

EL DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y
DERECHO ECONÓMICO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

RELATORIA CENTRO DE ESTUDIOS¹
“Mecanismos de Protección al Usuario y al Mercado Móvil”
Análisis del Proyecto de Ley 117/16

Viernes, 25 de noviembre de 2016

CONFERENCISTAS:

Dra. Alexia González Fanfanole (Videoconferencia)

Co-autora del estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de
Telecomunicaciones en Colombia.

Dr. Felipe Serrano Pinilla, abogado consultor.

Dra. Aura Maria García Pabón, Docente de la Facultad de Economía de la
Universidad Externado de Colombia.

Dr. Mauricio Santamaría, Asesor Claro Colombia.

Dr. Mauricio Velandia Castro, Docente Derecho de la Competencia y Consumo de
la Universidad Externado de Colombia.

Moderador: Dra. Ana Teresa Aldana, Docente Investigadora Facultad de
Economía de la Universidad Externado de Colombia.

¹ Se trata de un ejercicio académico realizado por los alumnos de la Especialización en Regulación y Gestión de las Telecomunicaciones y Nuevas tecnologías, promoción 2016-2017. Con el fin de facilitar su lectura, se tomó como base el documento de uno de los grupos y se ajustó con apartes de los otros documentos remitidos por los alumnos. Se trató de hacer lo más fiel posible a las intervenciones. Nombres de los estudiantes: Grupo 1: Edgar Augusto Fuertes Puerto, Carolina Figueredo Carrillo, Mayra Alejandra Martínez, Jorge Iván Martínez Jaramillo. Grupo 2: Yesid David Páez Porras, Yesid Fernando Murcia, Héctor Peña, Diego Cardona. Grupo 3: Daniel Fernando Beltrán Sánchez, Laura Botero Urrea, Jaime Andrés Cabarcas Suárez, Biviana Isabel Gamero Guerra, Ana Gabriela Rosero Rojas.

A continuación, se realiza una breve reseña de lo que hemos considerado los aportes más importantes y relevantes de este evento académico, sobre los Mecanismos de Protección al Usuario y al Mercado Móvil, a través del Análisis del Proyecto de Ley 117 de 2016², la cual se encuentra estructurada en dos partes principales, por una parte, la participación de la Dra. Alexia Gonzalez, y el Panel de expertos.

I. VIDEO CONFERENCIA, DRA. ALEXIA GONZÁLEZ FANFANOLE. CO-AUTORA DEL ESTUDIO DE LA OCDE SOBRE POLÍTICAS Y REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA.

Manifestó la Dra. Alexia, que este foro ayudará a realizar un debate constructivo para revisar la importancia de las recomendaciones que en su momento, se hicieron por parte de la OCDE³, sobre el sector de telecomunicaciones en Colombia, y en este caso, que son el insumo para analizar el proyecto de ley que se titula: “PROYECTO DE LEY 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”; y en desarrollo de ello, plantear los antecedentes de este proyecto de ley, que es muy similar a uno presentado en el año 2012 y debatido en el Senado en el año 2013, que finalmente no fue aprobado.

De esta manera, plantea la lógica detrás de las recomendaciones que se hicieron y realza que cosas sí se pueden hacer en el sector, para llegar a esos objetivos que pretende esta iniciativa legislativa.

Así mismo, indica que el estudio de la OCDE se llevó a cabo porque las redes de comunicaciones son fundamentales para el crecimiento económico en una economía digital como en la que estamos, donde el Internet no solo es parte de la economía, sino que la economía está en el Internet; ahora bien, con la convergencia tecnológica, se dan nuevos desafíos regulatorios porque los mercados venden ahora de manera empaquetada.

² Proyecto de Ley radicado por el Senador Guillermo Antonio Santos Marin. “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”. Gaceta No 649 del 19 de agosto de 2016

³ Organización de Cooperación y Desarrollo Económico

Dado que aún existe una brecha digital debido a la falta de penetración, a pesar de que el acceso a Internet se ha incrementado, y que esto afecta la productividad, existe una preocupación general por mejorar la competitividad, más aún en un mercado móvil con una alta concentración como lo es el de Colombia.

Es por esto la conferencista enfocó su intervención en dos aspectos principales:

1. Las recomendaciones dadas por la OCDE⁴

Ahora bien, dentro de las recomendaciones dadas por la OCDE, encontramos que para fomentar la competencia en el mercado móvil, se requiere mejorar el régimen de interconexión, con lo cual los cargos de interconexión deben acercarse a cero de manera simétrica, teniendo presente que todos los operadores tienen monopolio en la terminación de llamadas en su red, ayudando esto a reducir el diferencial de las llamadas dentro y fuera de red, evitando así el efecto “club”.

Se recomendó que se tienen que implementar de mejor manera las obligaciones de Roaming nacional, así como también que la portabilidad numérica no solamente se aplique en la telefonía móvil sino también en la telefonía fija.

Respecto a la telefonía fija, aun se ve una alta concentración a nivel regional, y como estas redes son complementarias con las móviles, y no sustitutas, ambas se deben fomentar.

Indicó la Dra. Alexia que los cuellos de botella se encuentran en lo que se llama los “back hall”, correspondiente a toda la fibra óptica que se transporta de ciudad en ciudad, dentro de la ciudad y los anillos urbanos, la cual es necesaria tanto para la tecnología móvil, como la fija; y por ende, para fomentar el despliegue y unificación de la infraestructura de las redes fijas, es necesario que se desagregue el bucle local y se desarrolle una estrategia de redes de nueva generación.

Sobre las políticas de espectro, consideró que Colombia va por buen camino, destacó los procesos de subasta del 2013 y el 2015. En particular trajo a colación las recomendaciones que se dieron de orden institucional, proponiendo un regulador convergente con capacidad global para todo el sector (pudiéndose fusionar la CRC con la ANTV) con mayor capacidad para sancionar e implementar la regulación, e independiente del órgano encargado de la política pública.

Resumiendo, se debe:

- Eliminar las barreras de despliegue de infraestructura.

⁴ Estudio presentado en el año 2014.

- Dar un manejo eficiente del espectro.
- Facilitar el despliegue de infraestructura a través de los planes de ordenación territorial “POTs”.
- Fomentar la compartición de infraestructura.
- Tener más IXP y Hosting en Colombia.
- Reducir los impuestos TIC.
- Ver el régimen de interconexión, sobre el diferencial Off net – On net.
- Tener un regulador convergente.

De tal manera que, al final del día, sea el usuario el árbitro de la competencia.

2. El actual proyecto de ley

Al respecto destaca los siguientes aspectos:

- ✓ Topes a la participación o cuota del mercado

Rara vez se utilizan, dado que por lo general las altas concentraciones del mercado, obtenidas por atraer más suscriptores a través de mejores precios y servicios nunca es penalizado, es el abuso de la posición dominante lo que se penaliza.

Las medidas regulatorias deben incentivar la competencia y no restringirla de manera artificial.

Los topes a la participación o cuota del mercado, en primer lugar, reduce o elimina los incentivos para que las empresas compitan y en segundo lugar pueden crear o reforzar de manera involuntaria las condiciones para que varias empresas lleguen a pactos colusivos, ya sea de manera tácita o explícita.

Lo que se puede hacer es mejorar el marco regulador para promover la contestabilidad de los mercados, reducir las barreras de entrada al mercado y reducir los costos para que las empresas puedan invertir en tratar de atraer nuevos clientes; lo anterior con el fin de mejorar la competencia en el sector evitando al mismo tiempo las consecuencias no deseadas.

Otra implicación que puede darse al introducir una cuota en el mercado, es que puede impedir que se exploten ciertas economías de escala que a lo mejor les ayudarían a las empresas a reducir sus costos unitarios.

Poner una cuota fija, plantea una pregunta y es, ¿cómo se cambia la definición de mercado relevante en un mundo convergente?

✓ Principios de Competencia y el Agente preponderante

Cabe recalcar que no se puede sustituir el procedimiento de terminación del poder sustancial del mercado de un agente económico, por el de la declaración de preponderancia, la cual debe ser un procedimiento que se aplique solo en una ocasión para lograr una regulación expedita de los operadores dominantes.

Teniendo en cuenta que la participación del mercado es solo una variable de todo lo que se toma para determinar si un agente tiene poder sustancial del mercado y no se debe suplantar esta tarea que es labor de la SIC con la CRC, los remedios que aplique el ente regulador sobre estos agentes preponderantes se debe hacer de manera consistente.

✓ Régimen de interconexión

El tener demasiado nivel de detalle introduce rigideces regulatorias en la materia y no es lo que se busca al final del día. El incluir el principio de tarifas de interconexión asimétricas es preocupante, así que, si se va a hacer una declaración de preponderancia o de poder sustancial, esta se aplicaría en el mercado de terminación a todos los operadores, porque cuentan con 100% de cuota de mercado en ese mercado relevante, porque nada más ellos pueden terminar las llamadas en su red.

Entonces, las tarifas de interconexión móviles deben ser simétricas, salvo en casos justificados, si son nuevos entrantes, orientadas a costos eficientes, siguiendo a la metodología ELRIC y deben ser fijadas por el regulador *ex ante* para todos los operadores.

Si el espíritu del artículo 6 del Capítulo 3, del presente proyecto de ley, es incluir la simetría en las tarifas de interconexión, se exhorta fuertemente a evitarlo. Esto puede inducir a distorsiones en el mercado mayorista, ya que existen incentivos en centrarse en las rentas del mercado mayorista (interconexión) y no en competir en el mercado del usuario final, bajando los precios⁵.

⁵ **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:*

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

Finalmente, incluir tanto nivel de detalle en la regulación en la presente ley puede debilitar u obstaculizar el poder de la CRC, al menoscabar su poder de analizar y emitir regulación.

✓ ¿Cuáles serían las alternativas?

Producto del análisis realizado por la Dra. Alexia, sugiere los siguientes mecanismos a tener en cuenta:

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.

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.

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.

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, irrisorios o predatorios.

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.

- Debe haber una clara separación entre la formulación de política pública y la regulación.
- El regulador debe ser independiente.
- Al regulador se le debe atribuir potestad sancionadora.
- Las autoridades reguladoras actuales deberían fusionarse (CRC-ANTV).
- La ANE debería integrarse como una división de espectro dentro de la CRC y asumir las facultades para llevar a cabo las subastas de espectro, solamente en los aspectos técnicos, no en el diseño de las subastas.
- Los toques de espectro deben plantearse cada vez para cada subasta, y no pueden establecerse por ley.
- La CRC debe ser dotada con más poder.
- Reducir los costos de cambio de los consumidores (Switching Cost)
- Reducir las barreras de entrada para promover la competencia efectiva.
- Garantizarse el acceso a las instalaciones esenciales.
- Se debe velar por que se implemente la regulación para el roaming nacional.
- Disminuir las tarifas de interconexión.
- Fomentar la contestabilidad en el sector de telefonía y datos móviles.
- Coordinación entre la SIC y la CRC.

Posteriormente se abrió un espacio para la sesión de preguntas, que nos permitimos transcribir:

3. Preguntas realizadas a la Dra. Alexia Gonzalez:

- *Pregunta: ¿Cuál sería el remedio adecuado para luchar contra la concentración en el mercado móvil?*

Respuesta:

La respuesta de la doctora Alexia fue que el problema de concentración en si no es que una empresa tenga gran parte del mercado sino que abuse de su posición dominante, incluso estableció que la OCDE le preguntó a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) que cuantas sanciones había aplicado en contra del operador dominante, a lo cual la SIC respondió que únicamente existía una sanción por un caso de portabilidad numérica. Pero asegura que esa concentración es un problema, ya que se pueden constatar los precios altos, la falta de acceso y las

bajas velocidades, no obstante la experta indica que en el reporte de la OCDE se informa que las redes fijas y las redes móviles son complementarias y que muchas veces los cuellos de botella de las redes móviles no están en la última milla, sino que tienen otros problemas como la obtención del espectro, el costo del roaming nacional y dificultad para desplegar la infraestructura, y que por esa razón se debe promover la compartición de esta. Además, indica que se requiere fortalecer el órgano regulador para que pueda cumplir con todas las funciones y potestades que le otorga la Ley 1341 de 2009.

- *Pregunta: Si Colombia ya eliminó temas como las cláusulas de permanencia mínima e implantó la portabilidad numérica, ¿qué puede estar fallando, teniendo en cuenta que la concentración no baja?*

Respuesta:

La doctora Alexia respondió indicando que esos costos son visibles para el usuario y ayudan a mejorar el tema de la concentración, pero el tema del despliegue de infraestructura es lo más importante, porque nada se hace mejorando los costos de cambio al usuario si no va a tener redes con un muy buen servicio, lo que solo se puede lograr ampliando y mejorando la infraestructura. Es decir que, si al usuario no se le ofrecen operadores con mejor calidad, menores precios y mayor velocidad, este mercado seguirá concentrado. La experta propone que para mitigar el cuello de botella del despliegue de infraestructura se debe, desde la regulación, buscar formas para que esa infraestructura se comparta, colocando el ejemplo de la Resolución expedida por la CRC denominada RITEL, la cual ha sido suspendida pero que establece que todos los conjuntos residenciales deben permitir la entrada de todos los operadores sin discriminación alguna, situación que reduce sustancialmente los costos. Por último, establece que el Estado debe incentivar las inversiones de redes y demás infraestructura y por otro lado el ente regulador debe tomar más acciones para promover la competencia.

- *Pregunta: ¿Hasta qué punto el nivel de concentración está directamente asociado con las decisiones de inversión del operador? Es preocupante que después de tomadas muchísimas medidas por el regulador, vemos que al final del día los comportamientos de los usuarios están determinados en elegir el operador que realmente está haciendo inversiones en ampliación de cobertura, en ampliación de despliegue, o en no elegir los operadores que han decidido no hacer la inversión necesaria para competir en infraestructura, y vemos que*

muchas medidas adoptadas están orientadas a desincentivar la inversión y la competencia en infraestructura.

Respuesta:

El usuario es el árbitro de la competencia, ideal que aplica en mercados perfectamente competitivos, donde no haya costos de cambio, ni costos fijos tan elevados que la estructura natural del mercado sea oligopólica, por eso el regulador interviene, para asegurar que esa estructura no vaya en contra del interés general, el cual está dado por el acceso a los servicios de telecomunicaciones y a mejores precios, para que así el usuario pueda alcanzar ese ideal, y ser el verdadero árbitro de la competencia. Colombia hoy en día no está en ese punto, no tiene un mercado competitivo ni tiene los precios más bajos de la región, la calidad del servicio de comunicación está lejos de ser el que necesita este país, que se caracteriza por ser tan dinámico y con tanta población joven y cantidad de Pymes.

Entonces, para que el usuario sea el verdadero árbitro de la competencia, es necesario imponer regulación efectiva a los operadores, para que así compitan entre ellos para adquirir más usuarios. Este proyecto de ley tal como lo plantean, no va a llegar a ese objetivo, al poner de manera artificial un tope a la cuota de mercado, que simplemente desde el punto de vista dinámico y económico, va a disminuir los incentivos de las empresas que ya están en el mercado a tratar de competir por más usuarios.

Lo que debe buscar el regulador es seguir picándoles a los operadores, para que así busquen competir para adquirir clientela. Entiendo por la pregunta, que por las condiciones que hay hoy en el mercado, los usuarios siguen prefiriendo al operador principal, pero eso puede ser porque los usuarios no tienen otra opción viable, porque no se ha fomentado la entrada de otro operador eficiente que realmente dinamice el mercado, o porque los costos de cambio siguen siendo tan elevados porque no se ha podido ejecutar de manera adecuada la regulación para que los usuarios sientan que tienen otra opción afuera, entonces se tiene que favorecer la contestabilidad del mercado. Esto es bueno para todos los operadores, inclusive para el operador principal, pues le da incentivos a reducir sus costos y ser más dinámicos, a no “dormirse en los laureles”. Entonces el objetivo debe ser promover la competencia, y en el caso particular, este atajo que se pretende usar para lograr ese fin, considero no es el más conveniente.

- *Pregunta: En este momento la CRC está adelantando el proyecto regulatorio de mercados móviles. En las cifras que proporciona el Ministerio, se evidencia que la dominancia del operador con mayor número de usuarios, se está trasladando de voz a datos. Si bien la CRC adoptó medidas para restringir la expansión o incremento de usuarios en voz, ¿Cuáles serían las medidas adecuadas para datos, para que no pase la misma situación?*

Respuesta:

La CRC lleva varios años preocupada por la convergencia, es difícil ver voz y datos móviles como dos mercados diferentes. Desde el punto de vista de la demanda, el usuario empaqueta los servicios, él busca un menú de opciones donde tenga tanto voz como datos en su aparato móvil. Entonces, la CRC desde el 2012 está preocupada por el tema, la convergencia y la complementariedad de los mercados de voz y datos, voz ya no es sustituto de datos, son mercados complementarios. ¿Cómo se va a hacer para medir suscriptores, cuál es la canasta relevante en este sector? Ahora, dentro de las comunicaciones móviles los operadores incurren en discriminación de precios de tercer grado, es decir, usan distintos menús dan opción de tantos datos, tantos mensajes, tantas llamadas, y para comparar precios, es más complicado para los consumidores ¿entonces cuál es la canasta relevante? Esto me causa un conflicto como economista que soy, lo hemos hablado en la división de competencia de la OCDE, entonces como vamos a definir los mercados relevantes de telecomunicaciones, en vista de un ambiente convergente, donde los distintos operadores cada vez más hacen fusiones verticales, con respecto a contenidos, pues no solamente se hacen fusiones horizontales entre operadores similares, sino que se fusiona un operador fijo con uno móvil y con el proveedor de contenido, para así ofrecer un servicio *triple play* o *cuádruple play* ¿Cuál es el mercado relevante? Vuelvo al punto, si nos ponemos a aplicar una regla de dedo para decir que se es dominante cuando tiene tanta participación o suscriptores de voz móvil, de cierta manera es un poco restrictivo, pues la dominancia o el abuso de poder quizá no está siendo en el mercado de voz móvil de manera aislada, sino a lo mejor es de una manera más global en el *triple play*, que quizá no es replicable por otros operadores. Entonces vienen otras preocupaciones que se deben atender, reglas de dedo como que el dominante es el que tenga tantos suscriptores de voz, supongamos que así fuera, ¿qué haría ese operador? Él decide eliminar tantos suscriptores de voz, de datos, o de otra cosa. Entonces, hay muchas maneras de darle la vuelta a éste tipo de reglas simplificadas o atajos para tratar de fomentar la competencia. Es muy recomendable que se hagan esfuerzos para atacar el problema en Colombia, pero hay distintas maneras de hacerlo.

- *Pregunta: ¿Cuáles serían las medidas para los operadores entrantes, acá en Colombia? hay cargos asimétricos diferentes para ellos, pero ni así hemos podido adquirir una cuota significativa en el mercado?*

Respuesta:

Para los entrantes en móvil, la política de espectro es fundamental, no solamente esto, sino el acceso a otro tipo de infraestructura que tiene que ver más con el *backhaul*. Entonces, otro aspecto en Colombia, que Avantel en su momento mencionó, que aunque existe el *roaming automático*, su implementación técnica estaba siendo imposibilitada por ciertos actores en el mercado. El diablo está en los detalles, uno puede decir que esto es lo que se va a hacer en la regulación, pero al final de cuentas para que ésta sirva, tiene que aplicarse y ejecutarse de la mejor manera. La CRC tiene las facultades para hacerlo, desgraciadamente no la tiene para ejecutar y sancionar el incumplimiento de dicha regulación, entonces es por eso que reitero en que se debe fortalecer de manera institucional a la CRC.

- *Pregunta: Habla usted de fomentar la entrada de nuevas firmas como posible remedio para luchar contra la concentración. ¿Qué opinión le merece los estudios que dicen que en un sector como este, dos firmas son pocas, pero seis son muchas?*

Respuesta:

Es una muy buena pregunta, sobre todo en el mercado móvil, ustedes ya deben saber todo el movimiento de fusiones en el sector que se ha hecho en Europa, en Inglaterra, Irlanda, Austria, y lo que la Comisión Europea, en su división de competencia, se preguntaba era ¿Cuál es el número mágico de operadores en el mercado para que se dinamice? Por mucho tiempo se decía 3 o 4, luego Austria pasa de 4 a 3 y se ve un aumento vertiginoso en los precios, y uno de los operadores muy fuertes en Latinoamérica busca entrar a ese mercado austriaco. Varios países cuando suceden estas fusiones, imponen ciertos remedios, como el que haya operadores virtuales (OMVs), pero que sean completos, que compren capacidad de red y puedan administrar sus propios datos, y así ofrecer un mejor servicio al usuario final. ¿Cuál es la lógica de estos remedios? Si se autoriza una fusión de 4 a 3, te preocupa que por eso va a haber menos competencia en el sector, por eso impones remedios para favorecer la competencia en el sector, entonces porque autorizar la

fusión, y que pase de 4 a 3 en un principio... La pregunta es bastante difícil, 2 es muy poco 6 son muchas, hay varias teorías económicas que dicen, por economía industrial, se necesitan por lo menos 3 o 4, pero un número mágico no se cual es. Lo que sí sé, es que independiente del número de jugadores del mercado, deben bajarse las barreras de entrada del mercado, para que esos mercados sean contestables, es decir, que exista siempre la amenaza latente de que un entrante fuerte puede llegar y quitarte cuota de mercado si los operadores no se ponen las pilas. Entonces, si hay 3 en el mercado, pero existe esa amenaza latente, ellos van a estar disciplinados y van a hacer de todo para mantener su posición en el mercado. Pero, si no existe esa amenaza latente que pueda entrar alguien, no existe manera de adquirir espectro, no hay compartición de infraestructura, no existe regulación de *roaming* que favorezca al potencial entrante, entonces no es creíble que vaya a llegar alguien que dinamice el mercado. Consecuentemente, las empresas al ser un agente económico racional, no van a hacer todo lo que está en sus manos para seguir atrayendo a los usuarios. Entonces, independientemente de los jugadores en el mercado, 3 o 4, ¿Qué es lo que se debe hacer para que exista siempre la amenaza latente de que alguien puede llegar y quitarte cuota de mercado si no haces bien tu trabajo? Pues, es la regulación efectiva, que el regulador pueda asegurarse que, si se incumple la regulación, te va a ir mal, te van a sancionar por dicho comportamiento.

II. PANEL DE EXPERTOS

La Doctora **Ana Teresa Aldana**, quien realizó una introducción a los diferentes tópicos que serían abordados en el panel, entre los más destacados se encuentra:

Desde diferentes perspectivas se reconoce la importancia del desarrollo de las TIC como motor de desarrollo de los países y su impacto en aspectos económicos y sociales. Aun así muchos países enfrentan dificultades en alcanzar los objetivos y por esto estudian alternativas de política que permita garantizar a la población accesibilidad y asequibilidad a los servicios.

La gran variedad de elementos que incorpora la industria como los usuarios, operadores, desarrolladores de tecnología, proveedores de aplicaciones y contenidos, formuladores de política, reguladores y autoridades de competencia en interacción permanente generan una dinámica compleja que hace difícil pensar en análisis de los problemas o propuestas sin considerar como todos estos elementos interactúan.

En algunos aspectos estas políticas han resultado exitosas, aun así no todos son alcanzados a cabalidad debido a la complejidad planteada anteriormente. Una gran preocupación es cómo generar incentivos a la inversión.

El segmento de servicios móviles se ha convertido en foco de interés, debido a la rápida expansión del mercado a diferentes segmentos sociales, la posibilidad de expansión hacia regiones con dificultad de acceso por diferentes razones y la gran variedad de servicios que incorpora. Por esto iniciativas como la presentada en este proyecto de ley merecen un análisis profundo y objetivo para así cumplir con los compromisos con la sociedad, su desarrollo económico y social.

Expresado lo anterior, se dio paso a la intervención de los panelistas, la primera en expresar su posición fue la doctora **Aura María García** quien inicialmente manifestó lo siguiente:

- ✓ Celebra que desde el Congreso de la República haya iniciativas para promover normas que regulen la libre competencia.
- ✓ Hay varios retos por superar, entre esos destaca que el primer reto consistía en que los servicios móviles aumentaran sus niveles de penetración, y hoy en día están en el 110%, lo que significa que ya está superado, y destaca que al respecto la CRC está haciendo esfuerzos significativos.
- ✓ Frente a los datos móviles solo había una tasa de penetración del 28%, siendo baja, comparado con otros países en los que esta corresponde a más

del 60%, y en los últimos cinco (5) años la concentración ha avanzado de manera significativa.

- ✓ Observa que hay un mercado bastante dinámico, donde la preocupación se genera en la concentración de datos móviles.
- ✓ Se ha observado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) y la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ven como agenda futura políticas que permitan aumentar la penetración de internet móvil. Dichos estudios han estimado, entre otros, las ganancias de bienestar por entrar otros agentes se han incrementado, y es muy importante que se intensifique la competencia en el sector, lo que se verá reflejado en mejoras de calidad, reducción de precios y mayor número de usuarios.
- ✓ En cuanto a si el proyecto de ley generará específicamente con la Ley de Protección a los Consumidores, la panelista considera que no van a presentarse fricciones, por el contrario, se complementarían entre sí. Y hace énfasis en que existe la ley de libre competencia, la gran pregunta es si se expiden más leyes o se fortalecen las medidas para un efectivo cumplimiento de las ya existentes.

A continuación, toma la palabra otro de los panelistas, el doctor **Felipe Serrano Pinilla**, el cual también pone sobre la mesa importantes reflexiones entre las cuales se destacan las siguientes:

- ✓ El proyecto de ley puede ser mucho más nocivo de lo que ya se tiene.
- ✓ El proyecto crea una categoría de precios irrisorios que no está en el régimen de competencia, y la CRC se vuelve como una coadministradora de la empresa.
- ✓ No conozco un régimen de competencia que condene la posición de dominio, no se puede incentivar la competencia y luego sancionar. Lo que se quiere es que las empresas compitan y ganen eficiencia.
- ✓ El proyecto de ley lo que hace es sancionar el que tiene una posición fuerte en el mercado.
- ✓ La razón por la cual solamente al dominante se le ponen unas condiciones es que el dominante es el que puede influenciar las variaciones de la demanda. No hay razón para poner condiciones a que no tiene posición dominante.
- ✓ El proyecto de ley ni siquiera exige que haya una dominancia, por el contrario, entra directamente a implementar restricciones.
- ✓ Pasar el proyecto de ley como está pondría unas obligaciones en determinado sector, y no en otros sectores, esto no resulta conveniente, y finalmente, el expósito formulo la siguiente pregunta ¿queremos proteger la

competencia o queremos proteger los competidores?, el proyecto está encaminado a proteger competidores.

A continuación, realiza su presentación el doctor **Mauricio Santamaría**⁶, el cual comienza por plantear unos interrogantes y expresa lo siguiente:

- ✓ ¿Cuál es la motivación del proyecto?
- ✓ Resulta muy importante hacer interrogantes al autor del proyecto teniendo en cuenta la trascendencia de una normatividad de esta naturaleza en el sector.
- ✓ Estas decisiones afectan directamente a los consumidores.
- ✓ El tema de la competencia resulta muy importante, porque influye en precios ojalá bajos y en la calidad del bien que se ofrece.
- ✓ Hay que tener presente que este es un sector que requiere de inversiones muy altas de entrada, y se observa que los precios han caído mucho en los últimos años.
- ✓ Hay dos temas de concepto muy importantes, el primero se basa en el “agente económico preponderante” y ese *per se* se basa en que haya una participación de los ingresos del mercado relevante, sin embargo, no va al punto.
- ✓ Solo se puede saber si hay concentración cuando hay un agente con precios más altos y que reduce la calidad de los bienes.
- ✓ Partir de la base de poner medidas muy severas, deja de entrada la base del proyecto tambaleante.
- ✓ También alrededor de la exposición de motivos se habla de “competencia equitativa”, concepto que no existe en derecho económico. Porque de suyo la competencia no es equitativa, es decir, que el proyecto parte de unos conceptos básicos que no son claros.
- ✓ Se presentan unas medidas prohibitivas severas, no muy acertadas como prohibir la conexión de nuevos usuarios, cuando su cuota sea superior al 40%.
- ✓ Adicionalmente cuando no se permite más usuarios los pequeños se van a querer quedar sin crecimiento esperando que al gigante se le imponga la sanción.
- ✓ La definición de “precios irrisorios” no existe, sería necesario entrar a definir previo a realizar modificaciones.
- ✓ Finalmente expresa el panelista, que las medidas del proyecto acabarían el mercado, la calidad empeoraría y los más perjudicados serían los usuarios de menores ingresos que no tienen como pagar los precios.

⁶ En representación de CLARO. Este Centro de Estudios cursó invitación a los PRST para que participarán como panelistas y al autor de la iniciativa legislativa, sin obtener respuesta alguna.

Posteriormente, presentó su posición el doctor **Mauricio Velandia**, quien expresa lo siguiente:

- ✓ Los artículos 1 y 2 de la Constitución Política hablan de un Estado Social de Derecho, con esta frase la conferencia podría terminar, ya que hablar de este tema significa que cualquier norma debe pensar en la sociedad y el bienestar común, entonces se debe tener en cuenta que de un lado está el consumidor y del otro lado el productor, estas normas deben favorecer a la mayoría y no a la minoría, entonces se debe revisar esta norma a quien favorece.
- ✓ Está el derecho a la propiedad privada, y en este sentido este proyecto de ley tiene muchas falencias. ¿Cómo se le va a prohibir a la propiedad privada que ya no puede invertir?, un poco más allá el artículo 333 de la C.P, es una Colombia libre. Tiene falencias particulares, más allá de la posición dominante, esta se adquiere porque yo compro al competidor o porque el cliente ha decidido que yo sea el elegido y si el cliente ha decidido que yo sea el elegido cual es el problema que yo sea el elegido. ¿Cuál es la falencia que ha tenido el Estado para no regular?, ¿Porque ahora tiene que poner una regulación que ha tenido un vacío?, ¿Cuál es el vacío entonces? Creo que la SIC ha hecho la tarea perfectamente, creo que la falencia consiste en porque un fiscal no denuncia, porque un consumidor no sabe lo que está pasando, finalmente un especialista en telecomunicaciones, en una maestría de telecomunicaciones entiende que es un mercado de las telecomunicaciones pero tiene que estudiar uno o dos años ya que no es tema del día a día, no es un lenguaje común, es un lenguaje especializado.
- ✓ Porque la CRC no ha tenido la valentía de denunciar cual es el conflicto de intereses, tiene que uno, no es el que juzga, si considera que Comcel es culpable denúncielo, porque tiene que regular después del incumplimiento, si el incumplimiento lleva a esa sanción, si considera que está incumpliendo pues denuncie, donde está el Defensor de Pueblo, el Procurador que también puede denunciar, no se trata de falencia en la regulación, lo que falta es quien denuncie; y vaya que un competidor denuncie a otro competidor porque eso se le devuelve, porque muy bien dicen que la mejor defensa es el ataque, son capaces de denunciarse así mismo o no? ¿cuantas denuncias tienen? O es que CLARO ha sido tan sancionada que necesitan que la regulen, si van a regular es porque tienen completamente probado que CLARO se ha comportado mal en el mercado, no veo necesidad y yo veo poquitas sanciones, y vamos al interés económico que existe en cada regulación o norma, quien es el realmente beneficiado si el que tiene posición dominante si es porque el cliente lo ha elegido, entonces el beneficiado de esta Regulación es quien no es elegido, ¿es válido que el consumidor elija, que

mercado elige? O lo estamos obligando a elegir, entonces me suena a una venta atada, o a venta condicionada, el Estado está pidiendo que el consumidor escoja el mejor, entonces la Regulación no regula, el artículo 333 de la C.P es lo que se necesita. Se reprime cuando alguien abuse de su posición dominante, y si consideran que es ineficiente entonces validen porque el consumidor no ha denunciado, porque el problema es de denuncias, porque el 333 es suficiente, porque los artículos 1 y 2 de la C.P corresponden al interés público por encima del bien privado y no veo por ahí el bien público, si el consumidor está siendo beneficiado porque el dominante lo está favoreciendo, ¿Cuál es el problema?

- ✓ ¿El excedente del productor está en riesgo? El excedente del productor entendido como la utilidad que tiene el otro competidor que está dejando de recibir por mi comportamiento abusivo, no por mi posición dominante, porque de hecho el que debe ser castigado es él, porque permitió que yo avanzara en una posición dominante, ¿que hizo el otro competidor para que yo avanzara?, como escuchaba en el panel que “en ninguna parte del mundo”, soy muy enemigo de esas frases con todo el respeto,
- ✓ ¿Porque tengo que esperar sentado en un andén de la 12 que Estados Unidos o Europa regulen o sancionen o saquen una sentencia para que en Colombia podamos validar que allá ya lo hicieron?, la costumbre de la copia, nos vestimos igual, decimos las frases que dicen afuera, somos una copia independientemente que este regulado o no. Si la nueva argumentación económica y jurídica sale de Colombia no hay problema, el punto es que sea válida, la falta de validez puede venir del artículos 1 y 2 de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho, cualquier regulación debe pensar en lo “Social de Derecho” y más aún en competencia que tiene que ver con el excedente del consumidor.
- ✓ En ningún lado se ha dicho que CLARO se ha quedado con el excedente del consumidor o del productor y si lo ha hecho que Telefónica lo demande, y si lo ha hecho que un usuario lo demande pero de resto que el Estado entre a regular y sancionar al ganador es una utopía, ahora si el mejor obtuvo su puesto en el mercado con comportamientos ilícitos, irregulares e injustos que vengan y lo sancionen, por eso estas sanciones son de 70 mil millones de pesos, si Telefónica considera que se vio perjudicada que demande los perjuicios y generar una cultura al consumidor para que él pueda saber que al denunciar va a tener algo de beneficio y si se necesita un elemento regulatorio para eso se hace porque económicamente es válido.
- ✓ Pienso que hay una gran tendencia a olvidar la Constitución Política en su artículo 4 que dice que la Constitución está por encima de la regulación. Hablemos del Estado Social de Derecho, de la Propiedad Privada, hablemos del Derecho al Trabajo, del artículo 333, de prohibir el abuso contractual. Pienso que hace falta más estudiar la Constitución Política que ponernos a regular más.

Finalmente, y a modo de conclusión se dejaron varios planteamientos por parte de los panelistas, de los cuales se citan a continuación los más destacados:

1. La competencia ha sido el centro de este sector, la Constitución Política pone una meta clara y es la que se debe cumplir, y la regulación debe estar orientada a este fin, la regulación no ha sido eficiente hasta ahora, y la actual regulación y los próximos proyectos deben respetar los principios.
2. El objetivo de la competencia es proteger al consumidor y la regulación debe estar orientada a obtener precios razonables, calidad y protección del consumidor.
3. No hay duda de que el mercado de telecomunicaciones es especializado, y cuando se piensa en una medida regulatoria no se debe pensar si es la ideal, los reguladores van más tarde que el mercado. Hay una contradicción porque se debe aplicar la libre competencia y al tiempo la CRC toma medidas regulatorias.
4. El error del proyecto analizado es el de romper esa mediación entre regulación y competencia y poner al Estado como coadministrador.
5. Enfocarse en una estructura hace olvidar la finalidad última de la competencia.
6. Hay dos tipos de competencia y que son las que los reguladores deben abarcar, la primera es la inversión, y la otra relacionada con el espectro. Aunque el mercado está concentrado esto se puede reconfigurar, sobre todo con la próxima subasta de este recurso.
7. La ley se debe denominar "*la apatía para denunciar*", no hay estudio económico, el Estado no se puede abrogar esto.
8. En el sector se requiere de grandes inversiones, lo que garantiza precios competitivos y calidad. Se considera que el proyecto resulta altamente inconveniente en este sentido, y restringe la competencia.
9. El regulador debe incentivar la inversión.
10. Hay que hacer una evaluación de impacto económico previo al proyecto, porque se van a generar cargas administrativas y sobrecostos terribles.