnologías de la información y las comunicaciones. (**Capítulo VI**, artículo 9).
- vii) Medidas especiales para garantizar la sostenibilidad del mercado y del sector de las telecomunicaciones. (**Capítulo VIII**, artículos 10 – 13).
- viii) Facultades y estructura de la comisión de regulación de comunicaciones. (**Capítulo VIII**, artículo 14).
- ix) Régimen sancionatorio. (**Capítulo IX**, artículo 15).

1.4. Aspectos más relevantes del Proyecto de Ley para el presente concepto

1.4.1. Agente económico preponderante

El artículo 5 del Proyecto de Ley define el agente económico preponderante como el "(...) proveedor que directa o indirectamente concentre una participación superior al cuarenta por ciento (40%) de los ingresos nacionales por servicios de telecomunicaciones móviles de voz o datos. (...)".⁴ Esta categorización es uno de los aspectos centrales, ya que varias disposiciones del Proyecto de Ley están dirigidas solamente a este tipo de agentes.

1.4.2. Medidas especiales para promover la competencia

El artículo 6 del Proyecto de Ley propone cinco (5) medidas que pretenden promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones móviles. Las medidas serán aplicadas solamente a los agentes que hayan sido declarados, por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante la "**CRC**"), como agentes económicos preponderantes⁵:

1. **Cargos de acceso**⁶: el agente económico preponderante no recibirá remuneración de otros PRSTM por el acceso a sus redes, sin embargo sí deberá remunerar a los PRSTM de las redes que use.

⁴ Cfr. Artículo 5 del Proyecto.

⁵ Cfr. Artículo 6 del Proyecto.

⁶ El cargo de acceso "fejs el peaje pagado a los operadores, por parte de otros operadores, por concepto de la utilización de sus redes, medido en términos de unidades de tiempo o cualquier otro concepto que resulte apropiado para tal efecto." Ver Resolución CRC 5050, Título I Definiciones, numeral 1.42.



2. Obligación de compartición de infraestructura pasiva: la CRC definirá una reglamentación que garantice a cualquier PRSTM el acceso y uso de la infraestructura que controle el agente económico preponderante.
3. Roaming automático nacional⁷: el agente económico preponderante no recibirá remuneración por la prestación del servicio de roaming automático nacional.
4. Control a la oferta de paquetes: la CRC expedirá medidas para garantizar que el empaquetamiento no sea utilizado de manera anticompetitiva. El agente económico preponderante deberá garantizar que todos los servicios que ofrece empaquetados puedan ser adquiridos por aparte y sin incurrir en mayores costos. Adicionalmente, la CRC deberá aprobar previamente todos los planes tarifarios del agente económico preponderante con el fin de evitar abusos, tarifas de cero pesos, irrisorias o predatorias.
5. Control a las promociones y descuentos: la CRC expedirá medidas para garantizar que los descuentos que se dan al usuario final no sean utilizados de manera anticompetitiva. Las promociones y descuentos que proponga el agente económico preponderante deben ser previamente aprobadas por la CRC.

1.4.3. Medidas especiales para precaver y evitar el abuso

El artículo 7 del Proyecto propone siete (7) medidas encaminadas a precaver y evitar el abuso de los agentes económicos preponderantes así⁸:

- (i) Prohibición de tarifas a cero pesos, precios irrisorios, predatorios o anticompetitivos.
- (ii) Prohibición de discriminación geográfica de tarifas.
- (iii) Condiciones no discriminatorias a los competidores.
- (iv) Prohibición de ventas atadas.
- (v) Prohibición de contratos de exclusividad para puntos de venta y de distribución que impidan u obstaculicen a otros proveedores acceder a dichos puntos de venta.
- (vi) Prohibición de otorgamiento de descuentos o subsidios enmascarados.
- (vii) Prohibición de roaming gratuito internacional entre filiales.

⁷ El roaming automático nacional es la "[i]nstalación esencial asociada a las redes de telecomunicaciones con acceso móvil que permite, sin intervención directa de los usuarios, proveer servicios a éstos (sic), cuando se encuentran fuera de la cobertura de uno o más servicios de su red de origen." Ver Resolución CRC 5050, Título I Definiciones, numeral 1.220.

⁸ Cfr. Artículo 7 del Proyecto.



1.4.4. Reglas asimétricas en los procesos de adjudicación de espectro radioeléctrico

El artículo 9 del Proyecto de Ley dispone que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MinTIC deberá aplicar reglas asimétricas para el agente económico preponderante en los procesos de adjudicación de espectro radioeléctrico. De esta manera, el MinTIC impondrá reglas que limiten la cantidad de espectro que se le puede asignar y valores base de subasta superiores al de los demás competidores, entre otras⁹.

1.4.5. Prohibición de conexión de nuevos usuarios

El artículo 11 del Proyecto de Ley estipula que cuando un PRSTM haya sido declarado agente económico preponderante, la CRC le prohibirá la conexión de nuevos usuarios en los mercados que dieron lugar a dicha declaratoria¹⁰.

1.4.6. Plan voluntario para reducir la participación máxima de mercado – separación estructural

El artículo 12 del Proyecto de Ley establece que el agente que quiera dejar de ser declarado agente económico preponderante, es decir aquel que concentre entre el 40% y el 50% del mercado, podrá presentar un plan voluntario que tenga como efecto reducir su participación en el mismo¹¹.

Por otro lado, si el agente concentra más del 50% del mercado, deberá presentar dicho plan dentro de los seis (6) meses siguientes a la reglamentación del Proyecto de Ley con el fin de evitar que la CRC inicie un plan de separación estructural para dicho agente.

1.4.7. Separación estructural

El artículo 13 del Proyecto de Ley dispone que cualquier PRSTM¹² que ostente una participación superior al cincuenta por ciento (50%) de los ingresos nacionales por servicios de telecomunicaciones móviles de voz o datos, deberá someterse a un proceso de separación estructural.

La separación estructural será adelantada por la CRC y deberá tener como objeto separar el agente económico preponderante en dos (2) empresas independientes. Esta separación será permanente y las empresas no podrán tener participación accionaria entre sí. Se prohíbe de igual manera que las empresas se vuelvan a fusionar en una nueva persona jurídica¹³.

⁹ Cfr. Artículo 9 del Proyecto.

¹⁰ Cfr. Artículo 11 del Proyecto.

¹¹ Cfr. Artículo 12 del Proyecto.

¹² Cabe aclarar en todo caso que en el Proyecto de Ley se usa también la expresión "agente". En este documento se utilizará la expresión PRSTM en lugar de "agente" para evitar confusiones.

¹³ Cfr. Artículo 13 del Proyecto.



1.4.8. Facultades de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC

El artículo 14 del Proyecto de Ley establece que la CRC tendrá facultades para reglamentar el acceso y uso de instalaciones esenciales, ordenar a los agentes las separaciones estructurales, geográficas, funcionales, entre otras¹⁴.

1.4.9. Sanciones en sede de competencia

En el artículo 15 del Proyecto se estipula que el régimen sancionatorio estará a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio¹⁵.

2. ANÁLISIS DE ASPECTOS RELEVANTES DEL PROYECTO DE LEY DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

a) Agente económico preponderante - Artículo 5 del Proyecto

La gran mayoría de las medidas propuestas en el Proyecto de Ley dependen de la definición y declaratoria de la condición de ser un agente económico preponderante. En efecto, el Proyecto de Ley contiene disposiciones encaminadas a evitar el abuso de la posición de dominio de aquel proveedor que sea declarado como agente económico preponderante.

Así, en el artículo 5 del Proyecto de Ley se establece que la preponderancia se declarará cuando un agente “(...) concentre una participación superior al cuarenta por ciento (40%) de los ingresos nacionales por servicios de telecomunicaciones móviles de voz o datos.” (Destacado fuera de texto).

Al respecto, esta Superintendencia resalta que la especificación de participaciones de mercado como se propone en el Proyecto de Ley es un criterio insuficiente para caracterizar una situación de dominancia¹⁶.

Vale la pena recordar la definición de “*Posición Dominante*” que establece el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 -régimen general de competencia-:

“(...)”

5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.

“(...)”

De manera que, adicional a la especificación de participaciones de mercado, que sería el único criterio tomado en cuenta en el Proyecto de Ley para declarar la posición dominante –o la

¹⁴ Cfr. Artículo 14 del Proyecto.

¹⁵ Cfr. Artículo 15 del Proyecto.

¹⁶ Grupo de Estudios Económicos, Superintendencia de Industria y Comercio, “Puntos claves para concepto a propósito del proyecto de Ley Antimonopolio Telefonía Móvil” Documento interno de trabajo enviado al Grupo de Abogacía de la Competencia el 27 de marzo de 2017.



circunstancia de ser un “agente preponderante”- de un agente, es necesario, según la definición citada, tener en cuenta además la posibilidad o el poder para fijar condiciones de mercado diferentes a las que prevalecerían en una situación efectivamente competitiva.

En efecto, la CRC mediante Resolución 2062 de 2009 declaró la posición dominante de uno de los PRSTM, como se evidencia en el artículo 1 de dicho acto administrativo:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Constatar que la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** tiene posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante “Voz Saliente Móvil” definido en la Resolución CRT 2058 de 2009.”*
(Destacado fuera de texto).

Para los efectos de declarar la posición dominante en el mercado relevante de “Voz Saliente Móvil”, la CRC utilizó en este caso, los siguientes indicadores económicos¹⁷:

(i) Tamaño relativo: el tamaño relativo del PRSTM calculado con base en su participación en términos de usuarios, tráfico, e ingresos. Se estudia su evolución en el tiempo y su tendencia.

(ii) Tamaño absoluto: el tamaño absoluto del PRSTM, estudiado con el fin de analizar consideraciones de economías de escala.

(iii) Competitividad de precios a nivel internacional: cuando los precios en un mercado se asemejan a los de uno en competencia, es posible afirmar que hay cierto nivel de competencia en dicho mercado.

(iv) Barreras a la entrada: se examinaron los factores que impedían la entrada de nuevos PRSTM en el mercado.

(v) Fallas de mercado: tales como las externalidades de la red que pueden tener implicaciones en las decisiones de afiliación de los usuarios lo cual, a su vez, genera efectos en la competencia.

(vi) Conducta de la firma: se analizó la incidencia del comportamiento del PRSTM sobre las decisiones que se toman en el mercado, tales como diferencias de precios, descuentos por lealtad, promociones, entre otras.

Como se observa, para tomar la decisión de declarar como dominante –léase preponderante- a un PRSTM, se acude por parte de la Autoridad especializada en la materia, a una serie de criterios que, sumados, son los que permiten concluir que en efecto existe una condición de dominancia. Por esta razón, tomar una determinación de esta naturaleza con fundamento en un simple cálculo de participación en el mercado, es no solo insuficiente, sino riesgoso al momento de reflejar la verdadera situación de un mercado, máxime cuando de tal decisión se desprenderían consecuencias con vocación de permanencia como lo es la separación estructural que se explica más adelante.

¹⁷ Considerandos de Resolución CRT 2062 de 2009, numeral 6.1, pág. 55.



De otro lado, es importante destacar que el hecho de tener la posición dominante en un mercado no es, en el ordenamiento jurídico colombiano, por sí sola, una conducta que merece reproche desde la libre competencia económica. En efecto, el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 contiene una lista no taxativa de conductas que constituyen un abuso de la posición de dominio así:

"(...)

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización."

Además, es preciso recordar que el artículo 333 de la Constitución Política de ninguna manera prohíbe la posición de dominio, sino el abuso de la misma:

"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.” (Destacado fuera de texto)

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que en realidad la Constitución no prohíbe la posición de dominio sino el **abuso** de la misma¹⁸. En palabras de la Corte:

*“En los debates previos a la aprobación del Artículo 333 de la Constitución Política, que otorgó al Estado el mandato de evitar y controlar cualquier abuso que persona o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, se dijo que con dicha norma”...**No se prohíben (sic) las posiciones dominantes en el mercado nacional sino solo su abuso**”. Dedúcese de ello que en el ordenamiento Constitucional se impone la obligación de **evitar y controlar los abusos, pero no la adquisición de la posición de dominio a la que puede llegarse mediante actos de competición transparentes e irreprochables**. No se impide la adquisición de poder de dominio del mercado, sino que adquirida la posición dominante se utilicen medios irregulares y reprochables que impiden el desarrollo pleno de la competencia.”¹⁹ (Destacado fuera de texto)*

Con fundamento en lo anterior, la Autoridad Nacional de Competencia advierte que a través del artículo 5, junto con las consecuencias que se desprenden de la declaratoria de ser un agente económico preponderante, lo que se estaría condenando es el solo hecho de acumular el 40% del mercado, ello además, sin ningún otro tipo de análisis que refleje todas las variables que afectan una decisión de esta índole²⁰.

Así pues, en los anteriores términos, aprobarse por el Congreso una disposición como esta, representaría un desconocimiento del artículo 333 de la Constitución Política y podría ser declarada en el futuro como inexecutable por la Corte Constitucional.

En suma, preocupa a la Superintendencia que mediante esta propuesta se pretenda resolver un problema complejo, como lo es la dominancia de un agente en el mercado, con una medida que por su simplicidad, milita en contra de la teoría económica sobre la conceptualización del poder de dominio, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la doctrina que esta Entidad ha construido durante varios años en este sentido.

Por las anteriores consideraciones, esta Superintendencia recomienda **eliminar** la definición del agente económico preponderante toda vez que resulta insuficiente y además incongruente de cara a la definición que se establece en el actual régimen de la libre competencia.

En síntesis:

¹⁸ La Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución No. 009870 de 2008 señaló: “Obsérvese que la Constitución no prohíbe la posición dominante en el mercado. Lo que la Constitución ordena controlar y la Ley prohíbe, en desarrollo de la Constitución, es el abuso de la posición dominante.”

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001

²⁰ Véase el caso Estados Unidos vs. Microsoft Corp. 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos, advierte que existe la posibilidad de adquirir un monopolio legítimamente como consecuencia de esfuerzos competitivos. Así pues, lo que condenó la Corte en su momento fue precisamente la manera contraria de hacerse al monopolio así: “Se trata de los esfuerzos de Microsoft de mantener esta posición a través de medios distintos a la **competencia basada en méritos**. Esto, en tanto que el ejercicio de barreras a la entrada protege a un sistema operativo dominante sin importar la calidad y le da a Microsoft poder para mantener a raya incluso nuevos rivales superiores.” (Destacado fuera de texto) (Traducción propia) Tomado de “Antitrust Analysis, Problems, Texts and Cases. Seventh Edition. Areeda, Kaplow, Edlin. Editorial Wolters Kluwer. Pág. 571.



Proyecto de Ley	Recomendación Superintendencia de Industria y Comercio
<p>*ARTICULO 5.- AGENTE ECONOMICO PREPONDERANTE. En virtud de la presente Ley y con el fin de controlar fenómenos de concentración que contraríen el libre mercado en los servicios móviles y prevenir prácticas monopólicas y restricciones a su funcionamiento eficiente, se considerará Agente Económico Preponderante al proveedor que directa o indirectamente concentre una participación superior al cuarenta por ciento (40%) de los ingresos nacionales por servicios de telecomunicaciones móviles de voz o datos.</p> <p>Un Agente Económico Preponderante puede serlo de forma concurrente en los mercados relevantes de Voz Saliente Móvil con alcance nacional y Datos (acceso a Internet) o sólo en uno de ellos, Para efectos de cuantificar la participación en el mercado de Datos (acceso a Internet) de un proveedor se sumará su presencia en los mercados relevantes de Datos (acceso a Internet) Móvil por suscripción y por demanda.</p> <p>La existencia de Agentes Económicos Preponderantes se determinará por la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, con fundamento en el Boletín Trimestral de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones expedido por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones MINTICs o quien haga sus veces, acto administrativo que será plena prueba de su existencia y hará aplicables las medidas establecidas en la presente Ley de forma inmediata de pleno derecho. La expedición de este acto administrativo debe darse dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación del Boletín Trimestral de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la página Web del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MINTICs.</p> <p>La Comisión de Regulación de Comunicaciones _ CRC y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MINTICs, tomarán las acciones necesarias para que el Boletín Trimestral de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones expedido después de la promulgación de esta Ley sea útil a la finalidad y objetivos que la misma persigue, en especial la precisa cuantificación del mercado.</p> <p>La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, reglamentará, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta Ley, las medidas que mediante la presente Ley se imponen al Agente Económico Preponderante, sin embargo, estas existirán como mínimo mientras persista la posición preponderante en el mercado.”</p>	<p>Eliminarlo</p>

b) Medidas especiales para promover la competencia – Artículo 6 del Proyecto de Ley

El artículo 6 del Proyecto de Ley prevé cinco (5) medidas que serían aplicadas al agente económico preponderante y que tienen por objeto, según se argumenta en la disposición propuesta, promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Sea lo primero destacar que, en opinión de esta Superintendencia, las disposiciones que a continuación se analizan, adolecen todas de un problema común en tanto que procuran convertir una regulación que requiere de flexibilidad, en una que carecería de movilidad regulatoria toda vez que, la ley tiene por naturaleza una vocación de permanencia. Lo mismo ocurre de cara a la entidad especializada que hoy tiene a su cargo la función regulatoria en el mercado de telecomunicaciones móviles, como lo es la CRC, que está en capacidad de responder más ágilmente a las necesidades regulatorias cambiantes de este mercado.

En este orden de ideas, en opinión de la Autoridad Nacional de Competencia, las propuestas que a continuación se describen, plantean serios cuestionamientos desde la óptica de la libre competencia económica:

i) Sobre los cargos de acceso y el roaming automático nacional: El Proyecto de Ley dispone, como ya se explicó, que un agente que haya sido declarado como “económico preponderante”



no recibirá remuneración de los demás proveedores por cargos de acceso ni por concepto de roaming automático nacional.

Al respecto, vale la pena recordar para este caso que, frente a los cargos de acceso, la CRC obligó al operador Comcel S.A. mediante Resolución CRC 4002 de 2012 a ofrecer la tarifa más baja de una serie de precios propuestos por la CRC y de esta manera se establecieron cargos asimétricos para el operador dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil". Finalmente, y luego de cinco (5) años de vigencia de la medida, la CRC decidió poner fin a los cargos de acceso asimétricos con la expedición de la Resolución CRC 5108 de 2017, mediante la cual se especifica un único valor que deben ofrecer los PRSTM ya establecidos a sus demás competidores.

De otra parte, respecto del servicio de roaming automático nacional, la CRC a la fecha, no ha identificado la necesidad de establecer medidas asimétricas adicionales a las que tienen por objeto beneficiar a los operadores entrantes por una cantidad determinada de años. En efecto, la negociación del servicio esencial de roaming automático nacional se había mantenido libre hasta febrero del año 2017, momento después del cual la CRC mediante Resolución 5107 de 2017, decidió establecer topes de tarifas para los agentes establecidos, con fundamento en estudios técnico-económicos debidamente soportados.

Ahora bien, mediante el Proyecto de Ley se pretenden imponer estas medidas con la sola declaratoria de ser un agente económico preponderante, que como ya se señaló, además de no estar debidamente soportado en estudios y consideraciones de las distintas variables pertinentes, corre el riesgo de ser una alternativa regulatoria inconstitucional.

En este contexto, preocupa además que mediante una ley, que es por definición de contenido general y con vocación de permanencia, se pretenda regular de manera "automática" situaciones a las cuales la CRC, como entidad técnica y especializada en la materia, destina importantes recursos y tiempo antes de tomar decisiones regulatorias de intervención en el mercado de las telecomunicaciones móviles. Comoquiera que las medidas de cargos de acceso y roaming aquí cuestionadas no incluyen el nivel de rigor, de análisis y de estudio previo que la práctica de la misma CRC ha demostrado se requieren en cada caso particular, preocupa que a través de este tipo de intervenciones se distorsione el mercado de las telecomunicaciones móviles sin que a cambio exista un nivel de certeza al menos aceptable que permita concluir que podrían obtenerse resultados procompetitivos.

En tal sentido, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley están ausentes las evidencias económicas suficientes que servirían como punto de partida para tomar medidas como aquellas que se pretenden con las disposiciones en mención en el sentido de sugerir que los cargos de acceso y el roaming automático nacional deberían ser iguales a cero²¹.

Además, este tipo de determinaciones pueden generar incentivos para la aparición de comportamientos parasitarios²² o "free riding" que en palabras de la OECD ocurre cuando²³:

²¹ Grupo de Estudios Económicos, Superintendencia de Industria y Comercio, "Puntos claves para concepto a propósito del proyecto de Ley Antimonopolio Telefonía Móvil" Documento interno de trabajo enviado al Grupo de Abogacía de la Competencia el 27 de marzo de 2017.

²² *Ibidem*.



"(...) una firma (o individuo) se beneficia de las acciones y esfuerzos de otra sin pagar o compartir los costos.

(...)

Si tal situación persiste, la firma que incurre en el costo no tendrá incentivos para continuar. (Destacado fuera de texto).

ii) Sobre el control a la oferta de paquetes, promociones y descuentos y control tarifario: El Proyecto de Ley estipula que el agente económico preponderante deberá garantizar que no utiliza el empaquetamiento de servicios de una manera anticompetitiva y que cada servicio puede ser adquirido de manera independiente por los usuarios interesados. Además, el Proyecto de Ley dispone que cualquier promoción o descuento que entregue este agente deberá ser aprobado previamente por la CRC.

Al respecto, esta Superintendencia considera que, en relación con el empaquetamiento de servicios, las disposiciones del Proyecto de Ley replican²⁴ funciones que la CRC ya tiene para expedir medidas parecidas, así como ya lo ha hecho en el pasado. Es así como, mediante la Resolución 4960 de 2016, se estableció que²⁵:

"(...) El proveedor de servicios de comunicaciones fijas y/o el operador de televisión, le deberá ofrecer y prestar cada uno de los servicios que conforman el paquete, con características idénticas, de forma individual y desagregada, informado los precios de cada uno." (Destacado fuera de texto).

Por lo anterior, por un asunto de técnica legislativa, por lo menos en este caso, dada la falta de explicación suficiente sobre la necesidad de la propuesta, lo mejor sería obviar este tipo de reiteraciones. Adicionalmente, cabe destacar que así como muchas de las otras medidas regulatorias que se pretenden elevar a nivel de ley mediante el Proyecto de Ley, lo que estas podrían producir en el futuro sería la inflexibilidad para la toma de decisiones de la CRC. Esto aunado a que el empaquetamiento también merece un análisis y aplicación más puntual que aquel que puede pretenderse en una ley, porque no en todos los casos puede ser considerado como anticompetitivo *per se*. De hecho, ha señalado esta Entidad en relación con la Resolución 4960 de 2016 (en su momento analizada como proyecto de resolución) que²⁶:

"La Superintendencia de Industria y Comercio considera que el artículo 3 del proyecto de resolución puede favorecer al consumidor, toda vez que le permite acceder a la más amplia gama de ofertas, desde contratar un solo servicio de forma individual, hasta empaquetarlos, evitando así que se limiten las alternativas con las que cuentan los usuarios."

²³ OECD, Glosario de términos estadísticos. Traducción libre. Disponible en <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3222> <última vez consultado el 4 de abril de 2017>

²⁴ Grupo de Estudios Económicos, Superintendencia de Industria y Comercio, "Puntos claves para concepto a propósito del proyecto de Ley Antimonopolio Telefonía Móvil" Documento interno de trabajo enviado al Grupo de Abogacía de la Competencia el 27 de marzo de 2017.

²⁵ Cfr. Artículo 4 de la Resolución CRC 4960 de 2016.

²⁶ Véase el concepto de abogacía de la competencia con radicado No. 16-034493-1.



En palabras de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, los empaquetamientos pueden generar eficiencias, y esta Superintendencia considera que el artículo 4 de la norma propuesta persigue una lógica económica al buscar que los precios cobrados al consumidor estén acordes con precios de mercado, de tal forma que las eficiencias que se pueden lograr sean trasladadas a los usuarios mediante ofertas consistentes.

Así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que ambos artículos (3 y 4) de forma conjunta pueden evitar que se generen ventas atadas, toda vez que se busca que haya un empaquetamiento mixto, en donde estén disponibles tanto los paquetes como los productos separadamente. Por lo tanto, no despiertan preocupaciones para esta Superintendencia las exigencias de ofrecer los servicios de forma individual y cobrar de acuerdo a la cantidad y características de los servicios que conforman un paquete." (Destacado fuera de texto).

Así las cosas, esta Superintendencia considera que no es necesario y además es inconveniente, establecer en una nueva norma lo que ya ha sido decidido, con mayor flexibilidad, rigor y detalle, en las resoluciones previas de la CRC, respecto de las cuales, dicho sea de paso, esta Superintendencia evalúa desde la libre competencia económica antes de su expedición, en ejercicio de la función de abogacía de la competencia de que trata el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.

Adicional a lo anterior, en el Proyecto de Ley se adiciona un mecanismo de aprobación previa de tarifas por parte de la CRC, la cual evaluaría los precios de los paquetes y de las promociones y descuentos y, determinaría de manera previa el no abuso con los mismos. Para la Autoridad Nacional de Competencia, una medida como estas resulta ser la alternativa regulatoria más intrusiva de la libertad de empresa, toda vez que por cuenta de esta propuesta normativa, se estaría de alguna manera presumiendo el abuso y se le equipararía a la posición de dominio que, como ya se ha expuesto, es un concepto que además de complejo es independiente.

En los anteriores términos, y ante la ausencia de estudios técnico-económicos en la exposición de motivos del Proyecto de Ley, detallados para cada medida propuesta, no existen razones satisfactorias para esta Superintendencia como para detener la dinámica competitiva de los PRSTM en el sentido de tener que esperar la autorización de una entidad del Estado antes de cada promoción o descuento.

Así pues, esta Superintendencia recomienda **eliminar** en su totalidad el artículo 6 del Proyecto, en síntesis:

Proyecto de Ley	Recomendación Superintendencia de Industria y Comercio
<p>"ARTÍCULO 6.- MEDIDAS ESPECIALES PARA PROMOVER LA COMPETENCIA. Con el objetivo de promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones móviles y sin perjuicio de otras medidas que defina la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, en cumplimiento de su misión de promoción de la competencia, esta entidad aplicará, de manera automática y sin necesidad de una actuación administrativa de carácter particular, las siguientes medidas a los Agentes Económicos Preponderantes en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz o datos:</p>	



Proyecto de Ley	Recomendación Superintendencia de Industria y Comercio
<p>1. Cargos de acceso. Mientras el Agente Económico Preponderante ostente esta calidad no recibirá remuneración alguna de los otros proveedores por acceder a sus redes, sin embargo, sí seguirá remunerando a los demás proveedores los cargos de acceso que hayan sido pactados contractualmente o regulatoriamente establecidos. Dicha medida estará vigente mientras ostente la calidad de Agente Económico Preponderante. Una vez desaparezca la calidad de Agente Económico Preponderante los proveedores volverán a pagar y recibir los cargos de acceso que hayan sido pactados contractualmente o regulatoriamente establecidos.</p> <p>2. Obligación de compartición de infraestructura pasiva. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta Ley la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, definirá una reglamentación que garantice a cualquier proveedor de servicios móviles el acceso y uso de la infraestructura pasiva que directa o indirectamente controlen los Agentes Económicos Preponderantes en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz o datos. Tal reglamentación definirá las condiciones de acceso y uso a la infraestructura de la red móvil del Agente Económico Preponderante e incluirá las condiciones técnicas de su suministro, las reglas que prevengan restricciones a su acceso y uso o la dilación de las negociaciones entre los proveedores, la fijación de tarifas reguladas y un calendario de implementación. Las actuaciones del proveedor a quien se le aplique esta medida que tengan como efecto la dilación de la obligación de compartición de infraestructura, el retardo en la ejecución de los contratos o el incumplimiento de condiciones contractuales relevantes, dará lugar a su exclusión de los procesos de adjudicación de espectro radioeléctrico y la prohibición temporal de incorporar nuevos usuarios a su red.</p> <p>3. Roaming automático nacional. Mientras el Agente Económico Preponderante ostente tal condición no recibirá remuneración alguna por la prestación del roaming automático nacional para los servicios de voz, datos o mensajes de texto - SMS. Una vez desaparezca la calidad de Agente Económico Preponderante los proveedores volverán a pagar y recibir los cargos de acceso que hayan sido pactados contractualmente o regulatoriamente establecidos.</p> <p>4. Control a la oferta de paquetes. La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, expedirá medidas para garantizar que el empaquetamiento no sea utilizado de manera anticompetitiva. El Agente Económico Preponderante en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz y datos deberá garantizar que todos los servicios que ofrece de manera empaquetada puedan ser adquiridos por los usuarios o competidores de forma individual y desagregada sin incurrir en mayores costos. El Agente Económico Preponderante estará sometido a la aprobación previa de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, de todos sus planes tarifarios, entidad que deberá evaluar los precios de los paquetes y determinar el no abuso del empaquetamiento, el cumplimiento de las normas especiales sobre cargos de acceso y la inexistencia de tarifas de cero pesos, irrisorias o predatorias.</p> <p>5. Control a las promociones y descuentos: La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, expedirá medidas para garantizar que los descuentos que da al usuario final no sean utilizados de manera anticompetitiva. El Agente Económico Preponderante estará sometido a la aprobación previa de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, de sus promociones y descuentos, entidad que deberá evaluarlas y determinar que con su oferta no se restringe ilegalmente el mercado, se incentiva la competencia, se da cumplimiento a las normas especiales sobre cargos de acceso y verificar la inexistencia de tarifas de cero pesos, irrisorias o predatorias. Los descuentos que se otorguen al usuario, previa aprobación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC, deberá estar identificados e individualizados de forma detallada, incluyendo su valor económico y duración, en las ofertas publicitarias y en las facturas que se entreguen al usuario final por cualquier medio."</p>	<p style="text-align: center;">Eliminarlo</p>

c) Medidas especiales para precaver y evitar el abuso - Artículo 7° del Proyecto

En el Proyecto de Ley también se proponen otro tipo de medidas encaminadas a evitar el abuso (Artículo 7) de los agentes económicos preponderantes en el sector de las

telecomunicaciones móviles así: (i) prohibición de tarifas a cero pesos, precios irrisorios, predatorios o anticompetitivos²⁷; (ii) prohibición de discriminación geográfica de tarifas; (iii) condiciones no discriminatorias a los competidores; (iv) prohibición de ventas atadas; (v) prohibición de celebración de contratos de exclusividad para puntos de venta y de distribución que impidan u obstaculicen a otros PRSTM el acceso a dichos puntos de venta; (vi) prohibición de otorgamiento de descuentos o subsidios enmascarados; y (vii) prohibición de roaming gratuito internacional entre filiales.

En opinión de esta Superintendencia, las anteriores normas del Proyecto de Ley serían en algunos casos redundantes, teniendo en cuenta que algunas de las definiciones ya han sido establecidas como conductas restrictivas en el régimen de la libre competencia económica. Tal es el caso de las ventas atadas²⁸ y otras conductas de abuso de posición de dominio²⁹.

Una vez más, se advierte sobre el riesgo que implica para el mercado de las telecomunicaciones móviles definir, sin necesidad de una "actuación administrativa de carácter particular", medidas concretas al nivel de una ley que por definición es general y que además serían inflexibles al momento de reflejar las condiciones cambiantes de un mercado como este. Por tal razón, la CRC motiva y estudia en detalle cada una de las medidas particulares que ha adoptado y no equipara, como sí lo sugiere el Proyecto de Ley, la posición de dominio con el abuso de la misma.

A manera de ejemplo, se trae a colación la disposición del Proyecto de Ley que hace referencia a precios "irrisorios" sin que en la propuesta se mencione nada acerca de la carga para la autoridad de verificar si efectivamente un nivel de precios cualquiera puede considerarse como predatorio *per se*.

²⁷ Proyecto "ARTÍCULO 7.- MEDIDAS ESPECIALES PARA PRECAVER Y EVITAR EL ABUSO. Con el objetivo de precaver y evitar el abuso y sin perjuicio de otras medidas que defina la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, en cumplimiento de su misión de promoción de la competencia, esta entidad aplicará, de manera automática y sin necesidad de una actuación administrativa de carácter particular, las siguientes medidas a los Agentes Económicos Preponderantes en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz o datos:

1. Prohibición de tarifas a cero pesos, precios irrisorios, predatorios o anticompetitivos. El Agente Económico Preponderante no podrá entregar al usuario final servicios con tarifa cero o irrisoria, las cuales se presumen predatorias y anticompetitivas, salvo aquellos expresamente ordenados en la regulación, tales como el de identificación de llamadas, correo de voz o llamadas de emergencias, entre otros. Tampoco podrá cobrar tarifa cero o irrisoria a los proveedores que hagan parte de su mismo grupo económico, sus filiales, sus subordinadas, sobre los cuales tenga participación accionaria o sobre aquellos con los que se comparten órganos de dirección o control comunes, sin importar si prestan servicios o no en el mismo mercado relevante o si son complementarios. Para evitar la transgresión a esta prohibición y en los términos del artículo 23 de la Ley 1341 de 2009, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, regulará las tarifas que el Agente Económico Preponderante cobra al usuario final por la prestación de los servicios de voz móvil y acceso a Internet móvil.

²⁸ Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. "Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

(...)

"3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones".

²⁹ *Ibidem*. "1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos".

"6. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización"

(...)"



En ese orden de ideas, esta Superintendencia recomienda **eliminar** en su totalidad el artículo 7 del Proyecto, en síntesis:

Proyecto de Ley	Recomendación Superintendencia de Industria y Comercio
<p>ARTÍCULO 7.- MEDIDAS ESPECIALES PARA PRECAVER Y EVITAR EL ABUSO. Con el objetivo de precaver y evitar el abuso y sin perjuicio de otras medidas que defina la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, en cumplimiento de su misión de promoción de la competencia, esta entidad aplicará, de manera automática y sin necesidad de una actuación administrativa de carácter particular, las siguientes medidas a los Agentes Económicos Preponderantes en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz o datos:</p> <p>1. Prohibición de tarifas a cero pesos, precios irrisorios, predatorios o anticompetitivos. El Agente Económico Preponderante no podrá entregar al usuario final servicios con tarifa cero o irrisoria, las cuales se presumen predatorias y anticompetitivas, salvo aquellos expresamente ordenados en la regulación, tales como el de identificación de llamadas, correo de voz o llamadas de emergencias, entre otros. Tampoco podrá cobrar tarifa cero o irrisoria a los proveedores que hagan parte de su mismo grupo económico, sus filiales, sus subordinadas, sobre los cuales tenga participación accionaria o sobre aquellos con los que se comparten órganos de dirección o control comunes, sin importar si prestan servicios o no en el mismo mercado relevante o si son complementarios. Para evitar la transgresión a esta prohibición y en los términos del artículo 23 de la Ley 1341 de 2009, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, regulará las tarifas que el Agente Económico Preponderante cobra al usuario final por la prestación de los servicios de voz móvil y acceso a Internet móvil.</p> <p>2. Prohibición de discriminación geográfica de tarifas. En consideración al alcance nacional de los mercados relevantes de Voz Saliente Móvil y Datos (acceso a Internet), el Agente Económico Preponderante no podrá realizar discriminación geográfica de tarifas al usuario final, deberá ofrecer las mismas condiciones tarifarias a nivel nacional. La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, analizará la pertinencia de que tan pronto se declare que un proveedor es Agente Económico Preponderante se extienda al resto del territorio nacional la tarifa regional más baja que este cobra al usuario final por cada servicio, lo cual será decidido expresamente en el acto administrativo que declara la calidad de Agente Económico Preponderante.</p> <p>3. Condiciones no discriminatorias a los competidores. Quien haya sido declarado en alguna oportunidad como Agente Económico Preponderante y deje de serlo no podrá cobrar al resto de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, durante los dos años siguientes al momento en que se ha superado esa condición, tarifas mayores por cualquier servicio a aquellas que aplica o imputa a su operación y a las que ofrece a los proveedores que hagan parte de su mismo grupo económico, sus filiales, sus subordinadas, sobre los cuales tenga participación accionaria o sobre aquellos con los que se comparten órganos de dirección o control comunes, sin importar si prestan servicios o no en el mismo mercado relevante o si son complementarios. Mientras la condición de ser Agente Económico Preponderante subsista el cobro de cargos de acceso a los competidores del Agente se hará conforme las reglas establecidas en el numeral 1 del artículo 6 de la presente Ley. Este análisis se hará en los términos de la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, para la realización de la prueba de imputación.</p> <p>4. Prohibición de ventas atadas. El Agente Económico Preponderante no podrá condicionar la contratación de un servicio de telecomunicaciones a la adquisición de otros bienes o servicios.</p> <p>5. Contratos de exclusividad. El Agente Económico Preponderante no podrá celebrar contratos de exclusividad para puntos de venta y de distribución que impidan u obstaculicen a otros proveedores acceder a dichos puntos de venta.</p> <p>6. Prohibición de otorgamiento de descuentos o subsidios enmascarados: Mientras el Agente Económico Preponderante ostente tal condición no podrá otorgar descuentos ni brindar incentivos que enmascaren un subsidio a la compra de equipos.</p>	<p style="text-align: center;">Eliminarlo</p>



7. Prohibición de roaming gratuito internacional entre filiales. El Agente Económico Preponderante no podrá entregar al usuario final servicio de roaming internacional gratuito entre filiales de su empresa o sobre aquellas en las que se tenga participación accionaria. El cobro de roaming internacional a los usuarios del Agente Económico Preponderante será reglamentado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta Ley.”

d) Reglas asimétricas en los procesos de adjudicación de espectro radioeléctrico - Artículo 9 del Proyecto de Ley

El artículo 9 del Proyecto de Ley prevé que para los procesos de adjudicación de espectro radioeléctrico, el MinTIC deberá aplicar reglas asimétricas para los agentes económicos preponderantes. Al respecto, esta Superintendencia llama la atención y cuestiona sobre la conveniencia que tendría para la libre competencia económica establecer una regla tan detallada y rígida para promover la competencia y disminuir la concentración del mercado a través de una ley.

El sector de telecomunicaciones es un sector altamente dinámico, que en los últimos años ha registrado crecimientos importantes³⁰. De hecho, las preferencias de los consumidores de este mercado evolucionan rápidamente y de una manera impredecible, de manera que tomar decisiones de carácter general sobre las posibles participaciones de agentes del mercado de telecomunicaciones en procesos de asignación de espectro radioeléctrico podría no solo imponer costos sustanciales para su cumplimiento, sino reducir la competencia³¹.

En consecuencia, en lugar de procurar precaver todas las posibles situaciones que se presentarían en el mercado de las telecomunicaciones, particularmente en lo que al espectro radioeléctrico se refiere, debería permitirse escenarios más flexibles que permitan a las autoridades competentes tomar las determinaciones que en efecto promuevan la libre competencia económica.

En este orden de ideas, bien conviene recordar que con ocasión de la subasta de espectro 4G del año 2013, esta Superintendencia analizó en su momento el proyecto de resolución que establecía las disposiciones para realizar la subasta de asignación de espectro radioeléctrico. Dicho proyecto preveía que se designarían segmentos reservados para operadores entrantes, en las bandas AWS y 2500 MHz; así mismo, el proyecto establecía que el operador que hubiese sido declarado dominante en el mercado “Voz Saliente Móvil” no podría competir por los segmentos de la banda AWS³².

La Superintendencia de Industria y Comercio consideró, para ese caso concreto, que la decisión de reservar segmentos –para potenciales entrantes–, a pesar de reducir el espectro disponible para subastar y disminuir la competencia en el mecanismo de asignación, era

³⁰ “Estudio del Sector Telecomunicaciones en Colombia” (2012). Grupo de Estudios Económicos, Superintendencia de Industria y Comercio. Pág. 9.

³¹ “Platform regulation — ex-ante versus ex-post intervention: evolving our antitrust tools and practices to meet the challenges”. Alex Chisholm & Nelson Jung. Competition Policy International Journal. Volume 11, number 1, Spring/Autumn 2015. Traducción libre.

³² Proyecto de resolución “Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para otorgar permisos para el uso de hasta 225 MHz de espectro radioeléctrico en las bandas de 1850 MHz a 1990 MHz, 1710 MHz a 1755 MHz pareada con 2110 MHz a 2155 MHz y 2500 MHz a 2690 MHz para la operación y prestación del servicio móvil terrestre”.



necesaria para fomentar el ingreso de al menos un operador en el segmento móvil, ya que de otro modo no habría incentivos de participar en la subasta al no contar con la misma capacidad financiera de los operadores establecidos.

Sumado a lo anterior, esta Superintendencia consideró en esa oportunidad positivo excluir al operador dominante de la puja por la banda AWS, porque esta tiene menores costos en comparación con la banda de 2500 MHz. En conclusión, esta Entidad expresó, en esa oportunidad particular –no como lo pretende el Proyecto de Ley de manera general y pétrea– que el proyecto de resolución no tendía a generar un efecto anticompetitivo sino que por el contrario, generaba incentivos para el ingreso de al menos un nuevo operador³³.

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto, esta Superintendencia resalta que las medidas asimétricas en cuanto a procesos de adjudicación de espectro radioeléctrico ya han sido practicadas cuando la situación particular lo amerita, sin necesidad de tener que hacerlas explícitas e inflexibles en una ley. Vale la pena indagar sobre si un exceso de rigidez regulatoria, establecido mediante una ley, podría terminar por afectar la libre competencia económica. En principio, es claro que un acto administrativo puede responder más rápidamente a las necesidades cambiantes del mercado y expedir así regulaciones más pertinentes y oportunas que aquellas que por su trámite, como ocurre con las leyes, son más difíciles de modificar³⁴.

Por lo anterior, esta Superintendencia recomienda eliminar el artículo 9 del Proyecto. En síntesis:

Proyecto de Ley	Recomendación Superintendencia de Industria y Comercio
<p>ARTÍCULO 9.- REGLAS ASIMÉTRICAS EN LOS PROCESOS DE ADJUDICACIÓN DE ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. Sin perjuicio de las decisiones que adopte el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MINTICs, en cumplimiento de los objetivos y funciones que le asignó la Ley 1341 de 2009, esta entidad aplicará reglas asimétricas en los procesos de adjudicación de espectro radioeléctrico al Agente Económico Preponderante en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz y datos. Para el efecto impondrá en los procesos de adjudicación de espectro radioeléctrico reglas que condicionen o limiten el espectro que a éste se le podrá asignar, valores base de subasta superiores a los que se establezca para otros oferentes y definirá obligaciones de hacer y migración de frecuencias más onerosas. Tales reglas asimétricas serán proporcionales a los desbalances que existan en el mercado y su concentración.</p> <p>PARÁGRAFO. En los nuevos procesos de asignación de espectro radioeléctrico para la prestación de servicios de telefonía móvil o acceso a Internet móvil debe contarse con el concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, sobre la incidencia de la adjudicación de las bandas o frecuencias objeto de asignación en los mercados de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en los términos del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009.”</p>	<p>Eliminarlo</p>

³³ Véase el concepto de abogacía de la competencia con radicado No. 13-14194-1.

³⁴ Cfr. Michel Kerf and Damien Geradin. *Controlling Market Power in Telecommunications: Antitrust vs. Sector-Specific Regulation: An Assessment of the United States, New Zealand and Australian Experiences*. Berkeley Technology Law Journal, Vol. 14, No. 3 (Fall 1999). Pág. 1018. Documento obtenido de www.jstor.org.

e) Prohibición de conexión de nuevos usuarios - Artículo 11 del Proyecto

Según el Proyecto de Ley, cuando se haya declarado la calidad de agente económico preponderante, la CRC le prohibirá a dicho agente la posibilidad de conectar nuevos usuarios.

En estos términos, la Superintendencia considera pertinente traer a colación los posibles efectos negativos de esta medida:

(i) Limitación de una alternativa para los consumidores: Si bien es cierto que un mercado altamente concentrado puede perjudicar a los consumidores en aquellos eventos que exista un competidor con un gran poder de mercado que le permita elevar los precios a niveles supracompetitivos, cabría igualmente preguntarse si una medida como la que aquí se propone, terminaría por perjudicar también a aquellos consumidores que por diversas razones consideren que el líder del mercado es la mejor opción.

(ii) Riesgo de desincentivar el crecimiento transparente y legítimo y de perjudicar la reducción de precios: El Proyecto de Ley podría generar desincentivos al crecimiento transparente y legítimo de los PRSTM toda vez que, alcanzado el umbral definido en el Proyecto de Ley, no habría incentivos para atraer nuevos clientes mediante variables de competencia, en tanto que lo que propone la medida es precisamente detener el crecimiento de las compañías. Es más, una vez decretada esta medida, podría darse la paradójica hipótesis de aumentar el riesgo de propiciar verdaderas conductas abusivas en contra de los consumidores con el único fin de deshacerse de ellos, como una medida incluso en contra de sus propios ingresos pero que le permitiría en el futuro próximo perder la calidad de agente económico preponderante³⁵.

Así las cosas, establecer la prohibición expresa sobre un agente económico preponderante, de afiliar nuevos usuarios, implicaría suprimir también el incentivo para competir en el mercado por parte de los demás PRSTM no preponderantes. Lo anterior, se explica por la generación de una "demanda residual determinística" directamente reservada para los agentes de mercado no preponderantes³⁶. Dicho en otras palabras, los usuarios que sean desvinculados o que no puedan contratar con el agente económico preponderante, se dirigirían automáticamente a los otros PRSTM, sin que esto corresponda a los efectos naturales de un mercado en competencia y más aún, sin que sea evidente un beneficio para los consumidores. De esta manera, el mismo Proyecto de Ley estaría abonando el terreno para comportamientos parasitarios por parte de los PRSTM no declarados como preponderantes con la potencial afectación de la calidad del servicio como consecuencia de la falta de presiones competitivas.

En esa misma línea, también cabría preguntarse qué sucedería en aquellos casos en los que el agente económico preponderante es el único que tiene la capacidad para prestar el servicio en un área geográfica determinada. En este caso, algunos usuarios quedarían privados del acceso al servicio de telefonía móvil por cuenta de la propuesta normativa, lo cual además, no solo va en contra de todos los esfuerzos del Gobierno Nacional, sino también de una de las

³⁵ Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia. Pág. 92. Consultado en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocd/science-and-technology/estudio-de-la-ocde-sobre-politicas-y-regulacion-de-telecomunicaciones-en-colombia_9789264209558-es#page92

³⁶ Grupo de Estudios Económicos, Superintendencia de Industria y Comercio, "Puntos claves para concepto a propósito del proyecto de Ley Antimonopolio Telefonía Móvil" Documento interno de trabajo enviado al Grupo de Abogacía de la Competencia el 27 de marzo de 2017.



finalidades del mismo Proyecto de Ley, que busca masificar el acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Por lo anterior, esta Superintendencia recomienda **eliminar** en su totalidad el artículo 11 del Proyecto, en síntesis:

Proyecto de Ley	Recomendación Superintendencia de Industria y Comercio
<p>"ARTÍCULO 11.- PROHIBICIÓN DE CONEXIÓN DE NUEVOS USUARIOS. Cuando un proveedor haya sido declarado Agente Económico Preponderante en los términos del artículo 6 de esta Ley, la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, le prohibirá la conexión de nuevos usuarios en el mercado o mercados que dieron lugar a tal declaratoria. Parágrafo: Para la imposición de esta medida se iniciará, dentro de los treinta (30) días siguientes a la declaratoria de Agente Económico Preponderante, una actuación administrativa que se regirá por lo dispuesto en el Título III Capítulo I del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".</p>	<p>Eliminarlo</p>

f) Separación estructural - Artículo 13 del Proyecto

El artículo 13 del Proyecto de Ley introduce la figura de la separación estructural³⁷, como una medida administrativa y de obligatorio cumplimiento para aquellos PRSTM que se encuentren en los siguientes supuestos: i) que detenten en un mercado relevante específico, una participación superior al 50% de los ingresos nacionales de telecomunicaciones móviles de voz o datos; y ii) no se acojan al plan voluntario para reducir su participación máxima en el mercado específico, en los términos³⁸ indicados en el Proyecto de Ley.

De acuerdo con el precepto aludido, la CRC tendría competencia para adelantar la actuación administrativa dirigida a ordenar la separación estructural del agente económico preponderante, situación de la que se derivarían las siguientes consecuencias: i) se crearían dos empresas independientes; ii) la CRC podría ordenar la prohibición de conexión de nuevos usuarios en el mercado en el que el agente exceda el porcentaje de ingresos del 50%; iii) la separación tendría efectos permanentes en el tiempo; iv) las empresas que se conformen como producto de la declaratoria de separación estructural estarían sujetas a las siguientes prohibiciones adicionales según las cuales no podrían: a) tener participación accionaria en alguna de las

³⁷ "Separación estructural con separación de la propiedad: es la que elimina cualquier elemento de propiedad común y, por lo tanto, cualquier incentivo para incurrir en prácticas discriminatorias a favor de una empresa situada más al principio o al final de la línea de producción (...)". OCDE (2012), Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264166790-es>

³⁸ Artículo 12. del Proyecto. "Plan voluntario para reducir la participación máxima de mercado – separación estructural. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que prestan sus servicios en los mercados relevantes nacionales de telecomunicaciones móviles de voz o datos y concentren un porcentaje mayor de mercado al cuarenta por ciento (40%) y deseen dejar de ser considerados Agentes Preponderantes de Mercado, podrán presentar, dentro de los seis (6) meses siguientes a la reglamentación de esta ley, un plan voluntario ante la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), que tenga como efecto reducir su participación nacional en los mercados referidos

Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que prestan sus servicios en los mercados relevantes nacionales que prestan sus servicios en los mercados relevantes nacionales de telecomunicaciones móviles de voz o datos y concentren en uno de ellos un porcentaje mayor de mercado al cincuenta por ciento (50%) podrá presentar, dentro los seis (6) meses siguientes a la reglamentación d esta ley, un plan voluntario ante la Comisión de Regulación de Comunicaciones – (CRC), que tenga como efecto reducir la participación nacional en los mercados referidos. La no presentación del plan dentro del plazo previsto, la omisión en acoger las correcciones y ajustes o su no ejecución dentro del plazo establecido dará lugar para que la Comisión de oficio inicie el plan de separación estructural.

(...)"



empresas resultantes, b) fusionarse en una persona jurídica o empresa diferente de la originalmente constituida; y c) compartir órganos de dirección.

Al respecto, vale pena advertir algunos riesgos asociados con medidas como la que aquí se propone. En efecto, estas obligaciones de separación deben considerarse como mecanismos de intervención regulatoria de “último recurso” en los mercados en los que se ha constatado la existencia de agentes económicos preponderantes, comoquiera que una adecuada intervención supone evaluar primero si “*las medidas de regulación asimétrica*” elegidas para un mercado en particular, han sido efectivas para garantizar la libre competencia económica.

Así pues, en el panorama internacional, existen numerosos ejemplos³⁹ de gobiernos que han dirigido sus esfuerzos hacia la adopción de medidas que permiten contrarrestar el ejercicio de la dominancia de los operadores de red, a través de diferentes modalidades de separación⁴⁰, como es el caso de la separación de tipo funcional, estructural o contable⁴¹.

Dentro de los casos más ilustrativos en la historia reciente de separaciones estructurales, se destaca el caso AT&T en Estados Unidos de América que, en 1974, fue obligada por el Departamento de Justicia a una separación de tipo estructural como mecanismo para contrarrestar conductas anticompetitivas por parte de la compañía en el servicio de voz. Así las cosas, y para efectos de admitir la participación de AT&T en el “*mercado de la informática y la electrónica y conservar el negocio de llamadas a larga distancia*”, la condicionó a su escisión en siete empresas diferentes denominadas “*baby bells*” o “*Regional Bell Operating Companies*” conformadas por Bell South, Bell Atlantic, Nynex, American Information Technologies, Southwestern Bell, US West y Pacific Telesis.

No obstante, tal y como se señaló, la medida adoptada resultó inefectiva para obtener el propósito originalmente planteado, esto es, combatir las estructuras monopólicas existentes en ese mercado de las telecomunicaciones, pues dichas empresas terminaron por fusionarse así:

³⁹ “Australia a finales de 2006 (Telstra), Nueva Zelanda (NZ Telecom), Reino Unido a finales de 2005 (British Telecom), Italia a principios de 2008 (Telecom Italia) y Suecia desde 2008 (TeliaSonera). El único caso extremo de una separación estructural fue la de AT&T en los años ochenta en Estados Unidos. Desde entonces tal medida no ha sido replicada por tener elevados costos tanto para el regulado como para el regulador cuando la separación funcional puede ser una equivalencia en efectos, con menores costos y sin intromisión regulatoria en los derechos de propiedad y valor de los activos del operador regulado en el mercado”. “Separación funcional, equilibrio económico y límites de la regulación”. <http://mediatelecom.com.mx/index.php/agencia-informativa/colaboradores/item/132785-separaci%C3%B3n-funcional,-equilibrio-econ%C3%B3mico-y-%C3%ADmites-de-la-regulaci%C3%B3n>

⁴⁰ OCDE (2012). Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264166790-es>. Pág. 79.

“Separación contable: es la que se da entre las actividades minoristas y de red, quizá con un desglose adicional entre las actividades de red impugnables y las no impugnables, como el bucle local. Como la separación contable requiere que se registren las transferencias entre las cuentas mayoristas y minoristas a precios de mayoreo regulados, con ella se pueden respaldar los esfuerzos para eliminar la discriminación de precios hecha por el incumbente contra competidores situados más al final de la línea de producción (downstream).”

“Separación funcional u operativa: es la que modifica los procesos empresariales a fin de hacer más transparentes los límites entre las diferentes divisiones separadas, y puede poner al descubierto la discriminación no relacionada con los precios, o el sabotaje, como por ejemplo la interrupción deliberada de las llamadas de los competidores.”

“Separación estructural con separación de la propiedad: es la que elimina cualquier elemento de propiedad común y, por lo tanto, cualquier incentivo para incurrir en prácticas discriminatorias a favor de una empresa situada más al principio o al final de la línea de producción (upstream o downstream).”

⁴¹ “Las medidas de separación funcional, estructural o contable son aquellas que una vez constatado por el regulador que las medidas de regulación asimétrica impuestas previamente han resultado ineficaces para garantizar una competencia efectiva en un determinado mercado, es cuando se deben acometer las de separación; eso sí, una vez recorrido de forma infructuosa el camino previo” “La separación funcional o cómo no empezar la casa por el tejado. El escenario europeo”. <http://www.mediatelecom.com.mx>



Bell Atlantic - Nynex (1996); AT&T – SBC Communications (que a su vez ya estaba compuesta por Ameritech, Southwestern y Pacific Telesys) (2005), Bell South se incorporó posteriormente en el año (2006)⁴².

Adicional a lo anterior, en un evento extremo de tener que considerar la idea de una propuesta como la separación estructural, deberían en todo caso evaluarse aspectos tales como⁴³ (i) se justifica incluir una medida como estas, esto es, ¿corresponde la misma a un análisis costo-beneficio?, es más, ¿debería establecerse como obligatoria la necesidad de hacer de manera previa un análisis costo-beneficio para poder decretar una medida de esta naturaleza? ¿los beneficios de una medida como estas superan los costos de la misma?; (ii) ¿el régimen actual de la Ley 1341 de 2009 es deficiente para cumplir con el fin de incrementar la competencia y disminuir la concentración en el mercado?; (iii) ¿se justifica dotar a la CRC de una facultad tan poderosa?; (iv) ¿Cómo funcionaría esta separación estructural?, al respecto, se ha preguntado el legislador, ¿cómo se seleccionaría al nuevo propietario de una de las empresas que resulten de la separación?; (v) ¿cuál sería el alcance de la separación?, ¿a qué se refiere el legislador cuando pretende que se adelante una separación estructural, dicho en otras palabras, serían separaciones verticales u horizontales o ambas?; (vi) ¿habría un régimen especial para las entidades independientes que resulten de la separación estructural?

En síntesis:

Proyecto de Ley	Recomendación Superintendencia de Industria y Comercio
<p>"ARTÍCULO 13.- SEPARACIÓN ESTRUCTURAL. Cuando un agente de mercado, independiente de que haya sido o no declarado previamente como Agente Económico Preponderante, concentre directa o indirectamente una participación superior al cincuenta por ciento (50 %) de los ingresos nacionales por servicios de telecomunicaciones móviles de voz o datos en los mercados relevantes referidos en el artículo 6 de la presente Ley, no presente, corrija, ajuste o ejecute el plan de que trata el artículo anterior, deberá someterse a un proceso de separación estructural.</p> <p><i>Este proceso será adelantado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC, quien oficiosamente iniciará una actuación administrativa con el objeto de imponer a dicho agente la separación estructural de su empresa en dos empresas totalmente independientes entre sí. Dentro de esta actuación la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, ordenará como medida previa la prohibición de conexión de nuevos usuarios en el mercado o mercados en los que se excede el porcentaje de ingresos establecido en el inciso anterior. La separación estructural será permanente en el tiempo y las empresas independientes que se crean no podrán tener participación accionaria la una en la otra ni volverse a fusionar en una nueva única persona jurídica o empresa. Tampoco podrán compartir órganos de dirección.</i></p> <p><i>El proceso de separación estructural no debe tardar más de un año contado a partir de la expedición de la orden de la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC, so pena de imposición de sanciones diarias y sucesivas hasta la culminación del proceso de separación. Las sanciones serán impuestas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MINTICs, en los términos del Título IX de la Ley 1341 de 2009.</i></p> <p><i>Mientras se tramita y concluye el proceso de separación funcional al proveedor le serán aplicables la totalidad de las obligaciones que mediante la presente Ley se le asignan al Agente Económico Preponderante.</i></p>	<p>Eliminarlo</p>

⁴² Cfr. <https://telcominterlex.wordpress.com>

⁴³ Cfr. Steven Dounoukos and Angus Henderson, *Structural Separation in Telecommunications: A Review of Some Issues*. A Journal of Policy Analysis and Reform, Vol. 10, No. 1 (2003). Pág. 48.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC, reglamentará este artículo dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta Ley.

Parágrafo: Para la imposición de esta medida se iniciará una actuación administrativa que se regirá por lo dispuesto en el Título III Capítulo I del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Para concluir, esta Superintendencia reitera que el Proyecto de Ley (i) adolece de un exceso de rigidez inconveniente, posiblemente inconstitucional en algunos casos, y que no se compagina con la dinámica del mercado que pretende regular; (ii) restringe así mismo la flexibilidad que requiere una entidad técnica y especializada como la CRC, que está más preparada para responder con mayor rigor a las necesidades regulatorias cambiantes del mercado; y (iii) es reiterativo de aspectos que ya están regulados en otras disposiciones relacionadas con el régimen de la libre competencia económica en el sector de las telecomunicaciones, principalmente a cargo de la CRC, como entidad regulatoria, y de la Superintendencia de Industria y Comercio, como Autoridad Única Nacional de Competencia, que durante estos años han realizado un control activo de los abusos de posición dominante en este sector.

De esta manera, se pueden agravar aún más todos los riesgos aducidos en perjuicio de la protección y promoción de la libre competencia económica en el mercado de las telecomunicaciones móviles, razón por la cual, la Autoridad Nacional de Competencia recomienda retirar definitivamente el Proyecto de Ley.

Atentamente,



JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboró: Liz Gil / Julián Antonio Rojas / Ismael Beltrán Prado
Revisó: Ismael Beltrán Prado / Andrés Hernández
Aprobó: Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia Jorge Enrique Sánchez Medina



