



Bogotá, D.C., 28 de agosto de 2012

Señores Doctores

DIEGO ERNESTO MOLANO VEGA

Ministro de las TIC

CARLOS ANDRÉS REBELLÓN VILLÁN

Director Ejecutivo CRC

OSCAR GIOVANNY LEÓN SUÁREZ

Director ANE

Despacho

Referencia: Documento "*Análisis de alternativas de diseño para la subasta de espectro radioeléctrico para servicios 4G y posibles escenarios competitivos*"
Avantel S.A.S

Respetados Señores Ministro y Directores:

En nombre y representación de AVANTEL S.A.S, en adelante AVANTEL, me permito formular observaciones y comentarios al documento de la referencia, publicado conjuntamente por el Ministerio de las TIC, la CRC y la ANE, con ocasión de la estructuración del "(...) *Procedimiento para otorgar permisos para el uso de hasta 225 MHz de espectro radioeléctrico en las bandas de 1.850 MHz a 1.990 MHz, 1.710 MHz a 1.755 MHz pareada con 2.110 MHz a 2.155 MHz y 2.500 MHz a 2.690 MHz para la operación y prestación del servicio móvil terrestre*", en los siguientes términos:

1. Sobre la competencia reglada del Ministerio para estructurar la subasta

Sea lo primero destacar el hecho de que el documento reconozca, como no podría ser de otra manera, el imperativo de que las reglas y condiciones de la subasta tienen que

Bogotá: Carrera 11 No. 93-92 - PBX: (571) 634 3434 - Fax: (571) 628 5380 • Medellín (Envigado): Carrera 43A No. 23 Sur-15 Of. 201 - PBX: (574) 331 3331 - Fax: (574) 311 2550

Calli: Avenida 5 A N No. 23N-72 - PBX: (572) 660 3822 - Fax: (572) 660 5866 • Barranquilla: Calle 74 No. 56-47 - PBX: (575) 360 6362 - Fax: (575) 369 1120

Bucaramanga: Carrera 33 No. 47-41 - PBX: (577) 647 8020 - Fax: (577) 657 7666


www.avantel.co

respetar y desarrollar el articulado constitucional y legal en materia de derechos fundamentales, principios y fines inherentes al otorgamiento de permisos para la utilización del espectro radioeléctrico.

En efecto, la competencia de que está investido el Ministerio para el referido propósito está reglada precisamente por esos mandatos y disposiciones, que mal pueden ignorarse o contrariarse por la Administración.

Resulta claro -entonces- que al estructurar el procedimiento de subasta, el Despacho debe respetar las normas superiores de estirpe constitucional y legal incluidas las que señalan los fines y principios que rigen la función pública, en especial, los artículos 75¹ y 333² Constitucionales, así como 2, Principios Orientadores, numerales 2, 3, 4 y 5, y 4, Intervención del Estado en el Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, numerales 1, 5, 6 y 7, ambos de la Ley 1341 de 2009³, so pena de viciar de nulidad el acto administrativo que regule dicho procedimiento.

1 **Constitución Política: "Artículo 75.-** El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.

"(...) (Subrayado)

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

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

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

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

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

3 **Ley 1341 de 2009. "Artículo 2. Principios Orientadores.** La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una política de

Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los Derechos Humanos inherentes y la inclusión social.

"Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.

"Son principios orientadores de la presente ley:

"(...)

"2. Libre competencia. El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia.

"3. Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos. El Estado fomentará el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y promoverá el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios, siempre y cuando se remunere dicha infraestructura a costos de oportunidad, sea técnicamente factible, no degrade la calidad de servicio que el propietario de la red viene prestando a sus usuarios y a los terceros, no afecte la prestación de sus propios servicios y se cuente con suficiente infraestructura, teniendo en cuenta la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes del acceso a dicha infraestructura. Para tal efecto, dentro del ámbito de sus competencias, las entidades del orden nacional y territorial están obligadas a adoptar todas las medidas que sean necesarias para facilitar y garantizar el desarrollo de la infraestructura requerida, estableciendo las garantías y medidas necesarias que contribuyan en la prevención, cuidado y conservación para que no se deteriore el patrimonio público y el interés general.

4. Protección de los derechos de los usuarios. El Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Hábeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones.

5. Promoción de la Inversión. Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tendrán igualdad de oportunidades para acceder al uso del espectro y contribuirán al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

"(...) (Subrayado)

"Artículo 4. Intervención del Estado en el Sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. En desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, el Estado intervendrá en el sector las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr los siguientes fines:

1. Proteger los derechos de los usuarios, velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios.

Ordena el artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, mencionado, que el Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad (Num. 2º).

Adicionalmente, la misma norma impone al Estado las obligaciones de fomentar el despliegue y uso eficiente de la infraestructura para la provisión de redes de telecomunicaciones y los servicios que sobre ellas se puedan prestar, y de promover el óptimo aprovechamiento de los recursos escasos, con el fin de generar competencia, calidad y eficiencia, en beneficio de los usuarios.

En consonancia con ello, el artículo 4 de la misma Ley dispone que en desarrollo de los principios contenidos en la Constitución Política, el Estado debe intervenir en el sector las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr, entre otros, los siguientes fines:

- ✓ Proteger los derechos de los usuarios, velando por la *calidad, eficiencia y adecuada provisión* de los servicios.
- ✓ Promover el acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, teniendo como fin último el *servicio universal*.

(...)

5. Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.
6. Garantizar el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura y la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos escasos, se buscará la expansión, y cobertura para zonas de difícil acceso, en especial beneficiando a poblaciones vulnerables.
7. Garantizar el uso adecuado del espectro radioeléctrico, así como la reorganización del mismo, respetando el principio de protección a la inversión, asociada al uso del espectro. (...)” (Destacado)

- ✓ *Promover y garantizar la libre y leal competencia y evitar el abuso de la posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.*
- ✓ *Garantizar el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura y la igualdad de oportunidades en el acceso a los recursos escasos, buscando la expansión y cobertura para zonas de difícil acceso, en especial beneficiando a poblaciones vulnerables.*
- ✓ *Garantizar el uso adecuado del espectro radioeléctrico, así como la reorganización del mismo respetando el principio de protección a la inversión asociada al uso del espectro. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones responderán*
- ✓ *Promover la ampliación de la cobertura del servicio.*
- ✓ *Garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, así como el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.*

El artículo 71, a su turno, dispone que con el fin de asegurar procesos transparentes en la asignación de bandas de frecuencia y maximizar recursos para el Estado, todas las entidades responsables de la administración del espectro radioeléctrico deben, en caso de que exista número plural de interesados en una banda de frecuencias, desarrollar procesos de selección objetiva, entre ellos, la subasta.

Es claro, entonces, que al expedir, *de acuerdo con la Ley*, las reglas, condiciones y requisitos para el otorgamiento de licencias, permisos y registros para el uso o

explotación de los derechos del Estado sobre el espectro radioeléctrico (literal c. Art. 18), el Ministerio debe respetar los fines y principios mencionados, que comprenden desde la promoción de la competencia en el mercado hasta la maximización de los recursos en favor del Tesoro, incluidos el despliegue y el uso eficiente de la infraestructura, la ampliación de la cobertura y el servicio universal.

En tal contexto jurídico, no se trata de definir una estructura que privilegie unos fines y principios frente a otros, según el particular arbitrio del Ministerio, cuando éstos puedan colisionar, sino de adoptar, en ese evento, la estructura que mejor concilie los fines y principios en juego, esto es, la que de mejor manera garantice la vigencia y aplicación de cada uno de ellos en presencia de los demás, para no afectar la validez de la actuación.

No existe entonces poder discrecional para regular la subasta proyectada, y el desconocimiento de los mandatos y principios constitucionales y legales impondrían la anulación del acto correspondiente en instancia jurisdiccional.

Las razones que condujeron a la nulidad de la licitación del tercer canal de televisión ponen de presente que en un estado de derecho, la estructuración de procesos de asignación de espectro que no se corresponda con la normativa constitucional y legal está condenada al fracaso.

2. Sobre algunas consideraciones del documento

2.1 Sobre el aumento del bienestar social a partir de una estructura que incorpore segmentos reservados para entrantes, con derecho a *roaming nacional*.

Es de destacar el reconocimiento expreso de que tanto la teoría económica como la práctica internacional hacen evidente la razonabilidad y la conveniencia de reservar porciones de ERE exclusivas para entrantes, como instrumento esencial para promover

la competencia efectiva y, como consecuencia de ello, la reducción en precios minoristas y el aumento de calidad e innovación en los mercados móviles, con el consiguiente incremento en el bienestar del consumidor.

Y es que es consideración indiscutible, desde la teoría y la práctica de la Organización Industrial, que una mayor competencia en el mercado conduce a mejores precios, con mayor calidad y más innovación (lo que privilegia tanto la eficiencia estática como la dinámica), al punto que, como lo señala el documento objeto de examen, estas mejoras en el mercado compensarían ampliamente una eventual reducción (de hecho no acreditada empíricamente) en el valor del espectro subastado bajo un esquema con segmentos reservados, en un clásico ejemplo de eficiencia *Kaldor-Hicks*, si es que así se confirmara.

Aún si, en gracia de discusión, se aceptara que un esquema con segmentos reservados es menos rentable para el Estado en términos estrictamente financieros (que para el caso colombiano no lo es, según se explicará más adelante), el mismo documento reconoce que aunque un incumbente esté dispuesto a pagar una cifra superior por una licencia de ERE a la que lo está un entrante, la valoración extra del incumbente no necesariamente representa que el ERE realmente valga más, sino que está dispuesto a pagar ese mayor valor para frustrar la competencia que se derivaría de nuevos jugadores en el mercado.

Dicho de otra forma, cuando el incumbente está dispuesto a pagar más por el ERE que un entrante, no es porque valore más el espectro, sino que incorpora el valor de mantener el *statu quo* con la consiguiente utilización del espectro y de la subasta como barreras de entrada al mercado (lo que realmente valora el incumbente y está dispuesto a pagar, es la falta de competencia).

Resulta de gran importancia el reconocimiento de que los proveedores incumbentes con mayores economías de escala en razón de redes más grandes y mayor cantidad de

abonados, tienen mayor probabilidad de ganar en la puja frente a los potencialmente entrantes al mercado.

Ello significa que el Ministerio cuenta con herramientas conceptuales y empíricas para concluir que una subasta abierta, sin segmentos reservados, especialmente para la banda de frecuencias más valiosa (AWS), conduciría a que los tres incumbentes, CLARO, MOVISTAR y TIGO, se harían cada uno a un bloque de 30 MHz, con la consiguiente consolidación del *statu quo* y la imposibilidad de conformar mercados de servicios móviles competitivos hacia el futuro, circunstancias que política, constitucional y legalmente contraviene uno de los principales fines de la intervención del Estado en el sector TIC, y por ende de la asignación de espectro radioeléctrico.

Estas consideraciones son entonces suficientes para que el Ministerio, como mínimo, mantenga la aproximación contenida en el proyecto publicado hace algunos meses, en el sentido de establecer segmentos reservados tanto en la banda AWS como en la banda de 2500 MHz. Si a esto se agrega la necesidad de evitar el monopolio en que indefectiblemente se convertirá el sector en el país, habría que excluir a Comcel de la subasta.

2.2 Acerca del "trade off" en cuanto al logro de metas de (i) cobertura y calidad y (ii) competencia.

Acierta el documento al señalar que la promoción de la competencia efectiva, con los efectos que comporta para el bienestar social, no se garantiza con la sola asignación de espectro para nuevos proveedores, si no va acompañada de obligaciones de *roaming* nacional para los incumbentes, mientras completan el tendido de su red.

La experiencia internacional demuestra que la imposición del *roaming* nacional ha sido elemento fundamental, tanto en la transición del monopolio a la competencia como en

la etapa de consolidación de la competencia efectiva en el mercado, como bien lo reseña el documento.

No se requiere en consecuencia, advertir acerca de la necesidad y conveniencia de esta medida en un mercado como el colombiano, constituido por un oligopolio en el cual, como si fuera poco, uno de los proveedores fija las condiciones del mercado y se permite actuar en él con independencia de sus competidores y de los usuarios.

Sin embargo, AVANTEL no comparte la afirmación en el sentido de que las obligaciones de cobertura diferenciales entre establecidos y entrantes y el *roaming* nacional, liberan cargas para los eventuales entrantes, sin comprometer el acceso a ERE por los establecidos y, por tanto, sin poner en riesgo el cumplimiento de metas de calidad y cobertura, mientras el uso de herramientas de reserva de ERE, al ser recurso escaso, implica que aquella porción reservada para entrantes limita las cantidades susceptibles de ser asignadas a jugadores ya establecidos y en tal sentido, restringe o condiciona la posibilidad de cumplir las metas de calidad y cobertura.

Conclusión semejante pone de relieve una falsa disyuntiva entre el bienestar social derivado de una subasta con segmentos reservados (representado en mayor promoción de la competencia, aumento de la infraestructura, reducción de precios y mayor innovación), y el cumplimiento de metas de calidad y cobertura que, según el documento, solamente podría alcanzarse con una subasta sin segmentos reservados.

Dicha premisa es incorrecta por varias razones: en primer lugar porque señala, sin evidencia fáctica, que una subasta con segmentos reservados sacrifica el cumplimiento de metas de calidad y cobertura, e ignora que en tal caso los incumbentes podrán acceder a 60 MHz en la banda AWS o 90 MHz en la banda de 2500 MHz, más los 5 MHz en la banda de 1900 MHz.

Inclusive, si de los tres incumbentes, dos de ellos se quedan con los 60 MHz en la banda AWS, el tercero puede obtener 30 MHz de la de 2500 MHz, lo que permitiría, en la misma lógica del documento, que los incumbentes asignatarios de espectro cumplan las metas de calidad y cobertura de servicios 4G, máxime cuando, casi con absoluta certeza, de permitirse a COMCEL, proveedor con la mayor cobertura, participar en la subasta, circunstancia que en términos de promoción de la competencia debería evitarse, adquirirá con seguridad los 30 MHz a que puede aspirar en la primera de las bandas citadas.

En segundo lugar, es contradictorio que, aceptada la conveniencia de la opción de utilizar segmentos reservados para promover la competencia en beneficio del consumidor, se plantee que el "cumplimiento de metas de calidad y cobertura" impone asignar "todo el espectro AWS para incumbentes". Afirmación semejante ignora que los incumbentes accederían a 60 MHz de ese espectro, y que el entrante, asignatario del restante bloque de 30 MHz, tendería redes e infraestructura móvil para cumplir sus obligaciones de cobertura y generaría presiones competitivas que forzarían a los incumbentes a expandir y fortalecer sus redes, así como a reducir precios.

En tercer lugar, esa premisa desconoce que un esquema de segmentos reservados promueve la competencia en infraestructuras, pues incentiva la entrada de nuevos competidores, que se verían forzados a tender su red y su infraestructura móvil, lo que no ocurriría con un esquema sin reserva de segmentos para entrantes, caso en el cual los incumbentes, como bien lo reconoce el documento, probablemente obtendrán el espectro más valioso, al tener mayores incentivos para ello que los entrantes, todo en aras de mantener el *statu quo*.

Debe tenerse en cuenta que, como lo reconoce el mismo documento, si bien en principio cabe aceptar que los operadores con mayores coberturas son los más aptos para difundir más rápidamente los nuevos servicios, en la medida en que éstos reciban espectro y los operadores de menor cobertura o quienes planeen entrar al mercado no

tengan dicha posibilidad, resultará muy difícil competir con los operadores de mayor cobertura, con el resultado de comprometer, aún más, la competencia en el mercado, al punto de frustrarla.

Esta afirmación cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que en Colombia es ya un hecho indiscutible, reconocido por la CRC, que en el mercado de voz saliente móvil no hay competencia efectiva, como quiera que existe un proveedor declarado dominante, que como tal tiene capacidad para determinar directa e indirectamente las condiciones del mercado, y puede actuar, como en efecto ocurre, con prescindencia de sus competidores y, en última instancia, contra los intereses y derechos de los usuarios.

Estructurar un esquema de subasta que no conduzca a mayor competencia como resultado de la entrada de nuevos jugadores, esto es, que privilegie y consolide la posición de los incumbentes, a costa de la posibilidad real de que los entrantes accedan al uso de espectro en la banda más valiosa, en un mercado en el que no hay competencia efectiva, en el que no existen actualmente presiones competitivas que conduzcan a los proveedores establecidos a competir con menores precios y mayor calidad e innovación, es no sólo contrario a la Constitución y la ley, sino que desafía la lógica.

Contrario al *trade-off* que plantea el Documento, la teoría económica y la investigación empírica han demostrado las bondades de los mercados competitivos en reducciones de precios, mejoras en la calidad del servicio y expansión de la cobertura, entre otros factores, que, en últimas, favorecen al consumidor final. Por lo tanto, no es correcto afirmar que la restricción de ancho de banda a los operadores establecidos para reservar espacio a potenciales entrantes, pueda reducir la competencia del Sector, y, menos aún, que se vean afectadas negativamente las metas de cobertura y de masificación.

Sorprende que la CRC suscriba un documento que contradice reiteradas aseveraciones suyas, acerca de la entrada del operador PCS al mercado colombiano en el año 2003: *"En el caso de Colombia, y tal como se ha discutido en numerosos análisis publicados por el regulador de telecomunicaciones, la CRC ha encontrado que uno de los mayores dinamizadores de la competencia en el mercado relevante de 'voz saliente móvil' colombiano fue precisamente la introducción del operador de PCS en el año 2003, efecto que pone de relieve la importancia de que las autoridades de política y de regulación coordinen sus actividades y trabajen mancomunadamente en materia de espectro a efectos de lograr un balance adecuado entre los objetivos de apropiación y uso de TIC y de promoción de la competencia."* ("Conveniencia de entrada y su promoción mediante subasta de asignación de espectro radioeléctrico para servicios 4G". CRC junio de 2012)

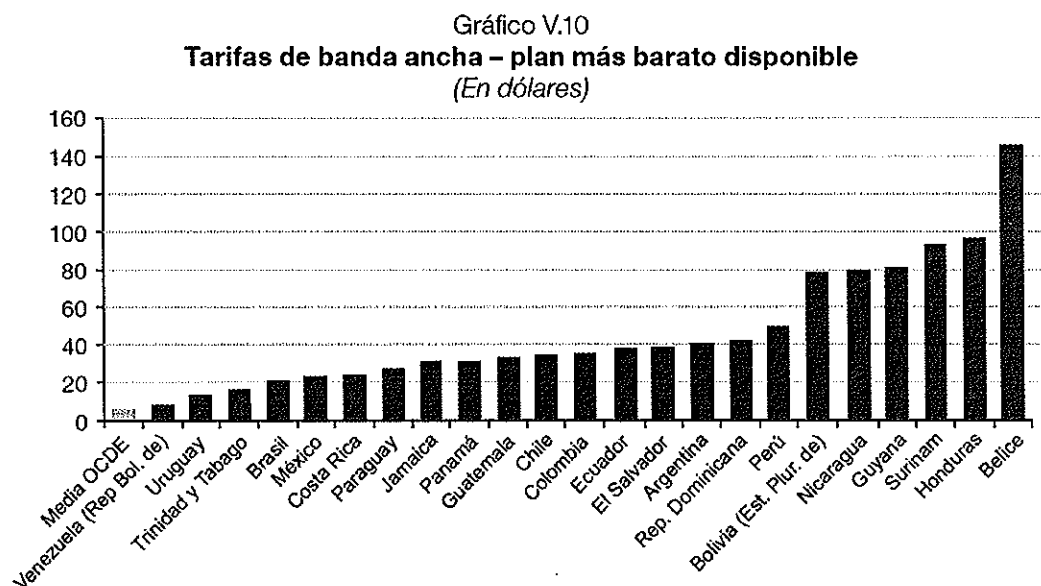
En la comparación de los diferentes escenarios competitivos derivados de eventuales reservas de espectro, no resulta correcto presentar como desventajas supuestas afectaciones de la "competencia del mercado" y la "cobertura", entendida como posibilidad de lograr los objetivos de masificación. El incremento de la competencia mediante el diseño de subastas que incentiven la participación de entrantes, junto con medidas regulatorias, redundarán en mayores niveles de cobertura, penetración y masificación, con los consiguientes beneficios para el usuario final representados en menores precios y mayores niveles de calidad.

El Documento soslaya que el diagnóstico que soportó el lanzamiento del plan "Vive Digital" concluye que una de las principales fuentes de la baja penetración de internet son los altos precios. Si uno de los objetivos de la subasta es la masificación de Internet, tiene que resolverse el interrogante obvio de cómo se incentivará la reducción de precios, sin promover la competencia.

El estudio de la CEPAL – DIRSI de 2010 concluye que *"El precio del plan de primer ingreso (entry level) es un indicador importante ya que establece el piso mínimo de*

gasto requerido por un hogar o microempresa para acceder al servicio, y es por ello utilizado en diversas comparaciones internacionales. Estos planes constituyen un elemento central de las políticas de universalización de la banda ancha adoptadas en diversos países, los cuales procuran reducir las barreras de adopción fomentando la oferta de planes básicos de conectividad.”

De acuerdo con dicho Estudio, los precios de la oferta más barata en Colombia ubican al país en el puesto 12 en América Latina, es decir, muy costoso para la universalización de banda ancha.



En el Documento se menciona que 4G ofrece velocidades equivalentes a las ofrecidas sobre redes fijas, pero no se analiza qué cambio implicará, o se espera que ocurra en el negocio móvil. En particular, es necesario reconocer que 4G implica la posibilidad de migrar hacia planes basados en datos, no en voz, y con opción de llamadas ilimitadas e incluidas en el cargo básico, fundamental para lograr la masificación de internet.

2.3 Acerca del traslado de la posición de dominio desde el mercado de voz móvil saliente a los mercados de Acceso a Internet móvil por suscripción y por demanda

Debe llamarse la atención sobre dos aspectos abordados por el Documento que resultan de la mayor trascendencia en relación con la utilización de la subasta como instrumento de promoción de la competencia: i) el traslado de la posición de dominio desde el mercado de voz saliente móvil, a los mercados de Acceso a Internet móvil por suscripción y por demanda, y ii) las externalidades en el mercado de Acceso a Internet Móvil.

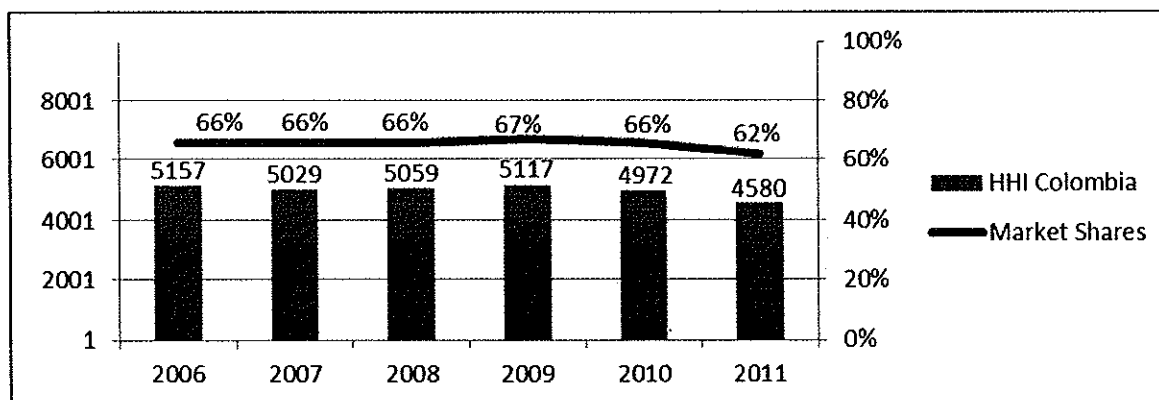
En cuanto al primero, se consigna que los análisis de la dinámica de competencia de estos mercados relevantes no identifican, a la fecha, problemas estructurales, máxime tratándose de mercados inmaduros y en fase de crecimiento, no obstante lo cual, la CRC ha advertido *"sobre un eventual riesgo de 'contagio' de las condiciones de competencia del mercado de voz hacia el servicio de acceso a Internet prestado a través de las redes móviles, en la modalidad por demanda"*.

Es indiscutible que riesgo semejante no es eventual. Es real. Las condiciones de competencia del mercado de voz han contagiado ya los mercados de Acceso a Internet móvil. El hecho de que al considerar los mercados de acceso a Internet móvil por demanda y por suscripción, al cierre del primer trimestre de 2012, Comcel tenga una participación del 66.09%, mientras MOVISTAR y TIGO cuentan con el 19,36% y 11,33%, respectivamente, demuestra que en el mercado de Acceso a Internet móvil se repite el patrón del mercado de voz saliente móvil, y que no hay elementos conceptuales ni empíricos que permitan considerar que esta situación va a cambiar bajo la actual estructura oligopólica del mercado móvil colombiano.

Con una participación del 66%, Comcel tiene dominio en dicho mercado, y que ello sea temporal o no dependerá de que el Gobierno Nacional, en el marco de las competencias asignadas a cada una de las autoridades sectoriales que lo representan, adopte medidas para promover una mayor competencia, mediante la entrada de nuevos competidores.

La gráfica siguiente incluye muestra que el índice de concentración del mercado de voz móvil ha fluctuado alrededor de 5.000 puntos durante la última década, con una leve disminución en 2003, cuando se produjo la entrada del operador PCS. A partir de 2004 y 2005, con el otorgamiento de espectro adicional a los operadores de TMC, el índice se situó nuevamente cerca del mismo valor, que implica la existencia de un duopolio, situación similar a la que se presenta en México y Ecuador, y distante de la de mercados competidos como Chile.

Niveles de Concentración y participación de mercado del operador dominante.



No tiene presentación, desde el punto de vista de política pública, pero sobre todo desconoce abiertamente los principios constitucionales y legales a que se ha hecho referencia, que el Ministerio estructure una subasta para la asignación de espectro 4G de manera tal que consolide el *statu quo*, no obstante estar demostrado que las deficientes condiciones de competencia del mercado de voz móvil saliente se han comenzado a trasladar al mercado de Acceso a Internet Móvil, incluido por supuesto el poder de mercado de Comcel.

Sería entonces ingenuo pensar que siendo los mercados de datos móviles el futuro de la industria, dicha empresa carezca de incentivos para trasladar a ellos su poder, cuando, además, no existe razón que le impida tal proceder. Resulta impensable que el Ministerio, consciente de situación semejante, diseñe políticas de asignación de

espectro que lejos de corregir este fenómeno, lo agraven y perpetúen, al no promover la entrada de nuevos competidores.

Si bien en el mercado de Acceso a Internet móvil no existe el problema del monopolio en la terminación de la llamada, y, por ende, el de la externalidad de la tarifa que se evidencia en el mercado de voz saliente móvil, no es posible desconocer que las economías de escala de Comcel, sumadas al empaquetamiento de servicios que caracteriza la oferta en la industria de las telecomunicaciones, así como el posible apalancamiento (leveraging) del servicio de acceso a Internet en el servicio telefónico, conducirá a que los usuarios se conecten a la red más grande, por estar en posición de ofrecerles mejores condiciones, máxime cuando su titular puede actuar en el mercado sin tomarlos en consideración. Esta situación solamente puede evitarse, o mejor, corregirse, con un instrumento: mayor competencia por vía de nuevos entrantes, para cuyo efecto se impone la reserva de espectro.

El Gobierno Nacional tiene la oportunidad y el deber de prevenir la consolidación de todo el poder de mercado en un solo operador, mediante el diseño de subasta de espectro que asegure la entrada de nuevos competidores. La falta de competencia en el mercado de voz, unida a la ausencia de medidas para corregirla, imponen hacerlo en esta ocasión.

2.4 Acerca de la exoneración de la contraprestación periódica a los proveedores con contrato de concesión como título habilitante

Uno de los aspectos más graves del Documento radica en la posibilidad de que los operadores cuyo título habilitante conste en contrato sean exonerados de reconocer y pagar contraprestación trimestral por concepto del uso y explotación del espectro radioeléctrico por subastarse.

En efecto, si bien se proyecta que por las bandas objeto de subasta ha de pagarse contraprestación compuesta por un pago inicial (valor ofertado en la subasta), y uno periódico, respecto de los concesionarios contratistas se plantea tratamiento distinto y preferencial, con desconocimiento de las normas que imponen igualdad de trato:

"PAGO PERIÓDICO POR USO DEL ESPECTRO

Se deberá pagar una contraprestación periódica trimestral del 2,4815% sobre los ingresos brutos, por los derechos de uso del espectro en las bandas subastadas. Esta contraprestación será pagada por los asignatarios, desde el momento que hagan uso efectivo del espectro radioeléctrico asignado, con excepción de los concesionarios de servicios de telecomunicaciones que no se encuentren bajo el régimen de la Ley 1341 de 2009, quienes deberán pagar el monto de esta contraprestación a partir del vencimiento de sus concesiones."
(Subrayado y resaltado)

Sobre previsión semejante procede establecer: en primer lugar, no existen concesionarios de servicios de telecomunicaciones "que no se encuentren bajo el régimen de la Ley 1341 de 2009". Todos los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se rigen por la Ley 1341.

Cosa distinta es que el artículo 68 hubiera otorgado a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones ya establecidos para la fecha de entrada en vigor de la citada Ley, la opción de mantener sus concesiones bajo la normatividad legal vigente en la fecha de celebración de los respectivos contratos y exclusivamente respecto de esas concesiones, o acogerse al régimen de habilitación general previsto en el artículo 10. Ello en manera alguna significa que el otorgamiento de nuevos permisos para la utilización del espectro radioeléctrico esté excluido de dicha Ley y de sus desarrollos.

Mal pueden entonces las autoridades sectoriales referirse impropiaamente a "concesionarios de servicios de telecomunicaciones que no se encuentren bajo el régimen de la Ley 1341 de 2009", para excluirlos de las normas que regulan actualmente la asignación de tales permisos, pues ello no solamente violaría en forma flagrante el ordenamiento superior constitucional y legal, sino que serviría de excusa a proveedores como COMCEL, MOVISTAR y TIGO para evadir su cumplimiento en todas aquellas materias distintas de la concesión como tal, entre ellas, todas las relativas al espectro radioeléctrico.

En segundo lugar, la excepción proyectada es ilegal y comportaría grave detrimento patrimonial al Estado.

En efecto, si el asignatario de espectro es proveedor entrante, además del valor inicial ofrecido en la subasta, debe pagar un 2,4815% sobre sus ingresos brutos, por concepto de derechos de uso del espectro en las bandas subastadas, en tanto que si es un concesionario de TMC o PCS, solamente estaría sometido al valor inicial. Ello equivale a que el valor del espectro por subastarse es superior si lo obtiene un entrante (suma inicial + suma periódica), que si es asignado a un incumbente (suma inicial).

Nada justifica trato discriminatorio semejante, que conculca el artículo 13 de la Constitución Política por iniciativa del mismo Estado, que se propone imponer mayores barreras de entrada al mercado, en favor de los incumbentes, cuando su deber constitucional y legal es actuar en sentido contrario para promover y asegurar la competencia.

No procede en derecho sostener que disposición semejante se justifica porque, en razón de estipulación contractual, esos concesionarios pagan actualmente el 5% de sus ingresos brutos por concepto de uso del espectro. Los operadores celulares contrajeron la obligación de cancelar dicho porcentaje por el uso de las frecuencias que les fueron asignadas mediante el contrato, fuente de tal obligación, pero no por concepto de

todas las que llegaran a serles asignadas en el futuro, cuyo título sería un *permiso* distinto y adicional a la concesión otorgada en 1994.

Por su parte, en el caso del operador de PCS, el monto se paga como contraprestación por la concesión, que incluye el uso del espectro radioeléctrico, caso en el cual el 5% corresponde a dos conceptos, concesión y derechos de uso del espectro, de manera que la parte imputable al uso del espectro corresponde también al asignado en la respectiva concesión, pero no a todo el que se otorgara suscrita aquella, al amparo de títulos independientes, permisos distintos de la concesión otorgada en el 2003.

Así las cosas, salvo que el Ministerio permita a los incumbentes la utilización gratuita de bandas de frecuencia para uso comercial, con desconocimiento del orden superior, mientras la cobra a los entrantes, los concesionarios de TMC y PCS asignatarios de las bandas por subastar, deberán pagar el 5% sobre sus ingresos brutos por concepto de los derechos de uso de las bandas asignadas en 1994 y en el 2003, mediante contrato de concesión, más el 2,4815% sobre los mismos, por los derechos de uso del espectro en las bandas subastadas, que corresponde al mismo 2,4815% que soportaría un entrante por el mismo concepto, en caso de resultar asignatario.

De no corregirse inequidad semejante, el Ministerio cobraría a dichos concesionarios como contraprestación periódica el mismo valor por los 30 MHz de espectro inicialmente asignado, que por 85 MHz de espectro total después de la asignación del 4G proyectado, con la consecuencia adicional de causar grave detrimento patrimonial al Estado.

Debe además ponerse de presente que de acuerdo con la Ley 1341 de 2009, una es la contraprestación por la habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones (Arts. 10 y 36), que no incluye derechos por uso del espectro radioeléctrico, y que fue fijada en el 2.2% de los ingresos brutos mediante Resolución MINTIC 290 de 2010, y otra la correspondiente a tales derechos por concepto de uso

del espectro (Art. 13), de manera que si el asignatario de dichas frecuencias es un operador entrante al mercado, habilitado en razón del artículo 10 de la Ley, pagaría al Estado periódicamente el 2.2% de los ingresos brutos (contraprestación por habilitación general), más el 2,4815% (contraprestación por derechos de uso de frecuencias), para un total de casi 4.7% sobre sus ingresos brutos, lo que restaría competitividad al país en materia de inversión nacional y extranjera.

Valga señalar, en cualquier caso, que, por tratarse de contraprestaciones de naturaleza jurídica distinta, con fundamentos legales diferentes, por objetos jurídicos disímiles, la fijación de una contraprestación por derechos de uso del espectro subastado (Art. 13) de 2,4815%, no deroga ni reemplaza, so pena de ilegalidad, la exigida por la habilitación general para proveer redes y servicios de telecomunicaciones (Arts. 10 y 36) de 2.2%.

Se solicita al Ministerio, en consecuencia, excluir la contraprestación periódica por el uso del espectro o, en caso de mantenerla, incluir entre los sujetos pasivos de la misma a los actuales concesionarios de servicios móviles, COMCEL, MOVISTAR, TIGO y UNE, para evitar violaciones manifiestas de la Constitución y la Ley y detrimento patrimonial al Estado.

3. Sobre los escenarios contemplados

Las anteriores consideraciones permiten analizar con mayor precisión los distintos escenarios planteados en el Documento objeto de análisis.

Para el efecto es pertinente deferir a las conclusiones del Documento Técnico de la CRC, denominado "*Conveniencia de entrada y su promoción mediante subasta de asignación de espectro radioeléctrico para servicios 4G*", de junio de 2012, que permite descartar, de plano, varios de los escenarios del Documento que se examina, suscrito también por la Comisión, en contradicción evidente con tales conclusiones:

*"En consideración de lo discutido previamente, debe tenerse presente que frente al proceso de subasta que se llevará a cabo en 2012 en Colombia, **el permitir la participación de proveedores ya establecidos en el mercado en los procesos de subasta de ERE para la provisión de servicios de 4G puede atentar contra el objetivo de incrementar la competencia del mercado** a través de dos vías. Por un lado, los incumbentes pueden ofertar valores muy elevados con el objetivo de ganar la subasta y de esa manera impedir la entrada de nuevos competidores.*

"De otra parte, es posible que los incumbentes presionen el valor de la licencia al alza ofreciendo valores elevados pero retirándose del proceso en el momento en que algún entrante ofrezca una suma superior. Esta última práctica puede ejecutarse como mecanismo para incrementar de manera artificial los costos del entrante y de esa manera condenar al fracaso la posible presión competitiva que este desplegaría en circunstancias normales, esto es, si hubiese pagado el valor 'justo' por la licencia y no un valor inflado por el incumbente.

*"En virtud de lo expuesto anteriormente, **tanto la teoría económica como la práctica internacional evidencian la razonabilidad y conveniencia de reservar porciones de ERE exclusivas para entrantes** y en consecuencia, de manera análoga a la práctica europea de promoción de entrada en la asignación de espectro para la prestación de servicios 3G, donde se consideraron como "incumbentes" o establecidos a los proveedores previamente habilitados para la prestación de servicios de 2G, en el caso de Colombia se consideran como establecidos a todos aquellos proveedores que a la fecha en que se desarrolle la subasta de adjudicación de ERE para servicios 4G ostenten licencias para la*

provisión de servicios 2G y 3G, es decir, licencias de IMT (International Mobile Telecommunications)” (Destacado) (Pág. 16.)

Este último párrafo se encuentra también en la página 29 del Documento conjunto, publicado para comentarios).

3.1 Escenario 1: Subasta de ERE abierta para todos (simultánea) en AWS y 2.500 MHz

Se ha establecido que si las reglas de subasta no establecen reglas que nivelen las condiciones entre incumbentes y entrantes, a efectos de garantizar una eficiente asignación de permisos para el uso del ERE, los incumbentes pueden bloquear la entrada de nuevos competidores y consolidar su posición de dominio, en la medida que se les brindan todos los incentivos para hacerlo.

También se ha señalado cómo las mismas entidades que suscriben el Documento reconocen que aunque un incumbente esté dispuesto a pagar una cifra superior a la de un entrante, por concepto de un permiso para usar el ERE, la valoración extra que hace el primero no representa necesariamente un verdadero valor superior del ERE para el interesado, sino más bien un valor incremental que el incumbente paga para frustrar la competencia que se derivaría de nuevos jugadores en el mercado.

También reconocen que los proveedores establecidos, al gozar de mayores economías de escala que las que ostentarán los entrantes, tienen una mayor probabilidad de ganar en la puja por asignación de ERE.

Hoy es evidente, además, que la banda más valiosa de las consideradas en el Proyecto de Subasta es la AWS, pues las escalas de producción de equipos y su interés comercial son más altos, y por ende de gran utilidad tanto para los incumbentes como para los entrantes, mientras la banda de 2.500 MHz es menos atractiva por tener, a la fecha, una escala de producción de equipos y un interés comercial más reducidos.

Ante evidencia semejante, una estructura que permita la subasta abierta y simultánea para todos en AWS y 2.500 MHz, tendrá como resultado más probable que en la banda más valiosa y que permite un mayor grado de competencia a corto plazo, los asignatarios serán los tres incumbentes, con lo cual lograrían: a) ampliar la cantidad de espectro asignada, con desconocimiento de que cada uno de ellos tiene 55 MHz, no obstante las notorias diferencias en el número de usuarios atendidos; b) evitar toda nueva competencia; y c) pagar un precio muy cercano al fijado como base, habida consideración de que: i) en AWS habrá 3 bloques de 30 MHz, y ii) cada proveedor solamente puede aspirar a uno de esos bloques. No habrá por tanto competencia entre ellos, porque la oferta es igual a la demanda incumbente.

Es indudable que las denominadas en el Documento ventajas de esta opción, no lo son en realidad. En efecto, se afirma que aumenta la probabilidad de lograr los objetivos de masificación mediante el aprovechamiento de las redes instaladas y de los canales de distribución existentes y, de ser posible, el de la infraestructura de eventuales entrantes.

Empero, nada asegura que así sea, en especial, si se tiene en cuenta que uno de los principales obstáculos de la masificación de Internet, como consta en los documentos del Plan "Vive Digital" son los precios. En estas condiciones, el otorgamiento de más espectro a los establecidos no es la solución, como sí lo sería la mayor competencia.

La estructura oligopólica del mercado, sumada al poder del proveedor dominante, y al patrón que exhibe el mercado de Acceso a Internet Móvil, desincentivan a los entrantes a competir por precio, calidad, innovación o expansión, y acceso.

Inclusive con la imposición y el logro de metas de cubrimiento más ambiciosas para los establecidos que para los entrantes, esta opción sacrifica en forma desproporcionada los fines propios de la competencia, y la calidad y eficiencia en el mercado, pues

consolida el *statu quo* en la banda más valiosa. En otras palabras, en la medida en que la expansión de la cobertura para servicios de 4G no sería producto de la competencia efectiva sino de la imposición estatal, lo máximo que se alcanzaría con esta opción sería que más colombianos queden sometidos a deficientes condiciones de precio y calidad, producto de una estructura de mercado anticompetitiva.

No es cierto que la competencia entre los proveedores establecidos en el mercado podría mejorar, en primer lugar, porque con el tope actual de espectro, todos competirían por AWS, la banda más valiosa, y, en consecuencia, ninguno de ellos participaría en la subasta de 2.500 MHz.

En segundo, porque no es posible asumir un fortalecimiento efectivo de la competencia en el mercado, por el hecho eventual de que ingrese un entrante en la banda de 2.500 MHz, pues no estaría en condiciones de generar presiones competitivas suficientes y adecuadas, debido a: i) la escasez de escala en equipos y de interés comercial a corto y mediano plazo en dicha banda; ii) la imposibilidad del entrante de empaquetar con servicios de voz; y iii) la imposibilidad de generar economías de alcance, por no hablar de las de escala, como sí lo pueden hacer los incumbentes, circunstancia que encarece los costos de aquel en relación con los que deben soportar estos últimos.

Por las razones que acaban de exponerse, la tercera de las ventajas enunciadas, eficiencia, no sería probable. El problema en la banda de 2500 MHz no es en estricto sentido de segmentos reservados o no: es de su valor como banda, pues las limitantes técnicas y comerciales asociadas a ella comportan la imposibilidad para un entrante de ejercer presiones competitivas que cambien la dinámica del mercado y generen la rentabilidad que una inversión en esas condiciones de riesgo debe producir.

Por lo demás, no es probable que este esquema maximice los recursos para el Estado. En una subasta en la que los incumbentes deben respetar un tope agregado de espectro, y en la que cada uno de los 3 puede adquirir su bloque de 30 MHz en la

banda más valiosa, para un total de 90 MHz, no hay incentivo alguno en pujar más allá de lo necesario para superar a los entrantes, cuyo precio base debe ser necesariamente más bajo.

En otras palabras, en una estructura como la propuesta, los incumbentes no serían competidores entre ellos, ni lo harían con los entrantes, al punto que lo más probable es que ofrezcan mucho menos de lo que cancelarían si solamente pudieran pujar por 60 MHz, por elemental situación de menor oferta frente a la demanda. En este caso estarían forzados a pujar cuanto fuera necesario para no quedarse por fuera de AWS.

3.2 Escenario 2: Subasta de ERE abierta para todos en la banda de AWS y con reserva en la banda de 2.500 MHz de 90 MHz.

Dado que en este esquema se repetiría la hegemonía de los incumbentes en la banda AWS, las consideraciones expuestas para la Opción 1 son plenamente aplicables.

Como se ha establecido, el problema de la banda de 2500 MHz no es su escasez, de manera que el establecimiento de segmentos reservados en ella no constituye solución. La dificultad radica en que carece del valor de AWS, por la escasa oferta de equipos e interés comercial y por la imposibilidad del entrante de empaquetar con servicios de voz y de generar economías de escala.

Abrir completamente AWS y establecer segmentos reservados en la banda de 2.500 MHz carece de sentido, si lo que se pretende es generar presiones competitivas para los incumbentes en el corto y mediano plazo, a fin de superar el *statu quo*. Si lo que se busca es mantener y consolidar la nula situación de competencia del mercado de voz móvil, y facilitar el contagio de esta situación al mercado de Acceso a Internet, con desconocimiento de la Constitución y la ley, esta opción junto con la 1, serían las adecuadas.

3.3 Escenario 3: Subasta de ERE con reserva en la banda de AWS.

Favorece sin duda la competencia, pues incentiva la entrada de un nuevo proveedor en la banda AWS, con el efecto de generar presiones competitivas para los establecidos en el corto y mediano plazo, y de propender por el bienestar social que se derivaría de mejores precios, condiciones de calidad e innovación.

No es cierto que limite la competencia entre proveedores establecidos, por el hecho de quedar uno de ellos por fuera de frecuencias AWS. Debe tenerse presente que, en ese caso, el no asignatario dispone no solamente con su infraestructura de red de ámbito nacional y 55 MHz de espectro, sino que podría perfectamente adquirir 30 MHz en la banda de 2500 MHz para equilibrar su oferta de voz y datos y a utilizar más eficientemente el espectro.

Contrario a lo que ocurre con un entrante, este operador está actualmente en el mercado, tiene una masa crítica de usuarios, ostenta una marca posicionada, dispone de cadenas de distribución consolidadas y de economías de escala y alcance que le permiten compensar las desventajas de adquirir espectro en la banda de 2.5 GHz, que tiene menor desarrollo técnico y comercial.

De otra parte, el esquema maximiza los ingresos económicos para el Estado sin sacrificar la competencia, pues la reserva mínima en AWS no solamente genera verdadera puja entre los establecidos por los 60 MHz restantes de dicha banda, sino entre entrantes, por los 30 MHz objeto de reserva, y, finalmente, mantiene la probabilidad de puja en 2.500 MHz por el carácter abierto de la banda, en la que el establecido excluido de AWS competirá con los entrantes interesados, incluido el asignatario de AWS, si a bien lo tiene.

Finalmente, no es correcto afirmar que dicha opción reduce la probabilidad de lograr los objetivos de masificación, porque al menos una red instalada quedaría excluida de

espectro en AWS, con el consiguiente encarecimiento de sus despliegues, agravado si no cuenta con una escala significativa, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque no es legal ni razonable proteger a un competidor incumbente a costa de sacrificar la competencia en el mercado; no resulta serio ni ajustado al régimen jurídico eliminar la reserva en la banda AWS y con ello la competencia, para proteger a un competidor cuyos costos de despliegue podrían encarecerse al quedar excluido de AWS.

Como se consignó, no existe *trade off* en esta opción entre el cumplimiento de metas de cobertura y la promoción de la competencia. En efecto, promover una efectiva, sana y leal competencia en el corto y en el mediano plazo, asegura que los proveedores compitan por precio, calidad, expansión y acceso, efecto que no se consigue en los escenarios 1 y 2.

Adicionalmente, en este escenario dos de los incumbentes, con seguridad al menos uno, el que más cobertura tiene, serán asignatarios de espectro AWS, que sumado a su cobertura actual, sería aprovechado para cumplir metas, a lo que se suma la infraestructura de red del entrante, si bien gradualmente desplegada, contará con *roaming* nacional para alcanzar ámbito en todo el país, mientras culmina el tendido de su red.

Por si fuera poco, el incumbente excluido de AWS podrá adquirir espectro en la banda de 2500 MHz, lo que aseguraría la ampliación de cobertura en servicios 4G, pues, como se expuso, cuenta con ventajas competitivas que le permiten expandir su red y enfrentar presiones las derivadas de la nueva dinámica del mercado.

3.4 Escenario 4: Subasta de ERE con reserva en las bandas de AWS y 2.500MHz.

Sobre esta opción se pronunció ampliamente Avantel en comunicación distinguida como VPJ-046-12 del 12 de abril del año en curso, radicada el mismo día en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y el día siguiente en la ANE, bajo el número 6839.

Sin perjuicio de los comentarios respecto de los escenarios sometidos a consideración del sector, Avantel reitera su contenido y lo complementa con sus comentarios a las opciones 5 y 6, en el sentido de apoyar la exclusión del operador dominante de la subasta, a fin de evitar el monopolio e incentivar la competencia.

3.5 Escenarios 5 y 6: Subasta de ERE abierta para todos (simultánea), no participación del dominante en la banda AWS (escenario 6), ni en la banda de 2.500 MHz (escenario 6).

Habida consideración de la posición de dominio de COMCEL en el mercado de voz saliente móvil y del patrón que ha tomado el mercado de Acceso a Internet móvil, una estructura de subasta que excluyera al dominante sería ideal para promover la competencia. Sin embargo, la ausencia de reserva en la banda AWS no promovería el ingreso de un nuevo operador, y, en consecuencia, se sacrificaría el objetivo de mayor competencia.

Excluido el dominante y consagrada la reserva, por lo menos un entrante asegura espectro AWS, y MOVISTAR, TIGO y UNE tendrían que hacer su mayor esfuerzo para adquirir espectro en esa banda, ante la posibilidad de que más entrantes ingresen al mercado y no solamente uno.

Por otra parte, la exclusión del dominante no sacrifica el propósito de maximización de ingresos para el Estado, como quiera que se presentarán pujas tanto en AWS como en 2500 MHz, jalonadas por la competencia entre entrantes y entre los incumbentes Tigo y

Movistar para asegurar su porción de espectro en AWS, así como entre estos y los entrantes que quedaron por fuera del espectro reservado.

Señala el Documento como desventaja una presunta afectación en el cumplimiento de las metas de masificación, consistente en que *"al ser excluido el proveedor con posición de dominio de participar en la puja por la banda de AWS, no sería razonable exigir a éste las obligaciones de prestar roaming nacional en dicha banda"*.

No es que al ser excluido el proveedor con posición de dominio de la puja por la banda de AWS, no sea *"razonable"* exigirle prestar *roaming* nacional en dicha banda. En realidad, es que un operador incumbente que no opere frecuencias AWS no está en capacidad técnica de proveer *roaming* nacional al entrante que sí opera en dicha banda. Ello no obsta para que el dominante, aún excluido de la posibilidad de participar en la subasta de la banda AWS, sea obligado a ofrecer *roaming* en el espectro que tiene y a otorgar acceso a su infraestructura, de manera que los entrantes puedan co-ubicar allí sus equipos.

COMCEL, como proveedor de un servicio público, y, en especial, en condición de dominante, está en la obligación de soportar las medidas regulatorias que el Estado, en ejercicio de su función interventora, le imponga para el cumplimiento de los fines establecidos en la Constitución y la Ley⁴.

Finalmente, al margen de lo anterior, no se entiende cómo este escenario podría dificultar las metas de cobertura de 4G, si el proveedor con posición dominante contaría con la posibilidad de ofrecer servicios basados en tecnología 4G a sus usuarios, al igual que lo harían los demás incumbentes titulares o no de espectro AWS.

Nótese, además, que la reducción de las probabilidades de masificación a que se refiere el Documento no se producirían por la decisión de prohibir a COMCEL pujar por

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-186 de 2011

espectro en AWS, sino porque el regulador, con desconocimiento de la ley, se ha abstenido de obligar a este operador dominante otorgar a los entrantes acceso a su infraestructura.

4. Conclusiones

- 4.1 La mejor estructura de subasta para el caso colombiano, en las actuales circunstancias, es aquella que permita conciliar mejor la promoción de la competencia, la igualdad de oportunidades en el acceso al espectro, la universalización de los servicios, la maximización de recursos para el Estado, y la ampliación y el desarrollo de infraestructura.

La estructura de subasta ideal para alcanzar esos cometidos sería la de **imponer reserva para entrantes en ambas bandas, AWS y 2.500 MHz, y excluir al operador dominante**, pues, además de incentivar la participación de nuevos actores en el mercado, maximizaría el valor del espectro, promovería la competencia, y exigiría tender infraestructura adicional de red móvil para la prestación de servicios, con el resultado de general un mayor bienestar social, derivado de mejores precios, mayor calidad e innovación, como lo enseñan la teoría y la realidad económica, siempre que el regulador garantice el acceso a la infraestructura de los incumbentes asignatarios y del operador dominante.

Para ser efectiva, la reserva en la banda de AWS debe reunir las siguientes características:

- Banda AWS: reserva de al menos 40 MHz.
- Obligación de *roaming* nacional.
- Precio base de la subasta: cercano a US \$20.000 MHz/año.

- Posibilidad de realizar pagos con el cumplimiento de obligaciones de coberturas específicas, opción otorgada de tiempo atrás a los establecidos.

- 4.2 De no adoptarse la estructura propuesta en el numeral precedente, la Opción 4, que consagra reserva en ambas bandas, prevista en el proyecto de subasta publicado por el Ministerio en marzo de 2012, conciliaría de mejor manera la obtención de mayores recursos para el Estado, la universalización de los servicios, el desarrollo de nueva infraestructura, la optimización de recursos escasos y la promoción de la competencia.
- 4.3 De insistir el Ministerio en otorgar a los incumbentes espectro adicional en la banda de AWS, podría optarse por reservar 30 MHz en ella para nuevos actores, y someter a subasta abierta 3 segmentos de 2 x 10 MHz, estrategia común en más de 30 países, entre ellos, Brasil, Chile, Canadá, México, Estados Unidos, Alemania, Holanda y Reino Unido.

En Canadá el espectro reservado para operadores entrantes fue 40 MHz en FDD (2008); en Italia (2000) se reservaron bloques de espectro para operadores entrantes en 1.9/2.1 GHz; en el Reino Unido (2000), un bloque de 2 x 15 MHz mas 5 MHz TDD fue reservado específicamente para un operador entrante en 1.9/2.1 GHz; en Brasil (2010) se realizó una ronda inicial para la subasta de 1.9/2.1 GHz en la cual solo podían participar entrantes. En economías con mercados de datos más maduros que el colombiano, como Estados Unidos, Canadá y Brasil, los operadores establecidos han obtenido bloques de 2 x 10 MHz.

- 4.4 Cualquier opción que no reserve segmentos para nuevos operadores, especialmente en AWS, contraviene normas, fines y principios de estirpe constitucional y legal.

Puesto que los incumbentes disponen de mayores incentivos que los entrantes para ofrecer mejores propuestas económicas a fin de mantener su *statu quo*, procurarían obtener cada uno 30 MHz adicionales en la banda más valiosa (AWS), sin necesidad de mayores esfuerzos en la puja, podría existir colusión tácita. De presentarse, se mantendría el Actual estado de cosas: falta de competencia efectiva, altos precios de los servicios, bajo nivel de calidad, y pocos o nulos incentivos a la innovación, fruto del oligopolio no competitivo.

- 4.5 Aunque teóricamente la cobertura de red de los tres incumbentes favorecería la universalización del servicio, lo cierto es que una estructura de mercado que favorece la colusión entre integrantes del oligopolio, elimina cualquier incentivo para procurar un mejor bienestar de los consumidores, contribuye a aumentar el excedente del productor para obtener mejores márgenes de rentabilidad, y no conduciría a reducir los precios, en especial, para el servicio de Internet, contrariamente a los objetivos del Plan Vive Digital
- 4.6 Un escenario sin reservas propiciaría la participación exclusiva de operadores ya establecidos, con la formulación de ofertas económicas bajas o reducidas, en la medida en que cada uno puede optar por máximo 30 MHz, habida cuenta del tope vigente en las bandas altas. Así, a cada uno podría serle asignado un bloque de 2 x 15 MHz en AWS, muy probablemente por el mismo precio base de la subasta o muy similar.
- 4.7 Avantel estima inviables las opciones 1 y 2, que, al contrario de lo que se sostiene en las conclusiones del Documento, no ofrecen ventajas en términos de cobertura (cumplimiento de los objetivos de masificación), competencia, innovación ni eficiencia, mientras sí generan mayor nivel de concentración de espectro y consolidación de la posición de dominio de los operadores establecidos.

Opciones con reserva, especialmente en AWS, generan competencia con el ingreso de nuevos operadores, aseguran mayor cobertura y la obtención de metas más ambiciosas para la masificación del servicio de Internet, además de mejores ingresos para el Estado, derivados de la mayor participación en la Subasta.

En escrito adicional, que forma parte de la presente comunicación, se consignan consideraciones respecto de algunos apartes del Documento, en el mismo orden en que el mismo se encuentra estructurado.

Atentamente,


JORGE ANDRÉS PALACIO BECERRA
Presidente