

“EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES - TIC”*

VÍCTOR AYALDE LEMOS**

RESUMEN

Las tecnologías de la información y las comunicaciones juegan hoy en día un rol trascendental en nuestra sociedad, influenciando cada día más aspectos de nuestra vida diaria. Esta circunstancia requiere el establecimiento de un régimen de competencia que regule y prevenga la ejecución de prácticas restrictas de la competencia, que afecten el bienestar de los consumidores. Por su naturaleza de servicio público, varios de los servicios que componen las TIC, está sometido a la regulación de promoción de la competencia expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, regulación de carácter *ex ante*. La vigilancia por la realización de conductas anticompetitivas ha pasado en su integridad

* Este artículo es una versión abreviada del trabajo de grado para optar por el título de abogado elaborado por el autor con el mismo título presentado en julio de 2011 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, bajo la tutoría del doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO.

** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (2011), especialista en Ciencias Políticas, Económicas y Sociales de la Universidad de Notre Dame (USA), coordinador del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia desde agosto de 2009, profesor auxiliar de Derecho de la competencia a nivel de pregrado en la Pontificia Universidad Javeriana. Desde 2010 se desempeña como abogado en el área de Derecho de la Competencia de la firma Esguerra Barrera Arriaga.

de la Superintendencia de Servicios Domiciliarios a la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, entidad que vigila el cumplimiento de las normas de carácter *ex post*. Estos cambios se dan en el marco de la expedición de la Ley 1341 de 2009 la cual establece el marco general de la regulación en materia de infraestructura de las TIC y contiene importantes disposiciones desde el punto de vista de la promoción de la competencia.

Palabras clave: derecho de la competencia, derecho de las telecomunicaciones, tecnologías de la información y las comunicaciones, Ley 1341 de 2009.

COMPETITION LAW IN INFORMATION AND COMMUNICATIONS TECHNOLOGIES

ABSTRACT

The Communications and Information Technologies each day gain a larger role in our society, as their influence grows into more aspects of our daily life. This fact has created the necessity for the establishment of an antitrust law regulation that efficiently avoids and punishes the commission of any illegal conduct that affects the consumers' welfare. Due to its nature of public utility, the Telecommunications activity is subject to Ex Ante regulation given by the Communications Regulation Commission of Colombia, and regarding the enforcement Ex Post regulation SIC is now the sole authority for the sector. These changes happened in light of the expedition of Law 1341 of 2009 which determines the regulatory framework for the telecommunications infrastructure regulation and introduces important completion promotion norms.

Key words: *Antitrust Law, Competition Law, Telecommunications Law, Communications and Information Technologies, Law 1341 of 2009.*

1. MARCO JURÍDICO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES EN COLOMBIA

1.1 LAS TIC Y SU RELACIÓN CON LOS POSTULADOS LIBERALES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La Asamblea Nacional Constituyente no pudo ni podía prever cual sería el alcance y desarrollo del sector de las TIC en los años siguientes a la expedición de la Constitución; sin embargo, el texto constitucional fue redactado con la amplitud necesaria para permitir el establecimiento de las diferentes políticas que han regulado las diferentes etapas de desarrollo de las telecomunicaciones en Colombia. El artículo 75 de la Constitución, es la piedra angular sobre la cual se estructura todo el ordenamiento, establece las características del espectro electromagnético y el rol de Estado como administrador del mismo:

“**Art. 75.** El espectro electromagnético es un bien público inajenable 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”.

La Resolución CRT 087 de 1997 define el espectro electromagnético como:

“**Artículo 1. Definiciones. Espectro electromagnético:** El conjunto de todas las frecuencias de emisión de los cuerpos de la naturaleza. Comprende un amplio rango que va desde ondas cortas (rayos gamma, rayos X), ondas medias o intermedias (luz visible), hasta ondas largas (las radiocomunicaciones actuales)”.

El carácter de bien público como concepto, va más allá de la determinación del titular del bien, involucra en sí mismo la condición de ser factible su acceso a todos los ciudadanos, como condición de los principios democráticos fundantes del Estado Social de Derecho¹.

1 Sentencia C-403 de 2011. M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA señala lo siguiente:

El derecho fundamental a la libertad de expresión, en el Estado de la Constitución de 1991, implica no solo la garantía del mismo, sino la obligación del Estado de otorgar a sus ciudadanos las herramientas que permitan el adecuado ejercicio del mismo².

En efecto, como bien público permite su fiscalización por parte de los ciudadanos, en desarrollo del deber de transparencia y publicidad inmerso en las actuaciones públicas que se relacionen con el mismo, y a la vez impone la obligación a los agentes reguladores de dirigir su actividad a proteger los intereses superiores de lo público, de los ciudadanos³.

Es en desarrollo de estos postulados constitucionales que el artículo 75 de la Carta establece de forma expresa la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso y el deber de garantizar el pluralismo informativo⁴. La efectiva igualdad de oportunidades en su uso tiene relación directa con el ejercicio de derechos fundamentales y, derechos de primera y segunda generación tales como el derecho de libre empresa, a la salud, la educación, libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, la libertad de expresión, entre otros. Estos principios fueron sujeto de análisis por parte de la jurisprudencia constitucional la cual se pronunció sobre el tema señalando que:

“El espectro electromagnético es un bien público que forma parte del territorio colombiano y que es propiedad de la nación (artículos 75, 101 y 102 de la Constitución), es imprescriptible, inenajenable e inembargable,

“En las sociedades democráticas contemporáneas, la falta de reglamentación o la asignación arbitraria de los recursos que sirven de insumo en la actividad informativa, no sólo deplora la igualdad en la prestación del servicio, sino también los más íntimos valores democráticos de una determinada comunidad”.

2 Sentencia T-460 de 2006 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

3 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *El derecho de la competencia en el Sector de las Telecomunicaciones*. Compilación Reflexiones y tendencia del sector de las telecomunicaciones. Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. 2004, pág. 188.

4 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *El derecho de la competencia en el sector de las Telecomunicaciones*. Compilación Reflexiones y tendencia del sector de las telecomunicaciones. Fondo de Publicaciones, Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. 2004, pág. 189.

y se encuentra sujeto a la gestión y control del Estado. De acuerdo con la Constitución, al uso del mismo tienen acceso los particulares, en igualdad de condiciones, en los términos que fije la Ley. Sin embargo, es claro que para dicho acceso no se aplican, de manera absoluta, las reglas que gobiernan el sistema de libre iniciativa, en la medida en que, por tratarse de un bien de uso público, la gestión del espectro está sujeta a una especial regulación por el Estado”⁵. (Subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional ha delineado los parámetros de la intervención estatal en el uso del espectro electromagnético. El artículo 75 de la C.P. impone al Estado una serie de acciones positivas con el fin de garantizar los principios de libre competencia y pluralidad informativa⁶, lo cual conlleva a la regulación de estos medios, no en cuanto a su contenido⁷ sino en cuanto a su acceso en igualdad de oportunidades, con el fin de evitar su monopolización.

En este punto debemos precisar que las normas de regulación del espectro electromagnético deben dividirse en dos grandes ramas. La primera rama, dentro de la cual se ubica la Ley 1341 de 2009, tema principal de este artículo, es la regulación de la infraestructura que sirve para prestar los servicios de telecomunicaciones. La segunda es la regulación de los contenidos, entendidos como todo aquello que se transmite a través de los servicios que se prestan, tales como imágenes, sonidos, texto, información, etc.⁸.

5 Sentencia C-815 de 2001 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. Ver también la sentencia C-350 de 1997 (M.P. FABIO MORÓN DÍAZ. SV. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO; SPV. HERNANDO HERRERA VERGARA; y SPV. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y VLADIMIRO NARANJO MESA).

6 Sentencia C-711 de 1996 M.P. FABIO MORÓN DÍAZ. SV EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

7 Artículo 14 de la Constitución Política. La confidencialidad e inviolabilidad de las comunicaciones.

8 La regulación de contenidos en Internet es tema que se está debatiendo actualmente, por cuando esto implica la ponderación de la libertad de expresión de los ciudadanos, los derechos de propiedad intelectual y la responsabilidad por contenidos maliciosos en Internet, dentro de la cadena de agentes que intervienen para prestar los servicios a los usuarios.

Finalmente están los artículos 76 y 77 de la Constitución que regulan la prestación del servicio de televisión a cargo de una entidad de carácter constitucional y autónomo, tema que analizaremos en este documento más adelante.

1.2 LAS TIC Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1.2.1 La concepción del servicio público en la Constitución de 1991

El artículo 365 de la Constitución estableció una nueva concepción de servicio público en Colombia, con la intención de dotar al país con la estructura propia de un Estado moderno. Este tipo estructura permite que los particulares sean quienes presenten los servicios públicos bajo la vigilancia y reglamentación establecida por la ley y sus reglamentos, figura que fue desarrollada principalmente por la Ley 142 de 1994.

La apertura a la competencia en los servicios públicos fue considerada como uno de los aspectos más importantes que introdujo la Constitución de 1991, y ha traído innumerables beneficios en cobertura, calidad y niveles de prestación de los mismos.

El sector de las telecomunicaciones no ha sido ajeno a este desarrollo, y ha sufrido varias transformaciones en los diferentes mercados que lo componen. El desarrollo en los servicios públicos de comunicaciones merece un especial análisis en tanto la competencia puede resultar bastante importante en términos de eficiencia estática (precios-costos) y eficiencia dinámica (nuevos servicios, innovaciones, servicio al cliente, servicios complementarios y posventa, etc.).

Así mismo, no puede perderse de vista que el artículo 333 de la Constitución estableció un sistema económico que ha sido denominado como una economía social de mercado. Lo anterior se traduce en una economía que se rige por los principios de liberales de economía acentuados por una intervención del Estado para evitar que se atente contra la libre competencia y cuando la prevalencia

del interés general así lo amerite. Como regla general, se establece una intervención *ex post* en la economía, con lo cual se dejó los mercados libres de regulación, con el fin de permitir que estén sujetos al libre juego de la oferta y la demanda⁹.

Sin embargo, como mencionamos, la concepción de servicio público en Colombia, se encuentra consagrada en el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos:

“**Artículo 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

Partiendo de lo establecido en la norma constitucional y del análisis realizado por la jurisprudencia constitucional¹⁰, se puede afirmar que la prestación de los servicios públicos en condiciones de eficiencia y calidad a los ciudadanos no es solo un mero deber. Esta actividad es la manifestación de la razón de ser del Estado, por cuanto este nace del pacto social que realizan los ciudadanos para que se atiendan las necesidades que surgen de la vida en comunidad y se atiendan los intereses públicos.

Y respecto de las condiciones de los mercados de los servicios públicos, se ha previsto que se debe promover la competencia en los mismos. Esta decisión no obedece a una línea de pensamiento económico o político, sino que parte del postulado económico que

9 La sentencia C-398 de 1995 M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO analizó el principio de Libre Competencia en Colombia.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-540 de 1992. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

predica que por regla general la mayor eficiencia para los consumidores/usuarios se alcanza en los mercados en competencia¹¹, lo cual está en línea con los postulados políticos que buscan el bienestar de los consumidores.

1.2.2 Las TIC y los servicios públicos

En el sector de las telecomunicaciones la liberalización de la prestación del servicio se realizó antes de la promulgación de la Constitución de 1991, mediante la expedición del decreto 1900 de 1990. Esta norma se expidió con base en las facultades excepcionales otorgadas por la Ley 72 de 1989, con el fin de que fijara las funciones del entonces Ministerio de las Comunicaciones y su estructura interna, pero más importante aún, se otorgaron facultades presidenciales para *“Dictar las disposiciones necesarias para la conveniente y efectiva descentralización y desconcentración de sus servicios y funciones”* abriendo de esta manera el espacio para la descentralización por colaboración.

Paralelo a lo anterior, con la expedición de la Constitución de 1991, se produce una primera ruptura en el sector, en razón a que se otorgó a la Comisión Nacional de Televisión órgano que es autónomo del poder ejecutivo, en los términos de los artículos 76 y 77 de la carta, la facultad de regular los temas de acceso y contenido en materia de televisión.

Esta división va en contravía de la tendencia hacia la convergencia¹² como la característica más visible del sector de las telecomuni-

11 La doctrina económica ha considerado que existe mercados, como los mercados de dos puntas en los cuales la máxima eficiencia no siempre se alcanza a través de la libre competencia, por lo cual deben introducir instrumentos para alcanzarla. (Rochet 2007).

12 Al respecto se puede mirar la aproximación de LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA sobre la convergencia *“Como se ha mencionado, el entorno tecnológico de las redes de telecomunicaciones ha cambiado. Ha generado en primer lugar, la posibilidad de optimizar las redes de los operadores de manera que a través de una única red puedan prestarse varios y diferentes servicios de telecomunicaciones y, también que los usuarios pueden escoger el operador de servicios que mejor satisfaga sus necesidades de comunicación, entre ellas las relacionadas con la calidad deseada,*

caciones, lo cual acarrea grandes problemas administrativos, como es la igualdad en el trato, la formulación de políticas sectoriales, los desarrollos y proyectos de investigación, entre otros que han colaborado con el atraso que muestra el sector en Colombia.

Así mismo, a partir de la Constitución de 1991 se genera una segunda división en el sector de las telecomunicaciones, al clasificarlos en dos categorías los servicios públicos, domiciliarios y no domiciliarios. Los servicios públicos domiciliarios se caracterizan por: **(i)** Estar dirigidos a satisfacer necesidades. **(ii)** Su consumo mínimo es requerido para atender las necesidades básicas inherentes a la persona. **(iii)** Tiene una naturaleza homogénea y masiva, **(iv)** Se prestan a través de elementos físicos¹³.

Por el contrario, no son servicios públicos domiciliarios aquellos que no persigan dicha finalidad. Con base en lo anterior dentro de la primera categoría se incluyeron los servicios de telefonía pública básica conmutada, la telefonía móvil rural y los servicios complementarios a estos servicios. Por otra parte en la segunda categoría se incluyeron los servicios de telefonía móvil celular, los servicios de valor agregado y complementarios.

Esta división fue el parámetro que rigió por casi veinte años el desarrollo de la regulación en el sector de las telecomunicaciones, generando una regulación dispersa por servicios, como cual se puede observar con la expedición de la Ley 37 de 1993 para telefonía móvil celular. Ley 142 de 1994, Ley 286 de 1996, la Ley 555 de 1999 para PCS la Ley 689 de 2001, los Decretos Reglamentarios sobre servicios de valor agregado y el acceso troncalizado.

Surge entonces la necesidad de cambiar esta concepción y avanzar a una regulación por mercados, como consecuencia de la convergencia y la disolución de las barreras tecnológicas para prestar los servicios, por ejemplo la telefonía a través de fibra óptica

el precio oferido y los servicios y aplicaciones requeridos” en el libro *Derecho de las telecomunicaciones*. Editorial Temis y Ediciones Uniandes. Bogotá. 2008. pág. 3.

13 PALACIOS MEJÍA, HUGO, *El derecho de los servicios públicos*. Editorial Derecho Vigente, Bogotá. 1999, pág. 39.

y los servicios de televisión a través de los pares de cobre usados para la telefonía pública básica conmutada.

En la actualidad existe una tendencia hacia la unificación de la regulación como respuesta al fenómeno de la convergencia, y la necesidad de aunar las políticas sobre los servicios, incluido el servicio público de televisión.

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1341 DE 2009

Con base en las facultades extraordinarias establecidas en el artículo 14 de la Ley 72 de 1989 se expidió el decreto 1900 de 1990, el cual tenía por objeto reformar la regulación de los servicios de telecomunicaciones, con el fin de adecuarlas a los fines y principios establecidos por la Ley 72 de 1989.

En la reglamentación de la ley se hace mucho más explícito y se desarrolla el postulado de la libre competencia en los mercados de las telecomunicaciones, desde los procesos selectivos hasta las medidas regulatorias y la orientación de las políticas de intervención del Estado en la economía.

Vemos entonces como el artículo 6 del decreto 1900 establece que *“El Estado garantiza el pluralismo en la difusión de información y en la presentación de opiniones, como un derecho fundamental de la persona, del cual se deriva el libre acceso al uso de los servicios de telecomunicaciones”*. Esta afirmación, impone la obligación implícita de promoción de la competencia en los mercados de las telecomunicaciones, con el fin de poder permitir a los ciudadanos acceder a estos servicios libremente, poder escoger, como ocurre en los mercados en competencia, entre varias opciones.

Por otra parte el artículo 13 del mismo decreto establece lo siguiente:

“Artículo 13. Las concesiones de servicios de telecomunicaciones de que trata el presente decreto deberán otorgarse de modo tal que se promuevan

la eficiencia, la libre iniciativa y competencia, la igualdad de condiciones en la utilización de los servicios y la realización plena de los derechos a la información y al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones”.

Este artículo nos presenta de forma clara la interrelación que existe entre todos estos conceptos, y su relación medio-fin en tanto la libre iniciativa genera eficiencia y ambos son resultado de mercados en competencia, lo cual conlleva a una igualdad de condiciones en los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, y sirve como un instrumento que permite la realización plena de los derechos a la información y el libre acceso a los servicios de las telecomunicaciones.

El deber de promover la competencia en cabeza del Estado, debe ser respetado desde el proceso mediante el cual se otorgan las concesiones para prestar los servicios de telecomunicaciones a los particulares. Es claro que la pluralidad de oferentes es una condición *sine qua non* para mercados competitivos, por lo cual el Estado como administrador del espectro radioeléctrico, el insumo principal para prestar servicios de telecomunicaciones, debe propugnar por garantizar que cualquier particular que desee participar en proceso para la adjudicación de un permiso para el uso del espectro debe garantizársele sus derechos.

La violación de los derechos o la negación injustificada el permiso para prestar servicios de telecomunicaciones es un hecho que tiene grandes repercusiones en los mercados, puesto que esto se traduciría en un fomento estatal hacia los monopolios. Así pues este artículo tiene una importancia trascendental, y sus postulados influyen hasta nuestros días las normas del sector.

El decreto 1900 también esboza los primeros trazos de la importancia de la neutralidad tecnológica y la interconexión de las redes respecto de la promoción de la competencia¹⁴. En efecto, la libertad de escogencia de terminales móviles, de adopción de tecnología para las redes tanto en sus elementos físicos como lógicos así como la interoperabilidad de los mismos, el interfuncionamiento de los

14 Artículo 26 del decreto 1900 de 1990.

servicios y finalmente la libertad de escogencia de operador son elementos fundamentales para promover la competencia y garantizar los derechos de los usuarios.

2.1 LA REGULACIÓN *EX ANTE* Y *EX POST* DE COMPETENCIA

En materia de servicios públicos existen dos regímenes de competencia que se deben diferenciar. En primer lugar está la regulación *ex ante* que es la actividad de administración que realiza el Estado con el fin de lograr un equilibrio en los mercados mediante los lineamientos establecidos en la Constitución, es decir, es la promoción de la competencia en los mercados. Por otra parte, está la regulación *ex post* que es el denominado régimen general de la libre competencia, el cual establece una serie de conductas prohibidas y que implica el ejercicio de la facultad de intervención de la economía a través de procesos administrativos sancionatorios.

2.2 FACULTADES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES

La Ley 142 de 1994 otorgó a las comisiones de regulación las facultades de promoción de la competencia en los diferentes mercados y la regulación de los mismos. En el sector de las telecomunicaciones se creó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, entidad que es una unidad administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial adscrita al Ministerio de Comunicaciones, cuyas funciones se encontraban consignadas en los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994 y artículo 37 del decreto 1130 de 1999. El artículo 73 de la Ley 142 señala lo siguiente:

“**Artículo 73. Funciones y facultades generales.** Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los

competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad”.

Como se puede observar la intervención estatal en este caso es totalmente preventiva en tanto no impone sanciones por conductas, sino por el contrario las comisiones están llamadas a tomar medidas regulatorias con el fin de evitar abuso de la posición dominante y regular los monopolios.

El artículo 73 establece una lista de las facultades generales que tienen las comisiones para cumplir con los fines establecidos en el enunciado de la citada norma. Las facultades en materia de competencia permitían someter a empresas que tuvieran la intención de competir deslealmente con empresas de servicios públicos, reducir la competencia entre empresas de servicios públicos, o que abusaran de la posición dominante en la provisión de bienes similares a los proveídos por las ESP a la vigilancia de la SSPD¹⁵.

Así mismo se permitía a las comisiones establecer los modelos de eficiencia y calidad, control a las concentraciones empresariales y facultades para ordenar escisiones¹⁶, regular el acceso e interconexión de infraestructuras y redes¹⁷, y establecer los mecanismos para evitar la concentración de la propiedad de las ESP¹⁸.

El artículo 74 de la Ley 142 de 1994 estableció las facultades específicas para las diferentes comisiones de regulación en los temas de energía, saneamiento y acueducto, y telecomunicaciones.

Finalmente debemos referirnos al artículo 37 del decreto 1130 de 1999. Esta norma modificó la estructura del sector administrativo de las comunicaciones asignándole nuevas funciones a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

El artículo delimita de una forma más clara cuáles son las funciones de la CRT en el mercado de las telecomunicaciones, ya que le permite el adecuado ejercicio de las medidas regulatorias que

15 Artículo 73.2 Ley 142 de 1994.

16 Artículos 73.13, 73.14 y 73. 15 de la Ley 142 de 1994.

17 Artículo 73.22 de la Ley 142 de 1994.

18 Artículo 73.25 de la Ley 142 de 1994.

le ha establecido se pueden imponer en cabeza de los operadores de telecomunicaciones. Es claro que el énfasis de la norma está dirigido a los operadores con posición dominante, y se promueve el uso de medidas regulatorias que estén dirigidas a mitigar los efectos de esta situación de mercado¹⁹.

En materia de facultades regulatorias el principal logro de la CRT, dando aplicación al contenido de la Resolución CRT 087 de 1997, fue establecer la obligación de interconexión e implementarla en cabeza de todos los operadores de telecomunicaciones en el país. La interconexión elimina significativamente las barreras de mercados en la salida de las llamadas y garantiza el derecho a los usuarios de elegir libremente el operador y a la vez de comunicarse entre ellos.

En la segunda parte de esta década terminados los conflictos de interconexión se inicia una nueva etapa de promoción de la competencia en el mercado de telefonía móvil celular implementado nuevas medidas regulatorias. Con base en las facultades establecidas en la regulación, específicamente en el decreto 2870 de 2007 la CRC inicia el proceso de determinación de mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*.

Este proceso culminó con la Expedición de las Resoluciones CRC 2058, 2062, 2066 y 2067 de 2009. La primera resolución delimitó cuáles eran los mercados que existían en el sector de telecomunicaciones, y cuáles a su juicio deberían ser examinados con mayor cautela en tanto podría presentar problemas de competencia. Uno de los mercados identificados fue el mercado de voz saliente móvil.

Al analizar el mencionado mercado se encontró que el operador COMCEL tenía posición dominante, por los motivos expuestos en la Resolución CRC 2062 de 2009. La principal consideración de

19 Las medidas regulatorias que se pueden imponer a los operadores con posición dominante se encuentran consagradas en el Régimen Unificado de Interconexión y el decreto 2870 de 2007 sobre títulos habilitantes.

la CRC fue la participación de mercado que tenía el operador, más allá de otros factores que se pueden tener en cuenta para ello²⁰.

Establecida la posición dominante del operador, la CRC procedió a imponer en la Resolución 2066 y en la 2067 dos medidas regulatorias. La primera medida reguló la tarifa *off net* de los usuarios de COMCEL buscando balancearla con la tarifa *on net*. En segundo lugar se expidió la Resolución 2067 de 2009 mediante la cual la CRC le impuso la obligación de expedir una oferta mayorista sobre los servicios que prestaba en el mercado de voz saliente móvil²¹ para promover el desarrollo de los contenidos y aplicaciones.

En la actualidad la CRC está adelantando una revisión de los mercados relevantes y está a punto de señalar cuáles son las medidas de carácter general y particular que adoptarán. Preliminarmente en los comentarios realizados por los operadores, pareciera que la situación de competencia en el mercado no ha mejorado y se requerirá nuevas medidas regulatorias de carácter general y particular con el fin de continuar incentivando la competencia, principalmente mediante una regulación de las tarifas para aumentar la presión competitiva.

2.3 RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA DE CARÁCTER *EX POST*

La Ley 142 de 1994 establecía el Régimen de Competencia en materias de servicios públicos domiciliarios y los servicios públicos no domiciliarios estaban sometidos al Régimen General de la Libre Competencia²². En razón a lo anterior, las telecomunicaciones, dependiendo de su clasificación en cada una de las dos categorías diferentes estaban sometidas a regímenes de competencia y autoridades de competencia diferentes.

20 Otro factores que autoridades toman para determinar la existencia de una posición dominante son: (i) Barreras de entrada, (ii) Ausencia de bienes sustitutos, (iii) Situaciones de dependencia en el mercado, (iv) Ventajas tecnológicas, (v) Reputación del agente de mercado, (vi) Red de distribución, (vii) Integración vertical del agente de mercado.

21 De acuerdo con el análisis de mercados relevantes adelantado por la CRC hacen parte de los servicios del mercado de voz saliente móvil los minutos y los SMS.

22 Artículo 55 de la Ley 37 de 1993

Los servicios públicos domiciliarios estaban sujetos a las normas contenidas en la Ley 142 de 1994. El artículo 34 de la normativa de servicios públicos consagraba una cláusula general de libre competencia, la cual adolecía de una confusión entre las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal. Este mismo comentario debe extenderse al artículo 98 que trata las prácticas restrictivas tarifarias²³.

Por otra parte en los artículos 14.13, 34.6, 45 y 133 de la Ley 142 de 1994, los cuales definen la posición dominante y las conductas que constituyen un abuso de la posición dominante, se puede observar cómo el legislador confunde los conceptos de posición dominante contractual con la posición dominante que puede tener un agente de mercado, conceptos totalmente diferentes²⁴.

Los errores de técnica legislativa y la existencia de dos autoridades de competencia diferentes dificultaron la aplicación de las normas de libre competencia en este sector económico.

3. LA LEY 1341 DE 2009 DE LAS TELECOMUNICACIONES HACIA LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

3.1 LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA LEY 1341 DE 2009

Como se analizó en este documento, en la década de los noventa el sector de las telecomunicaciones se fue dividiendo progresivamente, hasta alcanzar gran dispersión normativa, incluso en cuanto al régimen de competencia. En efecto el sector de las telecomunicaciones se dividía en servicios públicos domiciliarios, y los no domiciliarios, aparte de las facultades en cabeza de la

23 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, El derecho de la competencia en el sector de las Telecomunicaciones. Compilación Reflexiones y tendencia del sector de las telecomunicaciones. Fondo de Publicaciones, Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. 2004, pág. 213.

24 Para profundizar en el tema ver “MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. El Derecho de la Competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, disponible en www.centrocedec.org

CNTV sobre la televisión. Sin embargo la Ley 1341 en su artículo 10 señaló lo siguiente:

“**Artículo 10. Habilitación general.** A partir de la vigencia de la presente ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”.

Esta norma define la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones como un servicio de carácter público que se ofrece bajo titularidad del Estado, con miras a simplificar y unificar el régimen de telecomunicaciones, que por lo demás era uno de los objetivos de la Ley 1341 de 2009²⁵. En línea con lo anterior el artículo 73 derogó la Ley 72 de 1989, el Decreto 1900 de 1990 y la Ley 37 de 1993 y Ley 555 de 2000 que realizaban la distinción arriba mencionadas, y en general todas aquellas en contra de las disposiciones que se consagraron en la Ley 1341 de 2009. Respecto de la Ley 142 de 1994 el artículo 73 señaló lo siguiente:

“**Artículo 73.** A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios”.

El artículo continúa dejando vigente las normas sobre el régimen tributario, laboral, naturaleza jurídica de las empresas, y otras disposiciones que no están relacionadas con el régimen de competencia o la prestación de los servicios. Lo anterior termina con la distinción entre servicios públicos de telecomunicaciones de carácter domiciliario. De esta forma vemos que se completa la

25 Ver exposición de motivos proyecto de Ley 112 de 2007. “A medida que Colombia se dirige hacia la masificación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a la expansión de la inversión privada para mejorar la infraestructura de comunicaciones y a la diversificación de servicios, se hace necesario la dinamización y cohesión de las políticas públicas del sector para los avances tecnológicos”.

unificación de régimen es y todos los servicios de telecomunicaciones, excepto el servicio postal y la televisión, quedan cobijados por la Ley 1341 de 2009.

Adicional a lo anterior la Ley 1340 de 2009, la cual se actualizó el Régimen General de Competencia estableció la facultad privativa en cabeza de la SIC de conocer de las prácticas restrictivas de la competencia en los siguientes términos:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación. Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

Artículo 6. Autoridad única. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”. (Subrayado fuera de texto).

De esta forma, en materia de protección de la competencia y represión de conductas restrictivas de la competencia al sector de las telecomunicaciones se aplicarán las normas contenidas en el régimen general de libre competencia contenidas en la Ley 155 de 1959, decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y normas complementarias.

Estas normas han permitido superar una de las principales barreras, de acuerdo con lo que había establecido la doctrina²⁶, en

26 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, El derecho de la competencia en sector de las Telecomunicaciones, *op. cit.*, págs. 193-194. El autor señala que la dispersión normativa, y específicamente la existencia de regímenes de competencia deferentes para cada servicio es uno de los obstáculos que se ha presentado en la aplicación de las normas de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones.

materia de promoción de la competencia en el sector de las telecomunicaciones, un régimen unificado y adecuado para investigar sobre las conductas y prácticas restrictivas de la competencia.

En los primeros capítulos de este documento se analizaron las telecomunicaciones como servicios públicos y el régimen de competencia que las regía. Sin embargo, a partir de la expedición de la Ley 1341 de 2009 es necesario abarcar un nuevo concepto más global conocido como las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el cual pretende abarcar la nueva realidad del sector definidas en el artículo 6 de la Ley como *“El conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes”*²⁷.

Este avance hacia el régimen general de la libre competencia es un reflejo de la tendencia de abandonar la concepción de servicios estrictamente públicos, para abarcar todos los mercados y los agentes que forman parte de las TIC.

3.2 PRINCIPIOS DE LA LEY 1341 DE 2009

La Ley 1341 de 2009, emulando la Ley 142 de 1994, estableció unos principios propios para su aplicación, los cuales deben ser mirados en su conjunto con el objeto de la misma, con la finalidad de obtener una adecuada interpretación y ejecución de sus disposiciones.

“Artículo 1. Objeto de la Ley. La presente ley determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de

27 En contraste la Ley 72 de 1989 definió las telecomunicaciones en los siguientes términos: “Se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos y sonidos, datos o información de cualquier naturaleza, por hilo, radio, medios visuales u otros sistemas electromagnéticos”.

las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información”.

Todos los conceptos contenidos en el objeto son interdependientes uno de los otros; esta circunstancia obliga a que en la expedición de la regulación siempre se debe tener presente la no afectación de los fines perseguidos por los otros principios consagrados y se debe por el contrario buscar iluminar cada concepto con otro con el fin de generar un desarrollo armónico de la ley.

El artículo 2 de la Ley establece los principios orientadores de la misma, los cuales son:

- **Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:** este principio impone en cabeza de las entidades estatales, en desarrollo de la colaboración armónica consagrada en la Constitución, el deber de priorizar el acceso y uso de las TIC en la producción de bienes y servicios en condiciones no discriminatorias en la conectividad, la educación, los contenidos, y la competitividad. Este principio debe verse reflejado en las políticas que establezcan las entidades estatales tanto de planeación, como de ejecución de obras y prestación de servicios, y en el ejercicio de las facultades legales que se les otorguen, como por ejemplo la vigilancia control, y supervisión. Así mismo, se establece que la prioridad es generar la llamada alfabetización digital y apropiación de las TIC en la población, elemento esencial para permitir el desarrollo del sector.

- **Libre competencia:** a partir del principio anterior es posible afirmar que la prioridad de la Ley 1341 de 2009 son los usuarios como objeto final de todas las políticas. Por lo cual en desarrollo de lo anterior se consagra como segundo principio la Libre Competencia. Este principio es un desarrollo del postulado del artículo 333 de la Constitución bajo los parámetros propios del sector de las TIC en los siguientes términos:

“Artículo 2. Principios orientadores.

2. La 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”.

Este principio es un parámetro al cual deberá ajustarse tanto la regulación ex ante que expide la CRC, como las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, en tanto uno de los límites de la intervención será que esta no debe afectar los incentivos a la inversión actual y futura en el sector de las TIC.

- **Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos:** La Ley 1341 de 2009 entiende que la eficiencia en el sector es un pilar para promocionar la competencia y además para garantizar el acceso y uso de las TIC por parte de toda la población. Por otra parte podremos afirmar que existe un uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos cuando estos estén plenamente empleados y generen el mayor número de beneficios en la población.

En desarrollo del derecho a la propiedad y la libertad de empresa, este principio determina de forma más clara cuáles son los límites de la intervención del Estado en la actividad de los agentes de mercado. Como se puede ver privilegia la calidad de los servicios sobre la cobertura, sin relegarla, ya que como vimos es el primer principio de la ley; sin embargo, este no podrá lograrse en sacrificio de la calidad de los servicios.

- **Protección de los derechos de los usuarios.** El principio parte de la protección a los derechos de los usuarios desde una concepción tradicional de las normas, tal y como están contenidas en la Resolución 3066 de 2011. Sin embargo, dentro de este principio también entiende que la protección de los derechos de los usuarios se defienden a través de la promoción de la

competencia, específicamente a través de “precios de mercado y utilidad razonable” y en desarrollo de los principios de transparencia y publicidad de la información de los operadores.

- **Promoción de la inversión.** Este es un principio que busca la protección de la inversión destinada al desarrollo de las TIC. Bajo ese entendido todos los proveedores de redes y servicios tiene igualdad de oportunidad para acceder al uso del espectro, ya plasmado en el artículo 75 de la Constitución; sin embargo, este principio debe analizarse en complemento con los anteriores que protegen la remuneración de las redes y los servicios.
- **Neutralidad tecnológica.** La neutralidad tecnológica es el derecho de libre adopción de tecnologías que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones, y garantizar la libre y leal competencia, en el marco de un desarrollo ambiental sostenible. El tema de la neutralidad tecnológica es sumamente importante, por cuanto los proveedores de redes deben garantizar que sus redes sean interfuncionales con las diferentes tecnologías, y permitan la adecuada prestación de los servicios de forma tal que la tecnología que se adopte no sea una barrera de acceso a los mercados. Así mismo establece un deber de solidaridad por parte del Estado, en tanto este deberá propiciar porque todos los agentes de mercado que prestan servicios evolucionen hacia las mismas tecnologías con el fin de incentivar la competencia entre las mismas. Un ejemplo de estos es el fomento a la implementación y migración de los operadores a las redes de nueva generación por parte del Estado²⁸.
- **El derecho a las comunicaciones, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC.** Todos los principios anteriores están dirigidos a generar los medios adecuados para que el Estado a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones pueda garantizar los

28 La neutralidad tecnológica debe analizarse también desde la perspectiva de la libertad de expresión en Internet y la regulación de contenidos en este medio.

siguientes derechos: La libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la educación y el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. Así mismo en desarrollo del derecho a la igualdad de oportunidades y a una vida digna, el Estado deberá establecer programas enfocados a las poblaciones más vulnerables con el fin que estas puedan efectivamente acceder a las TIC.

3.3 PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LAS TIC

Como habíamos señalado con anterioridad, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional el Estado al intervenir la economía debe realizarlo siempre observando los principios establecidos por la jurisprudencia constitucional²⁹.

En consecuencia, la intervención del Estado en la economía: **(i)** Debe llevarse a cabo por mandato de la ley³⁰; **(ii)** No puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa³¹; **(iii)** Debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía³²; **(iv)** Debe obedecer al principio de solidaridad³³; y **(v)** Debe responder a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad³⁴.

El artículo 4 de la Ley 1341 de 2009 estableció unos fines propios de intervención del Estado en el sector de las TIC, estos principios marcan los lineamientos para el ejercicio de las facultades otorgadas a los diferentes órganos de regulación, vigilancia y control de sector, los cuales deberán aplicar en desarrollo de sus actividades. Bajo ese entendido el test de proporcionalidad y razonabilidad

29 Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

30 Artículo 6 de la Constitución Política de Colombia.

31 Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

32 Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 1994. M.P. ¿?

33 Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

34 Corte Constitucional. Sentencia C-398 de 1995. M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

deberá remitirse a estos principios cuando exista duda sobre la constitucionalidad o legalidad de la intervención del Estado.

3.4 AUTORIDADES DEL SECTOR DE LAS TIC

La Ley 1341 de 2009 implementa un nuevo orden en el sector de las TIC ajustándolo para que este funcionalmente, se encuentre organizado de forma tal que pueda responder a las necesidades que impone el desarrollo de los mercados que lo componen. De acuerdo con la ley existen cuatro grandes entidades del sector que son: (i) MINTIC; (ii) CRC; (iii) ANE; (iv) FONTIC.

El MINTIC es el órgano encargado de trazar las políticas, planes, programas y proyectos del sector de las TIC. En la Ley 1341 de 2009 se mantiene la estructura bajo la cual el MINTIC es el encargado de la administración del espectro electromagnético y quien debe garantizar los derechos relacionados con el acceso al mismo. Este órgano cumple el rol de la implementación de las TIC en la población, para lo cual podrá ejercer todas las facultades otorgadas por la ley para ello, a manera de ejemplo las facultades de vigilancia y control³⁵ que tiene sobre los agentes del sector³⁵.

El segundo órgano del sector es aquel que tiene las funciones más relacionadas con la promoción de la competencia. De acuerdo con el artículo 19 la Comisión de Regulación de Comunicaciones es: *“Es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de*

35 De acuerdo con el artículo 9 el sector de las TIC se compone por *“por industrias manufactureras, comerciales y de servicios cuyos productos recogen, procesan, crean, transmiten o muestran datos e información electrónicamente.*

Para las industrias manufactureras, los productos deben estar diseñados para cumplir la función de tratamiento de la información y la comunicación, incluidas la transmisión y la presentación, y deben utilizar el procesamiento electrónico para detectar, medir y/o registrar fenómenos físicos o para controlar un proceso físico.

Para las industrias de servicios, los productos de esta industria deben estar diseñados para permitir la función de tratamiento de la información y la comunicación por medios electrónicos, sin afectar negativamente el medio ambiente”.

los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad". (Subrayado fuera de texto).

Las facultades otorgadas por la ley a la CRC son de carácter *ex ante* en tanto esta deberá promover la competencia y evitar el abuso de la posición dominante, lo que se traduce en que su intervención no es de carácter sancionatorio sino regulatorio. Para ello, la ley dota de amplias facultades a la CRC las cuales deben ser interpretadas e iluminadas con los novedosos conceptos incluidos en ella, puesto que de ser leídas por sí solas pueden resultar a primera vista muy similares a las contenidas en el decreto 1130 de 1999. Estas facultades serán analizadas con posterioridad en este documento.

Por otra parte, el legislador crea la Agencia Nacional del Espectro, cuyo objeto es *"brindar el soporte técnico para la gestión y la planeación, la vigilancia y control del espectro radioeléctrico, en coordinación con las diferentes autoridades que tengan funciones o actividades relacionadas con el mismo"*. La ANE es una Unidad Administrativa Especial adscrita al MINTIC, que debe brindar apoyo en la gestión y administración del espectro radioeléctrico, con lo cual se establece una entidad especializada en la administración técnica de este bien de carácter público. Llama la atención el numeral 10 del artículo 26, norma que le permite adelantar investigaciones por las infracciones al régimen del espectro con lo cual se le otorgan funciones de policía administrativa.

Finalmente se remplaza el Fondo de Comunicaciones que había sido creado mediante el decreto 129 de 1976 por el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Este fondo deberá apoyar al MINTIC en el desarrollo de las políticas y programas de apropiación de las TIC en la población, lo cual es esencial para el desarrollo del sector. Así esta entidad estará a cargo del acceso universal a las TIC y la ampliación de la cobertura, tanto de los mercados existentes como en la investigación en nuevos mercados. Esta entidad será la encargada de vigilar la eficiencia en el uso de los recursos en el sector, y de medir los avances en materia de apropiación de TIC.

3.5 HABILITACIÓN GENERAL

En Colombia existen tres conceptos claves para la prestación de redes y servicios de telecomunicaciones **(i)** La concesión para prestar servicios de telecomunicaciones. **(ii)** El permiso para usar el espectro electromagnético, y **(iii)** La autorización para instalar las redes de telecomunicaciones. Cada uno de estos permisos tiene su propia regulación y contraprestación a favor del Estado.

La autorización para instalar redes es el acto administrativo mediante el cual el MINTIC autoriza a los concesionarios de servicios de telecomunicaciones para “*establecer, modificar, ensanchar, renovar, ampliar o expandir las características iniciales establecidas para las redes y los sistemas de telecomunicaciones o para la prestación de servicio o el desarrollo de actividades de telecomunicaciones*”. Estos permisos causaban una contraprestación que se encontraba regulada en los artículos 29 y 30 del decreto 1972 de 2003.

Respecto de las concesiones, de acuerdo con el artículo 4 del decreto 1900 de 1990, las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, quien podrá prestarlo de forma directa o mediante la concesión de conformidad con las normas vigentes. En esta línea, el artículo 2 del decreto 1972 de 2003 define la concesión en los siguientes términos:

“**Título habilitante.** Acto mediante el cual el Ministerio de Comunicaciones otorga en forma temporal a una persona natural o jurídica, pública o privada la facultad de prestar servicios de telecomunicaciones o desarrollar actividades de telecomunicaciones”.

La Ley 1341 de 2009 prescinde de los títulos habilitantes e implementa la habilitación general para la prestación de servicios de telecomunicaciones en los siguientes términos:

“**Artículo 10.** A partir de la vigencia de la presente ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las

Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico”.

El artículo 10 de la Ley 1341 habilita de forma general la prestación de redes y servicios de telecomunicaciones, a toda persona que quiera ejercer esta actividad. Esta norma elimina las barreras que representaban los títulos habilitantes para cada servicio, lo cual es un desarrollo de la regulación por mercados. Además la habilitación general incluye la autorización para instalación de redes de telecomunicaciones, como consecuencia lógica de la habilitación general y el espíritu del legislador de remover las barreras en los mercados de telecomunicaciones.

Finalmente está el permiso para utilizar el espectro electromagnético. El espectro electromagnético comprende tanto el espectro radioeléctrico, como los demás medios físicos utilizados para la transmisión de datos y mensajes, tales como los cables o ductos de cualquier tipo. En el régimen anterior se definía el permiso como:

“Acto administrativo que faculta por un término definido a una persona natural o jurídica para usar una o varias porciones específicas del espectro radioeléctrico para la prestación de servicios o el desarrollo de actividades de telecomunicaciones”

Ahora bien, la Ley 1341 refleja los postulados constitucionales que señalan la necesidad de adelantar procesos de selección objetiva en la asignación del espectro electromagnético a particulares para que presten servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, a diferencia del régimen anterior, la Ley 1341 estableció tres causales de contratación directa bajo las cuales el MINTIC podría asignar directamente los permisos de uso del espectro, **(i)** En aquellos casos en los que el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan, **(ii)** Cuando prime la continuidad del servicio o **(iii)** Cuando prime la ampliación de la cobertura.

Estas facultades fueron objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, la cual se pronunció, al respecto mediante la sentencia C-403 de 2010. En esta providencia el juez constitucional consideró que deberían declararse inconstitucionales las causales 1 y 3, por cuando violaban los postulados de la carta, específicamente el pluralismo informativo y el derecho a acceder en condiciones de igualdad al espectro electromagnético. Así pues, en la actualidad el MINTIC solo podrá otorgar directamente el permiso del uso del espectro cuando prime la continuidad del servicio, por lo cual cualquier otra asignación de espectro deberá respetar los postulados del principio de selección objetiva en desarrollo de los postulados constitucionales sobre el uso del espectro electromagnético.

Además de la habilitación general y el permiso para el uso del espectro electromagnético, los proveedores de redes y servicios deberán inscribirse en el registro establecido en el artículo 15 de la ley.

En esta circunstancia estamos ante una simplificación de las barreras regulatorias para acceder a los mercados de telecomunicaciones con lo cual se incentiva la entrada de nuevos participantes en los diferentes mercados, y facilitar el desarrollo de las actividades de los mismos en un ambiente de convergencia de servicios.

3.5.1 La habilitación general, el régimen de transición y los contratos de concesión con los operadores

Si bien es cierto que el artículo 10 habilita de forma general la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, la ley no pudo desprenderse del mismo problema que se había planteado con la expedición del decreto 2870. A pesar que el espíritu del decreto de convergencia era generar la posibilidad de expedir títulos habilitantes convergentes, la misma norma excluyó de su ámbito de aplicación los servicios de TMC y PCS, entre otros.

En el artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 se estableció el régimen de transición de aplicación de sus disposiciones, el cual determinó lo siguiente:

“**Artículo 68. Régimen de transición.** Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, podrán mantener sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones hasta por el término de los mismos, bajo la normatividad legal vigente en el momento de su expedición, y con efectos solo para estas concesiones, licencias, permisos y autorizaciones. De ahí en adelante, a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones se les aplicará el nuevo régimen previsto en la presente ley”.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 determina que los antiguos operadores tienen la potestad para escoger si se acogen al nuevo régimen o si por el contrario continúan con el régimen previsto en el decreto 1900 de 1990 y 2870 de 2007. Este régimen de transición se prolongará hasta que se venza el plazo inicial de la concesión o su prórroga, después del cual deberán acogerse a lo dispuesto por la Ley 1341 de 2009.

Más importante aún el inciso tercero de la misma norma establece lo siguiente:

“**Artículo 68. Régimen de transición.**

(...)

En las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la reversión solo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial”.

(Subrayado fuera de texto).

El artículo 68 estableció un régimen de transición sumamente complejo el cual les permite a los operadores³⁶ mantener las normas vigentes respecto de sus concesiones, licencias, permisos y autorizaciones; sin embargo, establece una serie de excepciones, comprendidas por normas de inmediata aplicación, como lo es el aparte arriba citado.

36 En la Ley 1341 de 2009 se cambia el concepto de “operadores” por el de “proveedores de redes y servicios”.

En este punto es relevante recordar que en los contratos de concesión celebrados con el Estado es de la naturaleza del contrato que se pacte la cláusula de reversión sobre los bienes públicos objeto del mismo³⁷. Por otra parte siempre se ha considerado que la red de telecomunicaciones estatal comprendía aquellas “*cuya instalación, uso y explotación se autoricen*”³⁸.

Las normas que establecían lo anterior fueron derogadas por los artículos 10 y 68 de la Ley 1341 en tanto la instalación de redes se habilita de forma general, y en los contratos de concesión que se celebren, o que estén vigentes, a partir de la expedición de la ley se entenderá que la reversión solo incluye el restablecimiento de las frecuencias del espectro radioeléctrico al Estado, dejando por fuera las redes instaladas. A la luz de lo anterior, al término de sus concesiones los proveedores de redes y servicios podrían retirar sus instalaciones.

3.5.2 La competencia basada en infraestructura y la competencia basada en los servicios

Antes de analizar cuáles son las facultades que se le han otorgado a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, es necesario describir el marco teórico de la promoción de la competencia en las TIC en la actualidad.

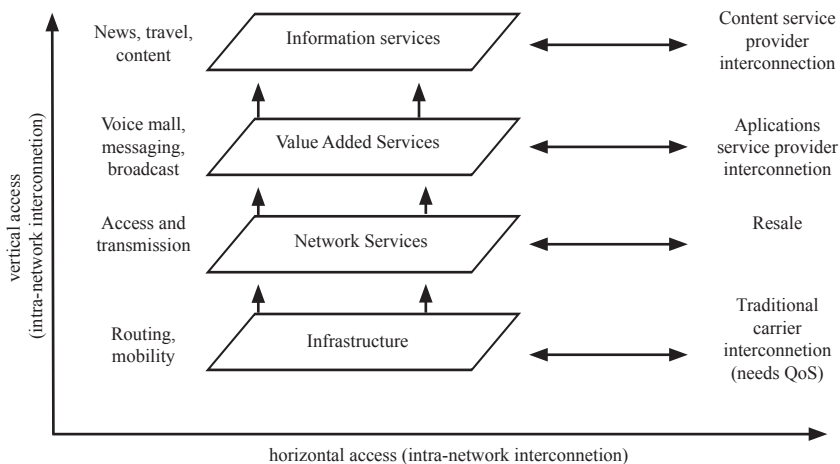
La directiva marco europea 2002/21/EC establece que las agencias regulatorias nacionales (en adelante ANR) deben promover la competencia en la provisión de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y similares. Para ello, deberá promocionar la inversión eficiente en infraestructura y promover la innovación. Es decir, se deberá promocionar la competencia incentivando la entrada de nuevos operadores (Habilitación general, Deber de interconexión, Cargos de acceso a redes regulados, portabilidad numérica) y a la vez la innovación (Uso compartido de infraestructura, Operadores móviles virtuales, Contenidos y aplicaciones, etc.).

37 Numeral 2, artículo 14 y artículo 19 de la Ley 80 de 1993.

38 Artículo 14 decreto 1900 de 1990.

La competencia basada en infraestructura también ha sido denominada como la promoción del acceso horizontal (entre operadores) y el acceso vertical (proveedores de servicios agregados, de contenidos y aplicaciones, operadores móviles virtuales y comercializadores de redes y servicios).

La promoción de competencia entre infraestructuras se relaciona con la competencia estática, la cual consiste en una competencia a través de cobertura y precios, en la cual los operadores buscarán la manera de reducir costos para atraer más clientes a través de menores costos.



Sin embargo, este tipo de competencia puede generar condiciones de mercado paradigmáticas las cuales puede representar grandes retos para las autoridades nacionales de regulación. En efecto, al promover la competencia a través de precios, y la guerra por cautivar más usuarios los proveedores de los servicios se ven incentivados a ofrecer promociones y tarifas *on net* (entre usuarios de la misma red), los cuales pueden ser substancialmente más bajos que las tarifas de los servicios terminados en las redes de otros operadores. Esto conlleva a que un proveedor que tenga

una posición significativa en el mercado³⁹ genere un efecto club, generando una dinámica difícil de superar.

Sin embargo, el escenario del efecto club no es el peor que se puede presentar. Como analizamos en este documento la interconexión fue una de las primeras medidas regulatorias que buscaba eliminar barreras para la competencia, generando mercados de mayor a tamaño al de la red de un proveedor. Sin embargo, cuando se incentiva a competir en niveles bajos de precios y se gestan las promociones de tarifas *on net*, los consumidores toman la decisión más eficiente y racional, que es adquirir una SIM CARD de cada operador con lo cual pueden siempre tener la tarifa más baja⁴⁰.

Esta es una situación indeseable en tanto los márgenes de ganancia se reducen y eventualmente los competidores dejarán de competir en precios bajos, generando un estancamiento en las tarifas que en largo plazo⁴¹. Además, la reducción de los márgenes de ganancia disminuyen los recursos para expansión de redes e investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, lo cual también en el largo plazo degrada el bienestar de los consumidores. Estas situaciones paradigmáticas han obligado a las ANR a mirar otro tipo de competencia, como es la dinámica promovida a través de una mayor oferta de servicios.

En efecto, la competencia dinámica se mueve en el campo de la innovación y la generación de valor agregado en los servicios, nuevos servicios, nuevos mercados, con el fin de cubrir las necesidades de los clientes, más allá de los que pueden hacerlo los servicios básicos de comunicaciones⁴².

39 La posición en el mercado de las empresas dependen del momento de entrada en el mercado, la tecnología que adopten y su estrategia de comercialización.

40 En el mercado colombiano se ha venido observando una reducción del tráfico en las interconexiones de los operadores. Documento “Consulta Pública. Escenarios Regulatorios para el Mercado Voz Saliente Móvil”, pág. 22.

41 GSR Discussion Paper 2009 “ Mobile Termination Rates - to regulate or not to regulate?” prepared by Dr. Vaiva Lazauskaite, Economic Analyst, Regulatory Environment Division (BDT/ITU)

42 KITTL, JORG; LUNDBORG, MARTIN; RUHLE, ERNST - OLAV, Infrastructure based versus Service Bases competition in Telecommunications: An economic and regulatory review of national implementation strategies.

Ahora bien las agencias regulatorias han optado por la promoción de ambos tipos de competencia puesto que los efectos negativos y positivos de uno y otro se compensarán generando un óptimo bienestar para los consumidores, lo cual ha sido planteado a través de la teoría de la escalera de la inversión de MARTIN CAVE⁴³.

Esta teoría señala que se deben promover tarifas bajas de acceso a los servicios y elementos de red, con el fin de que los operadores entrantes puedan ir escalando hacia la instalación de una red propia, con lo cual se evita generar desincentivos a la inversión en el mantenimiento de las infraestructuras y a su vez se incentivan los dos tipos de competencia, puesto que los operadores entrantes inician prestando servicios, pero en la medida en que se desarrollan estos prestan también sus infraestructuras.

El debate alrededor de los efectos de esta teoría en los mercados no ha sido pacífico, especialmente en Europa donde varios países han adoptado diferentes estrategias con resultados mixtos⁴⁴. En los países que han adoptado políticas orientadas a la promoción de la competencia basada en infraestructura se encontraron menores precios y mayores niveles de penetración en los mercados. Estos efectos se reflejaron especialmente en los mercados de banda ancha y de clientes corporativos⁴⁵.

Por otra parte en los países con regulaciones orientadas a la competencia por servicios, se encontró un descenso en las tarifas mayor (guerra de precios y de servicios), y se han compensado las tarifas de los servicios con los ingresos por otros conceptos (arrendamiento de líneas, precio de terminales, servicios agregados)⁴⁶. Sin embargo, al reducirse las tarifas de los servicios, se puede ver

43 CAVE, MARTIN, Encouraging Infrastructure competition via the ladder of investment. Telecommunications policy 20 (2006). <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308596106000164>

44 KITTL, LUNDBORG, y RUHLE, *op. cit.*, pág. 52, señalan que Alemania, Dinamarca, Francia, Holanda, Suecia y Finlandia han adoptado políticas basadas en competencia entre infraestructura y, Austria, España, Italia, Irlanda y Reino Unido optaron por el sistema basado en competencia de servicios.

45 KITTL, LUNDBORG, y RUHLE, *op. cit.*, pág. 52.

46 KITTL, LUNDBORG, y RUHLE, *op. cit.*, pág. 53.

cómo la demanda en el mismo se aumenta, es decir cada persona usa más cantidad de cada servicio.

KITTL, LUNDBORG y RUHLE presentan las siguientes conclusiones sobre la escalera de la inversión: **(i)** Solo una implementación completa de la escalera de la inversión de Cave traerá efectos positivos en términos de bienestar de los consumidores. **(ii)** La adopción complementaria de la competencia por infraestructura y por servicios neutraliza los efectos negativos de ambos tipos de regulación. En relación con lo anterior, la ministra MARÍA DEL ROSARIO GUERRA señaló en la exposición de motivos de la Ley 1341 de 2009 lo siguiente:

“A medida que Colombia se dirige hacia la masificación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a la expansión de la inversión privada para mejorar la infraestructura de comunicaciones y a la diversificación de servicios, se hace necesario la dinamización y cohesión de las políticas públicas del sector para los avances tecnológicos”. (Subrayado fuera de texto).

Esto se vio reflejado en la Ley 1341 de 2009 a través del principio de protección de la inversión, la habilitación general, y la interconexión promueve la competencia entre las infraestructuras. Así mismo mediante la promoción del uso eficiente de las infraestructuras, el régimen de acceso y uso de infraestructuras y la promoción de los contenidos y aplicaciones se promueve la competencia por servicios. A continuación analizaremos las facultades de la CRC en materia de promoción de la competencia, los cuales se encuentran íntimamente ligadas con la competencia por servicios.

3.6 FACULTADES DE REGULACIÓN *EX ANTE* DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES EN LA LEY 1341 DE 2009

Los numerales 1, 2, 3, 4 y 10 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 establecen la facultad de la CRC de expedir la regulación de competencia en diferentes materias con el fin de maximizar

el bienestar social de los usuarios. Las materias que incluye son:

- (i) Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia.
- (ii) La regulación y promoción de la competencia en los mercados de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones.
- (iii) Expedir regulación de carácter general y particular con el fin de prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas pudiendo proponer reglas de acuerdo a la posición del mercado, siempre que se identifique una falla de mercado.
- (iv) Expedir toda la regulación sobre los aspectos técnicos y económicos relacionados con la obligación de interconexión y las instalaciones esenciales.
- (v) Imponer de oficio o a solicitud de parte, las servidumbres de acceso, uso e interconexión y las condiciones de acceso y uso de instalaciones esenciales, recursos físicos y soportes lógicos necesarios para la interconexión, y señalar la parte responsable de cancelar los costos correspondientes, así como fijar de oficio o a solicitud de parte las condiciones de acceso, uso e interconexión.
- (vi) Expedir el régimen de acceso y uso de redes.
- (vii) La regulación sobre la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, precios mayoristas, las condiciones de facturación y recaudo.
- (viii) Regular el acceso y uso de todas las redes y el acceso a los mercados de los servicios de telecomunicaciones, con excepción de las redes destinadas principalmente para servicios de televisión y radiodifusión sonora, hacia una regulación por mercados.

Consecuente con lo que había sido establecido en la Resolución CRT 087 de 1997 se parte de la base de la obligación de interconexión en cabeza de los proveedores de redes y servicios. Sin embargo, se introducen nuevos conceptos y elementos que forman parte de las nuevas estrategias de promoción de la competencia, para un contexto de convergencia.

En primer lugar, llama la atención el trato de forma separada que se da a los conceptos de acceso y uso de redes, del concepto

de interconexión en el texto de la ley. Al analizar los apartes, en conjunto con el cambio conceptual que vemos en la Ley 1341 de 2009, la cual ya no habla de “operadores” sino de “proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones” y, el numeral 11 del artículo 22 nos permite determinar con claridad que en efecto estamos ante un concepto diferente que aquel mencionado en otras regulaciones de telecomunicaciones:

“Artículo 22. Funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes:

Señalar las condiciones de oferta mayorista y la provisión de elementos de red desagregados, teniendo en cuenta los lineamientos de política del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, garantizando la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura y los incentivos adecuados a la inversión, así como el desarrollo de un régimen eficiente de comercialización de redes y servicios de telecomunicación”. (Subrayado fuera de texto).

Una interpretación armónica de las normas y conceptos mencionados, y en general de las facultades otorgadas a la CRC nos permite afirmar que la Ley 1341 de 2009 facultó a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para regular el acceso y uso de redes y servicios de comunicaciones, con el fin de promover la competencia en los mercados, dentro de lo cual se incluye la expedición de un régimen de comercialización de redes y servicios.

Esto fue desarrollado a través de la Resolución CRC 3101 de 2011 mediante la cual se expidió el régimen de acceso, uso e interconexión de redes de telecomunicaciones”.

La comercialización de redes y servicios de telecomunicaciones no es una idea novedosa o ajena al mundo jurídico, en tanto esta es una figura que ya se encontraba prevista en algunos cuerpos normativos como por ejemplo el GATS. El “General Agreement of Trade of Services” fue suscrito por los países miembros de la OMC en abril de 1997 en el marco de la conferencia de Marrakech.

Además de los múltiples aspectos que se regulan en materia de comercio internacional de servicios, este documento incorpora un anexo que reglamenta el comercio de servicios de telecomunicaciones, el cual contiene la siguiente provisión: *“cada Miembro se asegurará de que se conceda a todo proveedor de servicios de otro Miembro, en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones⁴⁷ y la utilización de los mismos, para el suministro de cualquier servicio consignado en su Lista”⁴⁸.*

Como se puede ver tanto el GATS, como la Ley 1341 de 2009 traen una concepción de servicios de telecomunicaciones que se identifica mucho más con un servicio de naturaleza privada que público.

De acuerdo con los términos utilizados en la Ley 1341 de 2009, parecería ser que el ámbito de aplicación del concepto de comercialización de redes y servicios es mucho más amplio. Vale la pena analizar el contenido de la Directiva de la Unión Europea sobre acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva Acceso)

“El término acceso puede tener múltiples acepciones, motivo por el cual es necesario definir precisamente el sentido en el que se utiliza en la presente directiva, sin perjuicio del uso que de él se haga en otras medidas comunitarias. Un operador puede poseer la red o recursos subyacentes, o arrendarlos total o parcialmente”.

En efecto, el término acceso en la Ley 1341 de 2009, también debe ser visto como el acceso de la población a las TIC, en términos de cubrimiento, tecnología y apropiación. Sin embargo, el acceso desde un punto de vista más técnico puede ser entendido como:

47 Se entiende por “red pública de telecomunicaciones” la infraestructura pública de telecomunicaciones que permite las telecomunicaciones entre dos o más puntos terminales definidos por una red.

48 Literal A, artículo 5. Anexo Telecomunicaciones AGCS. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf

“a) Acceso: la puesta a disposición de otra empresa, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local); el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; el acceso a servicios de redes virtuales”. (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, aun cuando las normas comunitarias no tengan fuerza vinculante en Colombia, si nos permiten iluminar algunos conceptos, que no han sido objeto de regulación por parte de la CRC; sin embargo, tal y como están plasmados en la legislación nos permiten entrever cuáles serán algunas de las medidas regulatorias novedosas contenidas en la Ley 1341 de 2009.

En línea con todo lo anterior, la comercialización de redes y servicios se podría entender como la actividad mediante la cual un proveedor de redes y/o servicios, pone a disposición de otro proveedor los elementos que las conforman con el fin que esté presente servicios a terceros. En esta medida la CRC deberá promover el uso eficiente de las infraestructuras y promover la competencia, incentivando el uso compartido de infraestructuras por parte de los proveedores de servicios, basado en las disposiciones contenidas en la Resolución CRC 3101 de 2011.

Este concepto es diferente a la interconexión como figura que tiene por objeto, valga la redundancia, interconectar las redes de telecomunicaciones con el fin de que los usuarios de una red puedan comunicarse con los de otra red, generando efectos procompetitivos en los mercados. El acceso a las redes bajo este contexto, es el derecho que tiene un operador a acceder en las condiciones determinadas por la ley y la regulación a la red de otro operador. El operador solicitante puede o no tener una red de telecomunicaciones.

Lo anterior abre un nuevo campo para la promoción de la competencia en los mercados de telecomunicaciones, puesto que ahora el campo de acción de las medidas regulatorias de la CRC no solo buscará mayores niveles de competencia en los mercados de competencia de infraestructura sino también en los mercados de competencia por servicios.

Finalmente es relevante observar que la ley retoma la medida regulatoria que había sido introducida en el decreto 2870 de 2007. Dentro de las facultades que se enumeraron al principio se incluye la regulación relacionada con la Oferta Mayorista siguiendo los lineamientos del MINTIC, respetando la remuneración de la infraestructura a costos eficientes y los incentivos a la inversión. Esta figura ya fue objeto de análisis en este documento, y hasta la fecha el MINTIC no ha realizado un cambio a las políticas fijadas en el decreto 2870 de 2007, ni la CRC expedido una nueva regulación, motivo por el cual nos remitamos al mencionado análisis.

De otra parte el artículo 22 también dota a la CRC con otras facultades relevantes para la competencia **(i)** Acceso y uso de infraestructura de otros servicios públicos para la prestación de servicios de telecomunicaciones⁴⁹; **(ii)** Resolver los conflictos que se presenten entre los proveedores de redes y servicios en los términos de la ley⁵⁰; **(iii)** Regular y administrar los recursos de identificación utilizados en la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y cualquier otro recurso que actualmente o en el futuro identifique redes y usuarios.

3.6.1 Uso de las redes de otros servicios en la prestación de los servicios de comunicaciones

El numeral 5 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 faculta expresamente a la CRC para

“5. Definir las condiciones en las cuales podrán ser utilizadas infraestructuras y redes de otros servicios en la prestación de servicios de telecomunicaciones, bajo un esquema de costos eficientes”.

49 Numeral 5 artículo 22 Ley 1341 de 2009.

50 Numerales 9 y 3 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009.

Las normas internacionales, concretamente las decisiones CAN 432 de 2000 y 462 de 1999, en desarrollo de los postulados de la interconexión señala que este derecho comprende también el acceso a las instalaciones esenciales para garantizarlos. De esta forma el artículo 21 de la Decisión CAN 432 de 2000 consideró como instalaciones esenciales: “*acceso a elementos auxiliares y a elementos que sean usados por ambas partes al mismo tiempo, siempre y cuando sea factible y económicamente viable, tales como derechos de vía, ductos, postes, torres, energía e instalaciones físicas en general*”. (Subrayado fuera de texto).

En el artículo 118 de la Ley 142 de 1994, 37 del decreto 1130 de 1999 y 14 de la Ley 555 de 2000, se establecieron en cabeza de la CRC, facultades en este sentido para cada uno de los servicios a los cuales se refería cada cuerpo normativo. Esta facultad tiene importantes efectos competitivos en tanto pretende facilitar el despliegue de la cobertura por parte de los operadores que han entrado al mercado después de los que tiene mayor participación en el mercado, reduciendo los tiempos de crecimiento de la red, y generando mayores condiciones para la competencia.

Al respecto la CRC ha expuesto las posibilidades que la compartición de infraestructuras entre servicios de diferente naturaleza ofrece:

“Las empresas públicas pueden poner a disposición infraestructuras construidas para determinados fines, pero que eventualmente pueden ser aprovechadas por terceros pertenecientes a otros sectores. Tal es el caso de las redes de fibra óptica que pueden utilizarse para la gestión de oleoductos o ferrocarriles. De otra parte, las líneas de tendido eléctrico pueden ofrecer acceso a banda ancha”⁵¹.

De esta manera en países como Chile, Perú y Brasil se han implementado modelos exitosos de compartición de infraestructura, lo cual ha permitido crear económicas de escala que reducen los costos hundidos de los proveedores de redes de telecomunicacio-

51 Documento CRC “Utilización de infraestructura y redes de otros servicios en la prestación de los servicios de telecomunicaciones”, pág. 17. www.crc.com.gov.co

nes, facilitándoles acceder a nuevos mercados y fomentando la inversión en áreas rurales, permitiendo no solo el aumento de la competencia sino el acceso de la población a estos servicios.

3.7 LOS PROVEEDORES DE CONTENIDOS Y APLICACIONES

Los proveedores de contenidos y aplicaciones es un concepto novedoso que se introduce con la expedición de la Ley 1341 de 2009. Estos cumplen un rol doble, en primer lugar un rol central dentro de la promoción de la competencia basada en servicios, en tanto son agentes idóneos para promover la innovación en los mercados.

La Ley 1341 de 2009 reconoce a los Proveedores de Contenidos y Aplicaciones (PCA) como parte del desarrollo e implementación de la Sociedad de la Información. En esta línea el artículo 3 de la Ley determinó que:

“**Artículo 3.** El Estado reconoce que el acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el despliegue y uso eficiente de la infraestructura, el desarrollo de contenidos y aplicaciones, la protección a los usuarios, la formación de talento humano en estas tecnologías y su carácter transversal, son pilares para la consolidación de las sociedades de la información y del conocimiento. (Subrayado fuera de texto).”

La Ley 1341 de 2009 no establece una definición o características de los PCA; sin embargo la Resolución MINTIC 202 de 2010 los define en los siguientes términos⁵²:

“**Artículo 1. Definiciones.**

Proveedor de aplicaciones: Es la persona natural o jurídica que proporciona o suministra servicios de aplicación.

52 Una definición alterna es “*son los encargados de crear y adaptar los contenidos (producción de videos, generación de imágenes, gestión de la información, etc. a formatos compatibles para las aplicaciones de acuerdo a los requerimientos de los dispositivos terminales del usuario*”. Cadena de valor del sector de las telecomunicaciones. Centro de Investigación de las Telecomunicaciones.

Proveedor de contenido: Es la persona natural o jurídica que genera contenido.

Aplicaciones: Conjunto estructurado de actividades realizadas para responder a las necesidades de los usuarios en una situación determinada, con fines de tipo empresarial, educativo, comunicaciones personales o entretenimiento, entre otras. Una aplicación supone la utilización de soportes lógicos y físicos y puede efectuarse de forma parcial o totalmente automática y el acceso puede ser local o remoto, en este último caso se necesitan servicios de telecomunicación.

Contenido: Información generada bajo cualquier modo o forma de expresión, que puede ser distribuida por cualquier medio y es parte de un mensaje que el sistema de transferencia o medio no examina ni modifica, salvo para conversión durante el transporte del mismo”.

El Régimen de Acceso e Interconexión establecido en la Resolución 3101 de 2011 consagró la siguiente definición:

“Artículo 3. Definiciones.

Proveedor: Persona natural o jurídica que sirviéndose de redes de telecomunicaciones, presta a terceros servicios de telecomunicaciones, provee contenidos y/o aplicaciones, o comercializa redes o servicios de telecomunicaciones. Dicho proveedor puede o no operar a una red”.

Esta definición de forma clara desarrolla el espíritu del legislador de la Ley 1341 que buscó reconocer a los PCA como agentes del sector, quienes, podría afirmarse, son quienes impulsarán y guiarán el crecimiento del mismo en el siglo entrante.

Por otra parte, la Ley 1341 de 2009 además de las facultades otorgadas a la CRC para regular el acceso y uso de las redes por parte de terceros, impuso la siguiente obligación en cabeza de los proveedores de redes y servicios:

“Artículo 50. Principios de interconexión, acceso y uso. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán permitir la interconexión de sus redes y el acceso y uso a sus instalaciones esenciales a cualquier otro proveedor que lo solicite, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, para asegurar los siguientes objetivos:

1. Trato no discriminatorio; con cargo igual acceso igual.
2. Transparencia.
3. Precios basados en costos más una utilidad razonable.
4. Promoción de la libre y leal competencia.
5. Evitar el abuso de la posición dominante.
6. Garantizar que en el lugar y tiempo de la interconexión no se aplicarán prácticas que generen impactos negativos en las redes”.

El artículo 29 de la Resolución CRC 3101 de 2011 dispuso lo siguiente:

“**Artículo 29. Disponibilidad de las instalaciones esenciales.** Los proveedores redes y servicios de telecomunicaciones, que tenga la propiedad, la posesión, la tenencia o que a cualquier título ejerzan derechos sobre un bien o control sobre la prestación de un recurso que pueda ser considerado como una instalación esencial, de tal manera que les permita disponer de los mismos, deben poner a disposición de otros proveedores que así lo soliciten, a título de arrendamiento, las instalaciones esenciales definidas por la CRC para facilitar el acceso y/o interconexión, y permitir su adecuado funcionamiento. La remuneración por el arrendamiento de las instalaciones esenciales se establecerá de conformidad con el criterio de costos eficientes.

El proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones no puede exigir al proveedor que solicita el acceso y/o interconexión, la financiación de las obras, equipos u otros elementos necesarios para adecuar las instalaciones esenciales, sin perjuicio que este último voluntariamente se ofrezca a financiarlos”.

Es de observar que la regulación expedida por la CRC en efecto ha permitido que los PCA participen en el mercado y jueguen un rol activo en el desarrollo del sector. Sin embargo, para poder comprender las posibilidades de la aplicación de esta norma y las otras contenidas en el régimen de acceso, uso e interconexión de redes y servicios de telecomunicaciones es necesario remitirse a la naturaleza de estos agentes de mercado.

3.7.1 Cadena de valor del sector de Proveedores de Contenidos y Aplicaciones

Una cadena de valor se define tradicionalmente como una secuencia de actividades que forman y añaden valor a un producto⁵³. Los doctrinantes DEVINE y HOLMQUIST afirman que el mercado de contenidos y aplicaciones está conformado por un cruce de varias cadenas de producción y varios mercados, que ilustran en el siguiente gráfico:

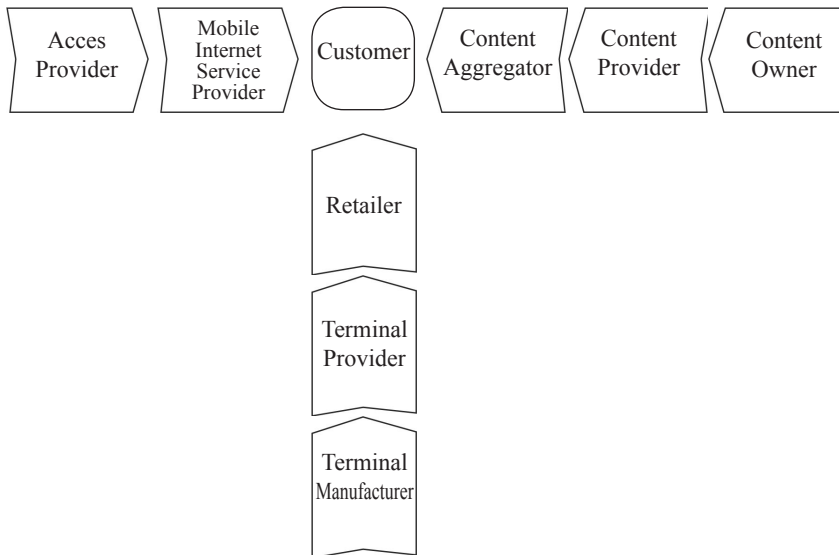


Ilustración 1. Cadena de valor de los contenidos y aplicaciones⁵⁴

La CRC en su documento “Acceso a redes por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones determinó que en el mercado existían los siguientes agentes⁵⁵:

53 Documento “Acceso a redes por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones”. Comisión de Regulación de Comunicaciones. Julio de 2010.

54 DEVINE, HOLMQUIST, *op. cit.*

55 Construida con base en el documento “Cadena de Valor del Sector de las Telecomunicaciones” de CINTEL y “Acceso a redes por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones” elaborado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

- **Fabricante del terminal:** Son los agentes de mercado encargados de desarrollar y fabricar los dispositivos terminales que permiten la comunicación de la información. (Teléfonos celulares, PCs, televisores, PDAs, entre otros).
- **Proveedores del terminal o distribuidores:** son los agentes de mercado que se encuentran entre los fabricantes de terminales y los minoristas. Este rol es asumido por los operadores de los servicios de telecomunicaciones en la mayoría de los casos.
- **Minoristas:** son todos los agentes que provean terminales a los usuarios finales, y obtiene sus beneficios de la venta de equipos de los usuarios.
- **Propietario del contenido:** es quien tiene la facultad legal de autorizar el uso del contenido (información), es el titular del contenido. Los proveedores pueden distribuirlos directamente en internet (Youtube, Blogs, Picasa, Facebook, etc.), caso en el cual adquieren la calidad de proveedores de contenido.
- **Proveedor de contenido:** son los agentes que crean los espacios para que los usuarios puedan acceder a los contenidos (páginas WEB).
- **Agregador de contenido:** son las compañías que consolidan contenidos en un sitio Web. Son los portales Web que recogen contenido y lo agrupan, pero no añaden o crean contenidos.
- **Proveedor del servicio:** es el agente de mercado que provee el servicio a través del cual se accede a los contenidos y usan las aplicaciones. Los usuarios pagan por el tráfico que generan una tarifa plana, por acceso al servicio, o por capacidad de descarga.
- **Proveedor de acceso:** es el agente de mercado que suministra al usuario acceso a su red. Los proveedores de acceso poseen, operan y administran la red y el control de la funcionalidad de los servicios fijos, puede coincidir con el proveedor del servicio.

Las aplicaciones como lo define el MINTIC son la interfase que utiliza los soportes físicos y lógicos para conectar las redes con los terminales (por ejemplo: software), con el fin de poder transmitir los contenidos. Aún cuando la CRC no define una cadena de valor separada para este mercado, es claro que existen desarrolladores de software que proveen sus servicios o bienes a varios de los agentes de la cadena.

3.7.2 *Modelos de negocios de proveedores de contenidos y aplicaciones*

En principio existen cuatro modelos diferentes de negocios, los cuales varían de acuerdo al equilibrio que generen entre las dos principales variables que los rigen. La primera variable comprende los ingresos del proveedor de contenidos y aplicaciones, y la segunda los ingresos que obtiene el proveedor de redes y servicios en los diferentes modelos. La CRC deberá tener en cuenta al regular los mercados estas variables, en tanto considere en cada caso si dará prioridad al principio de protección de la inversión, o a la promoción de la competencia, siempre teniendo en cuenta que las infraestructuras debe remunerarse a costos eficientes más una utilidad razonable.

La CRC ha manifestado que la regulación del acceso a redes por parte de contenidos y aplicaciones tiene el siguiente objetivo:

“Establecer las condiciones técnicas, económicas y jurídicas para el acceso y uso de las redes por parte de los proveedores de contenidos y aplicaciones, que permitan un mayor desarrollo del mercado en condiciones de competencia, transparencia, y trato no discriminatorio. Adicionalmente, se deberán identificar los requisitos mínimos que deben cumplir los proveedores de contenidos y aplicaciones frente al servicio que prestan a los usuarios de servicios de telecomunicaciones y sus obligaciones en términos de calidad y seguridad, entre otros”[□].

Es muy importante resaltar que debe evaluarse la relación que surge entre el usuario y el PCA en tanto el utilizar servicios de telecomunicaciones y otros para prestar su servicio al usuario, ya

sea en calidad de usuario de los servicios de telecomunicaciones, a través de *joint ventures* u otros contratos de colaboración, o los podrá prestar a través de los terminales directamente. Lo anterior genera un complejo mapa de responsabilidades que deberá ser objeto de regulación.

Los PCA pueden escoger uno de los siguientes modelos de negocio:

- **Portal cerrado:** este modelo está orientado a que los operadores adquieran contenidos y aplicaciones para ofrecerlos a través de su propio portal a los usuarios (Ideas COMCEL). Este modelo es una etapa incipiente del modelo de promoción de la competencia, en tanto los proveedores de contenidos y aplicaciones no están dispuestos o no pueden asumir los costos de distribución y comercialización de sus productos. Sin embargo, ante los bajos ingresos que perciben los desarrolladores de contenidos y aplicaciones en este modelo, es poco probable que sea idóneo para promover la innovación⁵⁶.
- **Portal abierto:** este modelo subsume al anterior, en cuanto permite que además del portal propio del operador, se distribuyan contenidos y aplicaciones a través de otros portales. Sin embargo, el proveedor de redes y servicios mantiene un alto porcentaje de los ingresos, y por otra parte el proveedor de contenidos y aplicaciones sigue siendo sumamente dependiente de los recursos del operador; sin embargo, si se elimina el monopolio del operador de agregar contenido.
- **Plataforma y facturación:** este modelo implica que el proveedor de contenidos y aplicaciones debe agregar su propio contenido y solo utiliza la infraestructura del operador y la facturación para poder acceder a los usuarios de este. De acuerdo con la CRC este modelo “es equiparable a la prestación de servicios

56 “Acceso a redes por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones”. Comisión de Regulación de Comunicaciones, pág. 25.

de telecomunicaciones, cuyos operadores no disponen de una red de acceso, como pueden ser los operadores que prestan servicio de larga distancia, nacional o internacional”⁵⁷. Aun más podemos afirmar que estos proveedores desempeñan funciones similares a la de los Operadores Móviles Virtuales, quienes a la luz de los usuarios disponen de las mismas calidades que un operador normal; sin embargo, se diferencian porque no tiene infraestructura propia.

En este modelo los proveedores de contenidos y aplicaciones tienen una alta participación en los ingresos del negocio; sin embargo, los operadores mantienen un alto control de los usuarios, ya que tienen posición dominante respecto del acceso a los mismos, y controlan instalaciones esenciales como el sistema de facturación.

- **Plataforma:** es muy parecido al sistema anterior; sin embargo, en este caso no se requiere del sistema de facturación del operador sino solo de su red para acceder a los usuarios. Este modelo requiere que se presente una relación muy cercana entre el proveedor de contenidos y aplicaciones, y los usuarios de las aplicaciones, por cuanto el sistema de facturación se hace por fuera de las plataformas y sistemas del operador.

En este modelo el proveedor de contenidos y aplicaciones tiene un alto porcentaje de participación en los ingresos, y operador tiene un control reducido sobre los usuarios, en tanto el proveedor de redes y servicios utiliza solo la parte de la red indispensable para la prestación del servicio.

El tema del modelo del negocio representa entonces una de las primeras barreras para el desarrollo de los contenidos y aplicaciones en Colombia. Además de esta existen otros factores de los cuales dependerá que se puedan desarrollar estos mercados

57 “Acceso a redes por parte de proveedores de contenidos y aplicaciones”. Comisión de Regulación de Comunicaciones, pág. 30.

en línea con los presupuestos de la Ley 1341 (competencia, no discriminación, transparencia y respeto por la inversión). De acuerdo con lo que han manifestado los agentes de mercado⁵⁸ los problemas que se deben superar además de los enunciados son los siguientes:

- **Baja alfabetización digital y falta de apropiación de las TIC en la población:** este problema de política estatal, cuya solución ha sido la creación del FONTIC entidad que como vimos debe realizar la labor de asesoría y acompañamiento al MINTIC en la promoción de las TIC y la implementación de la Sociedad de la Información. Un ejemplo de acercamiento a la población ha sido el programa COMPARTEL y COMPUTADORES PARA EDUCAR, mediante los cuales se busca atender y procurar la integración de los sectores más vulnerables con las tendencias actuales de informática y telecomunicaciones.
- **Neutralidad de la red:** este es un tema central en la actualidad, en tanto debe procurarse por el interfuncionamiento de los servicios que se buscan proveer a través de las TIC y las plataformas a través de las cuales se van prestar.
- **Altos precios de los terminales:** de acuerdo con las cifras analizadas en este documento el acceso a través de redes móviles a Internet es un mercado de alto crecimiento en Colombia, que está limitado por el precio de los terminales que permiten este tipo de acceso. En efecto en un país en vías de desarrollo como Colombia, se debe procurar por una disminución de estas tarifas, como efectivamente ha venido sucediendo.
- **Incentivar la inversión en desarrollo de nuevas tecnologías y servicios:** los PCA son un agente incipiente en Colombia por lo cual la mayoría en la actualidad desarrollan su modelo de negocio a través del esquema de portal cerrado. Ya que los

58 “Documento de respuestas al cuestionario del documento de estudio Acceso a redes por parte de contenidos y aplicaciones”. Comisión de Regulación de Comunicaciones, octubre de 2010.

ingresos no son muy altos, son limitados los recursos para investigación y desarrollo de nuevos productos y servicios, generando un estancamiento en un sector marcado altamente por la innovación. Para esto deberá incentivar que los servicios y elementos de red que usan los PCA sean menores.

3.8 LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

Realizado un recuento de las facultades de regulación *ex ante* y de los aspectos novedosos introducidos por la Ley 1341 de 2009, es conveniente revisar ahora algunas de las decisiones que se han producido en el sector de las TIC. Debemos recordar que en materia de regulación *ex post* al sector le son aplicables las normas contenidas en el Régimen General de la Libre Competencia. A continuación presentaremos tres casos que están íntimamente relacionados con las facultades de regulación de la CRC y la posición dominante de los operadores en los mercados.

3.8.1 *Acuerdo de precios e imposición de condiciones discriminatorias por parte de COMCEL (OCCEL y CELCARIBE) y TELEFÓNICA (BELLSOUTH y CELUMÓVIL) de 1997 a 2003*

La investigación se inicia con base en los hechos sucedidos en enero de 1997 y 1998. El 15 de enero de 1997 las 5 compañías de TMC de ese entonces incrementaron la tarifa aplicable a los suscriptores y usuarios de la RTPBC que realizaran llamadas a sus abonados, estableciendo un precio idéntico para ello. En enero de 1998 se presentó la misma conducta, siendo la tarifa establecida la misma para todas las compañías.

Al iniciar la investigación la SIC también pudo constatar que en este caso también se presentaba una discriminación por cuanto la tarifa del tráfico entrante era injustificadamente más alta que la del tráfico saliendo hacia las RTPBC.

Como consecuencia de la investigación la CRT adelantó un análisis sobre la estructura de costos y tarifas de las llamadas entre redes TMCM y TPBCL. El análisis adelantado por la CTR, concluye principalmente que los elementos de infraestructura utilizados para cursar el tráfico entrante no eran en gran medida diferentes a los utilizados en el sentido opuesto, y en consecuencia la diferenciación tarifaria no tiene un fundamento, y a lo menos no era proporcional con la diferencia en los elementos utilizados.

Sin embargo, la investigación fue cerrada en virtud de las garantías ofrecidas por los investigados. La SIC en desarrollo del seguimiento de las garantías ofrecidas por las empresas realizó un monitoreo de los precios cobrados por el uso de la infraestructura por parte de los operadores de redes. En esa medida pudo constatar que las empresas investigadas no habían suspendido la conducta que había sido el motivo de apertura de la investigación, como consecuencia de lo cual decidió iniciar un proceso administrativo para declarar que se había presentado un incumplimiento de las garantías.

Una vez adelantado el procedimiento, mediante Resolución 23881 de 2007 la SIC hizo efectivas las pólizas que habían firmado las empresas investigadas.

3.8.2 Acuerdo de precios e imposición de condiciones discriminatorias por parte de COMCEL (OCCEL y CELCARIBE) y TELEFÓNICA (BELLSOUTH y CELUMÓVIL) de 2005

En esta ocasión la SIC abrió investigación contra Colombia Móvil (TIGO), Movistar (Telefónica) y Comcel por un supuesto abuso de la posición dominante al realizar una discriminación.

Una de las principales controversias en este caso fue la determinación del mercado relevante producto que realizó la SIC. En la Resolución 29631 de 2008 la SIC manifestó lo siguiente:

“De acuerdo con lo expuesto, aun cuando las llamadas de FM y MF tienen similar infraestructura, desde el punto de vista técnico la llamada realizada

desde un fijo y terminada en un móvil es un servicio que no presenta alternativa puesto que el operador al cual está suscrito el receptor de la llamada es el único autorizado para enrutarla, limitando las posibilidades de escogencia del operador para el usuario que realiza la llamada”.

Este hecho ha sido reconocido en la literatura de telecomunicaciones como el famoso monopolio en la terminación de la llamada que tiene cada uno de los operadores respecto de sus usuarios. Es claro que no existe otra forma de llegar a un usuario de un servicio de telecomunicaciones diferente al acceso e interconexión que debe establecerse con la infraestructura del proveedor de redes o servicios respectivos.

En línea con lo anterior, la SIC concluyó que las llamadas de Móvil –Móvil y Móvil–Fijo no eran sustitutos adecuados para las llamadas de Fijo Móvil por cuanto los usos que se les daban a unos y otros servicios no eran los mismos⁵⁹. Así pues, la SIC concluyó que existían tres mercados relevantes producto:

- Llamadas realizadas desde un fijo y terminadas en COMCEL.
- Llamadas realizadas desde un fijo y terminadas en MOVISTAR
- Llamadas realizadas desde un fijo y terminadas en OLA (hoy TIGO)

Una vez determinados los mercados la SIC procedió a revisar el comportamiento de las tarifas para el tráfico entrante y saliente, de acuerdo con lo cual concluyó que las tarifas de la terminación de las llamadas fijo-móvil era injustificadamente superior al de las llamadas móvil fijo. Verificado lo anterior la SIC impuso dos de las investigadas una sanción la violación del numeral 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992⁶⁰.

59 La SIC determinó que aun cuando por los usos los chalequeros y los locutorios eran un sustituto posible, las características de la actividad y la dimensión de estos contrastados con la dimensión de operador celular no permitían establecerlo como un sustituto válido. Al respecto ver Resolución SIC 29631 de 2008, pág. 48.

60 La SIC determinó que TIGO no había incurrido en la práctica por cuanto la tarifa

Contra la Resolución que estableció la sanción las tres investigadas interpusieron recurso de reposición argumentando lo siguiente:

- **La SIC se equivocó en la determinación del mercado relevante:** los sancionados argumentaron que la SIC basó todo su análisis en un estudio realizado con fines regulatorios por parte de la CRC en 2002, a conductas cometidas en 2005, por lo cual el análisis realizado no reflejaba la realidad del mercado. Así mismo, la SIC erró al remplazar el test del monopolista hipotético por una encuesta la cual no puede considerarse una herramienta idónea para realizar el análisis económico que requiere la determinación de un mercado relevante.
- **Los costos analizados no fueron los que realmente incurrieron las empresas investigadas:** los apoderados de las empresas consideraron que el hecho que la SIC hubiese tomado en cuenta los costos presentados por la CRC para la realización de su estudio y no los que realmente pesaron sobre los operadores era una falencia en el análisis económico de la SIC que distorsionaba las conclusiones a las cuales había llegado con base en ellos.
- **Los usuarios de las redes móvil-fijo no son iguales a los usuarios de las redes fijo móvil.** En efecto, debemos estar de acuerdo con este argumento. No es lo mismo, respecto del operador, el usuario abonado a su servicio que firma un contrato con cláusula de permanencia mínima y que garantiza un consumo mínimo del servicio, que el usuario eventual y esporádico con el cual no tiene ninguna relación como es el usuario de la TPBC.

La SIC desestimó que se hubiera cometido un error en la determinación del mercado relevante toda vez que en efecto el usuario que origina sus llamadas en la red fija no tiene opción diferente a la red del operador de TMC. También señaló que esta es una cir-

para llamar de móvil-fijo era superior a la tarifa fijo-móvil.

cunstancia no ha variado y en consecuencia un análisis con base en lo anterior no es infundado.

Sin embargo, la SIC manifestó que si bien tecnológica y económicamente (respecto de los costos) las operaciones eran similares, “resulta insuficiente para insistir en una discriminación de tarifa, si desde la perspectiva de la demanda no se logra acreditar una analogía entre dos grupos de consumidores o proveedores, que permita encuadrar la conducta de las empresas en la descripción legal prevista por el numeral 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992”. Así pues consideró la SIC que en efecto los tipos de usuarios que usaban uno u otro servicio no eran análogos y en consecuencia no podían determinarse que hubiese existido discriminación⁶¹.

3.8.3 Colusión en licitaciones

En 2009 la SIC abrió investigación contra BTLATAM COLOMBIA S.A., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA INFONET ENTERPRISE S.A. y COMSAT INTERNATIONAL INC, INTERNET POR COLOMBIA S.A., GRUPO ODINSA S.A., ANDITEL S.A. y ANDICEL S.A. por la presunta colusión en licitaciones.

La apertura se fundamentó en que las dos uniones temporales habían presentado ofertas similares y coincidentes en la licitación para ser el operador del programa COMPARTEL en dos regiones del país, como se presenta a continuación:

Oferente	Zona 1	Zona 2
UT COMSAT	95% del valor más alto posible	90,5% del valor más alto posible
PSF INTERNET POR AMÉRICA	90,5% del valor más alto posible	95% del valor más alto posible

Los pliegos determinaban que la propuesta ganadora sería aquella que presentara como valor por la ejecución de la obra el 95%

61 Resolución 42828 de 2010, pág. 29.

del valor de la oferta más alta presentada. La SIC consideró que lo que habían realizado los oferentes correspondía a un acuerdo para repartirse los procesos licitatorios y así cada uno quedaba con una zona para prestar el servicio de Internet.

Sin embargo, los apoderados presentaron su defensa basados en la teoría de juegos, afirmar que *“la metodología adoptada por los pliegos generaba puntos focales de estrategia de oferta, entre ellos el monto del presupuesto, 95% de ese monto y 90,25% del presupuesto (95% del 95%)”*. Por lo cual era claro y tenían una explicación económica racional que los proponentes con base en sus propios costos (los oferentes ofertaron 90,5% en las zonas donde ya tenían desplegadas sus infraestructuras) y la teoría de juegos focalizaran sus estrategias para ganar las licitaciones en esos porcentajes de forma coincidente.

Con base en el anterior análisis mediante Resolución 47481 de 2009 la SIC cerró la investigación sin sanciones para las empresas.

4. EL SERVICIO PÚBLICO DE TELEVISIÓN Y LA LEY 1341 DE 2009

Retomando lo que habíamos señalado en la parte introductoria de este documento, con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 en el sector de las telecomunicaciones se produjo la primera ruptura con el establecimiento de las facultades de regulación del servicio público de televisión, en cabeza de una entidad autónoma de rango constitucional⁶², diferente al encargado de los otros tipos

62 **Artículo 76.** La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior.

Artículo 77. La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán

de telecomunicaciones. Así pues, las facultades de regulación, dirección y ejecución de las políticas de este servicio público quedaron en cabeza de la Comisión Nacional de Televisión⁶³, lo cual generó una estructura institucional en contravía de la principal tendencia del mercado, la convergencia, generando disyuntivas y heterogeneidad en los fines y los medios para alcanzarlos, lo que derivó en una estructura institucional que no ha permitido el desarrollo integral y eficiente del sector.

Antes de continuar con el análisis sobre la televisión en el nuevo ámbito, se retomarán algunos de los principales aspectos de este mercado.

El servicio público de telecomunicaciones está definido en el artículo primero de la Ley 182 de 1995 en los siguientes términos:

“Artículo 1o. Naturaleza jurídica, técnica y cultural de la televisión. La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política.

Técnicamente, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea.

Este servicio público está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales”.

a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al Director. Los miembros de la Junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la entidad.

Parágrafo. Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión.

63 Denominación fue incluida por la Ley 182 de 1995.

Por otra parte el artículo 18 de la misma Ley establece los criterios de clasificación de la televisión en función de la tecnología que se utilice⁶⁴, los usuarios a quienes esté destinada⁶⁵, su programación⁶⁶ y su nivel de cobertura⁶⁷. En materia de televisión

64 El artículo 19 de la Ley 182 de 1995 establece que la televisión puede ser radiodifundida, cableada o satelital.

65 En esta clasificación se divide la televisión abierta a la cual pueden acceder todos los usuarios y la televisión por suscripción restringida a aquellos usuarios que hayan contratado la prestación del servicio.

66 **Artículo 21. Clasificación del servicio en función de la orientación general de la programación.** De conformidad con la orientación general de la programación emitida, la Comisión Nacional de Televisión clasificará el servicio en:

a) *Televisión comercial*: es la programación destinada a la satisfacción de los hábitos y gustos de los televidentes, con ánimo de lucro, sin que esta clasificación excluya el propósito educativo, recreativo y cultural que debe orientar a toda televisión colombiana;

b) *Televisión de interés público, social, educativo y cultural*: es aquella en la que la programación se orienta en general, a satisfacer las necesidades educativas y culturales de la audiencia.

En todo caso, el Estado colombiano conservará la explotación de al menos un canal de cobertura nacional de televisión de interés público, social, educativo y cultural.

67 **Artículo 22. Clasificación del servicio en función de su nivel de cubrimiento.** Clasificación del servicio en función de su nivel de cubrimiento. La Comisión Nacional de Televisión definirá, y clasificará el servicio así:

1. Según el país de origen y destino de la señal:

a) **Televisión internacional.** Se refiere a las señales de televisión que se originan fuera del territorio nacional y que pueden ser recibidas en Colombia o aquella que se origina en el país y que se puede recibir en otros países; b) **Televisión colombiana.** Es aquella que se origina y recibe dentro del territorio nacional.

2. En razón de su nivel de cubrimiento territorial:

a) **Televisión nacional de operación pública.** (Ver Notas del editor). Se refiere a las señales de televisión operadas por Inravisión o el ente público pertinente, autorizadas para cubrir todo el territorio nacional.

b) **Televisión nacional de operación privada.** Es aquella autorizada como alternativa privada y abierta al público para cubrir de manera permanente las necesidades del servicio y la prestación eficiente y competitiva del mismo en todo el territorio nacional;

c) **Televisión regional.** Es el servicio de televisión que cubre un área geográfica determinada, formada por el territorio del Distrito Capital o inferior al territorio nacional sin ser local;

d) **Televisión local.** Es el servicio de televisión prestado en un área geográfica

existen principalmente dos mercados, en primer lugar la provisión de televisión que es aquella a cargo de los canales de televisión y la comercialización de tiempo al aire con fines publicitarios⁶⁸.

De forma general la Ley 182 de 1995 y la Ley 336 de 1996 establecieron un régimen de competencia propio para este servicio público, con normas especiales en materia de prácticas restrictivas de la competencia, competencia desleal y control de concentraciones empresariales. El artículo de la Ley 182 de 1995 estableció en cabeza de la CNTV las facultades de inspección y vigilancia en materia de libre competencia y la facultad de sancionar por la infracción de estas normas. Sin embargo con la expedición del decreto 1130 de 1999, mediante el cual se le otorga a la SIC la calidad de autoridad única de competencia en materia de servicios públicos no domiciliarios se discutió si la CNTV seguía siendo la autoridad de competencia. Al respecto el Consejo de Estado consideró lo siguiente:

“SE CONSULTÓ: “Cuál de las dos entidades, la Comisión Nacional de Televisión o la Superintendencia de Industria y Comercio es la competente para investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión, por violación del régimen de protección de la competencia, del régimen para evitar las prácticas monopolísticas y por incurrir en actos contrarios a la libre competencia”.

EL CONCEPTO:

“Corresponde a la Comisión Nacional de Televisión adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para ello, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión, por violación del régimen

continua, siempre y cuando esta no supere el ámbito del mismo Municipio o Distrito, área Metropolitana, o Asociación de Municipios.

e) Televisión comunitaria sin ánimo de lucro.

- 68 Ver MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO y MÁRQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO, “El derecho de la competencia en el servicio público de televisión”. Consultado el día 4 de abril de 2011 a las 8:59 p.m. http://www.uexternado.edu.co/derecho/pdf/derecho_telecomunicaciones/competencia_television.pdf

de protección de la competencia, el pluralismo informático y el régimen para evitar las prácticas monopolísticas, y por incurrir en actos contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo de los servicios de televisión, actividades todas relacionadas con la explotación del espectro electromagnético, la prestación del servicio de televisión y la industria de la televisión, conforme lo prevé la Constitución Política en sus artículos 75 a 77 y la Ley 182 de 1995 artículo 5 literales b) y d), 52 y 53, y otras leyes que regulen las conductas sancionables a que se hizo referencia.

A la Superintendencia de Industria y Comercio, le corresponde conocer de los actos contrarios a la libre competencia, entre los cuales se encuentran los actos de desviación de clientela, los actos de desorganización, los actos de confusión, los actos de engaño, los actos de descrédito, los actos de comparación, los actos de imitación, la explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, la violación de normas para una ventaja competitiva y los pactos desleales de exclusividad, conforme a lo establecido por los artículos 8 a 19 de la Ley 246 de 1996 y los efectuados para infringir las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor, como lo señala el artículo 48 numeral 1 del Decreto Legislativo 2153 de 1992, de acuerdo a su competencia de policía administrativa que le otorga el ordenamiento jurídico, salvo que se trate de propagandas del contenido de programas televisivos o publicidad de servicios de televisión, caso en el cual es a la Comisión Nacional de Televisión a la que le compete avocar el conocimiento conforme al artículo 5 de la Ley 182 de 1995”.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 1340 de 2009 y la consagración de la autoridad única de competencia esta discusión quedó zanjada; en la actualidad es claro que corresponde a la SIC la facultad de investigar y sancionar por la violación de las normas de libre competencia, con las excepciones incluidas en la ley respecto del sector aeronáutico y el sector financiero. Lo anterior marca un gran avance en materia de promoción de la competencia desde el punto de vista *ex post*; sin embargo, como ya explicó en este documento las facultades *ex ante* continúan en cabeza de la CNTV.

En la actualidad, bajo el imperio de la Ley 1341 de 2009, se ha revivido el debate sobre la conveniencia de mantener la CNTV. La Ley 1341 de 2009 buscó eliminar la dispersión normativa que

existía en el sector de las telecomunicaciones en Colombia, así como el sometimiento de todos los servicios a un tronco común de normas para facilitar su regulación en un ambiente de convergencia. Sin embargo, la ley consagró dos excepciones expresas: los servicios postales y de televisión.

El 21 de junio de 2011 se aprobó el Acto Legislativo No. 2 mediante el cual se derogó el artículo 76⁶⁹ de la Constitución y se modificó el 77. De esta forma se eliminó la Comisión Nacional de Televisión y se estableció lo siguiente:

“Artículo 3º. La Constitución Política de Colombia tendrá un artículo transitorio del siguiente tenor:

Artículo transitorio. Dentro de los seis meses siguientes a la entrada de vigencia del presente acto legislativo, el Congreso expedirá las normas mediante las cuales se defina la distribución de competencias entre las entidades del Estado que tendrán a su cargo la formulación de planes, la regulación, la dirección, la gestión y el control de los servicios de televisión. Mientras se dicten las leyes correspondientes, la Comisión Nacional de Televisión continuará ejerciendo las funciones que le han sido atribuidas por la legislación vigente”.

En los debates se ha señalado que las funciones de la CNTV quedarían a cargo de dos entidades⁷⁰. La primera entidad estaría a cargo de la regulación en materia de redes y prestación de servicios, la segunda, sería a la autoridad encargada de la regulación en materia de contenidos, cuya principal tarea sería vigilar la prevalencia del pluralismo informativo y la libertad de expresión a través de los medios, como desarrollo del postulado constitucional

69 **Artículo 76.** La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior.

70 MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Comunicado del 21 de junio de 2011. <http://www.mintic.gov.co/news.asp?articleId=402>. Consultada el 28 de junio de 2011.

de libre e igual acceso al espectro electromagnético consagrado en el artículo 75 de la carta.

En un contexto de convergencia como el que se vive en la actualidad, en el cual pareciera ser el destino acceder a todos los servicios de telecomunicaciones, TMC, Internet, datos y televisión, a través de un mismo dispositivo, y una red de telecomunicaciones completamente interconectada en los diferentes servicios y operadores, que las facultades en materia de regulación de redes e infraestructura, como de prestación del servicio se establecieran en cabeza de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Por lo demás sería también conveniente que se eliminaran las excepciones contenidas en la Ley 1341 de 2009 sobre el servicio público de televisión, con el fin de evitar la dispersión normativa y generar un ordenamiento jurídico armónico y coherente.

Sobre los contenidos de televisión es adecuado que se mantenga una entidad autónoma que tenga la capacidad administrativa, técnica y jurídica de regular los contenidos que se emiten a través de la televisión de forma tal que se respeten los fines que la constitución ha determinado debe cumplir este servicio público.

5. CONCLUSIONES

La Ley 1341 de 2009 introdujo importantes cambios en las normas de regulación de infraestructura de telecomunicaciones. Más allá de ser una unificación normativa de carácter formal, es una unificación de la regulación que aborda de fondo el sector, y que permite la efectiva transición de la regulación por servicios hacia la regulación por mercados.

En materia de libre competencia dota con amplias facultades a la CRC para realizar una gran variedad de medidas regulatorias con el fin de promover la competencia en los mercados relevantes, promoviendo la eficiencia en los mismos y su consecuente efecto en el bienestar de los consumidores.

Al permitir la efectiva promoción de la competencia, genera un ambiente propicio para la promoción de la competencia entre

infraestructuras o acceso horizontal y más importante aún para la competencia basada en los servicios, con lo cual se abre la puerta para el desarrollo de los contenidos y aplicaciones en Colombia lo cual debe permitir la implementación efectiva de la Sociedad de la Información.

El reto que le espera la CRC como autoridad de regulación *ex ante*, es expedir una regulación que atienda todos los principios contenidos en la Ley 1341 de 2009 y permitir un adecuado desarrollo de un sector económico que comienza a ser partícipe de la cadena de valor de otros sectores y en consecuencia afectar los niveles de competencia en esos mercados.

La SIC por su parte deberá estar atenta a investigar y sancionar a los agentes que presten servicios de telecomunicaciones por las violaciones que puedan cometer contra el Régimen General de Libre Competencia, en su rol de autoridad única.

Finalmente, con la aprobación del Acto Legislativo No. 2 de 2011 se abre la puerta para la creación de una nueva comisión en el sector a la cual se le confiará la regulación de contenidos que se transmitan a través de las TIC, para lo cual deberá estar atenta a velar por la integridad y ejercicio adecuado del derecho a la libertad informativa y demás derechos fundamentales relacionados con la misma.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

BUITRAGO LÓPEZ, ELKER, *Derecho de la comunicación*. Tercera edición. Ediciones Librería Profesional. Bogotá. 1998.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, *15 años de regulación de las telecomunicaciones en Colombia*. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Bogotá. 2007.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, *Manual regulatorio de las telecomunicaciones de Colombia*, tomos I y II. Coordinador General DOUGLAS VELÁSQUEZ JÁCOME, Editorial Othon Publicidad Ltda. Bogotá. 1997.

- COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN, *El derecho de la televisión*, tomos I y II. Avance Jurídico Casa Editorial. Bogotá. 2009.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Coordinación editorial a cargo del DNP. Bogotá. 2010.
- DUSSAN HITSCHERICH, JORGE, *El régimen de los servicios públicos domiciliarios*. Primera edición, Editorial Javegraf, Bogotá. 2005.
- GECTI Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e informática de la Universidad de los Andes. Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones. Editorial Legis. Bogotá. 2002.
- INTVENT, HANK; OLIVER, JEREMY; SEPÚLVEDA, EDGARDO, *Telecommunications Regulation Handbook*. The World Bank. Washington D.C., USA. 2000.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones*. Compilación Reflexiones y tendencia del sector de las telecomunicaciones. Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. 2004.
- MORENO, LUIS FERNEY, *Servicios Públicos Domiciliarios - Perspectivas del derecho económico*. Editado por Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO, *El derecho de los servicios públicos*. Editorial Derecho Vigente, Bogotá. 1999.
- PLAN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES 1997-2007, Ministerio de Comunicaciones. Santa Fe de Bogotá, abril de 1997.
- POVEDA GÓMEZ, ABDÓN ALEJANDRO, *Servicios Públicos Domiciliarios - La calidad de vida: un derecho fundamental de la persona*. Biblioteca Jurídica. Bogotá. 1995.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, TOMÁS, *La obligación de interconexión de redes de telecomunicaciones*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1999.
- VELÁSQUEZ JÁCOME, DOUGLAS; PEÑA QUIÑONES, GUSTAVO; MOLANO VEGA, DIEGO, *El reto de la apertura*. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, Bogotá. 1997.

Páginas de Internet

- COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES, Remuneración de redes en convergencia. Disponible en http://www.crcm.gov.co/images/stories/crt-documents/ServiciosPostales/Doc_Remuneracion_Redes_2011.pdf. Consultado el 20 de marzo de 2011.
- COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES, Escenarios regulatorios para el

mercado de voz saliente móvil. Disponible en http://www.crcom.gov.co/images/stories/crt-documents/ActividadRegulatoria/AnalisisCompetenciaMercadoMovil/Doc_Cons_Publica_21.1210.pdf. Consultado el 25 de marzo de 2011.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES, Acceso a redes por parte de los proveedores de contenidos y aplicaciones. Disponible en http://www.crcom.gov.co/images/stories/crt-documents/ActividadRegulatoria/ContenidosAplicaciones/Doc_Contenidos_Aplicaciones.pdf. Consultado el 29 de marzo de 2011.

MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES, Comunicado del 21 de junio de 2011. <http://www.mintic.gov.co/news.asp?articleId=402>. Consultada el 28 de junio de 2011.

Artículos de revistas

Tomados de Internet.

CAVE, MARTIN, Encouraging Infrastructure competition via the ladder of investment. Telecommunications policy 20 (2006). <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308596106000164>. Consultado el 24 de marzo de 2011.

KITTL, JORG; LUNDBORG, MARTIN; RUHLE, ERNST - OLAV, Infrastructure based versus Service Bases competition in Telecommunications: An economic and regulatory review of national implementation strategies. Consultado el 18 de abril de 2011. http://mpa.ub.uni-muenchen.de/3571/1/MPRA_paper_3571.pdf.

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, El derecho de la competencia en la Ley de servicios públicos domiciliarios. Disponible en www.centrocedec.org consultado el 17 de abril de 2011.

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO y MÁRQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO, El derecho de la competencia en el servicio público de televisión. www.centrocedec.org Consultado el día 4 de abril de 2011.