

# CRT

## El nuevo papel del regulador en el control de la concentración del mercado

Regulación y Asesoría

Enero 27 de 2006



Libertad y Orden

## PRESENTACIÓN

Un postulado conocido en la práctica regulatoria es que ésta debe evolucionar con las condiciones del mercado. Este postulado se cumple del mismo modo en cuanto a la transformación de las instituciones encargadas de dicha labor.

Mientras en los años 80 primaban las agencias reguladoras multisectoriales y con funciones de control, en los años 90 empezaron a surgir los entes reguladores especializados y se comenzó a gestar la separación del control y la regulación en dos instituciones diferentes. Sin embargo, dicha separación en la rama del poder ejecutivo nunca se presenta de manera automática, sino que obedece a procesos de evolución de las instituciones y del mercado.

En el caso particular de las instituciones en Colombia, se tiene por ejemplo (como lo han resaltado en varias ocasiones las empresas mismas del sector<sup>1</sup>) que la atomización de funciones de control y regulación en varias entidades lleva a la duplicidad de funciones y aumenta el riesgo jurídico. Asimismo, la práctica internacional ha mostrado que cualquier expresión de funciones de control, se encuentra casi desaparecida del ámbito de alcance de los reguladores especializados.

Dado lo anterior, para el caso particular de las telecomunicaciones, la CRT ha puesto en conocimiento del sector la Agenda Regulatoria 2006, en la cual uno de los elementos claves para el desarrollo normativo futuro tiene que ver con el principio de **abstención** "Forebearance"<sup>2</sup> con el fin de permitir el libre funcionamiento de los mercados, garantizando unos mínimos requisitos de competencia. Bajo este enfoque, la CRT se encuentra iniciando desarrollos regulatorios tendientes a minimizar su intervención directa en el mercado. Como parte de esos desarrollos es lógico que se empiece a aplicar el principio de abstención en las acciones que, o bien son ejercidas por otros entes, o se salen de la esfera de funciones que debe tener un regulador de la industria o pueden ser retiradas por que ya no son necesarias.

Por lo tanto, el objeto de este documento es presentar al sector y demás interesados, una exposición técnica del papel del regulador en funciones de control de la concentración de los mercados. Dicha exposición constituye el soporte para la propuesta regulatoria que busca reformar dicho papel, adecuando la institucionalidad del sector a las mejores prácticas internacionales.

---

<sup>1</sup> Propuesta ANDESCO para inspección control y Vigilancia para el sector de las telecomunicaciones. Propuesta presentada para el Programa de Renovación de la Administración Pública.

<sup>2</sup> Consiste en delegarle la regulación a las fuerzas del mercado, cuando existen ciertas condiciones que permiten al regulador abstenerse de intervenir directamente en el mercado.

## El nuevo papel del regulador en el control de la concentración del mercado

El presente documento se encuentra dividido en cuatro capítulos. En el primero se presenta una explicación de las razones por las cuales las industrias relacionadas con la infraestructura y las telecomunicaciones presentan una tendencia a concentrarse. El segundo, explica el papel que ha jugado el regulador de la industria en esa tendencia en el nivel mundial y el nivel nacional. El tercero, hace referencia a algunas consideraciones de orden jurídico en cuento a las similitudes y diferencias de la regulación y el control. Finalmente en el cuarto se presenta una propuesta para el caso colombiano.

### 1. La concentración de los mercados de tecnología

En el génesis de la regulación del monopolio<sup>3</sup>, se consideraba que cualquier práctica tendiente a monopolizar la oferta de un producto o servicio era ilegal (US Sherman Act, 1890). Sin embargo, con el desarrollo de los mercados de infraestructura, en donde toma lugar la teoría del monopolio natural y en general, con el surgimiento de los mercados con rápidos procesos de innovación tecnológica, como la industria de software, dicha concepción se ha transformado, **diferenciando la conducta monopólica, de la estructura monopólica**<sup>4</sup>. Este hecho no sólo se ha visto reflejado en un cambio de paradigma de la teoría económica, sino también en la misma manera en la cual se evalúa la competencia en los mercados<sup>5</sup>.

La literatura económica contemporánea ha establecido que las fusiones y adquisiciones de empresas en general son herramientas del mercado que le permiten a estas, entre otros elementos, aprovechar economías de escala, diversificar su riesgo, mejorar la eficiencia o reducir sus costos como consecuencia de la reducción del número de oficinas, la centralización de procesos de gestión y la reducción de los costos laborales (Group of Ten, 2001; European Central Bank, 2000a; Berger, Demsetz y Strahan, 1999).

Adicionalmente, la teoría económica ha facilitado numerosas explicaciones a esos súbitos aumentos en el número de operaciones, que en algunos casos, comprenden la búsqueda de rentas de monopolio u oligopolio, obedecen al comportamiento de los rendimientos globales

---

<sup>3</sup> Antitrust Laws

<sup>4</sup> Mc Conell & Brue. (2005). Microeconomics. Cap 32. pp 633 – 636.

<sup>5</sup> Cabral. (1994). Industrial Organization. Cap 9.

del mercado de capitales, o a la mejora de las condiciones generales de la economía derivada de la diversificación de la actividad a través de la formación de conglomerados o el exceso de capacidad. En este sentido, Smith y Walter (1998) identifican cuatro elementos que constantemente se presentan a favor de dichas formaciones: (i) Cambios significativos en la regulación o en las políticas económicas, (ii) la existencia de una razón económica o tecnológica poderosa para una reestructuración, (iii) la existencia de compañías subvaloradas, y (iv) la presencia de mercados en fase alcista que facilitan la financiación de las transacciones.

En el caso del mercado de las telecomunicaciones, éste ha evolucionado de manera considerable, y hoy en día, la convergencia en las redes de telecomunicaciones y en toda la industria de la nueva economía<sup>6</sup>, presenta consideraciones particulares en donde se encuentra que la concentración obedece a rasgos naturales de esta industria. Dichas consideraciones se presentan a continuación:

- **Los costos**

En las nuevas industrias existen altos costos fijos y bajos costos marginales. Estas empresas hacen altas inversiones para desarrollar nuevos productos, pero una vez hechas estas inversiones, los costos de crear unidades adicionales son muy bajos, por lo tanto exhibe “retornos incrementales”, lo que tiene implicaciones importantes en la estructura del mercado: “La industria de la nueva economía tiende a ser concentrada”.

- **Efectos de las Redes**

Los efectos de red se refieren a la situación en la cual, los productos son más valorados o más demandados en la medida en que más gente los usa. En este sentido, si se produce una ruptura o división del mercado, se reducen los beneficios sociales ya que menos usuarios podrían usar los productos en cuestión. Ejemplos de este caso particular es el uso de *chat* de conversación, como el MSN Messenger.

- **Carrera Competitiva**

Las firmas invierten fuertemente para desarrollar un producto que crea una nueva categoría, por ejemplo, Palm® Pilot®, iPod®, entre otros; y en este caso, los ganadores del mercado

---

<sup>6</sup> La definición de industrias en la nueva economía, según Evans, Padilla, Ahlborn (2001), se refiere a las industrias desarrolladas en torno al hardware y software en computadores, internet, telefonía móvil, biotecnología, y otras que son fundamentadas en la creación de propiedad intelectual generando un rápido cambio tecnológico permanente.

obtienen altos márgenes de rentabilidad por tener una gran porción del mismo. De igual forma, las firmas invierten fuertemente para desplazar la tecnología líder, consiguiendo por lo tanto, un rápido cambio en la estructura del mercado de “software”, de esta manera, el líder del mercado podrá mantenerse por un periodo aproximado de 10 años, cuando otra empresa de una tecnología más avanzada superará a la primera. De esta forma se configuran frágiles monopolios temporales.

- **Alto Potencial de Retorno o Ganancia**

Así como los deportistas y los actores de cine, en este mercado en competencia, los ganadores se aseguran de obtener ganancias enormes siempre y cuando se encuentren delante de sus rivales. Estos altos retornos garantizan la permanente afluencia de competidores dispuestos a apostar en el mercado. Sin embargo, la trayectoria para llegar al éxito no es fácil, por lo que la sociedad se dispone a estimular variados y diversos proyectos.

- **Competencia Dinámica**

En los mercados modernos de telecomunicaciones la competencia no se refiere a aquel que sea capaz de vender el producto por el precio más bajo, sino a quien es capaz de desarrollar un producto mucho mejor. Este esquema cambia la lógica clásica establecida de la política de **competencia estática**, por un esquema de **competencia dinámica**. Así, la competencia deja de ser *en el mercado*, hacia un enfoque donde la competencia se da *por el mercado*, en el que se consignan monopolios frágiles, con los que se retiene a los mercados con una continua innovación. Bajo este paradigma, un monopolio no es un sitio tranquilo ya que en el largo plazo, las innovaciones tecnológicas eliminan cualquier barrera de entrada económica existente en el corto plazo.

Ahora bien, si los procesos de concentración se consideran parte del mercado de telecomunicaciones, ¿cómo distinguir éstos, de las prácticas por medio de las cuales una empresa busca apoderarse del mercado, con el fin de restringir la oferta y fortalecer su posición monopólica?

Este hecho ya había sido advertido en Cabral (1994) en donde se demuestra que el problema que enfrenta un regulador o ente de control cuando evalúa la competencia existente en un mercado reside en la imposibilidad de distinguir si la conducta de las empresas ha conducido a un mercado concentrado o si es la concentración del mercado la que genera una conducta anticompetitiva en las empresas.

Por lo tanto, estos planteamientos han llevado a que la evaluación del nivel de competencia en los mercados se desprenda de la valoración de la concentración de los mismos y se centre en el análisis del **Poder Significativo del Mercado** como una forma de control *ex ante* y en el análisis de conductas y prácticas antimonopólicas como los precios predatorios, el “Tying” o venta atada de productos, entre otros.

Queda claro entonces que, el dominio del mercado no debe ser una razón para sospechas de prácticas restrictivas por parte del regulador<sup>7</sup>. Dado lo anterior, recientemente se ha generado un desprendimiento del control de las prácticas anticompetitivas de la promoción de la competencia y la regulación del monopolio.

Específicamente, la labor del regulador consiste en detectar las fallas de mercado y buscar herramientas para su eliminación o corrección. En ese sentido, la principal falla de mercado de acuerdo con la teoría del bienestar, es el monopolio. Frente a este tipo de situaciones, el regulador en primera instancia toma acciones preventivas de conductas monopólicas como la eliminación de barreras a la entrada, la promoción de la competencia. No obstante, cuando estas medidas no tienen efecto alguno sobre el mercado, generalmente en presencia de monopolios naturales, el regulador interviene para ajustar el comportamiento del mercado y semejar un mercado en competencia.

Es evidente, que dicha labor no contempla la prohibición del monopolio, ni busca prevenir que una industria se concentre, ya que como se mostró anteriormente, la concentración *per se* no implica que se presenten fallas en los mercados, o que esta obedezca a un interés particular para monopolizar la oferta de un producto o servicio.

En contraste, la valoración de los procesos que afectan la concentración de los mercados se aproxima a una acción de control, ya que no parte de la existencia de una falla de mercado, sino de una posible conducta “condenable” por parte de las empresas que participen en procesos de fusión e integración, entre otros.

---

<sup>7</sup> Rodríguez, J.M., Peña, M.A., 2002. “The New Regulatory Framework for Telecommunications in Europe: Convergence UIT Competition Policy?”. NERA Economic Journal, Spring 2002.

## 2. Las funciones del regulador y el control de la concentración del mercado.

### Perspectiva económica

Retomando, el caso norteamericano, con la implementación de las reformas de los años de 1914 y 1950 (Clayton y Celler-Kefauver Acts) se pasó de una concepción global en donde cualquier monopolio o conducta monopólica se prohibía a una tipificación de conductas en donde se separó claramente aquellas punitivas o donde de demostrarse su existencia implicaba inmediatamente una sanción, de aquellas que requerían una evaluación de conducta, entre las que se ubicó la compra de activos por parte de las empresas. Este elemento, junto con la absolución de DuPont en 1956 acerca de la concentración de la industria textil, generó un precedente mundial en donde las actividades de concentración no eran conductas punitivas.

El Yankee Group (2001) realizó un estudio en el cual se analizan las tendencias globales en cuanto a la estructura de las instituciones reguladoras en telecomunicaciones. Según dicho estudio, se puede identificar que la figura de regulador especializado se encuentra en más del 50% de los países<sup>8</sup> y presenta una estructura de funciones genérica, que lo diferencia de las otras instituciones ejecutivas como los ministerios y los entes de control de la competencia. (Cuadro 1)

**Cuadro 1. División típica de responsabilidades entre entidades que ejercen funciones de regulación**

Responsabilidad	Ministerio	Autoridad en competencia	Regulador sectorial
Fusiones	✓	✗	✓
Licenciamiento de fijos	✗		✗
Supervisión de licencias	✗	✓	✗
Administración y licencias de espectro	✓		✗
Regulación tarifaria	✗	✓	✗
Conflictos de interconexión		✓	✗
Cargos de acceso	✓	✓	✗
Servicio Universal	✓		✗
Planes de numeración	✓		✗
Calidad del servicio	✓	✓	✗
Medidas de protección del usuario	✓		✗
Regulación técnica y estándares			✗
Diseño de política pública	✗		

✓ Atañe a la entidad

✗ Principal área de responsabilidad

Fuente: The Yankee Group, 2001.

<sup>8</sup> Con base en una muestra representativa de países de Europa, Norteamérica y Suramérica.

El cuadro anterior refleja claramente que mientras los ministerios tienen como principal área de responsabilidad las actividades de licenciamiento de los servicios, la autoridad en materia de competencia tiene bajo su responsabilidad el control de fusiones. Adicionalmente, se observa cómo, prácticamente todas las actividades regulatorias, se están llevando a cabo por la entidad reguladora, dejando sólo a un lado el control de las fusiones<sup>9</sup>.

Adicionalmente, el estudio establece una estructura ideal de funciones teniendo en cuenta que los procesos de convergencia han obligado a incluir en las agendas de gobierno cambios en la estructura ejecutiva del sector. Tal es el caso de las instituciones reguladoras de Canadá, en donde se ha empezado un proceso de integración de la regulación de televisión con el resto de servicios de telecomunicaciones. También se cita el caso de los países que han venido delegando la administración del espectro en el ente regulador. Dado lo anterior, la estructura óptima que recomienda Yankee Group se presenta en el cuadro 2.

**Cuadro 2. División óptima de responsabilidades entre entidades que ejercen funciones de regulación**

Responsabilidad	Ministerio	Autoridad en competencia	Regulador sectorial
Fusiones		X	(papel de asesoría)*
Licenciamiento de fijos			X
Supervisión de licencias			X
Administración y licencias de espectro	✓		X
Regulación tarifaria			X
Conflictos de interconexión			X
Cargos de acceso			X
Servicio Universal	✓		X
Planes de numeración			X
Calidad del servicio			X
Medidas de protección del usuario			X
Regulación técnica y estándares			X
Diseño de política pública	X		

✓ Atañe a la entidad

X Principal área de responsabilidad

Fuente: The Yankee Group, 2001.

\* La función se limita a dar soporte técnico al ente de competencia, mas no implica toma de decisiones.

De acuerdo con el cuadro anterior, la división óptima de funciones consiste en delegar todas las actividades regulatorias a la agencia especializada, con excepción del control de fusiones, en

donde el regulador cumple una labor de asesoría técnica a la autoridad de competencia. Adicionalmente, el ministerio cumpliría esa misma función de asesoría en los temas de servicio universal y administración de espectro, concentrándose en el diseño de política y al engranaje del sector en el resto del contexto político nacional.

Dicha organización óptima parte del postulado de que la especialización de funciones en el sector público y especialmente en el sector de telecomunicaciones permite alcanzar una mejor eficiencia de la administración pública dado el alto componente técnico especializado que requieren los procesos regulatorios en estos mercados. Adicionalmente, la estructura propuesta incrementa el nivel de independencia del regulador respecto del diseño de políticas.

Entonces, tanto desde lo positivo como en lo normativo, es evidente que la labor del regulador en cuanto al control de la concentración de los mercados debe ser lo más limitada posible, ya que dicha labor debe ser ejercida por la entidad de competencia quién más que corregir fallas de mercado, propende por el control de las prácticas anticompetitivas y las conductas monopolistas. Esta situación se analiza en mayor detalle y desde la perspectiva jurídica en el siguiente capítulo.

### **3. El concepto de regulación frente a la función de Control por parte del Estado, y su papel en las fusiones e integraciones. Perspectiva jurídica**

Varias han sido las discusiones adelantadas por doctrinantes y juristas en relación con la definición y alcance que debe dársele al concepto “regulación”, más aún cuando la misma se refiere al campo económico y a la consecuente intervención en la actividad particular.

En el caso Colombiano, la H. Corte Constitucional se encargó de zanjar las disquisiciones y diferencias que sobre este particular se habían ventilado desde la misma expedición de la Ley 142 de 1994. Lo anterior, se materializó en la Sentencia C- 150 de 2005, la cual analizó extensamente el sentido y el alcance del concepto de regulación.

El análisis de la Corte al que se ha hecho referencia, parte del supuesto de que “en un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social.” De esta forma, resulta claro que cualquier desarrollo normativo proveniente del Estado, entendido este

---

<sup>9</sup> El estudio resalta casos muy particulares como el de Australia y Nueva Zelanda, en los cuales el regulador cumple funciones de control de fusiones.

en un sentido amplio, en alguna medida genera reglas o parámetros de conducta económica y social que deben ser aplicadas y cumplidas por los miembros del respectivo contrato social.

Lo anterior, en desarrollo del Artículo 333, de la Constitución Nacional, que establece la **intervención del Estado en la Economía**, la que pretende mediar entre los intereses privados, desarrollados en la actividad empresarial de los particulares, y los intereses generales (Art. 1 de la C.N.) que se involucran en las actividades empresariales en ciertos casos específicos, como lo es la prestación de los servicios públicos que se vincula la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos.

El precepto antes mencionado también se evidencia de lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución Política que establece que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, así como los eventos en los que dicha intervención debe darse, previo mandato legal.<sup>10</sup>

En el caso particular de los servicios públicos domiciliarios, se encuentra que La ley 142 de 1994, ordena la intervención del Estado en los mismos con el fin de garantizar la eficiente prestación de estos en bien de la comunidad.

La materialización de la regulación en el orden económico, entendida en un sentido amplio, no puede perder de vista el fin que la misma persigue y las diferencias y características especiales que tales fines le imponen. Precisamente por esta razón, dentro del concepto amplio de regulación se involucran tanto las facultades especiales de inspección, control y vigilancia, como las funciones de regulación propiamente dichas, toda vez que *“la amplitud del ámbito sobre el que se extiende la intervención del Estado en la economía y la variedad de fines que persigue, hace necesario que éste disponga de **múltiples instrumentos, aplicables de diferentes maneras en los diversos sectores de la actividad económica**”*. (Negrilla fuera de texto)

Lo anterior, también ha sido analizado por la Corte Constitucional en la sentencia antes citada que acogió la siguiente doctrina: La intervención que hace el Estado en la economía puede derivarse de distintos tipos de funciones a saber: **(i) confirmativa**, que propende por establecer los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores

---

<sup>10</sup> "ARTICULO 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

económicos; **(ii) finalista**, que determina los objetivos generales o los alcances máximos a los que han de llegar los agentes económicos el mercado a intervenir, y **(iii) condicionante**, que fija las reglas del mercado, según el tipo de función.

De lo anterior, resulta claro que para el caso que nos ocupa existente dos tipos de intervención del estado diferentes aún cuando las mismas puedan denominarse al mismo tiempo como "regulación". No obstante, dadas las particularidades, diferencias y especialidades de cada una, tanto el constituyente como el legislador le han otorgado funciones y competencias distintas, pero complementarias.

Tal es el caso, de las funciones de inspección, control y vigilancia ejercida principalmente por las superintendencias, y de la función regulatoria propiamente dicha, ejercida principalmente por las comisiones de regulación. En lo que respecta particularmente a las facultades especiales de inspección, control y vigilancia debe tenerse en cuenta el concepto que los diversos doctrinantes de derecho administrativo, examinan del control funcional, el cual trata de identificar si un acto determinado en el mercado, se ajustó a parámetros de legitimidad y conveniencia u otros, que a razón del Estado merezcan su intervención.

A este tipo de regulación de la actividad particular (ya enmarcada dentro del concepto de inspección, control y vigilancia), entendida en su sentido más amplio, se le conoce comúnmente dentro de la teoría de la regulación, como regulación "expost". Esto es, aquella que entra a intervenir en la conducta de determinado sector o subsector después de producido determinado hecho o situación.

De otra parte, no puede desconocerse que la regulación de la actividad económica propiamente dicha, dadas las diferencias y características propias de cada área debe ser especial. Tal especialidad la garantiza la existencia de diferentes entidades y organismos expertos en cada área. Al respecto, la H. Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

"La función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social. El ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia. La regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de

---

*El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones."*

decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y **es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades".** (*negrilla fuera de texto*<sup>11</sup>)

Del extracto anterior, resulta claro que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es uno de los entes especializados a los que hace referencia la H. Corte Constitucional, encargado de analizar y seguir la evolución del sector de las telecomunicaciones, según las funciones y tareas específicas que le han sido encomendadas por el legislador y que se corresponden exactamente con acciones de regulación ex - ante.

En esta medida si bien desde un sentido amplio tanto las superintendencias como las comisiones de regulación, regulan la actividad particular, la instrumentación y materialización de dicha intervención es diferente en ambos casos y por ello el legislador le ha encargado funciones y facultades distintas, pero complementarias de sus actividades.

En efecto, cambios en la forma como la administración cumple los mandatos legales, son comunes, debido a que la dirección del Estado es una actividad dinámica sujeta a la manera en que el poder ejecutivo determina los cambios de la sociedad y de lo que injiere directamente sobre ella. Por ello es evidente que si bien los mandatos legales y su desarrollo pueden ser ejecutados por diferentes entes estatales, por su nivel de independencia, capacidad técnica, planta de personal, o simplemente por su ubicación geográfica, uno de ellos desarrolla eficazmente un cometido general aplicado a situaciones particulares.

Por ello, en la estructura del Estado, es posible que sea más conveniente que un órgano aún más especializado en temas de competencia y control de fusiones e integraciones, sea quien adelante las investigaciones y análisis de cada negocio y su injerencia en el mercado, sin que ello implique que el ente regulador pierda las competencias que el legislador le ha encargado directamente.

---

<sup>11</sup> Sentencia C-150 del 2003

En efecto, en Colombia en el caso del control de fusiones e integraciones, se encuentra que dicha misión estatal (que implica una forma de intervención del Estado en la economía) puede ser desarrollada tanto por los órganos de inspección, control y vigilancia a quienes el legislador les ha otorgado de manera expresa y residual la revisión de este tipo de negocios, así como el impacto de los mismos en el mercado en general, como por las comisiones de regulación a quienes corresponde *“establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público”<sup>12</sup>*.

En el caso concreto de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, se consideró que el mecanismo idóneo para desarrollar la función antes transcrita era precisamente el control de las fusiones e integraciones. En efecto, el artículo 3.3.8 de la Resolución CRT 087 de 1997 (que se mantiene igual al texto original, expedido el 5 de septiembre de 1997), establece textualmente lo siguiente:

**ARTICULO 3.3.8. CONTROL DE FUSIONES E INTEGRACIONES.** *Los operadores de TPBC deberán informar a la CRT sobre todas aquellas operaciones tendientes a fusionarse, consolidarse, integrarse o tomar el control de otros operadores dedicados a la prestación de servicios de TPBC, sea cualquiera de la forma jurídica de dicha fusión, consolidación, integración o toma de control. La CRT podrá objetar dichas operaciones cuando tengan por objeto o como efecto restringir la libre competencia.*

No obstante como ya se ha mencionado anteriormente, la organización del Estado colombiano, particularmente del órgano ejecutivo, permite que otro ente especializado concretamente en la revisión de este tipo de temas, desarrolle de la forma que considere pertinente y según los lineamientos fijados por la ley, el control de estos negocios jurídicos.

Este mismo esquema ha sido seguido por las legislaciones foráneas, quienes han decidido encargar a órganos espacialísimos, en que convergen, funciones de control, inspección y vigilancia. Con este arreglo institucional se ha encontrado que la especialidad en este tipo de investigaciones y análisis, realizados de manera transversal en la economía permite desarrollar sinergias, unificar criterios y aumentar la estabilidad jurídica. (Cuadro 3)

---

<sup>12</sup> Artículo 73.25 de la Ley 142 de 1994

### Cuadro 3. Análisis a Nivel Internacional de Competencias en las Entidades

País	Temas Regulatorios de Telecomunicaciones	en Conceptos de Fusiones y Concentraciones Económicas
<b>Argentina</b>	Comisión Nacional de Comunicaciones	Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
<b>Canada</b>	Canadian Radio-television and Telecommunications Commission	and Competition Bureau
<b>España</b>	Comisión del Mercado de Telecomunicaciones	Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC)
<b>Mexico</b>	Comisión Federal de Telecomunicaciones	Comisión Federal de Competencia
<b>Reino Unido</b>	OFCOM	Competition Commission
<b>Estados Unidos</b>	Federal Communications Commission	Federal Trade Commission
<b>Venezuela</b>	Comisión Nacional de Telecomunicaciones	Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia
<b>Suráfrica</b>	South African Telecommunications Regulatory Authority	Regulatory Competition Commission

Fuente: CRT, información Comisiones de Regulación Respectivas, 2005.

#### 4. El caso colombiano. Propuesta específica

Utilizando el mismo criterio de análisis de funciones utilizado en el numeral 2 de este documento a continuación se presenta la división actual en el contexto colombiano.

#### Cuadro 2. División de responsabilidades entre entidades que ejercen funciones de regulación en Colombia

Responsabilidad	Ministerio	Autoridad en competencia	Regulador sectorial
Fusiones		✗	✓
Licenciamiento de fijos	(no aplica)		✓
Supervisión de licencias	✗	✓	
Administración y licencias de espectro	✗		
Regulación tarifaria	✓		✗
Conflictos de interconexión	✓		✗
Cargos de acceso	✓		✗
Servicio Universal	✗		✓
Planes de numeración	✓		✗
Calidad del servicio		✓	✗
Medidas de protección del usuario	✓	✓	✗
Regulación técnica y estándares			✗

- ✓ Atañe a la entidad  
✗ Principal área de responsabilidad

Fuente: CRT

De acuerdo con el cuadro anterior, la estructura del caso colombiano se asemeja al genérico presentado en los países con agencia reguladora especializada. Sin embargo, la estructura actual, tal como sucede en la mayoría de países dista de la estructura óptima ya que existen todavía algunas funciones de control que recaen en el regulador, como es el caso del control de las fusiones.

Al respecto, mientras las funciones de administración del espectro vienen definidas por la Ley, las actividades de control de fusiones establecidas en la Ley 142 de 1994 dan potestad al regulador para especificar el mecanismo de control<sup>13</sup>. Es decir, que se facultó al regulador para determinar el nivel de intervención que éste tendría frente al control de concentración de la propiedad. Diferente sucede con las obligaciones principales del regulador como la regulación tarifaria en donde se ordena expresamente que este, por ejemplo, debe establecer fórmulas para la fijación de tarifas (art. 73.11) o determinar cuando se aplica el régimen tarifario regulado (73.20).

Dado lo anterior, en el corto plazo, el regulador puede establecer el nivel de profundidad de su intervención en el control de fusiones, con el objeto de minimizar la duplicidad de funciones entre entidades relacionadas, concentrarse en las actividades que son responsabilidad directa y con el fin de empezar a migrar hacia una estructura especializada más profunda e independiente.

En el año 2005, a nivel mundial se han venido presentando grandes procesos de integración en el sector de las telecomunicaciones y se prevé que estos procesos alcancen la esfera nacional con la consolidación de operaciones de telefonía local y con la integración y convergencia de empresas que prestan servicios relacionados, motivados en gran parte como recursos para garantizar la supervivencia de las empresas en un entorno de convergencia.

En respuesta a esta tendencia, el año 2006 se presenta como el momento oportuno para que el regulador limite el alcance de sus decisiones a la corrección de fallas de mercado, de modo que, los procesos de integración sólo se vigilen desde la conducta que los genera y no por la acción en si misma, labor que corresponde en este caso a los entes de control, inspección y vigilancia.

---

<sup>13</sup> Artículo 73.25: "Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público".

Ahora bien, atendiendo a las mejores prácticas internacionales presentadas en la sección anterior, esto no implica que el regulador renuncie a sus facultades para evitar la concentración de la propiedad. Tal como se ha mostrado en este documento, el papel del regulador en este caso debe limitarse a los casos en los cuales el ente de control de la competencia requiera de la experticia del regulador para la evaluación de la conducta y del mercado en el cual concurren las empresas que conformen una potencial integración. De todas formas, para el caso puntual de las facultades del 73.25, se podrá en el futuro establecer otros mecanismos de regulación ex ante una eventual si así lo dicta la evolución del mercado.

Sin embargo, actualmente el mecanismo de control se encuentra extendido más allá de ese límite deseable por cuanto permite al regulador objetar o no una fusión (art. 3.3.8, res. 087 de 1997)<sup>14</sup> esto no implica que dicho mecanismo de objeción de operaciones sea negativo por sí mismo, sino, como se ha visto, que puede llevar a un traslape de las funciones de regulación y control, a las cuales recaen en entes diferentes y con ámbitos de aplicación distintos.

Lo anterior, podría entre otras, producir las siguientes situaciones, que en pro de evitar una conducta anticompetitiva no observable, comprometan operaciones que podrían ser beneficiosas al mercado.

- Conflictos entre las decisiones del ente regulador y el ente de control
- Al estar limitado el alcance del control del regulador a TPBC, exclusivamente, existe una doble valoración de la operación en casos en que el servicio sea de TPBC y una única valoración de la operación en los casos que esta se realice entre empresas que prestan otros servicios.
- Mientras el regulador realiza una valoración de mercado de la concentración, el ente de control realiza una valoración de conducta.

Tal como se observa, el papel del regulador bajo el mecanismo actual resulta más un sustituto que un complemento de la labor del ente de competencia, siendo que lo que busca la especialización de las funciones de las entidades de la rama ejecutiva, es potenciar la complementariedad de las funciones.

---

<sup>14</sup> "ARTICULO 3.3.8. CONTROL DE FUSIONES E INTEGRACIONES. Los operadores de TPBC deberán informar a la CRT sobre todas aquellas operaciones tendientes a fusionarse, consolidarse, integrarse o tomar el control de otros operadores dedicados a la prestación de servicios de TPBC, sea cualquiera de la forma jurídica de dicha fusión, consolidación, integración o toma de control. La CRT podrá objetar dichas operaciones cuando tengan por objeto o como efecto restringir la libre competencia".

Por tal razón, y siguiendo las recomendaciones que se deducen de las mejores prácticas internacionales, el mecanismo más idóneo para evitar por parte del regulador, que las operaciones de integración restrinjan la competencia de los mercados de comunicaciones, es el de servir de ente de apoyo técnico a las instituciones encargadas de velar por la preservación de la libre y leal competencia.

En este sentido, se recomienda que el mecanismo de la no objeción sea eliminado y reemplazado por el mecanismo de la asesoría o concepto.

A través de dicho mecanismo el regulador actúa de oficio o por petición como la entidad técnica independiente que aportará a la evaluación que realice el ente de control, las pruebas y evidencias técnicas necesarias para que éste evalúe la naturaleza y el impacto de las integraciones y valore la conducta que motiva a las mismas.

Dicho análisis anterior trae como resultado el proyecto de Resolución puesto a consideración del sector y demás interesados que se publica conjuntamente con este documento, sobre el cual se propone la siguiente estructura:

- **Parte Considerativa**

En este aparte se hace referencia a las facultades de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, así como a los principales hallazgos expuestos en el presente documento soporte.

- **Parte Resolutiva**

En este componente del proyecto de resolución, se propone la derogatoria simple del artículo 3.3.8 de la Resolución CRT 087 de 1997, con base en lo expuesto en la parte considerativa, así como con fundamento en las consideraciones y análisis objeto del presente documento.

Así mismo, dado que el proyecto de acto administrativo sería de carácter general y abstracto, se menciona que el mismo será vigente a partir de su publicación en el Diario Oficial.