

ÉD G A R
G O N Z Á L E Z L Ó P E Z
D I R E C T O R

COMENTARIOS A LA LEY DE
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LAS COMUNICACIONES – TIC
(LEY 1341 DE 2009)

CON LA COORDINACIÓN DE
SANDRA MILENA ORTIZ LAVERDE
LUZ MÓNICA HERRERA ZAPATA

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Comentarios a la ley de tecnologías de la información y las comunicaciones -TIC (Ley 1341 de 2009) / director Edgar González López; con la coordinación de Sandra Milena Ortiz Laverde y Luz Mónica Herrera Zapata. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

1453 p.; 24 cm. + 1 CD-ROM

Incluye bibliografía.

ISBN: 978058710627 5

1. Tecnologías de la información y las comunicaciones – Legislación – Colombia 2. Telecomunicaciones – Aspectos jurídicos – Colombia 3. Tecnología de la información – Aspectos jurídicos – Colombia 4. Sociedad de la información – Colombia. 5. Ley 1341 de 2009 I González López, Edgar, director II. Ortiz Laverde, Sandra Milena, coordinadora III. Herrera Zapata, Luz Mónica, coordinadora IV. Universidad Externado de Colombia

384

SCDD 21

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Marzo de 2013

ISBN 978-958-710-627-5

© 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2010

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Composición: David Alba

Impresión y encuadernación: Nomos Impresores

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

| | |
|--|-----|
| PRESENTACIÓN | 13 |
| Reflexiones sobre el nuevo marco normativo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en Colombia <i>Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo</i> | 23 |
| La Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Ley 1341 de 2009) <i>María del Rosario Guerra de la Espriella</i> | 63 |
| TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES | |
| CAPÍTULO I PRINCIPIOS GENERALES | |
| OBJETO DE LA LEY | |
| PRINCIPIOS ORIENTADORES Y LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY | |
| Los principios generales y los principios orientadores en la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones <i>Édgar González López</i> | 103 |
| INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES | |
| Tecnologías de la información y las comunicaciones y servicios públicos. Fundamentación de la intervención del Estado en el sector <i>Alberto Montaña Plata</i> | 173 |
| SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL CONOCIMIENTO | |
| La sociedad de la información y la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones <i>Daniel Peña Valenzuela</i> | 197 |

TÍTULO II

PROVISIÓN DE LAS REDES Y SERVICIOS

Y ACCESO A RECURSOS ESCASOS

HABILITACIÓN GENERAL Y REGISTRO

Habilitación general. Titularidad estatal y registro de proveedores para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones

La transformación del título concesional del Estado

Solmarina de la Rosa Flórez 231

Agenda integral para la inversión en infraestructura de TIC según la Ley 1341 de 2009

Daniel Enrique Medina Velandia 253

Reformas necesarias de la regulación de redes y servicios con la Ley 1341 de 2009

Cristhian Lizcano Ortiz 273

La regulación por mercados: la nueva perspectiva del sector de las telecomunicaciones

Sandra Milena Ortiz Laverde 293

Regulación basada en análisis de mercados relevantes a la luz de la Ley de TIC: su vigencia, legalidad, pertinencia y utilidad

Andrea del Pilar Camacho 337

ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

ACCESO

CONTRAPRESTACIÓN

El espectro radioeléctrico en la Ley 1341 de 2009

Alfredo Fajardo Muriel 405

TÍTULO III

ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN DE POLÍTICA, REGULACIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL
DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

| | |
|--|-----|
| El sistema de la organización institucional en la reciente regulación colombiana del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones <i>Luciano Parejo Alfonso</i> | 445 |
| MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES | |
| Las funciones de control y vigilancia antes de la Ley 1341 de 2009 y después de ella. Autoridades y funciones <i>Ángela María Estrada Ortiz</i> | 477 |
| COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES | |
| La Ley de TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones <i>Lorenzo Villegas Carrasquilla</i> | 503 |
| La Comisión de Regulación de Comunicaciones: su naturaleza y significado en la organización institucional colombiana a partir de la Ley 1341 de 2009 <i>José Vida Fernández</i> | 541 |
| Las funciones de la CRC en la nueva Ley de TIC: un análisis comparado con las funciones de la FCC en Estados Unidos <i>Carolina Botero Cifuentes</i> | 571 |
| Afectación del contrato por cambios regulatorios en el sector de las telecomunicaciones <i>Edgar González López</i> | 613 |

CAPÍTULO II

AGENCIA NACIONAL DEL ESPECTRO

La Agencia Nacional del Espectro.

Análisis y comentarios al capítulo II de la Ley 1341 de 2009

William Orlando Pedraza Pineda

657

TÍTULO IV

PROMOCIÓN AL ACCESO Y USO DE LAS TECNOLOGÍAS

DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

NATURALEZA Y OBJETO DEL FONDO DE TECNOLOGÍAS

DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

María Isabel Vanegas Arias

699

Contraprestaciones y contribuciones
de los proveedores de redes y servicios

Julio Roberto Piza Rodríguez

739

Acceso y servicio universal y las obligaciones de servicio público

Luz Mónica Herrera Zapata

765

TÍTULO V

REGLAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EN MATERIA DE INTERCONEXIÓN

Reglas aplicables a las actuaciones administrativas de
solución de controversias en materia de interconexión

Carmina Amaris Hernández

835

TÍTULO VI

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN AL USUARIO

RÉGIMEN JURÍDICO Y RECURSOS

Régimen de protección al usuario

Martha Cecilia Ramírez Torres

Adriana Marcela Barbosa Trujillo

883

TÍTULO VII

DE LA RADIODIFUSIÓN SONORA

Régimen de radiodifusión sonora

Iliá Marina Obando de Torres

925

TÍTULO VIII

RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Régimen de infracciones y sanciones y autoridades competentes

Carlos Andrés Rebellón Villán

997

TÍTULO IX

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:
régimen de transición para operadores diferentes de los servicios de TPBC.
Artículo 68 de la Ley 1341 de 2009

Jaime Andrés Plaza Fernández

1031

Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:
visión panorámica y régimen de transición

Carlos Alberto Atehortúa Ríos

1081

TÍTULO X

DISPOSICIONES FINALES

DERECHO DE RECTIFICACIÓN

CONFIDENCIALIDAD

La Ley de Tecnologías de la Información
y las Comunicaciones y los derechos fundamentales

Alexei Julio Estrada

1131

Las telecomunicaciones y la protección de datos: las guías,
otros directorios telefónicos y la prestación del servicio
de información de teléfonos a los usuarios

María Nieves de la Serna Bilbao

1171

| | |
|---|------|
| Incidencia de la ley de hábeas data en las telecomunicaciones <i>Luis Fernando Lizcano Zea</i> | 1225 |
| VIGENCIA Y DEROGATORIAS | |
| Normas vigentes en el sector a partir de la expedición de la Ley 1341 de 2009 y sus derogatorias <i>Camilo Valencia Suescún</i> | 1263 |
| LA TELEVISIÓN Y LA LEY DE TIC | |
| El régimen de la televisión a partir de la Ley de TIC <i>María del Pilar Bahamón Falla</i> | 1297 |
| La convergencia de lo audiovisual y la Ley de TIC <i>Juan Carlos Gómez Jaramillo</i> | 1323 |
| DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA LEY DE TIC | |
| Aplicación de la ley de competencia a las tecnologías de la información y las comunicaciones <i>Gustavo Valbuena Quiñones</i> | 1357 |
| Régimen de competencia en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones <i>Mauricio Velandia Castro</i> | 1373 |
| Los retos del derecho de la competencia frente al nuevo sector de TIC <i>Emilio José Archila Peñalosa</i> <i>Dionisio de la Cruz Camargo</i> | 1387 |
| La Unión Europea y la regulación de los contenidos audiovisuales en el escenario de la convergencia. El caso español <i>Ángel García Castillejo</i> | 1409 |
| LOS AUTORES | 1443 |

MAURICIO VELANDIA CASTRO

*Régimen de competencia en materia de tecnologías
de la información y las comunicaciones*

I. Derecho de la competencia. II. Bien tutelado: el mercado. III. Desagregando cada tema. A. Primer tema: prácticas comerciales restrictivas. B. Segundo tema: competencia desleal (deslealtad). IV. Aplicación del derecho de la competencia en todos los segmentos económicos. V. Aplicación del régimen de competencia en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones. A. Entidades competentes para juzgar. B. Normas de competencia aplicables. C. Entidades competentes para regular. D. Comportamientos restrictivos del Estado. E. Mercados relevantes en telecomunicaciones

Observando las últimas regulaciones que se han expedido en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones, resulta de la mayor importancia crear doctrina que permita iniciar la discusión acerca del alcance de ellas en materia de competencia aplicable en el desarrollo de las comunicaciones.

Se tratará de exponer en forma corta y sencilla una opinión sobre el asunto.

I. DERECHO DE LA COMPETENCIA

El derecho de la competencia es la rama jurídica que estudia las relaciones entre operadores con sus competidores, así como con sus usuarios, es decir las relaciones comerciales que tiene un operador con un mercado.

En tal medida, el bien tutelado, salvaguardo o cuidado por el régimen legal de competencia es el mercado, con todo lo que esto significa.

Difícilmente alguien podrá hablar con claridad acerca de este derecho si no cuenta con el conocimiento del bien tutelado, pues ¿cómo puede alguien alegar daño si no conoce lo que alega como afectado?

II. BIEN TUTELADO: EL MERCADO

El derecho salvaguarda con su regulación bienes tutelados. Esto es lo que se cuida a través de una norma, creando el deber ser, es decir la carga de cumplimiento o abstinencia.

En materia de competencia lo cuidado es el mercado.

El mercado es el lugar geográfico o virtual donde se encuentra la oferta y la demanda alrededor de un producto o de un servicio, es decir, es donde las empresas y los consumidores intercambian sus bienes.

El derecho de la competencia cuida de todo ello: cuida a las empresas del ataque de competidores, cuida a los consumidores de los ataques de las empresas y, por ende, cuida la economía de un país.

El mercado se encuentra, bajo la óptica microeconómica, conformado por la oferta y la demanda.

Insistiendo en que no se puede hablar de este derecho si se desconoce lo salvaguardado, veamos en corto qué incluyen estos dos conceptos de oferta y demanda:

La oferta está conformada por todas las empresas que participan actualmente en un mercado, así como por aquellas que están interesadas en entrar en él, proponiendo la venta de bienes y servicios. No solo involucra la entrada al mercado sino también la permanencia en él.

La demanda está conformada por el mercado objetivo o el mercado meta, es decir el universo de personas interesadas en satisfacer una necesidad con la adquisición de un producto o un servicio.

A su vez la microeconomía es una rama que estudia los segmentos de mercado de una economía, por acápite, uno a uno, definiendo las particularidades propias de cada segmento, desagregándolos en cuanto a las características de la oferta y demanda reinante en él.

Pueden presentarse comportamientos de personas que dañen la oferta y la demanda, y por ende la economía. Si estos comportamientos se presentan falseando la competencia, dicha conducta será castigada desde la óptica legal como una práctica comercial restrictiva, que es de naturaleza pública, y procede una sanción administrativa por ello. Dichos comportamientos pueden ser por excluir competencia o por apropiarse del excedente del consumidor.

También pueden presentarse conductas de personas que dañen a una empresa, afectando particularmente la competitividad de una empresa en el mercado; esto se conoce como competencia desleal. Dicha norma ha sido completamente mal denominada, ya que existe la creencia de que dicha legislación es solo es aplicable entre competidores, siendo que es una norma que cuida a la empresa de deslealtades, que pueden ser generadas por cualquier persona, sea competidor o no. Dicha materia generalmente tiene contenido privado, y es resuelta por jueces donde se concreta el perjuicio causado en caso de ser favorable la decisión a quien alega la deslealtad.

Otra cosa que puede ocurrir cuando el comportamiento daña la legítima expectativa del consumidor es la protección al consumidor, bien sea porque se le afecta por asimetría de la información o con productos defectuosos, en medio de una relación entre un profesional (comerciante) y un lego (consumidor), siendo éste un asunto de contenido privado pero de alcance público y privado.

III. DESAGREGANDO CADA TEMA

A. PRIMER TEMA: PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Este tema se divide en cuatro subtemas:

1. *Carteles restrictivos (acuerdos)*. Son arreglos entre competidores para no competir, bien sea para excluir a un competidor o para fraguar entre ellos la no competencia. Dentro de esta modalidad está todo lo imaginable a causa de un arreglo entre competidores que dañe la oferta y la demanda en su habitual desarrollo, bien sea porque el comportamiento es prohibido o porque se encuentra dentro del mundo del abuso de derecho. Son ejemplos los arreglos de precios, la discriminación, la exclusión, la colusión en licitaciones, etc. Dichos comportamientos aparecen contenidos en Colombia en el Decreto 2153 de 1992.

2. *Abuso de la posición de dominio*. Son comportamientos adelantados por una empresa que tiene la característica de no contar con competencia efectiva dentro del mercado. Entonces, se trata de supuestos prohibitivos dirigidos a sujetos calificados específicos, es decir, no aplican a todas las empresas, sino sólo a aquellos que cuentan con posición de dominio. Las conductas son rechazadas debido a que su realización, por el tamaño de la empresa dentro del mercado relevante, pone en riesgo el bien tutelado, pero si fueran realizadas en un escenario de competencia efectiva no generarían riesgo al mercado. Son ejemplos de esto: las ventas atadas, los precios predatorios, los subsidios cruzados y la discriminación.

3. *Actos restrictivos de la competencia*. Comportamientos unilaterales que castigan de manera universal a empresas que afectan la competencia de manera vertical, particularmente en reventas y comercializaciones de productos y servicios.

4. *Integraciones empresariales*. Son procesos de uniones de empresas a cualquier nivel y bajo la figura jurídica que sea, lo que trae como consecuencia la reducción en el número de oferentes y un aumento en la participación de la resultante. En este tipo de operaciones es necesario contar con una autorización previa del Estado, que en su labor de interventor en la economía autoriza, objeta o condiciona la operación, buscando garantizar son su decisión que la libertad de entrada a competidores y la libertad de escogencia de consumidores no queden desquebrajadas por la constitución de barreras a la entrada causadas por la integración empresarial.

Así, hacen parte de tema de prácticas comerciales restrictivas: los acuerdos, el abuso, los actos y las integraciones empresariales.

B. SEGUNDO TEMA: COMPETENCIA DESLEAL (DESLEALTAD)

Este tema no tiene una división en particular, sino que tiene supuestos desleales prohibitivos; en otras palabras, descripciones legales que contienen comportamientos que han sido calificados como desleales. Así se encuentra: la desviación de clientela, el descrédito, la confusión y el engaño, la publicidad comparativa, etc.

Dentro de la Ley 256 de 1996 aparece todo el régimen de deslealtad. Desde hace muchísimo tiempo se dificulta entender que este es un régimen que cuida la competitividad de las empresas dentro del mercado sin importar que el ataque provenga de competidores o de terceros diferentes de éstos. Allí cabe cualquier comportamiento que afecte el bien tutelado.

Un comportamiento puede ser desleal y a la vez restrictivo; o puede ser desleal y no restrictivo; o puede ser restrictivo sin ser desleal. Estas afirmaciones permiten ver la cercanía de los temas, pero también su diferencia e independencia.

IV. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN TODOS LOS SEGMENTOS ECONÓMICOS

Tal como se expresó, el régimen de competencia se aplica a mercados segmentados de una economía, analizando su conformación y desarrollo, salvaguardando el libre desarrollo de la oferta y de la demanda de ese mercado específico.

Bajo tal ropaje, es un régimen jurídico que tiene aplicación en cualquier segmento, llámese puertos, alimentos, transporte en cada una de sus modalidades, financiero, aseo, energía, etc. Dicha afirmación incluye el mercado de telecomunicaciones.

V. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN MATERIA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

El régimen de competencia resulta ser transversal, es decir, se presenta en todos los sectores económicos.

Para poder hablar del régimen de competencia en materia de telecomunicaciones es necesario tener en cuenta los siguientes puntos:

A. ENTIDADES COMPETENTES PARA JUZGAR

De acuerdo con la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad competente para juzgar administrativamente los asuntos de prácticas comerciales restrictivas y de competencia desleal. En materia civil pueden ser competentes para conocer del asunto los jueces ordinarios, los tribunales de arbitramento. Si se trata de acciones populares o de grupo, serán los jueces civiles y administrativos, dependiendo de los actores del litigio.

En materia de competencia desleal serán los jueces quienes en un principio resuelvan los asuntos puestos a su consideración. Es de recordar que en estos asuntos jurisdiccionales la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como juez, pero no es un asunto exclusivo de su conocimiento, es decir, es un juez civil más.

En cualquiera de los dos casos, de prácticas o de deslealtad, la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio no es definitiva, pues queda a los particulares demandar el acto administrativo frente al contencioso administrativo (Tribunal Administrativo y Consejo de Estado) o a la jurisdicción civil (tribunal civil), donde verdaderamente se define el asunto.

Así las cosas, los asuntos de competencia no se resuelven definitivamente en la Superintendencia de Industria y Comercio, sino que se resuelven en los tribunales superiores.

B. NORMAS DE COMPETENCIA APLICABLES

El régimen de competencia aplicable en materia de tecnologías de la información y comunicaciones es el contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 1302 de 1964, el Decreto 2153 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009.

Este es el régimen general. Sin embargo, existen algunas disposiciones, no muchas, en materia de telecomunicaciones, que vuelven restrictivos algunos comportamientos que no lo son bajo el régimen general de competencia, como son la prohibición de subsidios cruzados y la venta por debajo de costo, que bajo el régimen general de competencia es sólo ilegal cuando se adelanta con posición de dominio, en tanto que para las telecomunicaciones es una prohibición general para todos.

Las demás normas especiales de telecomunicaciones son repetitivas del régimen general, siendo, inclusive, más generoso el régimen general de competencia en su redacción y claridad.

C. ENTIDADES COMPETENTES PARA REGULAR

Son tres las entidades competentes para regular la ley en materia de competencia.

Por una parte se encuentra la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad a cargo de la regulación en materia de competencia para todos los sectores. Su regulación aplica de inmediato a sectores especiales, a no ser que excluya expresamente la regulación a un sector específico. Por ejemplo en materia de integraciones económicas, la Superintendencia es el ente competente de regulación.

Así mismo se encuentra el ministerio del sector, particularmente en cuanto a la asignación del espectro electromagnético, pues debe observar la no discriminación.

Por otro lado se encuentra la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRC), que podrá regular en materia de competencia en comunicaciones, particularmente en tres temas:

- para promover la competencia;
- para evitar el abuso de la posición de dominio;
- para regular los mercados de redes y servicios.

En los dos primeros casos la facultad consiste en emitir regulaciones de manera particular o general que puedan generar supuestos restrictivos (prohibiciones) aumentando los ya existentes en el Decreto 2153 de 1992. En estos dos casos podrá generar regulación de carácter particular o general, es decir dirigida a un agente con nombre propio y no a toda la industria, o a toda la industria.

Para el caso de regulaciones particulares, y diferenciales, la CRC debe partir de la existencia de una falla en el mercado, pues así se lo exige la ley. Ahí va ver un problema complicado, pues será necesario definir si la falla en el mercado significa: 1. un comportamiento restrictivo de un agente económico que conlleva a la regulación o 2. una situación de mercado anómala creada por externalidades diferentes del comportamiento de los operadores.

Si es el primer caso, es decir, si la falla a que hace referencia la ley tiene como fuente el comportamiento de un operador, es una falla que se debe juzgar en la Superintendencia de Industria y Comercio, y si es del caso en los tribunales; entonces, habría que esperar dicha decisión para emprender la regulación, pues nadie es culpable, ni un hecho ilícito, sin una sentencia que así lo establezca.

Si se trata del segundo caso, es decir, de encontrarse una falla en el mercado no generada por el comportamiento de un operador sino proveniente del desarrollo propio del mercado, antes de establecerse una nueva regulación debe definirse previamente la causa de la externalidad. Sería antijurídico

perjudicar a los operadores con una nueva regulación que tiene como causa el comportamiento de un tercero diferente de ellos, pues no existiría nexo causal para la regulación. Ahora, puede resultar que ese tercero sea el Estado, quien con la propia regulación creó la falla, y llegado el caso de que exista una falla de mercado generada por su propia regulación, siendo él el causante, tendrá que pagar los perjuicios generados por su equivocación, siempre y cuando la falla hubiese sido previsible. La única posibilidad de que el Estado nuevamente regule y elimine la falla sin ser él el responsable de los perjuicios causados por su anterior regulación, será cuando la falla era imprevisible; pero si era previsible, insistimos, tendrá que pagar los correspondientes perjuicios, inclusive sus comisionados responsables, si actuaron con dolo o culpa grave. En este caso se recomienda a los operadores dejar constancias de las previsiones que hacen de la falla a futuro generada por una inadecuada y próxima regulación.

En cuanto al derecho de interconexión, tiene igual facultad la CRC, pero en este punto en especial no se requiere sustentar una falla en el mercado, ya que regula la interconexión sin sustentar la falla. Cabe señalar que bajo la Ley 1340 de 2009 se creó un sistema mediante el cual las entidades que tengan facultades de regulación en materia de competencia deben previamente solicitar un concepto no vinculante a la Superintendencia de Industria y Comercio, a efecto de que ésta opine. Este requisito debería surtirse en este caso y en los demás.

En cuanto a la facultad de regular mercados relevantes, se tratará el tema más adelante.

D. COMPORTAMIENTOS RESTRICTIVOS DEL ESTADO

En este escrito se han expresado opiniones acerca de los comportamientos restrictivos de los operadores, pero no significa lo escrito que ellos sean los únicos que pueden tener un comportamiento restrictivo, pues el Estado, con su intervención, puede también tener comportamientos restrictivos, que serán discutidos en determinados foros y bajo otras acciones.

Me refiero a las acciones de nulidad sobre regulaciones donde exista un indebido favorecimiento a un operador, alegando una práctica comercial restrictiva por ayuda estatal o subsidio injustificado, que crea nulidad. Al respecto existe múltiple doctrina y jurisprudencia en el exterior. De dicha acción será competente la jurisdicción contenciosa administrativa la concedora.

E. MERCADOS RELEVANTES EN TELECOMUNICACIONES

En la óptica del régimen de competencia resulta imposible aplicar el tema como tal si previamente no han sido segmentados los mercados relevantes que se conforman para su aplicación.

Se denomina “mercado relevante” al segmento económico donde presuntamente una empresa está impidiendo el libre desarrollo de la oferta o la demanda, es decir donde se está presentando la falla de mercado que causa daño.

Para definir qué es un mercado relevante es necesario primero partir del alcance de la expresión “mercado”, para así entender la segmentación que se pretende de él. Se mencionó que mercado es el lugar geográfico donde se encuentran la oferta y la demanda de un producto determinado que se pretende intercambiar a cambio de un precio. Del lado de la demanda se encuentra el consumidor, y del lado de la oferta, el empresario.

Son muchas las variables que se encuentran dentro de la definición de mercado: lugar, oferta, demanda, producto y precio. Todos estos ingredientes logran definir un mercado y diferenciarlo de otro. Por ello, un mercado, según el lugar donde se desarrolle, es diferente de otro ubicado en distinto lugar, en cuanto a precio, participantes (consumidores y empresas) y demás.

Teniendo en cuenta la definición de mercado y sus elementos, es necesario delimitar previamente el segmento que se va a proteger (mercado relevante).

No es posible determinar si un comportamiento afecta a la competencia si antes no se ha definido el servicio que prestan esos operadores; los competidores que enfrenta; los consumidores que requieren el servicio; los insumos requeridos; los canales de distribución utilizados; así como el territorio, ya que el daño por el comportamiento anticompetitivo se sufre directamente dentro de un segmento específico de la economía que se denomina “mercado relevante” (vertical y horizontal).

El mercado relevante es la segmentación de la economía en pequeños mercados autónomos e independientes, donde se exige siempre la realización y observancia de las finalidades de la competencia. Por tanto, el mercado relevante es el escenario económico donde se falsea la competencia.

Para establecer el mercado relevante se debe determinar primero el territorio donde participa y los bienes o servicios que ofrecen los operadores. Es decir, el mercado relevante se conforma por el mercado-servicio y el mercado-territorio. La sumatoria de estos dos permite segmentar un mercado con miras a observar y estudiar el desarrollo de la competencia.

Por el lado del mercado-territorio se observa la segmentación de acuerdo con la zona de influencia del operador, que es la zona donde presta el servicio,

y la extensión hasta donde el consumidor puede trasladarse y obtener ese servicio. No es lo mismo un operador de telefonía fija ubicado en Bogotá que un operador de telefonía fija ubicado en Medellín, ya que el mercado de las dos ciudades es absolutamente diferente, no obstante que manejan el mismo servicio (telefonía fija).

Para la existencia del mercado territorio debe tenerse en cuenta específicamente la zona donde las empresas participan y compiten de manera efectiva. Las demás no hacen parte del mercado-territorio.

Para entender mejor el concepto de mercado-territorio también se utilizan definiciones económicas, como lo es elasticidad de la oferta, figura que analiza la posibilidad y facilidad que tienen algunas empresas de entrar rápidamente a otro lugar de competencia diferente de donde están establecidas, y esto se presenta, por ejemplo, con empresas de otro lugar donde la tarifa es alta, y la empresa estudiada puede llegar fácilmente, pues todavía reporta un margen de utilidad interesante respecto de las que se encuentran en otro lugar definido (competencia entre redes en una misma ciudad o nacional).

Entonces, no solamente hacen parte del mercado-territorio las zonas específicas donde participan los operadores, sino todos los territorios donde es fácil entrar a competir. En desarrollo de lo anterior, no solo hacen parte del mercado-territorio aquellos operadores que compiten de manera efectiva en un lugar, sino todas aquellas a las que ante un posible aumento de tarifas les resulte fácil participar en ese territorio específico donde antes no participaban.

En resumen, el mercado territorio se puede representar así:

| | | | | |
|--------------------|---|--|---|---|
| Mercado territorio | = | Territorio donde participa la empresa con presencia efectiva | + | Territorios diferentes al de presencia efectiva donde todavía es rentable la venta del servicio |
|--------------------|---|--|---|---|

En lo que se refiere al mercado-producto, se puede señalar que este concepto agrupa los servicios que satisfacen la necesidad requerida por el consumidor o por otro operador, es decir, los servicios que se venden y que compiten entre sí (servicio móvil y servicio fijo).

En este sentido, cada necesidad que el consumidor pretenda satisfacer representa en sí misma un mercado-producto y, del mismo modo, el mercado producto es una actividad empresarial diferenciada de otras (mercado de servicio móvil nacional y mercado de la red de Bogotá).

Para segmentar el mercado producto primero se debe observar el servicio principal, que es aquel que satisface la necesidad del consumidor. Este servicio compite con todos aquellos de la misma clase. Es decir, el operador lucha por

el mercado frente a todos los operadores que satisfacen la necesidad. Por tanto, hasta acá se tiene que el mercado producto estará conformado por el servicio prestado por el operador.

Pero el mercado-producto no solamente está conformado por el servicio principal, sino que también hacen parte de él aquellos servicios que se acercan a satisfacer la necesidad que proporciona al consumidor el producto principal (elasticidad de la demanda). Es decir, hay productos que se denominan sustitutos porque pueden resultar admisibles para el consumidor ante una escasez del servicio principal (móvil y fijo).

Para que se presente la sustitución se requiere que el bien sustituto tenga cercanía en cuanto a precio, así como en cuanto a la satisfacción que le brindará al consumidor.

Son productos sustitutos perfectos los servicios bienes que pueden reemplazar fácilmente al servicio principal, los cuales compiten entre sí, ya que también pueden ser escogidos por los consumidores. Entonces, el mercado producto estará conformado por los bienes principales y por los sustitutos perfectos.

Los sustitutos pueden ser a su vez de dos clases: perfectos e imperfectos. Los sustitutos perfectos, como se indicó, son aquellos que ante un alza de precios de los bienes principales son fácilmente escogidos en su reemplazo porque la satisfacción de su necesidad es muy cercana a la que otorgan aquéllos. Los sustitutos imperfectos son aquellos bienes que no obstante acercarse a satisfacer una necesidad, no son escogidos por los consumidores en razón de su precio o de otros factores, y por dicha situación no hacen parte del mercado relevante, pues no compiten con el producto principal.

Económicamente, puede determinarse la sustitución de los bienes mediante ejercicios de elasticidad de la demanda, según la cual a través de proyecciones se aumenta hipotéticamente el precio del servicio principal a fin de observar cuál sería el comportamiento racional de los consumidores definiendo los servicios que serían escogidos en reemplazo de los principales. Posteriormente se adelantará el mismo ejercicio, pero esta vez aumentando el precio del servicio principal y del sustituto perfecto, observando hacia dónde se dirige el pensamiento racional de compra de un cliente habitual. Puede repetirse el ejercicio hasta encontrar que un consumidor renuncia a satisfacer la necesidad por considerar no ajustado un precio con ésta.

En lo que refiere al mercado producto, éste se puede graficar de la siguiente manera:

| | | | | | | |
|------------------|---|-----------------------|---|--------------------------------|---|----------------------------------|
| Mercado producto | = | Servicios principales | + | Servicios sustitutos perfectos | - | Servicios sustitutos imperfectos |
|------------------|---|-----------------------|---|--------------------------------|---|----------------------------------|

Por último, el mercado relevante puede resumirse en el siguiente gráfico:

| | | | | |
|-------------------|---|--------------------|---|------------------|
| Mercado relevante | = | Mercado territorio | + | Mercado producto |
|-------------------|---|--------------------|---|------------------|

En nuestro criterio, existen, por ejemplo, los siguientes mercados relevantes:

- Servicio telefonía fijo por ciudad
- Red de telefonía fija por ciudad
- Red nacional
- Red urbana y rural
- Servicio de telefonía móvil
- Red de cada operador de telefonía móvil
- Red de cada operador de telefonía fija
- Mercado de locutorios
- Mercado de tarjetas de minutos
- Cables submarinos de interconexión
- Larga distancia internacional
- Larga distancia nacional
- Etc.

No significa que cada operador o empresa por hacer parte de uno se aleje del otro, pues pueden hacer parte a la vez o estar presentes en más de un mercado; pero es un trabajo que tiene que hacer cada uno al enfrentar un caso.

En televisión sería importante hacer la misma tarea. Esperamos contribuir con estas líneas a la discusión.