RESOLUCIÓN No. 5406 DE 2018

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

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas por la Ley 1341 de 2009, y

CONSIDERANDO

Que conforme al artículo 334 de la Constitución, corresponde al Estado ejercer, por mandato de la ley, la intervención económica, para asegurar la racionalización, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, entre otros cometidos relacionados con la prestación de los servicios públicos.

Que el artículo 365 de la Constitución Política establece que el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, en procura de garantizar el mejoramiento continuo en la prestación de dichos servicios y la satisfacción del interés social.

Que de acuerdo con el principio de uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos, dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1341 de 2009, es deber del Estado 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.

Que la regulación es un instrumento de intervención del Estado en el sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), y debe atender las dimensiones social y económica de las mismas, debiendo para el efecto velar por la libre competencia y la protección de los usuarios, por lo que debe orientarse a la satisfacción de sus derechos e intereses.

Que corresponde a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC- expedir la regulación que maximice el bienestar social de los usuarios de los servicios de comunicaciones, así como expedir el régimen jurídico de protección aplicable a los mismos[1].

Que bajo el contexto de la Sociedad de la Información, y atendiendo a dichas facultades, fue expedida la Resolución CRC 5111 de 2017, *"Por la cual se establece el Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, se modifica el capítulo 1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016 y se dictan otras disposiciones"*, la cual entró en vigencia el 1 de enero de 2018.

Que el numeral 2.1.3.1.8 del artículo 2.1.3.1 del Capítulo 1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016, consagra que *"En los contratos de prestación de servicios móviles no se pueden pactar cláusulas de permanencia mínima"*.

[1] Ley 1341 de 2009, numeral 1 del artículo 22 y artículo 53.

Que el artículo 2.1.9.4 del Capítulo 1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016, dispone que *"En ningún caso el operador puede condicionar la celebración del contrato de prestación de servicios a la venta de equipos terminales móviles"*.

Que la CRC ha evidenciado, como resultado del monitoreo permanente que adelanta respecto de la evolución en la masificación, penetración y uso de los servicios móviles, un relativo atraso del servicio de Internet móvil, íntimamente ligado al servicio de voz móvil, en comparación con países desarrollados a nivel mundial, y un estancamiento en el crecimiento de dicho servicio en los dos últimos años, lo que limita la adopción de nuevas tecnologías e impide acortar la brecha digital.

Que haciendo uso de la metodología de Análisis de Impacto Normativo (AIN), y bajo el ámbito de las competencias otorgadas a la CRC, se delimitó el alcance y los objetivos de la intervención regulatoria, para luego determinar alternativas que pueden ser adelantadas, ponderando y evaluando las mismas de acuerdo con los objetivos planteados.

Que delimitado el alcance del presente proyecto regulatorio, se definió como objetivo general la identificación e implementación de alternativas respecto de las condiciones regulatorias de comercialización de equipos terminales móviles para promover la masificación del acceso a internet móvil de banda ancha.

Que los equipos terminales móviles que permiten conectividad 4G efectivamente aprovechan las ventajas que ofrece la red de dicha tecnología dispuesta por los proveedores, la cual provee más capacidad de datos para acceso a contenidos y más conexiones, comparado con las generaciones de tecnologías anteriores, por tanto, es necesario promover y mejorar la asequibilidad a este tipo de equipos por parte de los usuarios de servicios de comunicaciones móviles.

Que posterior aplicación del AIN se evidenció cómo la alternativa denominada *"Permitir condicionamientos de entrada solo para la comercialización de equipos terminales móviles 4G"*, resulta ser la que más beneficios presenta, lo cual atiende al cumplimiento de los objetivos planteados con ocasión del presente proyecto regulatorio.

Que lo dispuesto en el presente acto administrativo, de ninguna manera modifica la prohibición dispuesta en el artículo 2.1.3.1 del Capítulo 1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016, según la cual no se pueden pactar cláusulas de permanencia mínima en los contratos de servicios móviles de comunicaciones.

Que atendiendo a lo anterior, la posibilidad de condicionar la adquisición de equipos terminales móviles 4G y el otorgamiento de descuentos, promociones u ofertas respecto de los mismos, a la celebración de un contrato de prestación de servicios, de ninguna manera implica que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles puedan unificar los contratos de adquisición del equipo y de prestación de servicios móviles, así como tampoco implica que puedan establecer periodo alguno de permanencia mínima en el contrato de prestación de servicios, ni limitar el ejercicio por parte del usuario de su libre elección a terminar dicho contrato, cambiar de plan o de operador en cualquier momento.

Que con ocasión del presente proyecto regulatorio fueron celebradas mesas de trabajo con distintos agentes, tales como proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, grandes superficies comercializadoras de equipos terminales móviles, fabricantes de equipos terminales móviles, y la Superintendencia de Industria y Comercio.

Que esta Comisión, en atención a lo previsto en el artículo 2.2.13.3.2 del Decreto 1078 de 2015, publicó el 27 de marzo de 2018 el proyecto regulatorio *"Condicionamientos de entrada en la comercialización de equipos terminales móviles"*, junto con su respectivo documento soporte, frente a lo cual se recibieron comentarios hasta el 20 de abril de 2018.

Que a efectos de surtir el trámite de abogacía de la competencia ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la CRC mediante radicado No. 18-128057 del 25 de abril de 2018 remitió a dicha Entidad el contenido de la propuesta regulatoria, su respectivo documento soporte, el cuestionario al que hace referencia la Resolución No. 44649 y los comentarios recibidos de los agentes interesados. Frente a lo anterior, la Delegatura para la Protección de la Competencia manifestó que: *"la CRC no justifica debidamente la necesidad de incorporar excepciones a la restricción existente en materia de comercialización de ETM, debido a que no demuestra la existencia del problema de "baja penetración del servicio de Internet móvil en Colombia"; no*

controla por otras variables a la hora de comparar la situación de Colombia con la de otros países; y no identifica una falla de mercado que justifique la regulación. Además, el regulador no realiza un análisis de impacto que demuestre cuánto afecta cada una de las causas al supuesto problema identificado. Por último, la CRC no demuestra cómo la alternativa regulatoria elegida podría solucionar o impactar positivamente la variable de penetración de internet móvil, y por el contrario, la propuesta podría afectar la dinámica competitiva del mercado y el bienestar de los consumidores, en un mercado que ha ganado dinamismo en los últimos años. En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio le recomienda a la CRC ***abstenerse de expedir el proyecto regulatorio objeto del presente concepto".***

Que la abogacía de la competencia ha sido entendida como *"el conjunto de actividades dirigidas por la autoridad de competencia relacionadas con la promoción de un ambiente competitivo para las actividades económicas, que no significa los mecanismos de aplicación, la cual se desarrolla principalmente a través de su relación con otras entidades gubernamentales y por la promoción de los beneficios de la competencia"*[2]. Frente a este punto, ha señalado la Superintendencia de Industria y Comercio que la política de competencia tiene por objeto mantener y desarrollar una competencia eficaz en el mercado que se traduce en un aumento en la eficiencia y, por ende, en precios más competitivos y productos de mejor calidad y mayores posibilidades de elección para los usuarios; si bien *"el mecanismo por excelencia para estimular la competencia ha sido la aplicación de la ley -enforcement- cuando el mercado se distorsiona por prácticas competitivas, (...) existen otras herramientas que pueden ser más efectivas como lo es la abogacía de la competencia"*[3].

Que específicamente frente al concepto de abogacía de la competencia emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC-, en virtud del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, es de señalar que este se limita a proyectos de regulación que *"puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados"*. En aras de determinar el alcance de este requisito, el Decreto 2897 de 2010 en su artículo 3 indicó que se entiende que un proyecto puede tener incidencia sobre la libre competencia *"cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga: 1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o 2. Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados".*

Que es así como este concepto emitido por la autoridad de competencia debe presentar una evaluación previa y preventiva respecto de los proyectos de acto administrativo que cumplan materialmente la función de regular, el cual permita comprender los beneficios del mercado competitivo, así como propugnar e incentivar la libre competencia en el mercado, permitiendo entonces *"una verdadera política de adecuada regulación en temas competenciales"*[4].

Que analizado entonces el alcance del referido concepto de abogacía de la competencia, se evidencia que frente al proyecto regulatorio "Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles", la SIC no solo evaluó la incidencia de lo propuesto en relación con la libre competencia económica, remitiendo consideraciones al respecto; sino que a su vez dentro del mismo escrito presentó comentarios y cuestionamientos ajenos a su competencia, la cual se encuentra reglada por la Ley 1340 de 2009.

Que atendiendo a lo anterior, y en cumplimiento del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, según el cual *"(...) el concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta"*; a continuación, esta Entidad procede a pronunciarse respecto de los comentarios presentados por parte de la SIC que se encuentran asociados a la incidencia que la propuesta regulatoria puede tener en la libre competencia económica.

---

[2] Álvarez Londoño, Luis Fernando. Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina. Página 258.
[3] La Abogacía de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. 2007.
[4] Rojas Quiñones, Sergio. "La Abogacía de la competencia en el derecho colombiano. Reflexiones sobre su alcance y su ámbito de aplicación". Revista Derecho de Competencia. 2012.

Que respecto de las otras observaciones remitidas debe mencionarse que contrario a lo que afirma la SIC en sus argumentos, se ha demostrado la existencia del problema "baja penetración del servicio de internet móvil de banda ancha", el cual no solo se encuentra fundamentado en las cifras reportadas por parte de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, la cual, de acuerdo con el principio constitucional de buena fe y los criterios dispuestos en el numeral 19 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, goza de presunción de exactitud, veracidad y certeza; sino que también se tuvo en cuenta cifras de entidades del orden nacional como es el DANE e internacional como es GSMA. Así mismo, es de aclarar que si bien fueron tenidas en cuenta las diferentes causas que conllevan a la generación del referido problema, la CRC puede obrar conforme al ámbito de sus competencias, limitando entonces su ejercicio a la revisión de las condiciones regulatorias para la comercialización de ETM en cabeza de los proveedores de servicios de comunicaciones.

Que las competencias de la CRC en materia de protección a usuarios no requieren de la determinación de una falla de mercado, y por otra parte, que las fallas que conllevaron a la prohibición de la suscripción de cláusulas de permanencia mínima, esto es los costos de cambio para el usuario, así como la falta de transparencia en la información relativa a la adquisición de equipos terminales móviles y a la prestación de los servicios de comunicaciones; son superadas con las medidas regulatorias que siguen en vigor.

Que en relación con los argumentos mencionados en los dos considerandos precedentes, la CRC profundizará en su explicación en los numerales 2, 3 y 5 del documento de respuesta a comentarios, que acompaña la publicación del presente acto administrativo, al no entenderse como parte del concepto de abogacía de la competencia.

Que la Superintendencia acierta en identificar que la propuesta regulatoria no configura un retorno al esquema de cláusulas de permanencia mínima. Sin embargo, advierte que el proyecto regulatorio *"propicia entornos para que se presenten en la práctica situaciones que impacten negativamente la libre competencia e incluso el bienestar de los consumidores"*, insinuando consecuencias propias de un levantamiento de la prohibición de implementar cláusulas de permanencia mínima.

Que la SIC afirma en su concepto que considera posible que los denominados condicionamientos de entrada lleven a *"que los planes más interesantes para los usuarios, y por lo tanto más demandados, únicamente estén disponibles si se adquiere un determinado ETM, o viceversa, que los ETM más demandados solo estén disponibles a condición de la adquisición de determinados planes"*. En el mismo sentido, en otro aparte de su concepto, la SIC argumenta que *"un consumidor interesado en un plan de aquellos que solo se ofertan si se adquiere un ETM con el operador, no tendrá la posibilidad de adquirir dicho ETM con nadie distinto de ese operador, y no parece probable que un comercializador pueda replicar un beneficio tal, en la medida en que dicho comercializador no presta el servicio de comunicaciones."*

Que de esta forma, la SIC señala impactos negativos, por un lado, en la dinámica competitiva porque los comercializadores que no presten el servicio de telefonía móvil no podrían responder a estas ofertas y, por otro lado, en el derecho de libre elección de los usuarios de servicios de comunicaciones.

Que respecto al impacto negativo en la dinámica competitiva, la CRC debe indicar que precisamente el escenario actual está presentando tal afectación toda vez que hoy los comercializadores pueden hacer ofertas de venta de ETM con promociones y empaquetamientos con otros productos y servicios a los cuales no pueden contestar de forma igualmente competitiva los proveedores de servicios de comunicaciones móviles que comercializan dichos equipos. Es así como esta asimetría competitiva encontraría corrección con la implementación de la presente medida regulatoria, al igualar las condiciones de venta de ETM a las que se enfrentan los distintos comercializadores del mercado.

Que en el documento soporte publicado con ocasión de este proyecto regulatorio se hizo referencia a que algunos estudios de mercado señalan las ventajas en términos de opinión favorable y de recomendación por parte de los consumidores que genera tanto la oferta empaquetada de productos alrededor de un solo precio como la identificación del descuento por

componente que se percibiría por la compra empaquetada de productos[5]. Se puede encontrar también literatura que identifica un sinnúmero de beneficios asociados al empaquetamiento: que los usuarios valoran más una oferta multiproducto empaquetada que vendida por separado[6], que el valor percibido por un paquete de productos es superior para el consumidor[7], que les permite a los consumidores asignar sus propias valoraciones a los componentes del paquete e incluso extender los beneficios de un componente que genera mucha utilidad a otro que genere menos utilidad y reduce costos de transacción asociados a los costos de procesar información de compra para muchos productos[8], todos resultados evidentes y demostrados ampliamente en la literatura de tiempo atrás.

Que también se encuentran estudios que muestran cómo el nivel de satisfacción percibido por el usuario se incrementa cuando los bienes incluidos en el paquete son complementarios, particularmente cuando se incorpora un descuento[9]. Al respecto es importante tener en cuenta que la SIC advierte sobre el riesgo del empaquetamiento en función del tipo de bienes que se empaquetan, y cómo es perjudicial cuando estos son complementarios.

Que atendiendo a la advertencia de la SIC, es de aclarar en primer lugar, que la doctrina ha reconocido que para un consumidor no genera satisfacción, o no le genera valor adicional, un paquete con bienes que no son complementarios[10]. En este sentido, ni los operadores móviles ni las grandes superficies u otros comercializadores, tendrían incentivos a empaquetar bienes que no sean complementarios ya que la respuesta de los consumidores a dichas ofertas sería insatisfactoria. Y, en segundo lugar, que existen diversos tipos de complementariedad, como es la acepción económica de elasticidades precio cruzadas negativas, tales como complementos funcionales o transaccionales, relaciones que omite analizar la SIC en su documento en favor de un tipo de empaquetamiento (grandes superficies) y en detrimento de otro (operadores móviles).

Que la literatura sobre empaquetamiento ha sido clara, en el sentido de indicar que los consumidores se enfrentan a un proceso cognitivo de poca profundidad al momento de tomar decisiones frente a paquetes de bienes o servicios, dado que confían en características sobresalientes en lugar de evaluar críticamente las condiciones de cada uno de los servicios. Lo anterior, se soporta en lo evidenciado por la OCDE[11], al indicar que en el comportamiento de los consumidores en relación con los paquetes se presentan algunos sesgos, tales como los que se han identificado previamente.

Que la ventaja en términos de valor de la oferta para un consumidor entre comprar productos empaquetados y no empaquetados es evidente. Es así como, teniendo en cuenta que en la actualidad existe una asimetría en las condiciones de competencia entre unos y otros agentes del mercado, la Comisión ha considerado pertinente nivelar el campo de juego, promoviendo de esta forma una mayor competencia entre diferentes agentes, en beneficio de los usuarios.

Que las nuevas ofertas de ETM que desarrollen los proveedores de servicios de comunicaciones móviles tras la implementación de la medida regulatoria contenida en el presente acto administrativo, se enfrentarán, por un lado, a la competencia con otras ofertas que implementen los demás proveedores de servicios, así como a su vez a las ofertas que los demás comercializadores seguirán desarrollando. En ese sentido, la preocupación de la SIC solo resultaría fundada si la venta de ETM estuviera únicamente en cabeza de los proveedores de servicios de comunicaciones y que esta tuviera un carácter cercano al de un monopolio; y por el contrario, lo que se puede esperar con la implementación de esta medida regulatoria es la

---

[5] Por ejemplo, ver Johnson, M. D., Herrmann, A., & Bauer, H. H. (1999). The effects of price bundling on consumer evaluations of product offerings. International Journal of Research in Marketing, 16(2), 129-142. doi: 10.1016/S0167-8116(99)00004-X

[6] Chakravarti, D., Krish, R., Paul, P., Srivastava, J., (2002). Partitioned Presentation of Multicomponent Bundle Prices: Evaluation, Choice and Underlying Processing Effects. Journal of Consumer Psychology, 12(3) 215-229 y Sharpe, K. M., & Staelin, R. (2010). Consumption effects of bundling: Consumer perceptions, firm actions, and public policy implications. Journal of Public Policy & Marketing, 29(2), 170-188.

[7] Grewal, D., Krishnan, R., Baker, J., Borin, N., (1998). The effect of store name, brand name and price discounts on consumers' evaluations and purchase intentions. Journal of Retailing
Volume 74, Issue 3, Autumn 1998, Pages 331-352.

[8] Sharpe, K. M., & Staelin, R. (2010). Consumption effects of bundling: Consumer perceptions, firm actions, and public policy implications. Journal of Public Policy & Marketing, 29(2), 170-188.

[9] Knutsson, Erika, (2011). Bundling for consumers? Understanding complementarity and its effect on consumers' preferences and satisfaction. Umeå universitet Samhällsvetenskapliga fakulteten. Handelshögskolan vid Umeå universitet (USBE). ISBN 978-91-7459-300-6

[10] Ibid.

[11] OCDE, 2016. "Protecting Consumers through Behavioral Insights: Regulating the Communications Market in Colombia"

promoción de la competencia a través de la generación de ofertas innovadoras que permitirán una mayor adquisición de ETM 4G por los colombianos, así como coadyuvará al despliegue de este servicio en el territorio colombiano.

Que la concepción de la SIC, según la cual la oferta comercial de planes y ETM por parte de los proveedores de servicios de comunicaciones móviles resulta ser un factor de potencial afectación a la libre elección del usuario, revela la importancia de comprender en detalle los efectos de la medida sobre los derechos de los consumidores e identificar la diversidad de canales de adquisición de ETM que estos hoy tienen y que de ninguna manera se verá reducida por la presente medida regulatoria. Es así como la correcta identificación de estos elementos resulta fundamental para dimensionar de forma objetiva los efectos de la presente medida regulatoria.

Que las grandes superficies, los comercializadores e importadores, los proveedores de servicios de comunicaciones móviles y demás canales de comercialización de terminales móviles (incluido el comercio electrónico) constituyen los múltiples y diversos canales de venta claramente identificables por los usuarios al momento de adquirir un ETM, los cuales son de libre acceso y que de ninguna manera resultan intervenidos por esta medida regulatoria. En ese sentido, es de aclarar entonces que, contrario a lo que se afirma en el concepto de abogacía de la competencia, esta medida regulatoria permitirá el fortalecimiento de la oferta de ETM por parte de los operadores, eliminando una asimetría competitiva existente entre estos y los demás comercializadores de este bien en el mercado.

Que no se considera como riesgo de la medida regulatoria un escenario en el que un operador condicione la oferta de un plan a la adquisición de un ETM. Al respecto, la CRC es enfática en afirmar que lo anterior claramente constituiría una infracción a lo dispuesto en el artículo 36 del Estatuto del Consumidor contenido en la Ley 1480 de 2011, el cual expresamente consagra la prohibición de establecer ventas atadas, al indicar que *"no se podrá condicionar la adquisición de un producto a la adquisición de otros"*. Es así como la responsabilidad en la materialización de este escenario no corresponde a la implementación de la presente medida regulatoria de la CRC, y en cambio constituye una invitación expresa para que operen las funciones de inspección, vigilancia y control en esta materia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, las cuales de ninguna manera se verán coartadas.

Que la prohibición previamente expuesta incluida en el Estatuto del Consumidor, no implica que exista una limitación legal para que se generen ofertas y promociones en virtud de los cuales se presente el empaquetamiento de distintos productos o servicios, tal y como se pretende que ocurra en la comercialización de ETM con la implementación de la presente medida regulatoria, pues así como lo dispone expresamente el numeral 10 del artículo 5 de la mencionada Ley 1480, resulta válida la divulgación de promociones y ofertas sobre la compraventa de productos en condiciones más favorables que aquellas en la que estos suelen ofrecerse, con contenido adicional al que usualmente se ofrece o incluso de manera completamente gratuita.

Que por otra parte, afirma la SIC en su concepto que *"si bien la medida no admite expresamente que se erijan barreras o condicionamientos de salida, sí genera grandes incentivos para que el operador que otorga un beneficio a cambio de la mencionada fidelización que buscan, no se arriesgue a que el usuario se libere fácilmente del servicio contratado, pues ello implicaría que el operador no cumpliría con las expectativas que lo motivan al otorgamiento de dicho beneficio. Esto en la práctica impacta de manera directa al consumidor, al limitarle la movilidad, así como la libertad de elección de los mismos, y hace muy probable que los operadores utilicen mecanismos que dificulten o retarden la posibilidad de que el consumidor cambie de operador cuando no esté satisfecho con el servicio de comunicaciones"*

Que respecto a lo anterior, entiende la CRC que la existencia de un incentivo a otorgar beneficios a los usuarios procurando su fidelización hace parte de la estrategia comercial de una empresa. En ejercicio de este incentivo, los beneficios que otorgan los proveedores comprenden la oferta de planes a precios competitivos y la búsqueda de un mejoramiento continuo en la calidad de los servicios prestados. Ahora bien, con la implementación de la presente medida regulatoria, se tiene previsto que la venta de ETM a precios competitivos se sume a los beneficios que otorguen los proveedores a sus usuarios.

Que tales beneficios no suponen *per se* un riesgo a la libre competencia económica ni al régimen de protección del usuario; contrario a lo que indica la SIC, quien considera que la implementación de la presente medida conllevará al ejercicio de conductas anticompetitivas y restrictivas de la

libertad de elección del usuario. La CRC considera que llegar a tal conclusión es resultado del desconocimiento de las disposiciones vigentes expedidas por la CRC en materia de protección de los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones, cuyo cumplimiento es estrictamente vigilado por la Delegatura de Protección al Consumidor de la SIC. Así mismo, es de indicar que en los análisis de impacto que previamente desarrolló esta Comisión se ponderó la posibilidad planteada en el concepto objeto de observaciones y se encontró que, en virtud de la normatividad vigente, el ejercicio de tales conductas contrarias a la competencia y/o que atenten contra los derechos de los usuarios, se encuentra restringidas.

Que no es cierto que esta regulación *"abre la puerta a un apalancamiento para limitar la libre elección de los usuarios y la portabilidad numérica"*, puesto que tal y como arriba se ha explicado, no es posible que se configure una limitación a la libre elección de los usuarios, por el contrario, promueve la misma.

Que la CRC en los últimos años ha forjado una estrategia regulatoria dirigida a transparentar para el usuario toda la información relevante a la hora de escoger libremente entre proveedores, equipos y planes de servicio.

Que, así mismo, frente al argumento expuesto por la SIC en su concepto, según el cual *"se verá afectada la consistencia de la política pública en materia de portabilidad"*, es de reiterar que el principio del Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones según el cual *"en todo momento, corresponde exclusivamente al usuario elegir el operador, los planes, los servicios y los equipos utilizados para acceder al servicio"*[12], no es objeto de modificación alguna por parte del presente acto administrativo.

Que la obligación de los proveedores de telefonía móvil de separar totalmente los contratos de adquisición de equipos terminales de los contratos de prestación del servicio, así como el derecho que tienen los usuarios de terminar su contrato, modificar las condiciones del plan contratado y portar el número de su línea de telefonía móvil en cualquier momento, son disposiciones que tampoco son objeto ni se encuentran afectadas con ocasión de este proyecto regulatorio.

Que tal y como se reflejó en el documento soporte publicado dentro del presente proyecto regulatorio, en aras de evidenciar si el posible otorgamiento de beneficios en la adquisición de equipos terminales móviles sujeto a la contratación de servicios de comunicaciones móviles afecta la libre elección del usuario para terminar el contrato en cualquier momento o para cambiar de plan, se solicitó a los proveedores móviles la información correspondiente a las cifras de cambio de plan o terminación del contrato, para usuarios que han adquirido equipos terminales móviles en planes promocionales asociados al servicio.

Que a partir de la información suministrada por los proveedores para los años 2015, 2016 y 2017, se estimó el porcentaje de usuarios que terminaron el contrato de prestación del servicio o que cambiaron de plan tarifario dentro de los primeros 11 meses luego de suscrito el contrato. De esto se pudo evidenciar como, desde el primer mes luego de la celebración del contrato de prestación del servicio, una porción de usuarios efectivamente ejerció el derecho a cambiar de plan tarifario o a terminar el contrato. Es de resaltar que para el año 2017, al sexto mes de la celebración del contrato el 43,28% de usuarios ya había dado terminación al mismo o cambiado el plan tarifario contratado. De esta manera se pudo concluir que *"no se evidencia una implementación de facto de costos de cambio o de salida para los usuarios que adquieren sus terminales con sus planes de servicios, pues un porcentaje significativo de usuarios terminan el contrato o cambian de plan en los primeros meses de vigencia del plan contratado"*[13].

Que se debe tener en cuenta que existe una obligación por parte de los proveedores de servicios de comunicación móviles, en el caso que vendan y/o financien ETM, de separar totalmente no solo los contratos sino también la facturación del servicio y del equipo. Es así como en aras de ejemplificar esta situación y generar claridad, es posible que un usuario que adquiera su ETM con el proveedor que le presta los servicios de comunicaciones móviles, decida portarse a otro proveedor en busca de condiciones más favorables para la prestación del servicio (en términos de precio y/o calidad), de manera tal que la facturación por el servicio será expedida por el proveedor receptor de la portabilidad, mientras que el proveedor donante seguirá expidiendo la facturación relacionada con la financiación del ETM en los términos y condiciones aceptados por

[12] Resolución CRC 5050 de 2016. Título II. Capítulo 1. Artículo 2.1.1.2. Numeral 2.1.1.2.2.
[13] https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2018/ac_reg/cond_etm/COND_ENTRADA.pdf

el usuario. Es así como la CRC reitera que tal posibilidad de portación se mantiene de forma integral tras la implementación de esta medida regulatoria.

Que en consecuencia, por un lado, prevé la CRC que los usuarios seguirán encontrando una diversidad de canales de venta de ETM y que, tras la aplicación de la presente medida regulatoria, se dinamizará la competencia entre dichos canales y entre los mismos proveedores de servicios de comunicaciones móviles. Así mismo, el usuario encontrará la oferta de distintas configuraciones de planes y ETM que varios de estos proveedores implementarán y que pueden ser aprovechadas en cualquier momento por dicho usuario, sin que en ningún caso se limite su libertad de elección atendiendo a la continuidad de la prohibición de pactar cláusulas de permanencia mínima en estos servicios, así como los derechos a terminar el contrato en cualquier momento, a cambiar de plan y a portar su número de línea telefónica al proveedor que considere que ofrece las condiciones que más se adecúan a sus necesidades.

Que es claro que con la implementación de la presente medida regulatoria, los usuarios no encontrarán barreras ni limitantes al derecho de libre elección. Ahora bien, en el escenario hipotético planteado por la SIC, en el que los usuarios perciban la aplicación de algún tipo de condicionamiento de salida, tales usuarios cuentan con la protección que brinda el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control por parte de dicha Entidad, la cual se activaría en virtud de la regulación vigente que garantiza la protección de sus derechos como usuarios de servicios de comunicaciones.

Que es de resaltar la rigurosa labor ejercida por la Delegatura de Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien atendiendo a que previa a la expedición del presente acto administrativo, en ningún caso los proveedores de servicios de comunicaciones móviles podían condicionar la adquisición de equipos terminales móviles, ni el otorgamiento de promociones u ofertas respecto de los mismos, a la celebración de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones, mediante las Resoluciones 58270, 62889, 62905 de 2016, impuso a los proveedores COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A, y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., respectivamente, sanciones pecuniarias al haberlos encontrado responsables de *"condicionar el acceso y/o la conservación de los incentivos asociados a la adquisición de equipos terminales móviles, a la suscripción, permanencia y/o incremento de contratos de servicios de comunicaciones en modalidad pospago"*.

Que los elementos anteriores son entonces garantía suficiente para que la protección de la libre competencia y los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones se preserven tras la implementación de esta medida regulatoria y, además, tal como se explicó previamente, la existencia de estos elementos dificulta la materialización de escenarios como los que formula la SIC y lleva a considerar que las preocupaciones expuestas en el concepto de abogacía de la competencia emitido, en relación con el retroceso en el mercado en materia de dinamismo competitivo y protección a usuarios, no tienen fundamento alguno.

Que no obstante lo anterior, atendiendo a las preocupaciones de la SIC y a las expuestas por algunos agentes en comentarios allegados a la CRC con ocasión de la publicación de la propuesta regulatoria denominada "Condicionamientos de entrada para la comercialización de equipos terminales móviles", y en aras de garantizar plenamente el efectivo ejercicio de la libertad de elección por parte del usuario de servicios de comunicaciones que adquiera un ETM con ocasión de una promoción u oferta asociada a la prestación del servicio, se procederá a incluir en el artículo 2.1.9.4 de la Resolución CRC 5050 de 2016 (el cual es objeto de modificación con ocasión del presente acto administrativo), la prohibición expresa, que dichas ofertas, promociones o descuentos impliquen permanencias mínimas, así como tampoco cualquier tipo de afectación al ejercicio de la libre elección por parte del usuario para modificar su plan, terminar el contrato de prestación de servicios de comunicaciones o portar el número de su línea telefónica en cualquier momento.

Que, así mismo, se tiene dispuesto para el segundo semestre del año en curso, dar inicio a un proyecto regulatorio cuyo objetivo es analizar la conveniencia y pertinencia de reducir el tiempo del trámite de portación numérica de 3 días hábiles a 1 día hábil, en aras de reducir los costos de cambio de proveedor y seguir promoviendo la libre elección por parte del usuario.

Que atendiendo a que en virtud del artículo 2.4.1.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016, la CRC periódicamente adelanta el monitoreo de las condiciones de venta y distribución de equipos terminales móviles con el fin de determinar el impacto de las medidas regulatorias en los precios

de los servicios y los equipos, así como de adoptar las reglas que se consideren necesarias para la efectiva protección de los derechos de los usuarios; la implementación de la presente medida también será objeto de dicho monitoreo.

Que una vez atendidas las observaciones recibidas durante todo el proceso de discusión del presente proyecto, se elaboró el documento que contiene las razones por las cuales se aceptan o rechazan los planteamientos expuestos, el cual fue puesto a consideración del Comité de Comisionados de la Entidad y fue aprobado mediante Acta No. 1159 del 29 de junio de 2018, y posteriormente presentado y aprobado por los miembros de la Sesión de Comisión el 16 de julio de 2018, según consta en el Acta No. 365.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. Modificar el artículo 2.1.9.4. del Capítulo 1 del Título II de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual quedará de la siguiente manera:

> *"VENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES. En caso que el usuario decida adquirir su equipo con el operador, este podrá otorgar descuentos, financiar o diferir su pago, para lo cual celebrará un contrato independiente al de prestación del servicio. El operador no puede condicionar la celebración del contrato de prestación de servicios a la venta de equipos terminales móviles.*
>
> *El operador podrá realizar la oferta conjunta del servicio y el equipo terminal móvil cuando se trate de equipos que cuenten con tecnología 4G o alguna superior. Las ofertas, promociones o descuentos otorgados por el operador respecto de estos equipos, en ningún caso pueden implicar permanencias mínimas, así como tampoco cualquier tipo de afectación al ejercicio de la libre elección por parte del usuario para modificar su plan, terminar el contrato de prestación de servicios de comunicaciones o portar el número de su línea telefónica en cualquier momento. En todo caso el operador también deberá ofrecer el servicio y el equipo de manera independiente.*

ARTÍCULO 2. VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente Resolución rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario oficial, y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Dada en Bogotá D.C. a los 16 JUL 2018

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS LUGO SILVA
Presidente

GERMÁN DARIO ARIAS PIMIENTA
Director Ejecutivo

C.C. 29/06/2018 Acta 1159.
S.C. 16/07/2018 Acta 365.

Revisado por: Juan Pablo Vásquez Fonseca – Coordinador Diseño Regulatorio
Elaborado por: Camila Gutiérrez Torres/ Guillermo Velásquez Ibáñez/ Jhan Camilo Pulido Rodríguez