

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 18-128057-1-0
DEP: 1000 DESPACHO DEL EVE: SIN EVENTO
SUPERINTENDENTE DELEGAD
TRA: 396 ABOGACIA COMPETENCIA FOLIOS: 18
ACT: 440 RESPUESTA

Bogotá D.C.
1000

Doctor

GERMÁN DARÍO ARIAS PIMIENTA
DIRECTOR EJECUTIVO

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES-CRC
Calle 59 A bis No. 5-53, Edificio Link Siete Sesenta, Piso 9
BOGOTA D.C. COLOMBIA

Asunto: Radicación: 18-128057-1-0
Trámite: 396
Evento:
Actuación: 440
Folios: 18

Referencia: Solicitud de concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 de la Ley 1340 de 2009)

Proyecto de Resolución: "Por la cual se modifica el artículo 2.1.9.4 del Capítulo 1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016".

Respetado Doctor Arias:

En relación con la comunicación indicada en la referencia, radicada con el número 18-128057 del 25 de abril de 2018, esta Superintendencia rinde concepto sobre el proyecto de resolución "Por la cual se modifica el artículo 2.1.9.4 del Capítulo 1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016" (en adelante el "**Proyecto**"), para lo cual se describirá el fundamento legal de la abogacía de la competencia y, posteriormente, se expondrán los aspectos relativos al Proyecto, se presentará el análisis del mismo desde la perspectiva de la libre competencia económica, y se finalizará con unas recomendaciones.

1. Fundamento legal

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el Capítulo 30 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, "...la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir (...)"

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el efecto jurídico que podría derivarse del incumplimiento de una autoridad de regulación de las obligaciones derivadas del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 en los siguientes términos:



“El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación el no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o el de apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta, en principio, sería la nulidad del acto administrativo de regulación por expedición irregular del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”^{1, 2} (Subraya y destacado fuera de texto).

1. Regulación propuesta

1.1. Antecedentes

La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) expidió la Resolución CRC 2355 del 29 de enero de 2010³, en la que estableció las condiciones en las cuales se debía dar la implementación de la portabilidad numérica en la telefonía móvil en Colombia. A su vez, la Resolución CRC 2566 del 25 de junio de 2010 precisó medidas adicionales para garantizar la continuidad de la portabilidad numérica en telefonía móvil.

Posteriormente, la Resolución CRC 3066 del 18 de mayo de 2011 estableció el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones y, en su artículo 17 determinó que, tanto en la oferta como en el contrato, el operador debe indicar de forma separada el valor del servicio y el valor del **Equipo Terminal Móvil** (“**ETM**”)⁴.

Por su parte, la Resolución CRC 4444 del 25 de marzo de 2014 prohibió el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima en servicios móviles a partir del 1 de julio de 2014 y determinó que los operadores no podían condicionar la celebración del contrato de prestación de servicios a la venta de un ETM, ni viceversa. El artículo 7 de la norma precisó además que la CRC llevaría a cabo permanente vigilancia de las condiciones de venta y distribución de ETM con la intención de medir el impacto de la medida en los precios de los servicios y de los ETM, para de esta forma poder adoptar las medidas necesarias, de ser el caso.

En atención de la disposición mencionada, la CRC ha realizado varios informes de evaluación del impacto de la Resolución CRC 4444 de 2014. El tercero de ellos, publicado en diciembre de 2016, analiza la cantidad de usuarios que hicieron uso del derecho a la portabilidad y el

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

² Cabe destacar que en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 se indica que el regulador deberá explicar en la parte considerativa de la decisión, las razones por las cuales se aparta del concepto de abogacía de la competencia. Igualmente, el Consejo de Estado ratificó, en el concepto del 4 de julio de 2013, que las razones para apartarse del concepto de abogacía deben incluirse en la parte considerativa del acto administrativo correspondiente.

³ La Resolución CRC 2355 del 29 de enero de 2010 surtió el trámite de abogacía de la competencia, el cual culminó con comunicación 09-144273-1 del 5 de enero de 2010. En dicha comunicación, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que la norma propuesta no generaba preocupaciones en relación con la libre competencia.

⁴ Resolución CRC 5050 de 2016, Título I, Definiciones:

“EQUIPO TERMINAL MÓVIL (ETM): Dispositivo que posea un IMEI (Identificador Internacional de Equipo Móvil), por sus siglas en Inglés, o aquel identificador que cumpla una función equivalente a éste, y por medio del cual se accede a las redes de telecomunicaciones móviles para la prestación de servicios de comunicaciones de voz y/o datos”.



comportamiento del “churn” o tasa de desafiliación, entre el tercer trimestre de 2013 y el segundo trimestre de 2016, tras lo cual indica que *“es posible inferir que las medidas regulatorias implementadas por la CRC, tales como la portabilidad numérica y la eliminación de cláusulas de permanencia mínima, han reducido los costos de cambio, permitiendo que los usuarios escojan el operador que más les convenga”*⁵ (Destacado fuera de texto).

El mencionado informe de impacto de la Resolución CRC 4444 de 2014, muestra un notable cambio en las participaciones de las ventas de ETM. En efecto, en el primer trimestre de 2014 otros comercializadores (distintos de los operadores CLARO, MOVISTAR Y TIGO) vendieron el 2,82% de los ETM que se adquirieron en Colombia. Para el primer trimestre de 2016, esa participación había subido hasta el 31,8%. El crecimiento es aún más notorio en términos de valor, ya que las ventas de los comercializadores, distintos a los incumbentes señalados, pasaron del 2,3% al 43,6% entre el primer trimestre de 2014 y primer trimestre de 2016⁶:

*“la eliminación de las cláusulas de permanencia redujo costos de cambio, beneficiando a los usuarios, promoviendo la competencia y la calidad del servicio. Esto se evidencia en el comportamiento creciente de la cantidad de usuarios que hicieron uso de la portación móvil mostrando un incremento del 132,9% entre el segundo trimestre del 2014 y el segundo trimestre del 2016 y una tasa de desafiliación ascendente, pasando del 4,25% en el segundo trimestre de 2014 al 5,36% en el segundo trimestre de 2016”*⁷ (Subraya y destacado fuera de texto).

Debido a que con posterioridad a la expedición de la Resolución CRC 3066 de 2011 fueron emitidas diversas normas con incidencia en los derechos de los usuarios de comunicaciones⁸, las cuales se encontraban dispersas en varias regulaciones, la CRC, a través de la Resolución CRC 5111 del 24 de febrero de 2017⁹, actualizó el mencionado régimen, que denominó “Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones”¹⁰.

La prohibición de pactar cláusulas de permanencia mínima está vigente conforme con el numeral 8 del artículo 2.1.3.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016:

⁵ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Informe de Monitoreo Resolución 4444 de 2014. Diciembre 2016. Número 3. Pág. 10. [en línea]. [Consultado 2 may, 2018]. Disponible en <https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Informes/clausulas/161212_InfMonitoreo_Res_4444.pdf>

⁶ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Informe de Monitoreo Resolución 4444 de 2014. Diciembre 2016. Número 3. Págs. 15-16. [en línea]. [Consultado 2 may, 2018]. Disponible en <https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Informes/clausulas/161212_InfMonitoreo_Res_4444.pdf>

⁷ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Informe de Monitoreo Resolución 4444 de 2014. Diciembre 2016. Número 3. Pág. 23. [en línea]. [Consultado 2 may, 2018]. Disponible en <https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Informes/clausulas/161212_InfMonitoreo_Res_4444.pdf>

⁸ Ley 1480 de 2011 “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”; Decreto Ley 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”; Ley 1437 de 2011-Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo; y Ley 1618 de 2013.

⁹ La Resolución CRC 5111 del 24 de febrero de 2017 surtió el trámite de abogacía de la competencia, el cual culminó con comunicación 16-229732-1 del 21 de septiembre de 2016. En dicha comunicación, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que la norma propuesta no generaba preocupaciones en relación con la libre competencia.

¹⁰ Toda la normatividad mencionada en esta sección se encuentra actualmente compilada en la Resolución CRC 5050 del 10 de noviembre de 2016, específicamente en el Título II “Medidas para la protección de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones”.



“ARTÍCULO 2.1.3.1. CONTENIDO PROHIBIDO. En los contratos de prestación de servicios de comunicaciones que los usuarios celebren con los operadores, no pueden incluirse disposiciones que establezcan límite alguno de los derechos o generen obligaciones adicionales a las descritas en el presente Régimen. De manera particular, no se podrán incluir disposiciones que:

(...)

2.1.3.1.8. En los contratos de prestación de servicios móviles no se pueden pactar cláusulas de permanencia mínima.

(...)”.

Por su parte, la obligación de separar el contrato de prestación de servicios móviles del contrato de adquisición de ETM, así como la prohibición de condicionar uno con el otro, se encuentra en el artículo 2.1.9.4 de la Resolución CRC 5050 de 2016:

“ARTÍCULO 2.1.9.4. VENTA A CUOTAS DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES. En caso de que el usuario decida adquirir su equipo con el operador, éste podrá financiar o diferir su pago, para lo cual celebrará un contrato independiente al de prestación del servicio.

En ningún caso el operador puede condicionar la celebración del contrato de prestación de servicios a la venta de equipos terminales móviles”.

1.1. El Proyecto y su justificación

El Proyecto busca modificar el artículo 2.1.9.4 de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual quedaría de la siguiente forma (se adiciona la parte resaltada):

“VENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES. En caso que el usuario decida adquirir su equipo con el operador, este podrá financiar o diferir su pago, para lo cual celebrará un contrato independiente al de prestación del servicio.

En ningún caso el operador puede condicionar la celebración del contrato de prestación de servicios a la venta de equipos terminales móviles, salvo que se trate de equipos que cuenten con tecnología 4G o alguna superior; sin embargo, estos condicionamientos no pueden de ninguna manera limitar la libre elección del usuario”. (Resaltado fuera de texto).

El Proyecto surge, según lo señala la CRC, de la “*identificación del problema*”¹¹ consistente en la “*baja penetración del servicio de internet móvil en Colombia*”¹². El regulador advierte sobre dicho problema al analizar cifras del mercado colombiano. Por ejemplo, la relación de usuarios de internet móvil como proporción del total de líneas móviles pasó de 40,5% en septiembre de 2016 a 39,6% en septiembre de 2017, lo que implica, según el Documento Soporte, que se incrementó la brecha entre usuarios de internet móvil y líneas móviles. Además, la CRC

¹¹ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 14. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

¹² Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 14. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.



observó que la penetración del internet móvil en Colombia se desaceleró en los últimos años en tanto que se encontraba en 48,7% con corte al tercer trimestre de 2017¹³.

La CRC menciona varias **causas** posibles del problema¹⁴:

- 1) Baja cobertura de internet móvil
- 2) Baja penetración de teléfonos inteligentes
 - a) Problemática en la venta de ETM
 - i) Incremento en los precios de los ETM
 - ii) Restricciones en la venta de ETM aplicables a los operadores
 - b) Entorno macroeconómico
- 3) Limitada asequibilidad del servicio; y
- 4) Preferencias de los usuarios.

De acuerdo con el Documento Soporte, el objetivo general de la propuesta regulatoria es *“la identificación e implementación de alternativas respecto de las condiciones regulatorias de comercialización de equipos terminales móviles, para promover la masificación del acceso a internet móvil de banda ancha”*¹⁵. Por su parte, los objetivos específicos son los siguientes: a) promover la generación de ofertas comerciales enfocadas en la venta de ETM que permitan acceso a nuevas tecnologías de internet móvil; b) promover condiciones competitivas en la comercialización de ETM; c) favorecer la apropiación y el acceso a nuevas tecnologías; y d) promover la masificación de nuevas tecnologías y generar incentivos para el despliegue de infraestructura por parte de los operadores¹⁶.

5

La CRC realizó un Análisis de Impacto Normativo (AIN) para el Proyecto en el cual identificó y evaluó tres (3) alternativas:

- i) Mantener la prohibición de condicionamientos de entrada;
- ii) Permitir condicionamientos de entrada; y
- iii) Permitir condicionamientos de entrada únicamente para la comercialización de ETM 4G.

¹³ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 10-11. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

¹⁴ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 14. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

¹⁵ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 49. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

¹⁶ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 49. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.



Estas alternativas se evaluaron frente a tres (3) criterios, cada uno de los cuales se ponderó con un porcentaje de calificación: a) libre elección del usuario, 40%; b) promoción de condiciones competitivas en la comercialización de ETM, 20%; y c) adopción y acceso a nuevas tecnologías, 40%. El resultado del AIN arrojó que la alternativa iii) fue la que más beneficios generaba, y por lo tanto fue la elegida para estructurar el Proyecto¹⁷.

Es importante resaltar que la CRC fue enfática en precisar que las alternativas analizadas únicamente permitían la posibilidad de modular los condicionamientos de entrada y, por ningún motivo, buscaban permitir condicionamientos de salida asociados con un tiempo mínimo de permanencia ni condicionar la adquisición de ETM o el otorgamiento de promociones u ofertas para adquirirlos a la celebración de contratos de prestación de servicios móviles¹⁸.

3. Análisis del Proyecto desde la perspectiva de la libre competencia económica

La Superintendencia de Industria y Comercio analizó el Proyecto y los documentos anexos remitidos por la CRC. En primer lugar, esta Superintendencia considera que el regulador persigue un objetivo loable, consistente en profundizar el acceso de la población al internet móvil, todo ello con fundamento en la correlación, reconocida internacionalmente, entre el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC y el desarrollo económico¹⁹.

Con todo, esta Superintendencia encuentra graves falencias en el Proyecto que tienen significativos efectos sobre la libre competencia económica, los cuales pasa a explicar.

3.1. La CRC no justifica la necesidad de incorporar excepciones a la restricción existente en materia de comercialización de ETM por parte de los prestadores de servicios móviles

6

3.1.1. La CRC no demuestra la existencia del problema de “baja penetración del servicio de internet móvil en Colombia”

Si bien la CRC alegó la existencia de una baja penetración del servicio de internet móvil en Colombia, generada en parte por una desaceleración en la penetración de internet móvil en los últimos años y un incremento en la brecha de usuarios de internet móvil con respecto al total de líneas móviles, la Superintendencia de Industria y Comercio analizó diversas fuentes de información para comprender la evolución del internet móvil en Colombia que sugieren conclusiones distintas.

Como se dijo en el numeral 2 de este documento, el Proyecto surge, según lo señala la CRC, de la “*identificación del problema*”²⁰ consistente en la “*baja penetración del servicio de internet*”

¹⁷ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Págs. 50-68. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

¹⁸ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 61. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

¹⁹ Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Digital Economy Outlook 2015. 160-163. [en línea]. [Consultado 2 may, 2018]. Disponible en <<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/42577/3222224/Digital+economy+outlook+2015/dbdec3c6-ca38-432c-82f2-1e330d9d6a24>>

²⁰ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 14. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.



*móvil en Colombia*²¹. El regulador advierte sobre dicho problema al analizar cifras del mercado colombiano. Por ejemplo, la relación de usuarios de internet móvil como proporción del total de líneas móviles pasó de 40,5% en septiembre de 2016 a 39,6% en septiembre de 2017, lo que implica, según el Documento Soporte, que se incrementó la brecha entre usuarios de internet móvil y líneas móviles. Además, la CRC observó que la penetración del internet móvil en Colombia se desaceleró en los últimos años en tanto que se encontraba en 48,7% con corte al tercer trimestre de 2017²².

El primero de los indicadores mencionados (usuarios internet móvil/ líneas móviles) que utiliza la CRC para hacer el diagnóstico del supuesto problema detectado presenta, por lo menos, dos (2) deficiencias:

a) No revela un cambio significativo o trascendente de la estructura del mercado ni del comportamiento de la penetración de internet móvil. Se trata de un indicador que se expresa en términos relativos – proporción de usuarios de internet móvil frente a líneas móviles–, cuya diferencia entre los dos periodos analizados no excede un punto porcentual, lo cual llama la atención de la Autoridad de Competencia, en la medida en que con fundamento en una cifra tan precaria se adopte la decisión de modificar estructuralmente la regulación existente que la propia CRC ha juzgado beneficiosa para la libre competencia económica.

b) Por otro lado, llama la atención de la Autoridad de Competencia que se elija como insumo para la construcción del indicador que se comenta una variable sujeta a permanente depuración, como lo es el número de líneas móviles existentes en Colombia, que el regulador sabe que no es el dato más confiable para hacer este tipo de análisis, como quiera que es susceptible de ajustes frecuentes por razón de la identificación de líneas inactivas, entre otras.

La CRC añade que la desaceleración o la evidencia de la baja penetración de internet móvil en Colombia se acredita por cuenta de una cifra expresada en términos porcentuales, e ilustra la evolución de la misma en el tiempo desde el año 2012, para luego hacer énfasis en que, entre el consolidado del año 2016 y lo corrido hasta el tercer trimestre de 2017 dicha cifra no experimentó cambios, tal como lo indica la Gráfica 5 del Documento Soporte²³. Sobre el particular, llama la atención de esta Autoridad que, para justificar el supuesto estancamiento de las cifras y estando al tanto el regulador sobre el hecho de que la cifra del año 2017 no incluye el último trimestre, insista en compararla con la del año 2016 (que sí incluye todo el año). Esto llama aún más la atención si se tiene en cuenta que nos encontramos en un mercado estacional, en donde el último trimestre del año es aquel que genera mayores incrementos en variables como la proporción de usuarios de internet móvil frente a las líneas móviles, como lo indica la Gráfica 4 del Documento Soporte²⁴.

²¹ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 14. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

²² Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Págs. 10-11. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

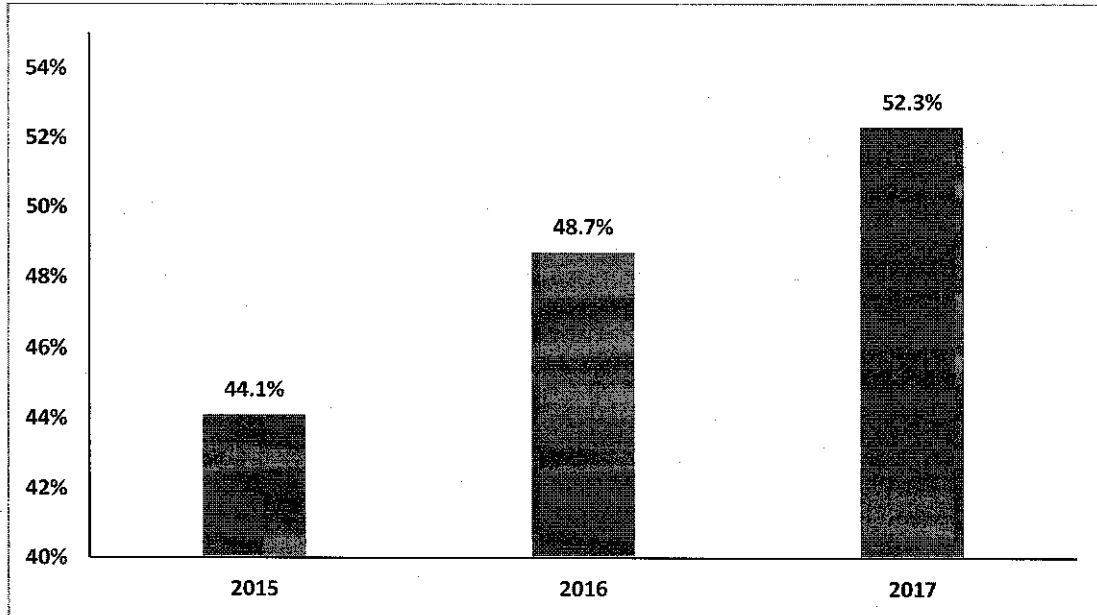
²³ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 11. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

²⁴ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 10. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.



A efectos de validar los resultados anteriormente expuestos, la Superintendencia de Industria y Comercio reconstruyó el ejercicio realizado por la CRC a partir de la información tanto del DANE como del MinTIC; esto último considerando la información ya disponible al cuarto trimestre de 2017. Los resultados se presentan en el siguiente gráfico:

Gráfico 1: Penetración del servicio de internet móvil en Colombia 2015 – 2017



Fuente: DANE – MinTIC: Boletín trimestral del sector TIC. Cálculos GEE - SIC

Tal como se puede observar, los resultados dan cuenta, contrario de lo que reconoce el regulador, de una tendencia creciente del nivel de penetración del servicio de internet móvil en Colombia. Así, se observa que del año 2016 al año 2017 el crecimiento en esta variable fue de 3,6 puntos porcentuales, lo que permite concluir que existe evidencia de una dinámica positiva en favor de la penetración del servicio de internet móvil en Colombia.

Por otra parte, tal y como lo pone de presente uno de los terceros que hizo comentarios frente al Proyecto, al analizar datos de la GSMA (Global System for Mobile Communications Association) se observa que si se tienen en cuenta los **usuarios únicos**, los usuarios de internet móvil pasaron de 19.169.373 en 2015 a 21.203.403 en 2016 y 22.731.084 en 2017, lo que implica un crecimiento de 10,61% y un 7,2%, respectivamente. En cuanto a la proporción de usuarios únicos de internet móvil con respecto a los usuarios únicos de telefonía móvil, se pasó de 59,06% en 2015 a 63,83% en 2016 y 66,84% en 2017²⁵, lo que implica que, al menos para el caso de usuarios únicos, existe evidencia suficiente para concluir que la brecha no se incrementó, como sostiene la CRC, sino que se redujo.

²⁵ Datos de GSMA, incluidos en comentarios aportados en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.



Por su parte, las conexiones a internet móvil con tecnología 4G también presentan altas tasas de crecimiento. De 167.181 en el año 2013 (año en el cual se subastó el espectro 4G), pasó a 1.530.420 en 2014, lo que equivale a un crecimiento de 815,43%, 3.822.008 en 2015, que representa una variación de 149,74%, 7.701.192 en 2016, dato que representa más del doble de la cifra del año anterior (101,50%) y 12.674.126 en 2017, que implica un crecimiento de 64,57%²⁶. Si bien se observa una tendencia a la baja en los niveles de crecimiento de conexiones a internet móvil con tecnología 4G, en el peor de los escenarios, se está observando que al nivel de conexiones de internet móvil con tecnología 4G se le está añadiendo, de un año a otro, más de la mitad de las conexiones ya existentes. Así, de la lectura de las cifras anteriores no necesariamente se infiere que resulte necesario modificar el esquema regulatorio vigente. Sumado a lo anterior, y tal como se observa en la gráfica 10 del Documento Soporte de la CRC²⁷, la tecnología 4G presenta una tendencia creciente, lo cual constituye una evidencia adicional para reafirmar que la tecnología 4G ha venido creciendo, en parte explicado, por la sustitución tecnológica de 3G a 4G.

Otra fuente que consultó esta Superintendencia correspondió al Boletín Trimestral de las TIC que publica el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC). En el informe con corte al cuarto trimestre de 2017 se observa que los usuarios de internet móvil en tecnología 4G pasaron de 7.025.295 en el cuarto trimestre de 2016 a 12.039.956 en el cuarto trimestre de 2017, lo que representa un incremento del 71,38%²⁸.

El análisis de las mencionadas fuentes oficiales de información, a pesar de las discrepancias entre una y otra, difícilmente soportan la conclusión del regulador, la cual afirma que existe un problema de *"baja penetración de internet móvil en Colombia"*, en particular frente a la tecnología 4G, la cual es objeto de incentivo por parte de la medida regulatoria propuesta por el regulador.

3.1.2. El supuesto rezago de Colombia en contraste con otros países en materia de penetración de internet móvil acude a comparaciones no controladas en términos estadísticos

El Documento Soporte de la CRC muestra diversas cifras en la cuales se contextualiza el caso colombiano al compararlo con el de otros países. Por ejemplo, respecto de la penetración de teléfonos inteligentes, se indica que dicho indicador es del 38% en Colombia para 2016, en comparación con un 48% de Chile, un 87% del Reino Unido y un 93% de Alemania²⁹. Igualmente se menciona que la transición de 2G a 4G en Colombia es más lenta que en Brasil,

²⁶ Datos de GSMA, incluidos en comentarios aportados en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

²⁷ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 13. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

²⁸ Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones. Boletín trimestral del sector TIC - Cifras cuarto trimestre de 2017. [en línea]. [Consultado 2 may, 2018]. Disponible en <<http://colombiatic.mintic.gov.co/602/w3-article-72708.html>>

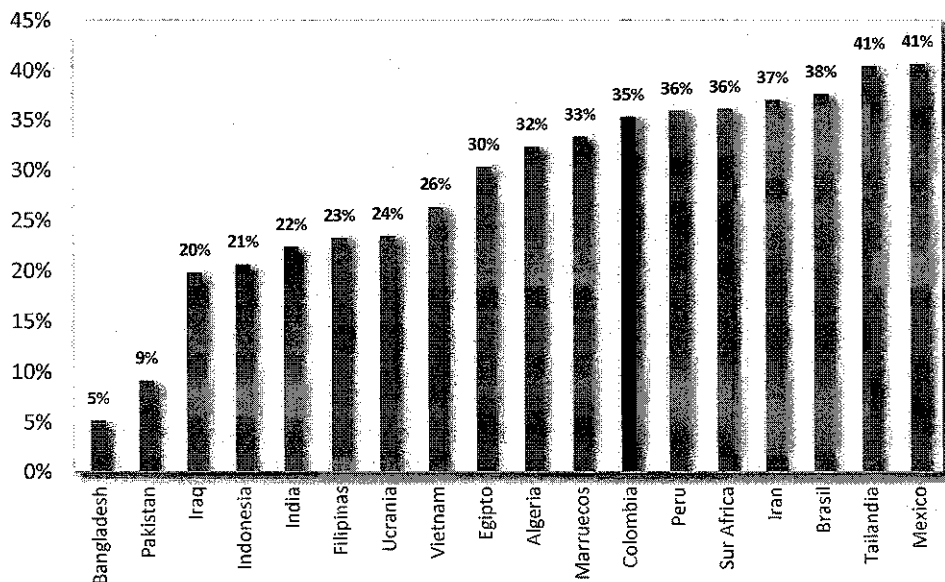
²⁹ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 17. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.



México y el promedio de América Latina³⁰ y que, mientras Argentina tardó 15 meses en alcanzar 3 millones de conexiones 4G, a Colombia le tomó 40 meses llegar a la misma cifra³¹.

No obstante, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó este mismo ejercicio con corte a abril de 2017, tomando una muestra de otros países distintos a los elegidos por el regulador, en el cual se evidencia que la penetración de teléfonos inteligentes para Colombia fue de 35,4%, lo cual está por encima del resultado obtenido por países como India, Egipto y Marruecos, quienes obtuvieron un indicador de penetración del 22,4%, 30,4% y 33,4%, respectivamente. Así mismo, el resultado para Colombia no resulta ser significativamente menor al obtenido por países como Perú (36,0%), Sur África (36,2%) y Brasil (37,7%), y muy cerca de países como Tailandia y México con niveles de penetración de teléfonos inteligentes de 40,5% y 40,7%, respectivamente, tal como se evidencia en el gráfico 2.

Gráfico 2: Penetración de teléfonos inteligentes por países 2017



Fuente: Global Mobile Market Report, NewZoo. Cálculos GEE - SIC

Si bien la Superintendencia de Industria y Comercio comprende que este ejercicio de contextualización es útil, es importante notar que en las mencionadas comparaciones no se está controlando (en sentido estadístico) por muchas otras variables que también podrían influir en la penetración del servicio de internet móvil en cada país, como lo pueden ser la extensión, la población, el porcentaje de población urbana, el PIB per cápita, la inversión extranjera directa, la asignación de espectro, la tasa de cambio, o el poder de paridad de compra, entre otras.

³⁰ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 58. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

³¹ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 59. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.



El Documento Soporte no realiza algún análisis similar, como tampoco se cita en el mismo algún estudio que evalúe el efecto de esas variables a nivel internacional. Esto implica que, el rezago comparativo del que se habla, en caso de existir, reflejaría el resultado de circunstancias adicionales que ninguna relación guardan con la restricción de venta de ETM para los operadores.

Por otro lado, esta Autoridad encuentra que, de conformidad con la Gráfica 1 del Documento Soporte, bien podría concluirse en contrario de como lo hizo el regulador. Esto es, que no existe un rezago en el comportamiento de la penetración de internet móvil en Colombia, si se tiene en cuenta que comparadas las cifras de este país con las que la Gráfica 1 identifica como las correspondientes a "Países en desarrollo", lo cierto es que las cifras de número de suscriptores de internet móvil por cada 100 habitantes en Colombia están por encima en 2014, 2015 y 2016, es decir, en todos los periodos presentados en la mencionada gráfica, con diferencias no menores de ocho (8) puntos porcentuales.

3.1.3. La CRC no identifica una falla de mercado que justifique el Proyecto

El Documento Soporte de la CRC no identifica una falla de mercado presente en el mercado de servicios móviles o en el mercado de venta de ETM³² que justifique la intervención regulatoria.

La Corte Constitucional ha manifestado que la intervención del Estado en la economía se justifica en la medida en que un mercado no cuente con condiciones de competitividad o cuando sea necesario proteger al mercado de agentes que busquen romper el equilibrio, toda vez que el correcto funcionamiento del mercado es uno de los fines que persigue el Estado a través de la regulación económica:

"4.3.2. La corrección de las fallas del mercado forma parte de los fines de la regulación

La Constitución contempla que el adecuado funcionamiento del mercado, también es uno de los fines que el Estado persigue por medio de la regulación económica. En efecto, el artículo 333 de la Carta prevé que "[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades", prescripción que debe ser interpretada en conjunto con el mandato del artículo 334, según el cual el Estado intervendrá para racionalizar la economía, fomentar el desarrollo y promover la productividad y la competitividad.

(...)

En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principio[150], de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado.

(...)

Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.

³² Las fallas de mercado se pueden agrupar en: a) problemas de información; b) poder de mercado; c) externalidades; d) bienes públicos; y v) mercados incompletos. Stiglitz, Joseph. Economics of the Public Sector. 1986. págs. 77-83.



La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema.^[151] Fenómenos tales como las externalidades, la ausencia de información perfecta, los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida, competencia destructiva, entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras.

Esta Corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con problemas de información^[152], oferta limitada y abuso de posición dominante^[153], bienes o servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente^[154], barreras de ingreso al mercado^[155], externalidades^[156], competencia destructiva^[157] entre otros, en los que se muestra cómo, en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional.

Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad³³ (Resaltado fuera de texto).

12

En línea con lo anterior, la doctrina de esta Superintendencia también ha resaltado la importancia de la identificación concreta de una falla de mercado al momento de intervenir los mercados:

"Del anterior extracto jurisprudencial se pueden resumir ciertos criterios que dan luces sobre los límites a la intervención del Estado en la economía y la posibilidad correlativa de limitar la libertad económica. En efecto, con fundamento en esta jurisprudencia de la Corte Constitucional, la intervención del Estado en la economía se justifica cuando los mercados por sí solos no logran obtener resultados eficientes o cuando se producen efectos "indeseables". De manera semejante, existen otras razones de política pública que pueden no enmarcarse dentro de las fallas de mercado y que, excepcionalmente, se reconocen para efectos de justificar la intervención del Estado en la economía pero que, en todo caso, deben estar adecuadamente justificadas para efectos de admitirlas como una excepción al funcionamiento de la libre competencia económica.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.



*Lo expuesto es consistente y se enmarca en el sistema económico previsto en la Constitución Política y que corresponde al de una **economía social de mercado**³⁴, cuya premisa es precisamente la expuesta en la jurisprudencia citada y, según la cual, si los mercados funcionan adecuadamente, tal intervención resulta innecesaria e incluso puede terminar por distorsionar el desempeño de los mismos.*

Por el contrario, cuando los mercados fallan, se activa la facultad de intervención del Estado en la economía y, en ese momento, surge en todo caso la carga del Estado de identificar las fallas y demás razones de política pública que expliquen por qué es necesaria la respectiva intervención.³⁵

En la doctrina internacional, esta necesidad de justificar la intervención de los mercados en fallas de mercado también ha sido expuesta por autoridades de competencia extranjeras. Por ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España ha manifestado que la intervención pública únicamente se justifica si: i) se comprueba la existencia de una falla de mercado; ii) la intervención tiene un nexo causal con dicha falla de mercado o responde a un imperioso interés general; iii) la medida adoptada es proporcionada para lograr el fin que se propone, lo cual implica que introduce la mínima distorsión posible en el mercado; y iv) la medida se aplica de forma no discriminatoria³⁶.

En resumen, esta Superintendencia comprende que mercados como el de servicios móviles o el de venta de ETM y, en general, los relacionados con las telecomunicaciones, suelen requerir una mayor intervención regulatoria que otros cuyas características se asemejan en mayor medida a mercados competitivos. No obstante, del hecho de que se trate de situaciones en las que las fallas de mercado son más generalizadas, no se colige que el regulador quede, por lo menos en términos de la libre competencia económica, exonerado de la carga de identificar concretamente, para un proyecto regulatorio en particular, cuál es la falla de mercado que pretende corregir para evitar en la medida de lo posible regulaciones que distorsionen el mecanismo de funcionamiento natural de una economía de mercado, y de qué manera el instrumento regulatorio elegido soluciona de forma eficiente y efectiva dicha falla. Así pues, en esta oportunidad, la Superintendencia de Industria y Comercio echa de menos la identificación específica de la falla de mercado que justifique una intervención regulatoria.

13

³⁴ Cita dentro de la cita. En relación con el modelo económico adoptado por la Carta Política expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-228 de 2010 lo siguiente:

"La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa como un criterio amplio, que en su aspecto más esencial puede definirse como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Empero ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: la libertad de empresa y la libre competencia económica."

³⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto de Abogacía de la Competencia 17-359378- -5-0 del 30 de enero de 2018, referido al Proyecto de Resolución a través del cual "se definen las tarifas de transporte terrestre para el alcohol carburante".

³⁶ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Marzo de 2016. pág. 57.



3.2. El Documento Soporte no realiza un análisis del impacto que cada una de las causas identificadas tiene sobre el problema de “baja penetración de internet móvil”

Como se mencionó en el numeral 2 del presente concepto, la CRC identificó varias causas y sub-causas que generan el problema. Sin embargo, no se realiza un estudio de impacto de cada una de ellas que permita concluir que la asociada con las restricciones en la venta de ETM por parte de los operadores sea de tal magnitud que justifique una intervención.

La falta de un análisis de este tipo conduce a la necesidad de preguntarse si es posible identificar otras causas que generen un mayor impacto en la penetración del servicio de internet móvil. Por ejemplo, el fuerte incremento de la tasa de cambio entre 2014 y 2015 (37,28%)³⁷ tuvo un alto impacto en el precio de los ETM, tal y como lo indica la CRC³⁸, y esto a su vez posiblemente tiene un efecto en la penetración de internet móvil, en particular para la tecnología 4G.

Igualmente, el incremento del IVA del 16% al 19% tiene un efecto alcista en los precios de los ETM (se grava con IVA los ETM con un valor igual o superior a 22 UVT, correspondientes a \$700.898 para el año 2017)³⁹. Este incremento también afecta a los servicios móviles de voz y datos.

Además, el Documento Soporte no menciona el impacto de otros factores que podrían tener una incidencia a la hora de definir el problema, como lo constituye la evolución de variables económicas relacionadas con el poder adquisitivo de los hogares en distintas regiones del país. Tampoco el regulador tiene en cuenta en su ejercicio la disponibilidad de espectro electromagnético para ofrecer servicios de internet móvil 4G en las diferentes zonas del territorio nacional, así como tampoco explica el posible efecto derivado de la no asignación, hasta el momento, de la frecuencia de 700MHz en la banda del espectro electromagnético.

A su vez, llama la atención que en el Documento Soporte se advierta que el precio por Gigabyte constituya una de las principales causas del problema invocado, a tal punto que en palabras del Documento Soporte, se afirme que “en el caso de Colombia, la proporción que representa de los ingresos el valor de un GB se puede ver como una limitada asequibilidad que tienen los ciudadanos respecto de las tarifas del servicio de internet móvil y constituye a su vez otro factor que restringe el acceso a este servicio y a su consumo”⁴⁰. En este sentido, advierte la Autoridad de Competencia que la medida regulatoria no se ocupa del alto costo del servicio de internet móvil, que a su vez señala como una de las causas de la supuesta “baja penetración del internet móvil en Colombia”, y cuya corrección solo sería posible, a juicio de esta Autoridad, con medidas que incentiven la competencia entre los prestadores del servicio,

³⁷ Información tomada del Banco de la República. Cálculos realizados por GEE-SIC.

³⁸ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 24. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

³⁹ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 20. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.

⁴⁰ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 33. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.



en lugar de restringirla, como ocurre con la medida regulatoria propuesta, que terminaría por impactar la movilidad de los usuarios, tal y como se explica en el numeral 3.3.

3.3. El regulador no demuestra cómo la alternativa regulatoria elegida podría solucionar el problema. La medida podría afectar los avances que ha logrado la regulación de la CRC para imprimir dinamismo competitivo al mercado de servicios móviles

3.3.1. El Documento Soporte no está en capacidad de estimar el efecto de la regulación propuesta en el pretendido objetivo de incrementar la penetración del internet móvil en Colombia

Tal y como se mencionó en el numeral 2 del presente concepto, la CRC realizó un Análisis de Impacto Normativo (AIN) en el cual evaluó tres (3) alternativas de intervención de acuerdo con tres (3) criterios.

Sin embargo, el regulador no realizó un estudio del impacto que la alternativa elegida tendría sobre el mercado, y en particular sobre la penetración del internet móvil en Colombia, que permita comprender si se justifica o no adoptar una intervención regulatoria. Esto toma aún más relevancia si se tiene en cuenta que nos encontramos frente a un mercado que, en los términos de la CRC, se ha dinamizado en los últimos años mediante un mayor poder de decisión del consumidor, tal y como lo dice el tercer informe de evaluación de la Resolución CRC 4444 de 2014:

“La eliminación de las cláusulas de permanencia ha permitido reducir las barreras de cambio y ha logrado que los usuarios tengan una mayor libertad de elegir el servicio y el operador que mejor se ajuste a sus necesidades”⁴¹

15

Al respecto, esta Superintendencia considera que resulta un asunto absolutamente sensible, que requiere un sustento amplio y suficiente, el hecho de introducir modificaciones a una regulación considerada exitosa por el propio regulador. Esto por cuanto la medida podría tener efectos no deseados, como que la venta de ETM vuelva a concentrarse en aquellos operadores con mayores cuotas de mercado, tal y como sucedía antes de la eliminación de las cláusulas de permanencia, o que se reduzcan las opciones de ETM disponibles para los usuarios de servicios de telecomunicaciones móviles.

3.3.2. La medida regulatoria propiciaría un retroceso en los avances observados en el mercado en materia de dinamismo competitivo

La Superintendencia de Industria y Comercio comprende que el Proyecto no busca restablecer las cláusulas de permanencia mínima para servicios móviles. Sin embargo, considera que el Proyecto propicia entornos para que se presenten en la práctica situaciones que impacten negativamente la libre competencia e incluso el bienestar de los consumidores. Lo anterior, si se tiene en cuenta:

⁴¹ Comisión de Regulación de Comunicaciones. Informe de Monitoreo Resolución 4444 de 2014. Diciembre 2016. Número 3. Pág. 10. [en línea]. [Consultado 2 may, 2018]. Disponible en <https://www.crcm.gov.co/recursos_user/2016/Informes/clausulas/161212_InfMonitoreo_Res_4444.pdf>



- a) Que se pueden establecer condicionamientos de entrada que hagan que los planes más interesantes para los usuarios, y por lo tanto más demandados, únicamente estén disponibles si se adquiere un determinado ETM, o viceversa, que los ETM más demandados solo estén disponibles a condición de la adquisición de determinados planes. Esto impacta el derecho de libre elección del consumidor y además hace imposible contestar las ofertas de forma competitiva por parte de comercializadores de ETM que no presten el servicio de telefonía móvil.

Dicho en otras palabras, un consumidor interesado en un plan de aquellos que solo se ofertan si se adquiere un ETM con el operador, no tendrá la posibilidad de adquirir dicho ETM con nadie distinto de ese operador, y no parece probable que un comercializador pueda replicar un beneficio tal, en la medida en que dicho comercializador no presta el servicio de comunicaciones.

- b) Que el Documento Soporte declara que los operadores móviles le solicitaron a la CRC la modificación normativa objeto del presente concepto, con el fin de que se puedan establecer, entre otras, estrategias de fidelización de los clientes⁴². La Superintendencia de Industria y Comercio considera que esa expectativa de los operadores es fundada. Esto por cuanto, si bien la medida no admite expresamente que se erijan barreras o condicionamientos de salida, sí genera grandes incentivos para que el operador que otorga un beneficio a cambio de la mencionada fidelización que buscan, no se arriesgue a que el usuario se libere fácilmente del servicio contratado, pues ello implicaría que el operador no cumpliría con las expectativas que lo motivan al otorgamiento de dicho beneficio. Esto en la práctica impacta de manera directa al consumidor, al limitar la movilidad, así como la libertad de elección de los mismos, y hace muy probable que los operadores utilicen mecanismos que dificulten o retarden la posibilidad de que el consumidor cambie de operador cuando no esté satisfecho con el servicio de comunicaciones.

A su vez, no debe olvidarse en el contexto de este sector que portar fácilmente un número de un operador a otro es un factor que presiona la dinámica competitiva, en tanto que le permite al usuario cambiar de operador cuando el servicio no le satisface e incentiva, o fuerza por ello, a los operadores a ofrecer mejores condiciones que las de sus competidores para conservar a sus usuarios.

Por lo anterior, la regulación propuesta abre la puerta a un apalancamiento para limitar la libre elección de los usuarios y la portabilidad numérica.

En palabras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE):

"La portabilidad numérica es uno de los instrumentos clave para fomentar la competencia en los servicios fijos y móviles, además de un factor esencial del cambio en proveedor en marcos de protección del consumidor (que se tratarán en el capítulo 13 sobre protección del consumidor). Un proceso de portabilidad numérica rápido, fácil y efectivo permite a los usuarios pasar de

⁴² Comisión de Regulación de Comunicaciones. Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles. Documento Amarillo. Marzo de 2018. Pág. 23. Aportado en CD en el folio 2 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente 18-128057.



un operador a otro y, en consecuencia, promueve la competencia. Cuando no existe tal proceso, o es lento, complejo e infructuoso en numerosos casos, los usuarios no cambian de operador, lo que vuelve ineficaces otras medidas a favor de la competencia. Si bien la utilización de servicios de banda ancha no implica el uso de numeración fija o móvil, suelen contratarse empaquetados con servicios de voz fija y/o móvil, lo que significa que la portabilidad numérica también es relevante en un contexto de fomento de la competencia en los servicios de banda ancha. En los últimos diez años se ha progresado en portabilidad numérica y en los instrumentos para su implementación. **A título de ejemplo, en muchos países de la OCDE la transferencia de los números puede llevarse a cabo en menos de un día y, en una gran mayoría, no supone costo alguno para los usuarios.** En el recuadro 4.5 se muestran los principales factores que determinan el éxito de la portabilidad numérica⁴³. (Destacado fuera de texto).

Adicionalmente, frente al Proyecto sometido a concepto de esta Superintendencia, vale la pena resaltar que las implicaciones que para los consumidores tienen ciertos bienes en cuanto a la dificultad de ajustar sus decisiones una vez estos son elegidos.

Es de resaltar que la naturaleza del bien o servicio condiciona, tal como se expuso, la demanda del mismo. De tal manera que no será equivalente demandar un bien durable a un servicio que se agote con su uso. Del mismo modo, no será equivalente la adquisición de un bien cuyas características son inmodificables al momento de su compra frente a un servicio el cual puede ajustarse, modificarse o sustituirse de acuerdo con las preferencias y necesidades del consumidor. Al ser complementario el bien durable con un servicio que cumple con las características anteriormente descritas, las posibilidades de modificación de elección por parte de un usuario se limitan, toda vez que se hace complejo diferenciar entre los componentes del paquete resultante de los productos complementarios referidos, elevándose así el costo de cambio⁴⁴.

Así, para el presente concepto, basta señalar que la eliminación de la prohibición regulatoria vigente le permitiría al proveedor de comunicaciones empaquetar ETM con servicios de comunicaciones móviles, lo cual se configura en una situación como la teóricamente descrita en el párrafo inmediatamente anterior. Como consecuencia, se incrementa para el usuario el costo de cambio entre prestadores de servicios, lo cual no solamente limita su elección, sino que también tendría la potencialidad de afectar la dinámica de competencia de dicho mercado.

Nuevamente, queda claro que el empaquetamiento que podría realizar el proveedor de comunicaciones móviles con los ETM, sería muy diferente al empaquetamiento de bienes independientes que podría ofrecer cualquier *Retail* de efectuar una oferta comercial.

Por lo anterior, a juicio de esta Autoridad, si la CRC decide adoptar definitivamente la propuesta regulatoria, verá afectada la consistencia de la política pública que en materia de portabilidad ha consolidado, con las consecuencias que en materia de libre competencia pueden derivarse de este hecho.

⁴³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Banco Interamericano del Desarrollo. Políticas de banda ancha para América Latina y el Caribe: un manual para la economía digital. París, 2016. pág. 104. [en línea]. [Consultado 4 may, 2018]. Disponible en <https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/politicas-de-banda-ancha-para-america-latina-y-el-caribe_9789264259027-es>

⁴⁴ Motta, M. (2018). Poder de mercado y bienestar: Introducción. En M. Motta, *Política de competencia. Teoría y práctica*, 1st ed. Español. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 114-116.



4. RECOMENDACIONES

En conclusión, la CRC no justifica debidamente la necesidad de incorporar excepciones a la restricción existente en materia de comercialización de ETM, debido a que no demuestra la existencia del problema de "baja penetración del servicio de internet móvil en Colombia"; no controla por otras variables a la hora de comparar la situación de Colombia con la de otros países; y no identifica una falla de mercado que justifique la regulación. Además, el regulador no realiza un análisis de impacto que demuestre cuánto afecta cada una de las causas al supuesto problema identificado. Por último, la CRC no demuestra cómo la alternativa regulatoria elegida podría solucionar o impactar positivamente la variable de penetración de internet móvil, y por el contrario, la propuesta podría afectar la dinámica competitiva del mercado y el bienestar de los consumidores, en un mercado que ha ganado dinamismo en los últimos años.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio le recomienda a la CRC **abstenerse de expedir el Proyecto regulatorio objeto del presente concepto.**

Esta Superintendencia agradece a la Comisión de Regulación de Comunicaciones que al momento de expedir el Proyecto, se remita copia del mismo. Lo anterior con el fin de permitirle a esta Superintendencia hacer un seguimiento de la normatividad vigente, además de favorecer los mecanismos de cooperación interinstitucional que permitan alcanzar objetivos de vigilancia y regulación comunes, garantizando la libre competencia, el bienestar de los agentes y la eficiencia económica.

Atentamente,



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

Elaboró: Giovanni Natera *GN*
Revisó: Ismael Beltrán Prado / Juan Pablo Herrera *JPH*
Aprobó: Jorge Enrique Sánchez Medina

