

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

Bogotá, D.C., Enero 20 de 2009

Doctora
Hilda María Pardo
COMCEL S.A.

Ref.: Concepto jurídico acerca de la legalidad de la propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, elaborada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT)

Apreciada doctora:

Una vez leído tanto el borrador del proyecto de resolución "Por la cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de poder dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones", así como el documento titulado "Propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia", elaborados por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT, me permito exponerle mi concepto jurídico acerca de los aspectos constitucionales y legales correspondientes, y sobre los fundamentos del sentido que la CRT quiere dar a su función en lo que respecta a la telefonía móvil celular, en general, y a COMCEL en particular.

El borrador

1.- Se trata de un proyecto de resolución que expediría la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRT, "Por la cual se establecen los criterios y las

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de poder dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones".

El proyecto corresponde a un acto administrativo de carácter general, que de una manera antitécnica incorpora de una vez decisiones de carácter particular y concreto, para cuya expedición se invocan supuestas facultades legales de la Comisión, específicamente los artículos 73 y 74.3 de la Ley 142 de 1994, el artículo 15 de la Ley 555 de 2000, el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 y los artículos 10, 13 y 18 del Decreto 2870 de 2007.

En la parte motiva del proyecto son citados también los artículos 333, 334 y 365 de la Constitución Política y las sentencias C-333 de 1999 y C-150 de 2003 de la Corte Constitucional, que -como puede corroborarse mediante su lectura- son traídas al proyecto fuera de contexto y dándoles un alcance que no tienen.

2.- Lo primero que se advierte al estudiar el borrador en referencia es que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones carece de competencia para dictar normas como las allí contempladas, pues consideradas esas disposiciones desde el punto de vista material -esto es, por su contenido-, se encuentra que deberían estar plasmadas en una ley de la República, y no en un acto administrativo, ni siquiera del Presidente de la República, menos todavía de un organismo subalterno como la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

En otras palabras, soy del criterio de que en este caso la CRT pretende sustituir al Congreso de la República en lo relativo a la expedición de un mandato de intervención del Estado en la economía, acto a través del cual se da a sí misma ese mandato y se auto-concede facultades que el ordenamiento jurídico no le otorga.

Tampoco tiene competencia constitucional ni legal la Comisión para declarar *ex ante*, o designar, como lo hace el proyecto de acto individual y concreto del anexo # 02, que determinada empresa es un operador con posición de dominio en todo el territorio nacional.

Para expedir las disposiciones generales previstas en el proyecto de resolución, la Comisión no tiene competencia:

Si vamos a la sustancia de tales normas, en ellas se establece -como lo dice el título de la parte resolutive del proyecto- el "Régimen de regulación por mercados

relevantes de telecomunicaciones". Estipula las principios generales de ese régimen, los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes, los criterios para la definición de posición dominante en mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante*, los remedios regulatorios y otras disposiciones.

Mirando los contenidos de esas normas, observamos que consagran "las condiciones, metodologías y criterios para la definición de mercados relevantes de servicios de telecomunicaciones en Colombia, la identificación de las condiciones de competencia actuales de los mercados analizados así como las reglas para determinar la existencia de posición dominante en los mismos, la definición específica de dominancia (Sic) y las medidas aplicables a los operadores de servicios de telecomunicaciones respecto de los cuales se establezca dicha posición dominante" (Art. 1, al prever el objeto de las normas).

Dice el artículo 2, al contemplar el ámbito de aplicación, que la resolución "se aplica a todos los servicios de telecomunicaciones, con excepción de los servicios de Televisión de que trata la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones, de los servicios de Radiodifusión Sonora, Auxiliares de Ayuda y Especiales de que trata el Decreto 1900 de 1990".

Claramente señala el artículo 3 que el propósito fundamental de la regulación "...es la promoción de la competencia, la protección de los derechos de los usuarios, la promoción de la inversión así como la prestación eficiente y continua de los servicios en términos de calidad y cobertura, en aras de mejorar el bienestar social y la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional".

Es importante destacar que el artículo 4 define **Mercado Relevante** como "...un mercado compuesto por un servicio o grupo de servicios, que pueden percibirse como sustituibles entre sí, y que de existir un monopolista hipotético, éste podría incrementar los precios en una cantidad pequeña pero significativa de manera permanente y de forma rentable. Esta definición incluye los mercados compuestos por elementos o funciones de los servicios que se consideran sustituibles entre sí".

El **Mercado relevante susceptible de regulación ex ante**¹ es, según la misma norma "el mercado relevante de productos y servicios de

¹ El concepto de "regulación ex ante" indica que el Estado, a través de la CRT, se toma la atribución de calificar determinadas conductas, condiciones o características de un operador "antes" de que se produzcan,

José Gregorio
Hernández Galindo
Consultores Abogados

telecomunicaciones que por cuyas (Sic) condiciones de competencia, requiere el establecimiento de medidas regulatorias por parte de la CRT" (He subrayado).

Los remedios regulatorios, a su vez, son, de acuerdo con el precepto proyectado, "medidas adoptadas por la CRT con el fin de solucionar problemas según sean las condiciones de competencia de los mercados de telecomunicaciones".

La falta de competencia

El conjunto de disposiciones proyectadas –incluidos los anexos, que extrañamente hacen parte integrante de la resolución– está, por lo tanto, enderezado a regular el mercado de las telecomunicaciones; a establecer reglas sobre competencia; a proteger a los consumidores y usuarios; a garantizar la calidad de los bienes y servicios de telecomunicaciones; a asegurar una información clara y transparente sobre tales bienes y servicios; a crear unos ciertos tipos de mercados (denominados **relevantes**) y unas ciertas categorías de operadores dentro de ellos, como **operadores con posición de dominio** –cuya determinación la CRT se confía a sí misma–; a señalar reglas de intervención en materia de precios y tarifas, así como a prever consecuencias jurídicas para los operadores calificados como sometidos a regulación *ex ante*.

Esto indica que tales normas, según la Constitución, han debido ser expedidas por el legislador.

En efecto, el artículo 75 de la Carta Política² establece que el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado, pero señala a quién corresponde, dentro del Estado, la atribución principal y básica, específicamente en materia de competencia: "Se

es decir, "por anticipado", contrariando el principio plasmado en el artículo 6 de la Constitución Política, a cuyo tenor los particulares solamente responden ante las autoridades por vulnerar la Constitución o las leyes. Por supuesto, las violaciones tienen que haberse producido ya, y haber sido probadas a la luz de normas previamente divulgadas, para que pueda producirse una sanción (Art. 29 C.P.).

² El artículo 75 de la Constitución dice: "ART. 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

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

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley". (Subrayo).

El mismo artículo agrega: "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" (Subrayo).

En cuanto a la protección de los consumidores y usuarios, y en lo que respecta a la calidad de los servicios y a su información, el artículo 78³ de la Constitución establece que "la ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización", y que "serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios" (He subrayado).

El artículo 333⁴ de la Constitución, invocado en el proyecto como fuente de competencia para la comisión, dispone varias cosas que no podemos pasar por alto en materia de atribuciones estatales frente a la libertad de empresa y la competencia:

³ El artículo 78 de la Constitución señala: "ART. 78.- La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos."

⁴ El artículo 333 de la Constitución establece: "ART. 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

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

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

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

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

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

En primer lugar, declara que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, y que "para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley". Norma compatible con la del artículo 84 *Ibidem*, según la cual "cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio" (Subrayo).

También estipula el artículo 333 que "el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional" (Subrayo).

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

El artículo 334 de la Constitución⁵, por su parte, al señalar al Estado como director de la economía, no concibe la intervención económica sino por mandato de la ley. Así: "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.

⁵ El artículo 334 de la Constitución estipula: "ART. 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.

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 competitividad y el desarrollo armónico de las regiones".

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". (He subrayado).

Como puede observarse, el Constituyente ha reservado al legislador la función de establecer las reglas pertinentes a la preservación de la libre competencia, las de regulación de los mercados, las de protección a los derechos de los consumidores y usuarios, las que regulan las actividades de las personas y fijan requisitos para su ejercicio; las de control a los monopolios; y especialmente le ha confiado, con carácter exclusivo, le ha confiado la atribución de expedir el mandato necesario para intervenir en la economía.

En lo que concierne a la actividad empresarial y la iniciativa privada, las normas constitucionales correspondientes consagran como principio el de la libertad, siendo claro que las excepciones y restricciones tienen que ser consagradas en la ley.

La reserva de ley es norma constitucional prevalente y perentoria que determina los linderos de la función pública, y asumir la función encomendada a la ley por la Constitución no es otra cosa que usurpar las funciones del legislador, en clara vulneración de los artículos 3, 113, 121 y 122 de la misma Carta Política.⁶

⁶ "ART. 3º.- La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

ART. 113.- Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

ART. 121.- Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

ART. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público."

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

Tampoco resultan ajustadas a la Constitución otras interpretaciones doctrinarias que han venido haciendo carrera en nuestro medio, consistentes en que las resoluciones de las comisiones de regulación "en forma conjunta con la ley forman una proposición jurídica", y que a diferencia de los decretos reglamentarios pueden "llenar los vacíos legislativos dejados por el legislador", en la medida en que son actos de creación de Derecho.

Este tipo de interpretaciones es abiertamente opuesto a la Constitución, ya que ellas otorgan a los actos de las comisiones -que la Corte estima subalternos de la política trazada por la ley y por los decretos reglamentarios- un alcance normativo general de alta jerarquía y le confieren la atribución inconstitucional de "crear Derecho" en forma compartida con el legislador ordinario, o la de desplazarlo, e incluso la de formulación de normas "como atribución constitucional propia". Se ha llegado al extremo de definir las disposiciones reguladoras como una "legislación secundaria", y ello bajo la desacertada importación de modelos foráneos que no encajan dentro de nuestro sistema jurídico, y que han sido acogidos sin tener en cuenta las muy diversas bases fácticas y jurídicas que han moldeado los diferentes sistemas. También se ha dicho erróneamente que, en virtud de la delegación, las comisiones podrían llegar a derogar leyes y aún a dictar normas "de aplicación preferente frente a ellas", todo lo cual desnaturaliza el concepto mismo de delegación de funciones administrativas, pues excede los límites de ellas, y rompe la estructura de separación funcional prevista en la Constitución (arts. 113 y 150 C.P.).

A juicio de la Corte, estas interpretaciones se apartan de los preceptos constitucionales, pues de ninguna forma se puede admitir que órganos administrativos asuman extraordinariamente una función legislativa, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Carta contempla en cabeza del Presidente de la República. Aceptar aquella posibilidad afectaría gravemente el principio democrático.

Por otra parte, como se ha advertido, la regulación tampoco se asimila a una función reglamentaria propia del Presidente de la República, y ello por cuanto esta facultad encuentra su fundamento en un texto diferente (artículo 189, numeral 11, C.P.). En efecto, esta última disposición constitucional define la potestad reglamentaria como la facultad presidencial para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, mientras que el

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

artículo 370 se refiere a la fijación de políticas generales, con arreglo a ley, en dos materias muy precisas: administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios".

El mismo fallo precisa lo referente al campo de regulación e intervención, siempre sujeto al mandato expreso que provenga de la ley:

"En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.

La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquella tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.

Al tenor de los criterios precedentes, la Corte sólo encuentra una interpretación de los artículos 14-18 y 69 de la citada Ley, que resulta acorde con el Ordenamiento

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

la Ley 142 de 1994, la cual contiene la mayoría de las disposiciones demandadas en el presente proceso, "establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios" pero también contiene un mandato de intervención estatal en los servicios públicos y señala los "fines" de dicha intervención (art. 2º de la C.P.) así como "los instrumentos" para el desarrollo de la misma (art. 3º de la C.P.)."

Si bien en esa sentencia la Corte sostuvo que la sujeción de la intervención estatal en la economía a la ley no implica que el legislador tenga una competencia exclusiva en este campo, y destacó que otros órganos pueden intervenir en determinadas actividades, subrayó que tales modalidades de intervención tienen siempre que producirse "...de acuerdo con el mandato de la ley y dentro de los parámetros que ésta señale". La Corte manifestó al respecto: "En efecto, las leyes correspondientes pueden determinar el órgano que hará cumplir el régimen de las regulaciones o el mandato de intervención, su ámbito de acción, sus competencias, los fines que han de orientarlo así como los instrumentos para alcanzarlos. Al respecto, en el ámbito de los servicios públicos, el legislador dispone de un amplio margen para configurar el papel institucional del órgano de regulación que decida crear específicamente para el efecto". (He subrayado).

En lo que respecta a las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional desde la Sentencia C-1162 de 2000, ya citada, fue perentoria al afirmar que ellas carecen de función legislativa, y que no tienen a su cargo atribución alguna paralela a la de la ley.

En la Sentencia C-150 de 2003 se vuelve a subrayar:

"Con base en los artículos citados, esta Corporación ha puesto de presente que la Constitución atribuye la función de regulación al Estado, sin precisar explícitamente la institución a la cual corresponde." "Por ende [concluye la Corte], la competencia de regulación de los servicios públicos es genéricamente estatal, lo cual obviamente no significa que esa facultad pueda ser atribuida por la ley a cualquier entidad estatal, por cuanto la Constitución delimita, en materia de servicios públicos domiciliarios, algunas órbitas específicas de actuación de las distintas ramas de poder, las cuales deben ser respetadas"

La definición de los poderes públicos contenida en la Carta proporciona los parámetros que rigen la asignación de competencias en materia de servicios públicos. Así pues, "La competencia para la 'regulación' de las actividades que constituyen servicios públicos se concede por la Constitución a la ley, a la cual se

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

confía la misión de formular las normas básicas relativas a: la naturaleza, extensión y cobertura del servicio, su carácter de esencial o no, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, permanencia, constancia, calidad y eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, en lo que atañe a sus deberes, derechos, al régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas que presten el servicio, el régimen tarifario, y la manera como el Estado ejerce el control, la inspección y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente (arts. 1, 2, 56, 150-23, 365, 367, 368, 369 y 370 C.P.). La determinación del ámbito de la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante en materia de los servicios públicos, también se encuentra reservada al legislador.

De tal manera que la Constitución extiende el principio de reserva de ley a la determinación del régimen de regulación de la prestación de los servicios públicos. Ello obedece a la importancia de tales servicios no sólo en el ámbito económico sino social, en especial en cuanto al acceso a ellos es necesario para que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos. La reserva de ley en estos ámbitos, como expresión del principio democrático, busca que el régimen de los servicios públicos sea el resultado de un proceso de deliberación pluralista, público, abierto a la participación de todos y responsable ante las personas que sean usuarios de dichos servicios."

La Corte Constitucional se ha ocupado inclusive en puntualizar, con base en la Constitución, los requisitos que deben reunir las normas legales mediante las cuales se establezcan los parámetros y el objeto de la regulación y de las restricciones que puedan afectar la libertad económica:

"La jurisprudencia constitucional ha señalado que corresponde al legislador adoptar, a lo menos, las decisiones básicas con el fin de definir el régimen de la regulación. En palabras de esta Corporación, dicho régimen se compone de aquellos elementos básicos "que por su naturaleza corresponden a una decisión esencialmente política, es decir, que guardan estrecha relación con la configuración y delimitación del derecho prestacional" y, agrega la Corte en esta ocasión, de las actividades que la Constitución o las leyes prevén para garantizarlo. Se trata de preservar el origen deliberativo, pluralista y participativo del régimen de los servicios públicos, habida cuenta de su trascendencia para la vida cotidiana de los habitantes del territorio nacional.

Así pues, las leyes que tratan sobre actividades o materias objeto de regulación por parte de los órganos administrativos, deben contener criterios inteligibles que

establezcan de manera clara: (i) "las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas"; (ii) las prestaciones o derechos que se busca asegurar por medio de la actividad objeto de regulación; (iii) las reglas a las cuales se sujetará el órgano de regulación y que regirán la actividad regulada; y (iv) las previsiones que impidan que algunas personas sean objeto de tratamientos arbitrarios o de beneficios ilegítimos, y que especifiquen los parámetros de control por parte del juez contencioso administrativo. Esto es necesario para que el legislador fije el régimen de la regulación de los servicios públicos como lo ordena el principio de reserva de ley, y así se evite que "el Congreso se abstenga de tomar las decisiones que le competen y opte por delegar en las autoridades administrativas su adopción" La Corte también ha dicho que las "regulaciones sólo puedan limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta". (Sentencia C-150 de 2003).

Los soportes legales invocados no son suficientes para estructurar la competencia de la C.R.T

6.- El proyecto de resolución invoca varias disposiciones, unas de orden legal y otras de carácter reglamentario para estructurar su competencia.

Es necesario verificar el contenido de tales normas en forma muy concreta, con el objeto de efectuar el correspondiente cotejo:

- a) Artículo 3º del Decreto Ley 1900 de 1990;
- b) Artículo 4º del Decreto Ley 1900 de 1990;
- c) Artículo 73 de la Ley 142 de 1994;
- d) Artículo 15 de la Ley 555 de 2000;
- e) Artículo 37, numeral 1 del Decreto 1130 de 1999;
- f) Artículo 37, numerales 2 y 3 del Decreto 1130 de 1999;
- g) Artículos 10 y 13 del Decreto 2870 de 2007.

Un estudio de cada una de las disposiciones citadas permite establecer que de ellas no surge la competencia de la CRT para disponer lo que proyecta disponer.

- a) El Decreto Ley 1900 de 1990 (Agosto 19) tiene por objeto, según su

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

encabezamiento, reformar las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines.

El artículo 1 consagra como objeto del Estatuto "el ordenamiento general de las telecomunicaciones y de las potestades del Estado en relación con su planeación, regulación y control, así como el régimen de derechos y deberes de los operadores y de los usuarios".

Puesto que no existía en el momento de expedición del Decreto 1900 de 1990, éste no podía aludir en forma alguna, y menos otorgar facultades - que, como hemos manifestado tendrían que ser expresas y con identificación del organismo facultado- a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

En cambio, el Decreto (Artículo 5º) confía al Ministerio de Comunicaciones las funciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones, y desarrolla toda la normatividad aplicable a las mismas, a la red de telecomunicaciones, a la gestión, administración y control del espectro electromagnético; a la modernización de la red de telecomunicaciones, a la compatibilidad de las redes de telefonía móvil celular; a los servicios de telecomunicaciones y su clasificación; a la prestación de los servicios de telecomunicaciones; a las infracciones y sanciones en materia de comunicaciones, entre otros asuntos, respecto de los cuales las facultades que se otorgan se encuentran directamente radicadas por el legislador extraordinario en el Ministerio de Comunicaciones, que hoy sigue existiendo y que no ha sido sustituido o reemplazado en norma alguna por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

En cuanto al artículo 3º, invocado en el proyecto, como puede verse de su texto, no guarda relación alguna con el contenido del proyecto de resolución que nos ocupa: "ARTICULO 3º. USO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Las telecomunicaciones deberán ser utilizadas como instrumentos para impulsar el desarrollo político, económico y social del país, con el objeto de elevar el nivel y la calidad de vida de los habitantes en Colombia.

Las telecomunicaciones serán utilizadas responsablemente para contribuir a la defensa de la democracia, a la promoción de la participación de los colombianos en la vida de la Nación y la garantía de la dignidad humana y

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

de otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución, para asegurar la convivencia pacífica".

Del hecho de que las telecomunicaciones deban ser usadas dentro de los criterios y principios que la norma impone no se desprende que la Comisión haya quedado habilitada por aquélla para introducir reglas de juego diferentes a las previstas en el momento de celebración de los contratos de TMC.

- b) En lo que respecta al artículo 4º, su texto también resulta ajeno al otorgamiento de facultades en cabeza de la CRT: "ARTICULO 4º. CALIDAD DE SERVICIO PÚBLICO. Las telecomunicaciones son un servicio público a cargo del Estado, que lo prestará por conducto de entidades públicas de los órdenes nacional y territorial en forma directa, o de manera indirecta mediante concesión, de conformidad con lo establecido en el presente decreto."

El carácter de servicio público atribuido a las telecomunicaciones nadie lo pone en duda, pero hay gran distancia entre ello y clasificar a la TMC como "servicio público domiciliario" -ámbito en el cual actúan las comisiones de regulación según su norma creadora, que a la vez es su estatuto, la Ley 142 de 1994-, y no se puede deducir de tal carácter la atribución de una competencia como la que asume en el proyecto la CRT para calificar mercados relevantes, o para clasificar a ciertos operadores como detentadores de una posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones.

- c) El artículo 73 de la Ley 142 de 1994 contempla las funciones y facultades generales de las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios, en los siguientes términos:

"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. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

73.1. Preparar proyectos de ley para someter a la consideración del gobierno, y recomendarle la adopción de los decretos reglamentarios que se necesiten.

73.2. Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente, y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:

- a) Competir deslealmente con las de servicios públicos;
- b) Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos;
- c) Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen.

73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

73.4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.

73.5. Definir en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalación y operación de equipos de las empresas de servicios públicos se someta a normas técnicas oficiales, para promover la competencia o evitar perjuicios a terceros, y pedirle al ministerio respectivo que las elabore, cuando encuentre que son necesarias.

73.6. Establecer la cuantía y condiciones de las garantías de seriedad que deben prestar quienes deseen celebrar contratos de aporte reembolsable.

73.7. Decidir los recursos que se interpongan contra sus actos, o los de otras entidades, en los casos que disponga la ley en lo que se refiere a materias de su competencia

73.8. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.

73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. La resolución que se adopte estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad. La resolución debe atender, especialmente, al propósito de minimizar los costos en la provisión del servicio.

73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia.

73.11. Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre.

73.12. Determinar para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo; y definir, con bases estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos medibles y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse "grandes usuarios".

73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que sí la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.

73.14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios.

73.15. Ordenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales en el campo de los servicios públicos y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia a los que se refiere esta Ley.

73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.

73.17. Dictar los estatutos de la comisión y su propio reglamento, y someterlos a aprobación del Gobierno Nacional.

73.18. Pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta Ley.

73.19. Resolver consultas sobre el régimen de incompatibilidades e inhabilidades al que se refiere esta Ley.

73.20. Determinar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas

73.21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la

protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta Ley.

73.23. Definir cuáles son, dentro de las tarifas existentes al entrar en vigencia esta Ley, los factores que se están aplicando para dar subsidios a los usuarios de los estratos inferiores, con el propósito de que esos mismos factores se destinen a financiar los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, y cumplir así lo dispuesto en el numeral 87.3 de esta Ley.

73.24. Absolver consultas sobre las materias de su competencia.

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

73.26. Todas las demás que le asigne la ley y las facultades previstas en ella que no se hayan atribuido a una autoridad específica.

Salvo cuando esta Ley diga lo contrario en forma explícita, no se requiere autorización previa de las comisiones para adelantar ninguna actividad o contrato relacionado con los servicios públicos; ni el envío rutinario de información. Pero las comisiones, tendrán facultad selectiva de pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos a los que esta Ley se refiere, inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación. Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente Ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información".

Desde luego, esas atribuciones están delimitadas por el ámbito de aplicación de la misma Ley 142 de 1994, que es, muy concretamente, el de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural y las actividades complementarias que la misma ley consagra, entre las cuales no se encuentra la telefonía móvil celular.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 142 de 1994 dispone:

"Artículo 1.- Ámbito de Aplicación de la Ley. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente Título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley".

Por su parte, el artículo 15 de la misma Ley establece:

"Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17".

Las actividades complementarias definidas en el Capítulo Segundo del Título Preliminar son también vinculadas al objeto general de la Ley, cual es el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

Como puede verse en el apartado 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994, concretamente a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones se le confía la promoción de la competencia en el sector de las telecomunicaciones, pero, claro está de aquellas que encajen dentro del objeto general de la ley, que incluye telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural.

En lo relacionado con la telefonía celular, debe decirse además que, por definición, no es un servicio público domiciliario, ni es tratado como tal por la Ley 142 de 1994, ni corresponde a ninguno de los tipos de servicios contemplados en el artículo 1 y concordantes de esa Ley, motivo por el cual, en mi criterio, no puede estar sujeta a regulaciones provenientes de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, ya que ésta carece de atribuciones al respecto.

Lo definitivo en relación con la Ley 142 de 1994, respecto a la T.C.M. es su artículo 14.26, que está vigente y señala sin rodeos:

"Artículo 14.- Definiciones.

Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.26.- Servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada. Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos

objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional. Exceptúase la telefonía móvil celular, la cual se regirá, en todos sus aspectos por la Ley 37 de 1993 y sus Decretos reglamentarios o las normas que los modifique, complementen o sustituyen." (He subrayado)

- d) La Ley 555 del 2 de febrero de 2000 es la que regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS.

El artículo 15, en relación precisamente con los señalados servicios, y no con otros, estipula lo siguiente:

"ARTICULO 15. COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES. La CRT será el organismo competente para promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que sea necesario, expedir el régimen de protección al usuario y dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones.

La CRT expedirá las normas que regulan la Interconexión teniendo en cuenta los principios de neutralidad y acceso igual-cargo igual."

Como puede percibirse mediante la lectura de este texto, tiene por destinatarios a los operadores de PCS y no de TMC, lo que implica que, al menos en lo relativo a éstos la resolución proyectada no puede invocarlo como fuente de su competencia.

- e) El Decreto 1130 de 1999 fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución y se enmarcó, por decisión propia enunciada en su encabezamiento, en el artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

El numeral 16 del artículo 189 de la Constitución señala que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: "16. Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley".

Por su parte, el artículo 54 de la Ley 489 de 1998 dice: "ARTICULO 54. PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES CON SUJECION A LAS CUALES EL GOBIERNO NACIONAL PUEDE MODIFICAR LA ESTRUCTURA DE LOS MINISTERIOS, DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y DEMAS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS DEL ORDEN NACIONAL. Con el objeto de modificar, esto es, variar, transformar o renovar la organización o estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, las disposiciones aplicables se dictarán por el Presidente de la República conforme a las previsiones del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a los siguientes principios y reglas generales:

Deberán responder a la necesidad de hacer valer los principios de eficiencia y racionalidad de la gestión pública, en particular, evitar la duplicidad de funciones;

Se deberá garantizar que exista la debida armonía, coherencia y articulación entre las actividades que realicen cada una de las dependencias, de acuerdo con las competencias atribuidas por la ley, para efectos de la formulación, ejecución y evaluación de sus políticas, planes y programas, que les permitan su ejercicio sin duplicidades ni conflictos;

Cada una de las dependencias tendrá funciones específicas pero todas ellas deberán colaborar en el cumplimiento de las funciones generales y en la realización de los fines de la entidad u organismo;

Se podrán fusionar, suprimir o crear dependencias internas en cada entidad u organismo administrativo, y podrá otorgárseles autonomía administrativa y financiera sin personería jurídica;

No se podrán crear dependencias internas cuyas funciones estén atribuidas a otras entidades públicas de cualquier orden;

Deberán suprimirse o fusionarse dependencias con el objeto de evitar duplicidad de funciones y actividades;

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

Deberán suprimirse o fusionarse los empleos que no sean necesarios y distribuirse o suprimirse las funciones específicas que ellos desarrollaban. En tal caso, se procederá conforme a las normas laborales administrativas; Deberá adoptarse una nueva planta de personal".

El artículo 37 del Decreto 1130 de 1999, en desarrollo de las disposiciones enunciadas, señala como una de las funciones de la CRT la siguiente: "Promover y regular la libre competencia para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regular los monopolios cuando la competencia no sea de hecho posible, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado, de conformidad con la ley" (He subrayado).

Como resulta del examen de las normas transcritas, lo que puede hacer el Presidente de la República al tenor del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución, y con un carácter administrativo carente de fuerza legislativa - por lo tanto no puede tampoco usurpar las funciones que la Constitución directamente atribuye a la ley- es modificar la estructura -no las funciones- de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, "con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley" (Subrayo).

Como antes lo destaco, en las materias a que se refiere el proyecto de resolución la propia Carta Política se ha ocupado en establecer que únicamente la ley podrá conferir atribuciones o señalar funciones. Por ejemplo, si el artículo 334 de la Constitución exige "mandato de la ley" para intervenir en la actividad económica y en los servicios públicos y privados, resulta obvio -y ello no requeriría una explicación demasiado extensa- que el mandato correspondiente debe provenir directa y exclusivamente de la ley, y la ley no está contenida en decretos reglamentarios o administrativos, ni en resoluciones de las comisiones de regulación. Recuérdese que, aún en el caso del Presidente de la República, sólo puede expedir decretos con fuerza de ley en los casos que define taxativamente la Carta Política (facultades extraordinarias del artículo 150, numeral 10; estados de excepción contemplados en los artículos 212, 213 y 215; legislación por

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

pérdida de competencia del Congreso en casos como el del artículo 341 de la Constitución), lo que implica que no es factible pretender ampararse en un "mandato de ley" que no está consagrado en la ley para derivar una cierta competencia.

Ahora bien, las funciones que el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 concede a la comisión para promover y regular la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones y en la regulación de monopolios y reglas de comportamiento, se otorgaron por el propio Presidente de la República, tal vez a sabiendas de lo que arriba se resalta, únicamente "...de conformidad con la ley". De modo que, para encontrar soporte a las normas que la CRT pretende consagrar tenemos que buscar unas normas legales que le otorguen facultad, y lo cierto es que no existen en el actual ordenamiento jurídico colombiano.

En efecto, lo que hace el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999, a través de sus distintos numerales, es trasladar funciones conferidas al Ministerio de Comunicaciones a la CRT. Entre ellas no se encuentra la de establecer criterios y condiciones para determinar mercados relevantes, ni la de determinar la existencia de poder dominante en dichos mercados, y menos la de calificar arbitrariamente y sin proceso previo a un determinado operador de telecomunicaciones como detentador de una posición de dominio.

También el artículo 37 en referencia subraya que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ejercerá las funciones allí enumeradas que le habían sido conferidas por la Ley 142 de 1994 y por el Decreto 2167 de 1992. Es, en consecuencia, una reiteración de funciones ya antes señaladas, y, como hemos visto, de la Ley 142 no emana una competencia de la CRT sobre los operadores de telefonía móvil celular. En cuanto al Decreto 2167 de 1992, reestructura el Departamento Administrativo Nacional de Planeación, no el Ministerio de Comunicaciones, ni la CRT, ni confiere a ésta las atribuciones de fijar criterios y condiciones para determinar mercados relevantes ni para establecer la existencia de poder dominante en dichos mercados, ni para clasificar a un cierto operador como titular de posición dominante.

- f) Lo expuesto acerca del numeral 1 del artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 vale igualmente para los numerales 2 y 3 del mismo precepto, invocados en el proyecto de resolución de la CRT: **"ARTICULO 37. FUNCIONES DE LA COMISION DE REGULACION DE TELECOMUNICACIONES.** Las siguientes funciones conferidas a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por la Ley 142 de 1994 y el Decreto 2167 de 1992, o atribuidas al Ministerio de Comunicaciones por normas anteriores al presente Decreto, serán ejercidas por dicha Comisión:

(...)

2. Regular los aspectos técnicos y económicos relacionados con las diferentes clases de servicios de telecomunicaciones.

3. Expedir toda la regulación de carácter general y particular en las materias relacionadas con el régimen de competencia; el régimen tarifario; el régimen de interconexión; el régimen de protección al usuario; los parámetros de calidad de los servicios; criterios de eficiencia e indicadores de control de resultados; y las inherentes a la resolución de conflictos entre operadores y comercializadores de redes y servicios.

(...)"

En mi criterio, el proyecto cuyo borrador he estudiado busca amparar su competencia para proferir actos generales y particulares sobre mercados relevantes y para afectar directamente a un determinado operador, en una normatividad administrativa cuando la exigencia constitucional, que hace reserva de ley, no lo permite.

- g) Los artículos 10 y 13 del Decreto 2870 de 2007, de carácter reglamentario, "Por medio del cual se adoptan medidas para facilitar la Convergencia de los servicios y redes en materia de telecomunicaciones", modificados por otro decreto de la misma naturaleza -el 147 de 2008- dicen textualmente:

"Artículo 10. Modif. Art. 2º, D. 147/08. Aplicación de la oferta mayorista. Para promover la competencia conforme al artículo 13 del Decreto-ley 1900 de 1990, los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, estarán obligados a poner a disposición y en

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

conocimiento general, la oferta mayorista en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, garantizando la prestación de los servicios relacionados, y la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura.

Para efectos de lo previsto en este artículo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones definirá dentro de los ocho (8) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes. Así mismo, dentro de los diez (10) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, determinará la existencia de posición dominante en los mercados definidos por la CRT.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones revisará periódicamente dichos criterios y condiciones, y podrá intervenir, a solicitud de parte, para hacer efectiva la oferta mayorista, en el evento en que no se logre un acuerdo sobre la misma como resultado de la negociación que adelanten las partes.

Parágrafo. La oferta mayorista definida en los términos del presente artículo, deberá estar a disposición y en conocimiento general a los dos (2) meses siguientes a la expedición de las disposiciones que para el efecto establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Artículo 13. Modif. Art. 3º, D. 147/08. Obligaciones especiales para operadores con posición dominante. Los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, deberán ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, identificados como instalaciones esenciales, así como las cabezas de los cables submarinos y el bucle de abonado, según las condiciones técnicas y económicas que para el efecto establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, garantizando la prestación de los servicios relacionados, la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura y los incentivos adecuados a la inversión en modernización de infraestructura y redes de nueva generación.

Para efectos de lo previsto en este artículo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones definirá dentro de los ocho (8) meses siguientes a la expedición del presente decreto, los criterios y las condiciones para

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

determinar mercados relevantes. Así mismo, dentro de los diez (10) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, determinará la existencia de posición dominante en los mercados definidos por la CRT, así como la oferta respectiva de elementos desagregados de red.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones revisará periódicamente dichos criterios y condiciones, y podrá intervenir, a solicitud de parte, para hacer efectiva la obligación de ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, en el evento en que no se logre un acuerdo sobre la misma como resultado de la negociación que adelanten las partes.

Parágrafo. Las disposiciones que para tal efecto establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, regirán a partir de los dieciocho (18) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto."

En las normas transcritas, que a mi juicio fueron expedidas por el Presidente de la República por fuera de su propia competencia según lo expuse en concepto de 16 de octubre de 2008, se otorgan a la C.R.T., como puede verse, pero sin sustento constitucional ni legal, las expresadas atribuciones sobre mercados relevantes y aunque es ese un acto administrativo de carácter general en favor del cual obra la presunción de legalidad, de allí no se deduce que hayan quedado sin vigencia las normas constitucionales que, para la intervención, exigen mandato legal. De admitirlo así, estaríamos aceptando que un acto administrativo prevalezca sobre los preceptos constitucionales.

En esta materia, la Comisión querría invocar las disposiciones citadas del Decreto para sostener su propia competencia, pero tropezaría necesariamente con la dificultad del choque entre el decreto reglamentario y la Constitución, según lo ya explicado sobre reserva de ley para todas estas materias.

En efecto, como tuve ocasión de manifestarlo en mi concepto del 16 de octubre de 2008, "...se trata de un decreto reglamentario, expedido por el Presidente de la República, con base en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Las leyes reglamentadas son la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990.

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

Si esto es así, como se desprende del encabezamiento del estatuto, debemos enmarcar el análisis constitucional en el ámbito de la potestad reglamentaria del Presidente, que tiene en nuestro sistema sus propias características: a) El Presidente ejerce una función administrativa, circunscrita a asegurar que lo dispuesto en la ley se cumpla, es decir, en virtud de esa facultad, la primera autoridad administrativa ejecuta la ley; b) A diferencia del caso en que el Presidente de la República es revestido de facultades extraordinarias por el Congreso, durante un término que no puede exceder de seis meses, en el caso de la potestad reglamentaria, como estamos ante una atribución constitucional del mismo Presidente, la posibilidad de reglamentar cualquier ley de la República o decreto con fuerza de ley no tiene término, y por tanto no se agota en el tiempo; c) Al expedir el reglamento, el Presidente de la República está sometido a la integridad de los principios y preceptos constitucionales, y por ende no le es posible, mediante tales normas, invadir las esferas de competencia del Congreso (art. 121 C. Pol.); d) En ejercicio de la potestad reglamentaria, el Presidente no puede modificar la ley, ni adicionar a ella elementos que según la Constitución son de reserva legal, y menos todavía derogar o suspender disposiciones legales; e) Tampoco está habilitado el Gobierno para "llenar los vacíos de la ley", toda vez que, si ello se aceptara, se estaría transfiriendo al Presidente una función legislativa que la Constitución no le otorga. A este respecto debe recordarse que la denominada **cláusula general de competencia** en materia legislativa se radica de modo exclusivo en el Congreso, y las excepciones -en que el Presidente puede legislar- se encuentran taxativamente contempladas.

El Decreto 2870 se refiere a asuntos relacionados directamente con el acceso y uso del espectro electromagnético. Por tanto, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 75 de la Constitución, el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Y debe observarse también que, según ese precepto, es **la ley** la que tiene a cargo establecer los términos en los cuales se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro, e impartir el mandato de intervención del Estado, con el objeto de garantizar el pluralismo informativo y la competencia, y de evitar las prácticas monopolísticas.

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

De ello resulta que las reglas pertinentes a tales fines no pueden estar contenidas sino en normas de carácter legal, de ninguna manera en disposiciones administrativas o reglamentarias. Así, si el Presidente de la República, en un decreto, dispone algo en relación con esas materias, únicamente lo puede hacer dentro de la ley respectiva, a la cual ellas se encuentran reservadas. Lo propio puede afirmarse de lo que establezca, en los reglamentos que dicte, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT).

También es **la ley** la llamada a establecer reglas y restricciones, y a fijar requisitos en lo referente a la actividad económica y la iniciativa privada así como en relación con el ejercicio de la libertad de empresa y la libre competencia (art. 333 C. Pol.)."

Si tenemos en cuenta principios cardinales de nuestro ordenamiento jurídico instaurados a partir de 1991, no podemos admitir que una cierta norma en cuanto a su aplicación, o una facultad, o una decisión de autoridad, solamente por encontrar un mediano soporte en acto administrativo vigente, tenga por ello que reputarse válida y vinculante aun contrariando de manera ostensible las reglas constitucionales. Una disposición de nivel jerárquico inferior puede violar directamente la Constitución, sin necesidad de ser opuesta a una norma intermedia. Puede, inclusive, ser incompatible con la Constitución por cuanto colide con ella de modo ostensible.

Entonces –como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional–, tiene lugar la aplicación prevalente y dominante de los preceptos constitucionales, en los términos del artículo 4 del Estatuto Fundamental colombiano: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

El carácter imperativo de este precepto, reservado para el caso de una palmaria e innegable oposición entre las normas constitucionales y preceptos de inferior nivel, viene a complementar el sistema de control abstracto de constitucionalidad de las normas jurídicas para evitar que las disposiciones superiores claudiquen ante aquéllas que las violan y para impedir que las reglas inconstitucionales imperen en la práctica sobre los

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

postulados, valores y normas de la Constitución, merced a la demora del trámite que se debe surtir ante el tribunal competente para resolver en definitiva acerca de su validez.

En el asunto que se consulta, considero que la falta de competencia para dictar la CRT un ordenamiento administrativo como el proyectado es tan clara y abierta, sin necesidad de más interpretaciones, que bien cabe solicitarle a la Comisión que se abstenga de aplicar el mencionado Decreto, y que, en su lugar, aplique los artículos 75, 83, 84, 333, 334 y 365 de la Constitución, entre otros, que supeditan a lo dispuesto en las leyes la actuación de las autoridades públicas, descartando atribuciones carentes de todo soporte legal, provenientes de órganos administrativos.

Sería el caso, pues, de una excepción de inconstitucionalidad que encontraría sustento en el artículo 4 Constitucional y en la evidente vulneración que el conjunto normativo en preparación representa para derechos fundamentales de la persona jurídica amenazada, distinguida por su denominación social sin debido proceso previo, en el borrador de resolución.

El debido proceso

7.- Comentario especial merece, desde el punto de vista constitucional, la ostensible vulneración del debido proceso, que se configuraría si se convirtiera en acto lo proyectado en el anexo 02 del borrador, en cuyo texto puede leerse:

"OPERADORES CON POSICIÓN DOMINANTE

a. Mercado "voz saliente móvil".

De conformidad con las condiciones de competencia analizadas por la CRT se designa como operador con posición de dominio a **COMCEL S.A.** en todo el territorio nacional.

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

Los análisis y justificaciones asociadas a la determinación de posición de dominio del operador **COMCEL S.A.** se encuentran detalladas en el 5.3.1. del documento regulatorio que acompaña la presente decisión.

b. Mercado minorista de terminación fijo – móvil

Conforme a las condiciones de competencia analizadas por la CRT en el numeral 5.5 del documento regulatorio que acompaña la presente decisión respecto del mercado minorista de terminación fijo – móvil, se declara dominancia de los operadores **COMCEL S.A., TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A y COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** en todo el territorio nacional. (Regulados desde la expedición de la Resolución 1296 de 2005)

c. Mercados Mayoristas de terminación

Conforme a las condiciones de competencia analizadas en el numeral 5.6. en los mercados mayoristas identificados en el numeral 5.6.1 (mercados mayoristas de terminación) del documento regulatorio que acompaña la presente decisión, se declara que cada operador con red de acceso, es un operador dominante. (Regulados actualmente por la Resolución CRT 1763 de 2007)."

En primer lugar, llamo la atención acerca del hecho irregular de que un acto individual y concreto, con nombres propios, a través del cual se plasman condenas y sanciones, haga parte integral de la resolución de carácter general que se proyecta, confundiendo los criterios, condiciones y reglas en abstracto con las determinaciones que se adoptan en su desarrollo. Este es un híbrido completamente exótico en el Derecho Administrativo, que quita toda objetividad, por igual, a las reglas generales y a las decisiones individuales y concretas.

De otro lado, estamos ante un acto unilateral con el cual se sorprende a COMCEL S.A., sin previa notificación acerca de que se ha iniciado en su contra un proceso o una actuación administrativa para calificar a la empresa como "operador con posición de dominio" en todo el territorio nacional.

La empresa afectada -que sin duda sufrirá graves perjuicios como consecuencia de dicha declaración- no ha tenido la más mínima oportunidad de hacer valer sus razones, ni de presentar o solicitar la práctica de pruebas, ni de controvertir las

**José Gregorio
Hernández Galindo**
Consultores Abogados

que en su contra tenga la CRT, ni de procurar un cotejo objetivo de los estudios sobre condiciones de competencia llevados a cabo, todo en abierta vulneración de su derecho al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

No solamente se vulnera el derecho fundamental al debido proceso, sino que se atenta contra los principios de buena fe y confianza legítima, en los cuales se ha fundado el contrato de concesión vigente.

Es claro que la decisión, en el caso de adoptarse, sería arbitraria, y que en razón de los enormes perjuicios que causaría, la empresa se vería precisada a formular demanda cuantiosa en contra del Estado colombiano y a plantear la responsabilidad patrimonial tanto del mismo Estado como de los funcionarios que, por su culpa o dolo hayan dado lugar al daño inferido, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política⁷.

En los presentes términos dejo rendido el concepto solicitado,

Cordialmente,



JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

⁷ "ART. 90.- El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

LOPEZ MONTEALEGRE & ASOCIADOS
ABOGADOS

Bogotá D.C., enero 22 de 2009

Doctora
Hilda María Pardo Hasche
Vicepresidenta Jurídica
Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.
Ciudad

Ref: Análisis sobre el proyecto de Resolución CRT "por la cual se establecen las condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de poder dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones"

Respetada doctora,

Atendiendo su amable solicitud, en el presente escrito atiendo el encargo de analizar el proyecto de Resolución CRT "por la cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de poder dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones", lo cual hago en los siguientes términos:

**Análisis de la competencia de la CRT para expedir la Resolución sobre
mercados relevantes de telecomunicaciones**

De conformidad con el artículo 1º del proyecto de Resolución "por la cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de poder dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones," la misma tendrá por objeto el siguiente:

1. Establecer las condiciones para la definición de mercados relevantes de servicios de telecomunicaciones en Colombia
2. Identificar las condiciones de competencia actuales de los mercados analizados

LOPEZ MONTEALEGRE & ASOCIADOS
ABOGADOS

3. Identificar las reglas para determinar la existencia de posición dominante en dichos mercados
4. Definir específicamente la dominancia
5. Establecer las medidas aplicables a los operadores de servicios de telecomunicaciones que, a juicio de la CRT, ostenten una posición dominante

En efecto, al hacer una lectura de la totalidad del texto de la Resolución bajo estudio, es posible observar que la misma contiene los criterios para que la misma CRT identifique los mercados minoristas de telecomunicaciones por producto, con el fin de determinar los servicios que componen cada uno de dichos mercados. Así mismo, la CRT desarrolla los parámetros para definir los eventos en que un mercado debe someterse a regulación *ex - ante*, y con base en un documento que no hace parte de la misma resolución, elabora la lista de dichos mercados, dentro de la cual incluye los siguientes:

Mercados minoristas:	Voz saliente móvil Terminación de llamadas fijo - móvil en todo el territorio nacional.
Mercados mayoristas:	Terminación de llamadas fijo - fijo en cada municipio del país Terminación de llamadas móvil - fijo en cada municipio del país Terminación de llamadas móvil - móvil en todo el territorio nacional Terminación de larga distancia en todo el territorio nacional.

En adición a lo anterior, en el proyecto de Resolución objeto de estudio, la CRT establece los criterios para definir la posición dominante en los mercados relevantes sujetos a regulación *ex - ante*, y en el Anexo 02, concluye que los operadores con posición dominante son los siguientes:

- En el mercado de voz saliente móvil, Comcel S.A. en todo el territorio nacional

LOPEZ MONTEALEGRE & ASOCIADOS
ABOGADOS

- En el mercado minorista de terminación fijo-móvil, Comcel S.A., Telefónica Móviles de Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A. E.S.P., en todo el territorio nacional.
- En los mercados mayoristas de terminación, cada operador con red de acceso.

En concordancia con lo recién señalado, en el proyecto de Resolución de la CRT bajo estudio se crean los principios para la imposición de los remedios regulatorios que se pretenden aplicar a los operadores dominantes, con el fin de corregir las fallas en el mercado. Adicionalmente, en el Anexo 03 del mencionado proyecto de Resolución, la CRT incluye la lista de remedios regulatorios que se planea imponer, dentro de la cual se encuentran los siguientes:

Para el servicio de telefonía móvil:

- Monitorear, vigilar y someter a régimen regulado, la tarifa off net del operador dominante
- Imponer la tarifa mayorista del servicio móvil al operador dominante
- Continuar sometiendo a régimen regulado las tarifas fijo-móvil

Para el servicio de telefonía TBC, TMA, PCS y Trunking:

- Mantener la regulación contenida en la Resolución CRT 1763 de 2007
- Someter a regulación el valor de remuneración por el uso de las redes asociadas de terminación de mensajes de texto y mensajes multimedia.

Finalmente, la CRT diseña las reglas aplicables para los operadores de telecomunicaciones que no estén incluidos en la lista de los mercados sometidos a regulación *ex ante*, incluyendo dentro del Anexo 04 de la Resolución en comento, las siguientes obligaciones para los operadores del servicio portador:

1. Hacer pública la oferta comercial actualizada

2. Ofrecer condiciones no discriminatorias para el acceso y remuneración de sus redes
3. Proporcionar la información a la CRT, de manera que ésta pueda aplicar la prueba de imputación para orientar los precios a costos más utilidad razonable.

Señalado lo anterior, a continuación se procederá a realizar un análisis de la competencia de la CRT para expedir la resolución que objeto de este estudio. Para ello, en primer lugar, se hará una descripción de la naturaleza y del alcance de las funciones de la entidad mencionada, y posteriormente éstas se contrastarán con el contenido de la resolución en comento.

El fundamento constitucional de las facultades regulatorias de las comisiones de regulación se encuentra previsto en el artículo 365 de la Constitución, de la siguiente manera:

ARTICULO 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. (...)

Los anteriores mandatos constitucionales fueron desarrollados en la Ley 142 de 1994, en cuyo artículo 73 se dispuso que las comisiones de regulación tienen la función de promover la competencia entre quienes prestan 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". Para ello, el mencionado artículo consagra las funciones y facultades específicas de las comisiones de regulación, dentro de las cuales se encuentran, en lo pertinente, las siguientes:

"(...)

73.18. Pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta Ley.

(...)

73.20. Determinar, de acuerdo con la ley, cuándo se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas

73.21. Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario.

(...)

73.26. Todas las demás que le asigne la ley y las facultades previstas en ella que no se hayan atribuido a una autoridad específica.

(...)”

En lo que se refiere específicamente a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, el artículo 74 de la Ley 142 de 1994 dispone lo siguiente:

“Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

(...)

74.3. De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones:

a) Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.

b) Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio”.

Similarmente, el artículo 15 de la Ley 555 de 2000, por la cual se regula la prestación de los Servicios de Comunicación Personal PCS, establece lo siguiente:

“Artículo 15. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La CRT será el organismo competente para promover y regular la competencia entre los operadores de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, entre sí y con otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, fijar el régimen tarifario, regular el régimen de interconexión, ordenar servidumbres en los casos que sea necesario, expedir el régimen de protección al usuario y dirimir en vía administrativa los conflictos que se presenten entre los operadores de PCS, o entre estos y otros operadores de servicios de telecomunicaciones.

La CRT expedirá las normas que regulan la interconexión teniendo en cuenta los principios de neutralidad y acceso igual-cargo igual”.

Señalado lo anterior, es preciso mencionar que sobre el alcance de las funciones de las comisiones de regulación, la Corte Constitucional, en sentencia C-1162 de 2000¹ dispuso lo siguiente:

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

"Y también debe advertirse que ni de la autorización legal al Presidente para delegar ni del hecho mismo de que delegue puede desprenderse una aptitud o capacidad normativa de las comisiones que pueda equipararse a la ley o competir con ella ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la que es exclusiva del Presidente de la República en los términos del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable. Así, pues, los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; además es claro que, al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que, al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias. Lo anterior sin perjuicio de repetir que el Presidente de la República, según el artículo 189 constitucional, es suprema autoridad administrativa.

(...)

"En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos - sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de

los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado".

En el caso que nos ocupa, la CRT pretende expedir una Resolución con base en las facultades que el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 2870 de 2007, le otorgó. Dichas facultades se encuentran consagradas en los artículos 10, 13 y 18 del Decreto mencionado, de la siguiente manera:

"Artículo 10. Modificado por el Decreto 147 de 2008, artículo 2°.

Aplicación de la oferta mayorista. Para promover la competencia conforme al artículo 13 del Decreto ley 1900 de 1990, los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, estarán obligados a poner a disposición y en conocimiento general, la oferta mayorista en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, garantizando la prestación de los servicios relacionados, y la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura.

Para efectos de lo previsto en este artículo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones definirá dentro de los ocho (8) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes. Así mismo, dentro de los diez (10) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, determinará la existencia de posición dominante en los mercados definidos por la CRT².

(...)"

"Artículo 13. Modificado por el Decreto 147 de 2008, artículo 3°.

Obligaciones especiales para operadores con posición dominante. Los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un

² Ver modificación del Decreto 945 de 2008, artículo 1° y del Decreto 147 de 2008, artículo 2°.

mercado relevante, deberán ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, identificados como instalaciones esenciales, así como las cabezas de los cables submarinos y el bucle de abonado, según las condiciones técnicas y económicas que para el efecto establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, garantizando la prestación de los servicios relacionados, la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura y los incentivos adecuados a la inversión en modernización de infraestructura y redes de nueva generación.

Para efectos de lo previsto en este artículo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones definirá dentro de los ocho (8) meses siguientes a la expedición del presente decreto, los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes. Así mismo, dentro de los diez (10) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, determinará la existencia de posición dominante en los mercados definidos por la CRT, así como la oferta respectiva de elementos desagregados de red³.

(...)”

“Artículo 18. Adecuación de la regulación. Sin perjuicio de los plazos previstos en los artículos 10 y 13 del presente decreto, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones deberá adecuar dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del presente decreto, el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones, en ambiente de convergencia tecnológica, con excepción de los servicios de Radiodifusión Sonora de que trata el Decreto ley 1900 de 1990 y de Televisión de que trata la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones, de tal manera que se oriente a una regulación por mercados relevantes, acorde con las necesidades de los usuarios, la promoción efectiva de la competencia en el sector de telecomunicaciones, la obligación de interconexión e interoperabilidad

³ Ver modificación del Decreto 945 de 2008, artículo 2°. Modificado por el Decreto 147 de 2008, artículo 3°.

de todas las redes de telecomunicaciones del Estado y los postulados de la sociedad de la información previstas en las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales, vinculantes para Colombia"⁴.

A partir de las disposiciones recién citadas es posible observar que mientras en las leyes que le otorgan facultades a la CRT nada se menciona sobre la definición de situaciones particulares, tales como la existencia de operadores con posición dominante, o la posibilidad de definir los mercados relevantes dentro de los distintos servicios de telecomunicaciones, el Decreto 2870 de 2008, sí lo hace expresamente. En efecto, aunque como ya se anotó, en lo que se refiere a la posición dominante, la Ley 142 de 1994 le otorga facultades a la CRT para proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir su abuso, en el marco de los servicios públicos domiciliarios, que no incluye el de la telefonía móvil, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado, esto no significa que la CRT tenga la posibilidad de definir expresamente cuáles operadores ostentan una posición de dominio en el mercado, ni para establecer, por vía de Resolución, cuáles son los mercados relevantes bajo su ámbito de regulación. Estas situaciones traspasan sin lugar a dudas el ámbito de competencia de la CRT, pues lejos de poderse clasificar como medidas generales para impedir el abuso de la posición dominante o como reglas de comportamiento diferenciales, lo que la CRT pretende realizar a través de la Resolución en comento es afectar directamente la posición particular de los operadores de telecomunicaciones, sin que ellos tengan la posibilidad de participar en el proceso. Esto, como a continuación se demostrará, constituye una vulneración de principios constitucionales, del régimen de los servicios públicos y de las normas que gobiernan la gestión de la administración.

En efecto, el artículo 370 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

Art. 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de

⁴ Ver modificación del Decreto 945 de 2008, artículo 3°.

eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten.

En desarrollo del anterior mandato, la Ley 142 de 1994, en su artículo 68, estableció lo siguiente:

Artículo 68. Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones. El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley.

De las disposiciones citadas es posible inferir que el constituyente y el legislador decidieron separar las funciones de regulación de aquellas identificadas como de supervisión, vigilancia y control. En este sentido, en lo que se refiere a la protección de la competencia en materia de servicios públicos, mientras que a las comisiones de regulación les fue asignada la función de establecer, con arreglo a la ley, las bases del comportamiento de los operadores en el mercado, a las superintendencias se les delegó la función de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas a las cuales se encuentran sujetos dichos operadores, dentro de las cuales se encuentran incluidas las resoluciones de las comisiones de regulación.

En el caso específico de las telecomunicaciones, y exclusivamente en lo que se refiere al abuso de la posición dominante, a la C.R.T. le fue asignada la labor "promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado,"⁵ mientras que a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se le otorgaron facultades para "adelantar las

⁵ Ley 142 de 1994, artículo 74.3, literal a)

investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.⁶

En lo que se refiere a los operadores de telefonía móvil celular, dado que éstos no constituyen servicios públicos domiciliarios, es la Superintendencia de Industria y Comercio⁷ la entidad facultada para "imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante"⁸ Así lo dispuso también el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999, al establecer que "La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones. En tal calidad, la Superintendencia aplicará y velará por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996, contando para ello con sus facultades ordinarias y siguiendo para el efecto el procedimiento general aplicable, sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la Comisión de regulación de telecomunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión".

Así las cosas, es claro que el modelo implementado en Colombia para garantizar la competencia en los mercados, y específicamente en el de telecomunicaciones, es el de la separación entre las funciones regulatorias, que por definición tienen un carácter general y ex ante, y las funciones de vigilancia y control, que por su naturaleza se ejercen con posterioridad a la regulación y tienen un carácter particular y concreto. En otras palabras, en lo que se refiere la posición dominante de las empresas en el mercado, la función

⁶ Ley 142 de 1994, artículo 74, numeral 32

⁷ De conformidad con el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad encargada de "velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades (...)"

⁸ Decreto 2153 de 1992, artículo 44

de la CRT debe limitarse a la definición de criterios generales que permitan identificar cuándo se entiende que un acto constituye un abuso de la misma y cuáles deben ser los mecanismos para evitar que éste se produzca. Por otra parte, las entidades de vigilancia y control, es decir las Superintendencias, tienen la labor de determinar en cada caso, cuándo se entiende que un operador ha incurrido en lo que la CRT ha definido se entiende un abuso de la posición dominante. Para ello, deberá hacer un análisis del mercado relevante afectado con la conducta del operador y definir si la empresa tiene una posición de dominio en dicho mercado. Finalmente, deberá estudiar si las conductas de los investigados pueden efectivamente considerarse abusivas.

En el caso que nos ocupa, de convertirse en Resolución el proyecto que se ha puesto a consideración del público, la CRT estaría ejerciendo funciones que claramente le corresponden a la Superintendencia de Industria y Comercio, como entidad encargada de aplicar, respecto de los operadores de Telefonía Móvil Celular, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, pues en lugar de estar estableciendo medidas ex ante y generales, estaría definiendo situaciones particulares para las cuales ni el legislador, ni el constituyente le otorgaron competencia.

De la mano de lo anterior, es preciso señalar que en Colombia, como en el resto del mundo, la posición dominante no es una situación prohibida o ilícita que sea susceptible de sanciones por parte de las autoridades estatales. En este sentido, lo que la Ley prevé como una conducta anticompetitiva es el abuso de la posición dominante, el cual se encuentra circunscrito únicamente a las conductas que la misma ley ha previsto como abusivas. Estas conductas son, de conformidad con el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, las siguientes:

(...)

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación

desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

En cualquiera de los casos anteriores, el presupuesto para que una empresa pueda incurrir en una de las conductas enunciadas, es que se demuestre de manera previa, que ésta ostenta una posición de dominio en el mercado relevante presuntamente afectado. Para comprender esta situación se harán algunas referencias sobre lo que se entiende por posición dominante en el Derecho de la Competencia.

En Colombia, la posición dominante se encuentra definida en el artículo 45, numeral 5, del Decreto 2153 de 1992, como "La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado". Esto, explicado por la Corte Constitucional, significa que la empresa "dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las

prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio.⁹

La Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), entidad encargada de velar por la libre competencia, ha definido que existe posición de dominio "cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor.¹⁰" Similarmente, la entidad mencionada estableció, en la Resolución 588 de 16 de enero de 2003 (Radicado 01012403), que una empresa ostenta una posición de dominio cuando "esté en capacidad de modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable significativa para el mercado relevante, siempre que pueda mantener la modificación perdurablemente, porque la reacción de sus competidores, efectivos y/o potenciales, o de los consumidores, no sería suficiente para disuadirlo de realizar tal conducta¹¹".

En desarrollo de lo anterior, la SIC¹² ha desarrollado una serie de pasos para determinar si un agente económico ostenta una posición dominante dentro de su mercado. Estos pasos se enuncian y explican a continuación:

1. Definición del mercado relevante: De acuerdo con los criterios establecidos por la Comisión Europea, los cuales han sido adoptados en la doctrina y en las

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01064306 del 28 de agosto de 2001, Rad. 0164306

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Oficio 94039809 de septiembre 6 de 1994, en Resolución 588 de 16 de enero de 2003 (Radicado 01012403),

¹² Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 01064306 del 28 de agosto de 2001, Rad. 0164306

resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, el mercado relevante (o de la referencia) el marco en el que se examina una cuestión de competencia y está compuesto por el mercado de producto y el mercado geográfico. En este sentido, "El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos", mientras que el mercado geográfico "comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas"¹³.

Así pues, para determinar el mercado relevante, la autoridad deberá evaluar las presiones competitivas a las que se encuentran sometidos los oferentes de unos mismos productos, tales como la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial.

Teniendo en cuenta que el concepto de mercado relevante se utiliza únicamente para estudiar una cuestión de competencia, y que por lo general las cuestiones que afectan la competencia en un mercado cambian constantemente, es posible afirmar que el examen sobre el mercado relevante debe hacerse caso por caso, y cada vez que vaya a examinarse una posible violación a las normas sobre competencia. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que lo que en un momento puede definirse como un mercado relevante, puede cambiar al poco tiempo, teniendo en cuenta que constantemente están apareciendo y desapareciendo nuevos productos y competidores en el mercado, y que las estrategias, la dinámica y la participación porcentual de mercado de los competidores existentes puede variar, como de hecho ha ocurrido hasta la fecha.

¹³ Comisión Europea, "Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia", *Diario Oficial* n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013

2. **Valoración de la posición de la empresa en el mercado:** Esto se refiere a la evaluación de la estructura del mercado y de la posición de la(s) empresa(s) investigadas dentro del mismo. Para ello se deben estudiar aspectos como la cuota de mercado, la permanencia en el tiempo de dicha participación, las barreras de entrada, la integración vertical, la capacidad financiera de la empresa, el poder de los consumidores¹⁴, etc.

3. **Establecer que no es probable que rivales actuales o potenciales debiliten la posición de dominio:** Para ello es necesario hacer un análisis de los competidores de la empresa investigada, y determinar qué presiones competitivas ejercen sobre la empresa investigada.

Los anteriores criterios permiten concluir que los aspectos que definen la existencia de una posición dominante en un determinado mercado se refieren a situaciones muy dinámicas, y que merecen un estudio detallado para cada uno de los casos. En este sentido, es de la esencia del concepto de posición dominante que no sea posible establecer, ex ante y de manera general, que un operador tiene posición dominante en el mercado. En este sentido, para que se tomen medidas para corregir los posibles abusos de la posición dominante, tendrá primero que haberse determinado la existencia de la misma en un caso particular, siguiendo el procedimiento legalmente previsto y con audiencia de los implicados.

En el proyecto de Resolución bajo análisis, la CRT pretende establecer unos mercados relevantes y unas posiciones de dominio con un carácter general, desconociendo la naturaleza de los conceptos en que se fundamenta el Derecho de la competencia. Esto se debe, en parte, a que el mismo Decreto 2870 de 2008, fundamento de la Resolución bajo estudio, le otorgó a la CRT la facultad de definir los mercados relevantes y de analizar las posibles posiciones dominantes en los mismos. Este Decreto, sin embargo, sobrepasa abiertamente las facultades que el legislador le otorgó a la CRT, y en tal medida, atendiendo a las disposiciones del artículo 12 de la Ley 153 de 1987,

¹⁴ Estos criterios han sido desarrollados en la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo, en casos como los de Hoffmann - La Roche, Nestle/Perrier, Alsafel c. Novasam, United Brands, Tetra Pak, CBEM, AKZO III, Michelin, entre otros.

según el cual "Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios á la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable,"¹⁵ dicha entidad ha debido inaplicarlos. (Subrayamos).

Sin perjuicio de lo recién señalado, también es importante resaltar que la forma en que se pretende expedir la Resolución cuyo proyecto se estudia, constituye una violación al principio de contradicción de las actuaciones administrativas. Dicho principio se encuentra definido en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo como aquel en virtud del cual "los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales," y se manifiesta, entre otros, en la posibilidad de pedir pruebas y de interponer recursos contra los actos administrativos que afecten a particulares (arts. 14, 28, 34, 35 y 50 del Código Contencioso Administrativo). De manera contraria, para el caso de los actos administrativos que tengan un carácter general, el artículo 49 del Código mencionado expresamente dispone que contra los mismos no procederán recursos en la vía gubernativa.

En el caso bajo estudio, la CRT pretende, mediante una Resolución de carácter general, afectar situaciones de particulares, a los que se refiere, incluso, con nombre propio. En este sentido, es evidente que la CRT está negando a las empresas afectadas directamente por la Resolución, la posibilidad de defenderse y de aportar los elementos necesarios para que no se profiera una decisión en firme que lesione injustificadamente sus intereses. Así pues, incluso en el evento en que se concluyera que la CRT sí tiene facultades para definir los mercados relevantes y para establecer quiénes tienen una posición dominante, la forma de hacerlo debería ser mediante la expedición de un acto administrativo de carácter particular y concreto, en cuya expedición pudiesen participar los directamente afectados. Adicionalmente, en cumplimiento del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, la decisión de la CRT deberá encontrarse suficientemente motivada, y no como sucede en el caso que nos ocupa, en el que los fundamentos para definir los mercados relevantes y para seleccionar los operadores que presuntamente tienen una posición

¹⁵ Subrayados declarados inexecutable en sentencia C-037 de 2000

dominante en el mercado, se encuentran en un documento separado que no es jurídicamente vinculante y que no es susceptible de ser controvertido.

No sobra mencionar que aún en el caso en que fuera posible establecer medidas ex ante particulares que pretendieran evitar el abuso de la posición dominante, esto hubiera tenido que hacerse luego de haber realizado un análisis profundo sobre las condiciones de los distintos mercados, y con la posibilidad de que las empresas afectadas participaran en el respectivo procedimiento e hicieren uso de todas las prerrogativas que nuestro Estado de derecho otorga a quien resulta inculpado, como solicitar y aportar pruebas, interponer recursos, etc. garantías, todas ellas, que se pretermiten en el acto administrativo proyectado de la CRT.

Violaciones del proyecto de resolución

De conformidad con el marco conceptual expuesto, a continuación se señalan las violaciones particulares en que incurriría la CRT en caso de expedir la resolución proyectada:

El artículo 1, en cuanto pretende establecer *"de manera integral las condiciones, metodologías y criterios para la definición de mercados relevantes de servicios de telecomunicaciones en Colombia, la identificación de las condiciones de competencia actuales de los mercados analizados así como las reglas para determinar la existencia de posición dominante en los mismos, la definición específica de dominancia y las medidas aplicables a los operadores de servicios de telecomunicaciones respecto de los cuales se establezca dicha posición dominante"*, viola los artículos 6, 13, 29, 121, 333 y 365 de la Constitución Política, así como los artículos 2,3, 4, 44 a 52 del Decreto con fuerza de ley 2153 de 1992, en cuanto respecto de los operadores de telefonía móvil celular la ley ha asignado dicha función a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), quien es el organismo legalmente facultado para determinar eventuales posiciones dominantes en el mercado de la telefonía móvil celular, lo cual debe hacer dentro de una investigación, en la que participen las personas respecto de las cuales se pretenda predicar dicha posición, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

El artículo 2 viola las mismas normas atrás señaladas, en cuanto hace aplicable a la telefonía móvil celular un régimen para determinar posición dominante diferente del establecido en la ley, con violación de las competencias de la autoridad legalmente facultada para el efecto (la SIC) y de las garantías constitucionales del debido proceso para las empresas.

El artículo 3 viola las señaladas normas en cuanto la determinación de un mercado relevante en materia de telefonía móvil celular corresponde a la SIC, en el marco de la evaluación de conductas específicas objeto de investigación, con audiencia y garantías del debido proceso para las empresas y con un carácter temporal circunscrito al periodo investigado, sin que pueda producir efectos a futuro dicha evaluación, por la dinámica misma de los mercados y de las conductas.

Los artículos 4 a 9 violan las normas indicadas en cuanto incluyen en un acto regulatorio conceptos económicos que deben cuyo alcance debe ser determinado por la autoridad que legalmente está facultada en Colombia SIC para determinar posiciones dominantes en el mercado de la telefonía móvil y aplicar las sanciones que corresponda, lo cual debe efectuarse en el contexto de una investigación eventual que realice respecto de los operadores de dicho mercado.

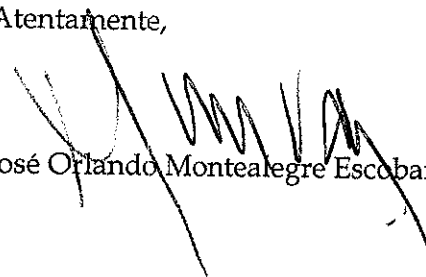
El artículo 10 viola no solo las normas atrás señaladas, sino también el artículo 209 de la Constitución Política, y el Código Contencioso Administrativo, que establece los principios que debe seguir la SIC, y todas las autoridades, en las actuaciones administrativas.

LOPEZ MONTEALEGRE & ASOCIADOS
ABOGADOS

El artículo 11 viola las normas atrás señaladas al establecer, bajo la denominación de "remedios regulatorios" verdaderas sanciones, que le corresponde privativamente determinar al Congreso de la República.

El artículo 12 viola las normas referidas y el artículo 333 de la Constitución Política que establece que la ley es la única que puede autorizar requisitos para limitar la actividad económica e imponer cargas a las empresas.

Atentamente,



José Orlando Montealegre Escobar

Bogotá D.C., Enero 29, 2009

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

Atención Doctora Hilda María Pardo
Ciudad

Re: Comentarios al proyecto de Resolución mediante la cual la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones establece los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes y dicta otras disposiciones.-

Estimada Doctora. Pardo:

Nos han solicitado ustedes nuestra opinión respecto de la legalidad de la resolución que proyecta emitir la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones ("CRT"), mediante el cual se establecen los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, así como la existencia de poder dominante en dichos mercados y se dictan otras disposiciones (en adelante, la "Resolución").

De conformidad con lo anterior, a continuación exponemos nuestra opinión así:

I. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO PARA SANCIONAR

- A. Si la Resolución proyectada llegase a expedirse de la manera como está redactada, esto es, imponiendo las sanciones establecidas en el Anexo 3 de la misma en contra de Comcel S.A., se estaría violando el principio fundamental de todo Estado de derecho, en virtud del cual:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de plenitud de las formas propias de cada juicio." (Devido Proceso. Artículo 29, Constitución Nacional).

- B. La Resolución establece los parámetros y criterios que se aplicarán en el futuro para definir el mercado relevante; para identificar condiciones de competencia en los mercados analizados; para determinar existencia de posición dominante en dichos mercados; y para establecer las sanciones aplicables a los operadores de servicios de telecomunicaciones calificados como dominantes. Sin embargo, el proyecto de Resolución no se limita a

tipificar las conductas sancionables, sino que de manera ilegal y arbitraria procede a imponer dos sanciones a Comcel S.A. por actuaciones que ni siquiera han sido reglamentadas íntegramente o en su totalidad.

- C. En efecto, la Resolución establece que *"En la regulación por mercados relevantes que expida la CRT se tendrá en cuenta (...)"* (Artículo 3); *"Para efectos de la aplicación de la presente resolución se tendrán en cuenta las siguientes definiciones (...)"* (Artículo 4); *"Dentro de este análisis la CRT tendrá en cuenta (...)"* (Artículo 5); *"Con base en el análisis de que trata el artículo anterior y previa aplicación del test monopolista hipotético, la CRT procederá a identificar (...)"* (Artículo 6); *"La CRT con fundamento en la verificación del cumplimiento simultáneo de los tres criterios descritos en el artículo anterior, determinará los mercados relevantes...la CRT, en un periodo no inferior a dos años, revisará (...)"* (Artículo 8); *"Para establecer los operadores que ostentan posición dominante en un mercado relevante susceptible de regulación ex ante, la CRT realizará un análisis (...)"* (Artículo 9); *"en la aplicación y cumplimiento de las medidas u obligaciones de los operadores dominantes, deberán atenderse los siguientes (...)"* (Artículo 10); *"La CRT con base en los principios de que trata el artículo anterior procederá a establecer...la CRT revisará periódicamente el efecto del remedio (...)"* (Artículo 11).
- D. Como puede apreciarse el proyecto de Resolución incurre en la violación flagrante al derecho de defensa, al imponer unas sanciones a Comcel S.A. a partir del mismo instante en que la conducta tipificada comience a regir. Obviamente esto constituye una violación flagrante tutelada por la Constitución Nacional ya que toda sanción requiere de norma preexistente.
- E. Adicionalmente, la imposición de las sanciones a Comcel S.A. constituyen un acto individual y concreto que debe ser precedido de una actuación administrativa particular que hubiese permitido a Comcel S.A. ejercer el derecho de defensa y especialmente el derecho a solicitar y practicar pruebas. Al respecto, vale la pena citar la posición de nuestra Corte Constitucional así:

"Todo proceso consiste en el desarrollo de particulares relaciones jurídicas entre el órgano sancionador y el procesado o demandado, para buscar la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que en él intervienen." "La situación conflictiva que surge de cualquier tipo de proceso exige una regulación jurídica y una limitación de los poderes estatales, así como un respeto de los derechos y obligaciones de los individuos o partes procesales." "Es decir que cuando de aplicar sanciones se trata el debido proceso es exigente en materia de legalidad ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas sino que además lo haga en la forma que lo determina el ordenamiento jurídico." (Corte

Constitucional. Sentencia T-521 de 1992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

- F. Reiteramos pues que en este caso si el proyecto de Resolución se expide con los Anexos 2 y 3, se estaría violando el derecho al debido proceso tutelado por la Constitución Nacional.

II. LA SANCIÓN DE OBLIGAR A COMCEL S.A. A LA PUESTA EN MARCHA DE UNA OFERTA MAYORISTA CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN DIRECTA AL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

- A. La Constitución Nacional establece en su Artículo 333 que:

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

- B. Está claro pues que, como lo ha dicho nuestra Corte Constitucional de manera reiterada y especialmente en la Sentencia C-389 del 22 de mayo de 2002. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, *"la Constitución no prohíbe que las empresas ocupen una posición dominante en un mercado determinado"*. Lo que impone al Estado es la obligación de evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de ella en el mercado nacional.

- C. No obstante que el mandato constitucional y la interpretación de la Corte Constitucional son de una claridad absoluta, la CRT en la Resolución proyectada, si la misma llegase a ser expedida con las sanciones en ella consagradas en contra de Comcel S.A., se estaría castigando a Comcel S.A. por el solo hecho de llegar a tener una posición dominante. Se llegaría entonces al absurdo de castigar a Comcel S.A. por haber sido eficiente y por haber logrado, a pesar de muchos obstáculos y de una competencia implacable por parte de Celumovil-Bellsouth-Movistar, Cotelco, EPM y ETB a través de Colombia Móvil, hoy TIGO, entre otras, una participación mayoritaria en el mercado a punta de los mejores precios y la mejor calidad al usuario. La CRT parece olvidarse del hecho de que en 1997 Comcel S.A. contaba con apenas el 42.7% mientras que Bellsouth contaba con el 51.4% y que posteriormente la participación de Comcel S.A. bajó al 38.7% del mercado mientras que Bellsouth subió al 53.7% y la telefonía fija gozaba de una amplísima preponderancia. Esta situación se mantuvo en el año 1999 cuando Comcel S.A. obtenía una participación del 38.2% mientras que la de Bellsouth se mantenía bastante superior con el 53.4%. ¿Por qué no se le impuso a Bellsouth la obligación de poner en práctica una oferta mayorista? Pues por qué Comcel S.A. en lugar de acudir al Estado para solicitar que por decreto se le bajara la participación en el mercado a BellSouth (hoy

Movistar) lo que hizo fue llevar a cabo, con un alto sacrificio, la inversión más grande que se ha visto en la historia colombiana en materia de telecomunicaciones llegando a superar la cifra de los US\$2.200.000.000 en un período de cuatro (4) años. La cobertura de Comcel S.A. ha sido la mejor en todo momento así como su calidad y su tecnología. Lo anterior acompañado de unos sacrificios muy grandes en materia comercial, ha logrado posicionar a Comcel S.A. donde se encuentra hoy en día. Comcel S.A. nunca acudió al Estado a solicitar que obligara a sus competidores a que redujeran su participación en el mercado.

- D. En conclusión, si la Resolución proyectada se llegare a expedir imponiendo las sanciones a Comcel S.A. se violaría la Constitución al castigar a Comcel S.A. por el hecho de haber logrado obtener un liderazgo en el mercado, cuando la Constitución no prohíbe tener una posición de líder en el mercado. Y esto es así porque lo contrario equivaldría a castigar la eficiencia de un operador por el solo hecho de obtener una participación mayoritaria en el mercado.

III. FALSA MOTIVACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE DE VOZ

- A. No es cierto que *"la telefonía móvil ejerce una presión competitiva sustancial sobre (el servicio de voz fija) que modera la capacidad de los operadores de voz fija de ejercer poder de mercado"*. Tampoco es cierto que *"los usuarios de servicio telefónico móvil, esto es, de voz móvil, no consideran la alternativa de hacer sus llamadas a través de un teléfono fijo como un sustituto suficientemente bueno, ni cuando hacen llamadas locales, ni cuando hacen llamadas de larga distancia nacional"*. Estas afirmaciones realizadas de manera infundada por la CRT en el documento denominado "Propuesta Regulatoria para la Definición de Mercados Relevantes de las Telecomunicaciones en Colombia" no concuerdan con la realidad. En efecto, según la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC en la resolución 012343 del 11 de junio de 2003, mediante la cual confirmó que ETB y EPM no violaron la ley antimonopolio al no solicitar autorización para integrarse en Colombia Movil, hoy TIGO, manifestó: *"La observación cotidiana de uno y otro servicio (servicio de voz fija frente al servicio de voz móvil) es posible concluir, que en la telefonía fija las ocasiones de uso son menos puntuales, en la medida que se realizan de manera habitual, y no necesariamente en situaciones apremiantes en las que no da espera la ubicación del usuario. Como consecuencia de lo anterior, en la telefonía móvil las llamadas son concretas, con una duración promedio de 1.83 minutos. Por su parte, solo en Telefonía pública Básica Conmutada de larga distancia (TPBCLD) la llamada promedio en el 2002 fue de 3.7 minutos, lo que equivale a mas del doble del tiempo de la de TMC."* Y agrega la SIC que *"la telefonía fija tiene una mayor calidad de comunicación frente a la telefonía móvil. La telefonía móvil presenta fallas*

en la señal y/o caída de la llamada" (Subrayas y paréntesis por fuera del texto).

- B. Claramente se ve que el consumidor prefiere la telefonía fija sobre la móvil y así lo avala la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC. Por lo tanto, no es cierto que la telefonía móvil ejerza una presión tal en el mercado que impida a la telefonía fija competir con la telefonía móvil. Al contrario, el consumidor utiliza el servicio móvil de manera **habitual** mientras que, según la misma resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, **"las principales ocasiones de uso de la telefonía móvil y del terminal utilizado para ello, conforme a las reglas de la experiencia, se encuentran dadas por circunstancias en las que la telefonía fija no resulta idónea"**. O sea que el consumidor utiliza principalmente y en primer lugar la telefonía fija y solo de manera subsidiaria utiliza la telefonía móvil. Entonces no es cierto que la telefonía móvil tenga la capacidad de cohibir la competencia de parte de la telefonía fija. Es al revés como bien lo dictaminó la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC en la resolución mencionada.

IV. FALSA MOTIVACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE COMCEL S.A. COMO OPERADOR CON POSICIÓN DE DOMINIO

- A. La "posición dominante" está ya definida en la ley Colombiana como *"La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado"* (Decreto 2153 de 1992, numeral 5 del artículo 45). Esta misma definición fue transcrita por el Decreto 2870 de 2007 en su artículo 2, el cual agregó a dicha definición el hecho de que la posición dominante podría ser detentada por *"parte de alguno o varios participantes"* en el mercado.
- B. En reiteradas oportunidades (ver anexo) la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC ha definido los requisitos para poder considerar que una compañía goza de posición dominante en un mercado así:

Concepto 01064306 del 28 de agosto de 2001. Radicación 0164306

Posición de dominio

1. Concepto

El decreto 2153 de 1992 define la posición dominante como "la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado." [1]¹

¹ "[1] Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 5."

De lo anterior se concluye que existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor.

En concordancia con lo expuesto, ha señalado esta Superintendencia que para efectos de determinar si un agente económico ostenta posición de dominio dentro de su respectivo mercado, es necesario seguir los siguientes pasos: [2]²

1. Definición del mercado relevante
2. Valoración de la posición de la empresa en el mercado
3. Establecer que no es probable que rivales actuales o potenciales debiliten la posición de dominio. [3]³

Ahora bien, es importante recordar que de conformidad con la Constitución Política, no está prohibido ostentar posición de dominio dentro del mercado, pero en cambio si lo está el abuso que se haga de la misma, afectando los derechos de los competidores o de los consumidores. [4]⁴

De lo anterior se concluye, que de acuerdo con la definición legal y con la doctrina, para que se pueda hacer referencia a la existencia de posición de dominio en el mercado, ésta debe predicarse de una empresa o un grupo de empresas que conformen una unidad o agente económico, cuya característica es la de ostentar el control efectivo o potencial de su mercado relevante.

- C. No está demostrado que Comcel S.A., por sí sola y de manera independiente, pueda determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado. Lo que sí es evidente es que si Comcel S.A. llegare a subir sus tarifas de manera abusiva perdería participación en el mercado de manera

² “[2] Superintendencia de Industria y Comercio, auto de archivo 000031 del 26 de agosto de 1996.”

³ “[3] GOMEZ LEYVA, Delio. De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica. Cámara de Comercio de Bogotá, 1998. Pág. 152.”

⁴ “[4] Constitución Política, artículo 333. “...El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”

sustancial y acelerada, es por eso que Comcel S.A. ha venido bajando los precios de sus servicios telefonía celular para mantenerse competitivo frente al mercado como lo ha reconocido la misma CRT al advertir que las tarifas de la telefonía celular en Colombia son inferiores al promedio suramericano. Por lo tanto, si existe la potencialidad de que terceros competidores actuales debiliten la posición en el mercado de Comcel S.A.

- D. También está demostrado que Comcel S.A. no puede actuar con independencia del comportamiento de sus competidores ni de sus clientes ya que de hacerlo muy seguramente perdería su posición de líder en el mercado. Por esta razón es falsa la afirmación de la CRT que cataloga a Comcel S.A. como gozando de posición dominante. El hecho de ser líder en el mercado no implica necesariamente controlar el mercado sin consideración a sus competidores ni a los usuarios.
- E. Adicionalmente, existen serias dudas sobre los resultados y conclusiones de los estudios adelantados por la CRT, en efecto, la motivación del proyecto de Resolución se basa en los estudios realizados por la CRT con el apoyo de CINTEL -Centro de Investigaciones de las Telecomunicaciones-, sin embargo parte de los estudios se basan en supuestos, algunos de los cuales no son ciertos y afectan de manera determinante los resultados del estudio y por lo tanto, la motivación del proyecto de Resolución.

Dentro de los supuestos que consideramos afectan de manera grave el resultado de los estudios se tiene:

- (i) La necesidad de intervenir el mercado, para mitigar el riesgo que implica la existencia de un operador con mayor participación en los mercados relevantes, no es un supuesto correcto. En tal sentido es importante señalar que el mercado de telefonía móvil se ha caracterizado por tener en el tiempo diferentes operadores con participación mayoritaria. El hecho de que hayan existido y/o existan operadores con participación mayoritaria en el mercado no ha impedido que las condiciones del mercado mejoren frente a los usuarios, ni que las participaciones de los operadores se modifiquen y desplacen de un operador a otro en el tiempo. En esta materia es importante resaltar que las modificaciones en las participaciones en el tiempo han sido el resultado de mejoras en las condiciones de prestación del servicio a nivel de calidad y cobertura, así como en el precio del servicio mismo.
- (ii) Tampoco es un supuesto adecuado a la realidad el de que la existencia de un operador con mayor participación en un determinado mercado implica la facultad de éste de determinar las condiciones del mercado. A este respecto debe tenerse en cuenta que las alzas marginales en los precios, así como mejoras en las condiciones técnicas de prestación de los servicios (cobertura, calidad, atención al cliente y otros) generan

cambios en la participación de los diferentes operadores en los mercados relevantes. Por lo tanto afirmar que el operador con mayor participación en el mercado se encuentra en capacidad de realizar alzas marginales, sin que hayan desplazamientos en el mercado no es ajustado a la realidad, lo que sucede es que los desplazamientos del mercado no son inmediatos, sino graduales y se dan en periodos de tiempo relativamente largos.

(iii) Así mismo, no corresponde a la realidad el supuesto según el cual la existencia de un operador con participación mayoritaria implica que es dominante. Este supuesto del estudio genera múltiples dificultades, pues induce a pensar que Comcel S.A. por tener una participación mayoritaria en ciertos mercados relevantes de telefonía móvil puede sin restricción alguna moldear las condiciones de dichos mercados.

(iv) Algunos de los elementos que en opinión de quienes realizaron el análisis justifica la intervención de los mercados, por aumentar estos sus imperfecciones son:

4.1 Los límites a la portabilidad numérica, los cuales deben entenderse superados con la expedición de la Ley 1245/08, la cual permite a los usuarios de los servicios cambiar de operador manteniendo el número, en las mismas condiciones de calidad y confiabilidad. La posibilidad de acceder a este beneficio es gradual y dicha gradualidad depende de la normatividad que para el efecto expida la CRT en el año 2009.

4.2 El tiempo de permanencia mínima de los usuarios del servicio con el operador, el cual de conformidad con el artículo 16 Resolución CRT 1732/07 es de un año y solo podrá ser pactado en caso de subsidio de equipos y cargos de conexión. Vencido el plazo de permanencia mínima, el usuario puede cambiar de operador sin restricción alguna. Así las cosas, la restricción de cambio de operador es temporal y de ninguna manera evita que los usuarios cambien de operador, ya que pueden hacerlo pagando el valor del equipo o cargo pendiente de cobro a la fecha de terminación del contrato.

V. VIOLACIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD

El artículo 13 de la Constitución Nacional establece que *"todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones*

para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados".

Este principio también ha sido adoptado por la norma de carácter supranacional y recogido por el artículo 5 de la Ley 671 de 2001, por medio de la cual se aprueba el protocolo IV de la OMC sobre servicios de telecomunicaciones el cual establece que *"Las decisiones del órgano de reglamentación y los procedimientos aplicados serán imparciales con respecto a todos los participantes del mercado"*.

En el presente caso la CRT ha violado flagrantemente dicho principio, tutelado por la Constitución Nacional, por cuanto a que esta actuando de manera parcial y discriminatoria en contra de Comcel S.A. al imponer unas sanciones por ser el líder del mercado, a pesar de que la competencia de Comcel S.A. hoy en día Movistar, fue líder en el mercado durante muchos años al principio del término de la concesión, esto es de 1994 hasta el año 2000 y en ningún momento durante dicho lapso de tiempo se le impuso a Celumovil o a Bellsouth la obligación de llevar a cabo ofertas mayoristas, ni se les obligo a rebajar las tarifas adoptadas libremente por estos. No puede decirse aquí, que se aplicaría ningún test "de razonabilidad" por el hecho de ser Comcel S.A. el líder del mercado, ya que el criterio para establecer el trato desigual es el mismo que ha debido aplicárseles a Celumovil y a Bellsouth y que nunca se les aplicó. Es mas, el trato a Comcel S.A. ha sido tan discriminatorio y desigual que el contrato de concesión empezó a regir primero para Celumovil, su competidor, por un lapso de varios meses, de tal forma que cuando Comcel S.A. entró a competir en el mercado su competidor ya tenía varias decenas de miles de usuarios, sin que Comcel S.A. hubiese tenido la oportunidad de competir por ellos. Osea que cuando Comcel comenzó a participar en el mercado contaba con 0% del mismo mientras que su competidor Celumovil, hoy día Movistar, contaba con el 100% del mercado.

Por otra parte, también se esta violando el derecho a la igualdad en cuanto a que si se evalúa la actividad en el mercado por parte de Movistar de la misma manera como se evalúa la actividad de Comcel S.A. y no solamente con el rasero del volumen de participación, tenemos que concluir necesariamente que Movistar también tiene la capacidad por si sola de afectar sustancialmente el mercado llegando inclusive a imponer las condiciones del mismo. Es así como, Comcel S.A. ha tenido que reaccionar en múltiples ocasiones a las decisiones comerciales y competitivas de Celumovil-Bellsouth-Movistar. Siendo eso así, en nuestra opinión no debería declararse a Comcel S.A. como operador dominante en el mercado a no ser que se declarara simultáneamente a Movistar también como operador dominante en el mercado.

VI. FALTA DE COMPETENCIA DE LA CRT

En cuanto a la competencia de la CRT para conocer de temas relacionados con competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia, el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 establece:

"La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones. En tal calidad, la Superintendencia aplicará y velará por la observancia de las disposiciones contenidas en la ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y la ley 256 de 1996, contando para ello con sus facultades ordinarias y siguiendo para el efecto el procedimiento general aplicable, sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión".

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC mediante comunicación escrita a la CRTs, ha reiterado sus atribuciones en materia de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas así:

"De conformidad con lo señalado en el decreto 2153 de 1992, corresponde a esta Entidad velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Para ello, cuenta con la facultad de adelantar investigaciones administrativas e imponer las sanciones que corresponda por el incumplimiento de las normas"

De la norma y el concepto antes citado, resulta totalmente clara la falta de competencia de la CRT para regular los asuntos tratados en el proyecto de Resolución.

VII. EL PROYECTO DE RESOLUCIÓN ES VIOLATORIO DE LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD REQUERIDOS POR LA CONSTITUCIÓN NACIONAL PARA LA INTERVENCIÓN Y REGULACIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA.

No obstante que los argumentos expuestos hasta este punto por si solos serían suficientes para anular u ordenar la revocatoria de la resolución propuesta, a continuación, expondremos las razones por las cuales la determinación adoptada en la norma, resultaría claramente violatoria de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Es necesario tener en cuenta que el principio que rige el mercado es el de libertad económica y la excepción es la regulación de los mismos, lo cual se justifica en la prevalencia del interés general, las competencias de intervención y regulación a

⁵ Comunicación escrita dirigida al Doctor Diego Molano Vega. Experto comisionado de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Radicación No. 98076531 - 99007060. Trámite No. 045. Actuación No. 035, del 10 de febrero de 1999,

cargo del Estado deben ser claros, así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad para dicha intervención. Así las cosas, la regulación de mercados se basa en la existencia de supuestos que justifiquen la intervención (protección del interés general), así como en la existencia de competencias de las entidades reguladoras y la aplicación de principios de razonabilidad y proporcionalidad entre la situación a resolver y las medidas a implementar.

Por lo tanto, en caso de que se lleve a cabo la intervención de un mercado determinado, la misma debe ser acorde con su finalidad, es decir, las medidas que se interpongan deben responder de manera clara a la situación de hecho que se busca prevenir, así como a los resultados que se persiguen. Para medir la concordancia de la medida con su propósito, se deben aplicar los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la intervención debe cumplir las siguientes condiciones: (a) Razonabilidad y (b) Proporcionalidad.

A este respecto, en nuestro criterio, lo primero que vale la pena señalar es que no es técnicamente ajustado determinar que la existencia de un operador con participación mayoritaria, implica la existencia de una posición dominante, más aún cuando la posibilidad de determinar condiciones del mercado depende de los otros operadores y con quien se tiene una relación de dependencia, en el sentido de que un cambio en sus tarifas genera desplazamiento de los usuarios y mejoramiento de las tarifas del competidor.

- a. Así las cosas, una vez realizado un análisis integral de la situación, la sanción que pretende imponer la CRT a Comcel S.A. exigiéndole el establecimiento de la Oferta mayorista resultaría absurdamente desproporcionada. Con la oferta mayorista se pretende obligar a Comcel S.A. en los términos y condiciones que establezca la CRT, violando ostensiblemente el derecho de la libertad de empresa. Esta manera de intervención equivale casi a una expropiación. A nadie se le ocurriría imponer a Bavaria los términos y condiciones bajo los cuales debe ofrecer sus productos a los distribuidores mayoristas, por el hecho de ser Bavaria prácticamente un monopolio en el mercado de la cerveza en Colombia. Lo anterior se hace más patente por el hecho de que en ningún momento se ha probado, ni la posición dominante por parte de Comcel S.A. ni mucho menos, el abuso de la posición dominante. La misma comisión ha manifestado que se trata de medidas *ex ante* osea que pretenden evitar eventuales abusos por parte del líder en el mercado.

Por lo anterior, , no es proporcional para nada, que la simple conjetura o sospecha infundada por lo demás, de la CRT de un hipotético abuso de la posición de líder de Comcel S.A. en el mercado, de lugar a una sanción tan drástica como la de imponer a Comcel S.A. las condiciones bajo las cuales debe comercializar sus servicios.

- b. Monitoreo y vigilancia de las tarifas Off Net del operador dominante. De acuerdo con el estudio realizado por la CRT, todos los operadores del mercado tienen tarifas diferenciales Off Net, las cuales son superiores a las tarifas On Net y buscan incentivar el tráfico en la red propia. Como se mencionó anteriormente, no se encuentra una razón que justifique la intervención únicamente al operador con participación mayoritaria, pues los usuarios de los servicios de telefonía de cualquier operador deben pagar mayores tarifas Off Net y éstas incentivan los consumos entre un mismo operador.

La existencia de tarifas diferenciales corresponde a estrategias comerciales de los operadores y a menores costos de la prestación de servicios On Net. Si se siguiera la lógica de la CRT, que no compartimos por lo atrás expuesto, la intervención de estas tarifas debería darse a todos los operadores y no solo a Comcel S.A. De lo contrario se estaría violando también por este hecho el Principio de la Igualdad.

- c. Disminución de las tarifas Off Net del operador dominante y oferta de planes con tarifa única. La obligación de ofrecer una tarifa única no conlleva necesariamente a una corrección de las imperfecciones del mercado, el desplazamiento del mercado hacia uno u otro operador, ni el cambio de planes de los usuarios.

En este caso particular, y en el evento de ajustarse la Resolución a las normas legales Colombianas, no es claro el efecto que se persigue con la medida, ni los beneficios que la misma puede aportar a los usuarios, pues como se ha explicado, es posible que las tarifas resulten superiores a las actualmente ofrecidas y esto puede generar efectos adversos a nivel de costos para los usuarios y tráfico entre operadores.

- d. Régimen regulado de tarifas en caso de que las medidas antes mencionadas no generen mejora en las condiciones de competencia. Una vez definida la legalidad de la Resolución, la medida consagrada en ella no resulta proporcional, ni razonable, toda vez que si bien permite la CRT conocer y establecer condiciones de acceso al servicio, no se asegura que con dicha intervención las condiciones del mercado mejorarán, más aún cuando la medida inicialmente propuesta (tarifa única) no ha tenido el tiempo suficiente (apenas tres meses) de generar efectos en el mercado, y lo que es más preocupante no es claro los efectos que se esperan del mercado a niveles tales como aumento de la participación en el mercado de otros operadores, aumento de tráfico a otros operadores u otros.

En este sentido, la regulación propuesta no da tiempo suficiente a que el mercado se ajuste a las nuevas condiciones, ni genera mejora en

aspectos de calidad y cobertura, pues una regulación tarifaria por costos, puede rezagar inversiones importantes en tecnología.

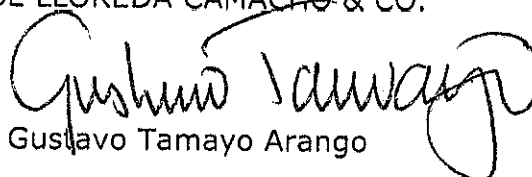
- e. Intervención a nivel mayorista vía cargos de acceso. En caso que el proyecto de Resolución resultara ajustada a derecho, lo cual no creemos por los argumentos expuestos en esta opinión legal, y la medida se imponga a sólo uno de los agentes del mercado los efectos que se generarían serían perversos, toda vez que una regulación a sólo uno de los operadores genera mayor capacidad de negociación de los otros operadores frente a este operador y lo pone en desventaja al estar obligado a ofrecer una tarifa regulada, mientras que los otros operadores tienen una tarifa de acceso libre. Una medida como la propuesta no resulta razonable, ni proporcional, ya que la finalidad buscada no se cumple y por el contrario puede llevar a hacer ineficiente la prestación del servicio por el operador con mayor participación y, consecuentemente a aumentar las tarifas a los usuarios. Con la medida propuesta se ve claramente que la CRT está anteponiendo los intereses de los operadores sobre los del consumidor, contrariando el precepto constitucional arriba citado.

En conclusión, la resolución propuesta resultaría contraria a los derechos al Debido Proceso y a la Igualdad, tutelados por la Constitución Nacional. Así mismo, la resolución proyectada adolecería de nulidad por falsa motivación, por falta de competencia de la CRT y por trasgredir los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Naturalmente, quedamos a su disposición para efectuar cualquier adición o precisión que consideren necesaria.

Cordialmente,

JOSE LLORED CAMACHO & CO.


Gustavo Tamayo Arango

ANEXO 1

DEFINICIONES SOBRE POSICIÓN DOMINANTE

I. DECRETO 2153 DE 1992:

ARTÍCULO 45. Definiciones.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

(...)

5. Posición Dominante: La **posibilidad de determinar**, directa o indirectamente, **las condiciones de un mercado**. (Subraye y remarque fuera del texto).

II. DERECHO DE LOS MERCADOS:

¿En qué consiste la posición dominante?

Consiste en **la posibilidad de determinar las condiciones de un mercado y de actuar en él con independencia de los demás competidores y de los consumidores**⁶. (Subraye y remarque fuera del texto).

III. CONCEPTO 01064306 DEL 28 DE AGOSTO DE 2001. RADICACIÓN 0164306:

Posición de dominio

1. Concepto

El decreto 2153 de 1992 define la posición dominante como "la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado." [1]⁷

*De lo anterior se concluye que existe posición de dominio cuando un agente económico **ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor***. (Subraye y remarque fuera del texto).

En concordancia con lo expuesto, ha señalado esta Superintendencia que para efectos de determinar si un agente económico ostenta posición de dominio dentro

⁷ [1] Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 5.

de su respectivo mercado, es necesario seguir los siguientes pasos: [2]⁸
(Subraye y remarque fuera del texto).

1. Definición del mercado relevante (Subraye y remarque fuera del texto).

2. Valoración de la posición de la empresa en el mercado (Subraye y remarque fuera del texto).

3. Establecer que no es probable que rivales actuales o potenciales debiliten la posición de dominio. [3]⁹ (Subraye y remarque fuera del texto).

Ahora bien, es importante recordar que de conformidad con la Constitución Política, no está prohibido ostentar posición de dominio dentro del mercado, pero en cambio sí lo está el abuso que se haga de la misma, afectando los derechos de los competidores o de los consumidores. [4]¹⁰

De lo anterior se concluye, que de acuerdo con la definición legal y con la doctrina, para que se pueda hacer referencia a la existencia de posición de dominio en el mercado, ésta debe predicarse de una empresa o un grupo de empresas que conformen una unidad o agente económico, cuya característica es la de ostentar el control efectivo o potencial de su mercado relevante. (Subraye y remarque fuera del texto).

IV. CONCEPTO 01079812 DEL 23 DE OCTUBRE DE 2001. RADICACIÓN NO. 0179812:

2. Posición de dominio

2.1 Concepto

El decreto 2153 de 1992 define la posición dominante como "la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado." [3]¹¹

De lo anterior se concluye que existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin

⁸ "[2] Superintendencia de Industria y Comercio, auto de archivo 000031 del 26 de agosto de 1996."

⁹ "[3] GOMEZ LEYVA, Delio. De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica. Cámara de Comercio de Bogotá, 1998. Pág. 152."

¹⁰ "[4] Constitución Política, artículo 333. "...El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional."

¹¹ "[3] Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 5."

que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor. (Subraye y remarque fuera del texto).

En concordancia con lo expuesto, ha señalado esta Superintendencia que para efectos de determinar si un agente económico ostenta posición de dominio dentro de su respectivo mercado, es necesario seguir los siguientes pasos: [4]¹² (Subraye y remarque fuera del texto).

1. Definición del mercado relevante (Subraye y remarque fuera del texto).
2. Valoración de la posición de la empresa en el mercado (Subraye y remarque fuera del texto).
3. Establecer que no es probable que rivales actuales o potenciales debiliten la posición de dominio. (Subraye y remarque fuera del texto).

Llegados a este punto es importante recordar que de conformidad con la Constitución Política, no está prohibido ostentar posición de dominio dentro del mercado, pero en cambio si lo está el abuso que se haga de la misma, afectando los derechos de los competidores o de los consumidores.

De lo anterior se concluye, que de acuerdo con la definición legal y con la doctrina, para que se pueda hacer referencia a la existencia de posición de dominio en el mercado, ésta debe predicarse de una empresa o un grupo de empresas que conformen una unidad o agente económico, cuya característica es la de ostentar el control efectivo o potencial de su mercado relevante. (Subraye y remarque fuera del texto).

V. CONCEPTO 02079910 DEL 21 DE OCTUBRE DE 2002. RADICACIÓN NO. 02079910:

2.1. Posición de dominio

2.1. Concepto

El artículo 1 de la ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del decreto 3307 de 1963, prohíbe "toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia". A renglón seguido, el artículo 2 dispone que, "las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del

¹² "[4] Superintendencia de Industria y Comercio, auto de archivo 000031 del 26 de agosto de 1996."

respectivo bien o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado."

[16]¹³ (Subraye y remarque fuera del texto).

Para efectos de lo anterior, el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define la posición dominante como "la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".

Se concluye entonces que, **existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor.** (Subraye y remarque fuera del texto).

VI. CONCEPTO 02113942 DEL 23 DE ENERO DE 2003. RADICACIÓN NO. 02113942:

1. Posición de dominio

I1 Concepto

El artículo 1 de la ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del decreto 3307 de 1963, prohíbe "toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia". A renglón seguido el artículo 2 dispone que, **"las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado por la cantidad que controlan del respectivo bien o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado."**

[1]¹⁴ (Subraye y remarque fuera del texto).

Para efectos de lo anterior, el numeral 5 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992, define la posición dominante "como la posibilidad de determinar, directa o indirectamente las condiciones de un mercado."

Se concluye entonces que, **existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esa posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la**

¹³ "[16] Decreto 3307 de 1963, artículo 2. "Adscribense a la Dirección Ejecutiva de la Superintendencia de Regulación Económica las funciones que la ley 155 de 1959 le señala al Gobierno Nacional y al Ministerio de Fomento." La Superintendencia de Regulación Económica es hoy la Superintendencia de Industria y Comercio."

¹⁴ "[1] Decreto 3307 de 1963, artículo 2."Adscribense a la Dirección Ejecutivas de la Superintendencia de regulación Económica las funciones que la ley 155 de 1959 le señala al Gobierno Nacional y al Ministerio de Fomento." La Superintendencia de regulación Económica es hoy la Superintendencia de Industria y Comercio".

competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor, siendo importante reiterar que, la ley no sanciona el que se ostente esta posición sino el que se abuse de la misma. (Subraye y remarque fuera del texto).

Cita de Concepto:

[1] Decreto 3307 de 1963, artículo 2. "Adscribense a la Dirección Ejecutiva de la Superintendencia de regulación Económica las funciones que la ley 155 de 1959 le señala al Gobierno Nacional y al Ministerio de Fomento." La Superintendencia de regulación Económica es hoy la Superintendencia de Industria y Comercio.

VII. RESOLUCIÓN NO. 19174 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 1999 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

2.1 Posición dominante

La posición de dominio está definida en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 como la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. El legislador admite como válida la posición de dominio, no obstante sanciona el abuso de la misma¹. Las conductas consideradas como abusivas están contenidas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Según lo ha entendido la Superintendencia de Industria y Comercio, un agente económico se encontrará en esa situación en un mercado, cuando pueda modificar unilateralmente y de manera sustancial las condiciones en que se presta el servicio o se vende el producto respectivo, sin consideración a los competidores, a los clientes y lo pueda hacer de manera perdurable². (Subraye y remarque fuera del texto).

En el momento que un agente se encuentre en esta situación y adicionalmente en cualquiera de los supuestos expuestos como abusivos en el decreto en mención, esta entidad deberá proceder a iniciar una investigación y sancionar la conducta probada³.

Para afirmar que un determinado agente ostenta posición de dominio, deben identificarse claramente los elementos que aparecen en la definición, en este sentido es primordial determinar el mercado donde se presenta presuntamente la posición de dominio. (Subraye y remarque fuera del texto).

2.5 Posición dominante alegada

Tal como se indicó, para que exista posición de dominio se requiere que un agente pueda modificar unilateralmente las condiciones de un mercado sin consideración a sus proveedores, competidores y lo pueda hacer de manera perdurable. (Subraye y remarque fuera del texto).

2.5.1 Frente a los competidores (Subraye y remarque fuera del texto).

De acuerdo con el artículo 23 del Decreto 1753 de 1994, el estudio de impacto ambiental es un instrumento necesario en la toma de decisiones exigido por la autoridad ambiental para un proyecto de obra o actividad. Una vez se presenta el estudio en mención, el Ministerio del Medio Ambiente evalúa los impactos de la obra de manera que establezca la gravedad de los mismos y las medidas y acciones para prevenirlos, controlarlos, mitigarlos, compensarlos y corregirlos. Dentro de estos estará, si es del caso, la recomendación del estudio de geotecnia¹⁰.

Bajo estos parámetros, el estudio es imperativo, en la medida en que se considere que existe impacto por remoción de tierra y tal hecho amerite un estudio de geotecnia. El contratista está obligado a efectuar el estudio, debiendo contratar empresas especializadas para ello.

Con la información recolectada en el Ministerio del Medio Ambiente y en Inviás se encontró que las obras que han requerido este tipo de estudio suman más de 110, teniendo en cuenta las 86 licencias concedidas por el Ministerio y los proyectos de Inviás.

Dentro de estos proyectos, existen algunos de características y magnitud similar al poliducto de oriente, tal es el caso del proyecto "Gasoducto Localidades de Boyacá y Santander" contratado por Ecopetrol mediante licitación pública número GDG-97001 por valor de US\$ 54.250.150, en el cual la realización de obras de protección geotecnia para aminorar el impacto ambiental fluctúan entre el 10% y el 15% del costo del proyecto¹¹.

Actualmente se están ejecutando proyectos de características diferentes al poliducto de oriente pero también de gran impacto ambiental como es el caso de la construcción de la "Avenida Ciudad de Cali" en Bogotá, proyecto que requiere la realización de obras geotécnicas para efecto de mitigación del impacto ambiental, estimadas en un 5% del valor básico de las obras ejecutadas aproximado a \$25.000'000.000, a precios de 1997, o la construcción de la vía Bogotá-Villavicencio, entre otros¹².

De otro lado, se cuenta con una demanda potencial para la realización de obras de geotecnia. Dichas obras geotécnicas son requeridas en la realización de algunos proyectos que se están iniciando como es el caso de la construcción de la avenida Longitudinal de Bogotá o la construcción de la vía Armenia-Ibagué que incluye la construcción del túnel de La Línea.

En este entendido, existe un gran número de competidores de la firma Dragados Internacional de Pipelines Daip S.A. (Subraye y remarque fuera del texto).

2.5.2 Frente a los proveedores (Subraye y remarque fuera del texto).

Conforme con la información recolectada por esta entidad se encuentra que sólo en la jurisdicción de Bogotá existen más de 400 empresas que ofrecen el servicio. En el registro de proponentes de la Cámara de Comercio de Bogotá fueron revisadas la capacidad de contratación y las ventas de 150 firmas que ofrecen servicios de geotecnia. La empresa Garbon Chemicals Ltda. tiene una capacidad de contratación inferior a otras 17 firmas en su calidad de constructores y 21 en su calidad de consultores, y unas ventas inferiores a 21 empresas. Cabe destacar que en la capacidad de contratación (k) se tiene en cuenta la experiencia de la firma en el mercado. (Subraye y remarque fuera del texto).

Para reforzar lo anterior, la entidad contratante del poliducto de oriente, en este caso Ecopetrol, cuenta con un registro de proponentes donde aparecen inscritas entidades que tienen la posibilidad de participar en sus licitaciones. Observando este registro, encontramos que más de 60 firmas están inscritas en el señalado registro. Lo cual indica que las empresas de la unión temporal no son las únicas que realizan contratos de obra con Ecopetrol.

Todo lo anterior se dirige a concluir que el mercado nacional de la geotecnia es un mercado competido, donde participan muchos oferentes y demandantes, sin que existan barreras que permitan presumir posiciones de dominio. (Subraye y remarque fuera del texto).

2.5.3 De manera perdurable (Subraye y remarque fuera del texto).

Debido a que el caso en mención no se adecua en los presupuestos analizados anteriormente, por sustracción de materia este tercer presupuesto no se presenta. En este estado consideramos que no debe abrirse investigación por no encontrarse el caso denunciado en los supuestos del artículo 45 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

1 Artículo 333 de la Carta Política.

2 Oficio 94839809 del 6 de septiembre de 1994.

3 Artículo 244 del Decreto 1122 de 1999.

4 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición.

5 Manual de Protección geotécnica y ambiental, oleoducto de Vasconia-Coveñas, Oleoducto de Colombia S.A., Ecopetrol, Bogotá: editorial Nuevas Ediciones, 1990.

6 Krynine. *Principios de geología y geotecnia para ingenieros*. cuarta edición, Barcelona: Ediciones Omega, 1975.

7 Gordon A. Fletcher and Vernon A. Smoots. . Editorial Limusa, 1978.

8 Listado de licencias concedidas durante 1997 y 1998.

9 Información suministrada por Invías, subdirección de construcción.

10 Numeral 4 del artículo 24 del Decreto 1753 de 1994.

11 Comunicación de la Gerencia Técnica de la Vicepresidencia de Transporte de Ecopetrol, radicada bajo el número 99058271-1.

12 Comunicación enviada por Consultoría Colombiana S.A., radicada bajo los números 99058272 y 99058275.

13 Número 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

VIII. CONCEPTO NO. 93393501 DEL 23 DE FEBRERO DE 1994 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

IV. Posición dominante

Las conductas abusivas que le corresponde investigar y sancionar a esta entidad son las desplegadas por quien se encuentre en la hipótesis contemplada en el número 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es decir de quien esté en "la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado".

*Según lo ha entendido esta Superintendencia, **"un agente económico se encontrará en esa situación cuando pueda modificar sustancialmente las condiciones en que presta sus servicios o vende sus productos, sin consideración a los competidores no a los clientes y lo pueda hacer de manera perdurable"**. (Subraye y remarque fuera del texto).*

Por lo tanto, la situación subjetiva de mayor o menor influencia de un contratante respecto de su contraparte, en relación con un negocio particular, es un elemento ajeno a las consideraciones propias de la competencia que deben ser atendidas por la Superintendencia de Industria y Comercio para estos efectos.

*En este orden de ideas, aparte de que la evidencia recolectada de manera preliminar indica que **Margarita no estaría en posición de dominio respecto del mercado relevante, la condición débil de Procomercial en las negociaciones no implica que Margarita hubiera abusado de la posición dominante en el contexto de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992.** (Subraye y remarque fuera del texto).*