

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 8328 DE
2003 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

*Caso EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.
Ventas Atadas*

Investigados:
EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN S.A. E.S.P.

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

| | | |
|----|---|----|
| 1. | INTRODUCCIÓN | 3 |
| 2. | AVERIGUACIÓN PRELIMINAR | 3 |
| 3. | CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA | 3 |
| 4. | CONSIDERACIONES DEL DESPACHO..... | 14 |
| 4. | DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA | 18 |
| 5. | ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC | 19 |

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN No. 8328 DE 2003 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Ventas atadas

Investigados: *Empresas Públicas de Medellín E.S.P*

1. Introducción

La investigación se inició ante la queja de una usuaria, en la cual manifestó que las Empresas, ofrecen el servicio de Internet fibra óptica conjuntamente con el servicio de televisión por cable. Conducta que califica como "abusiva" por cuanto niega la posibilidad de suscribirse al servicio de internet fibra óptica teniendo una suscripción previa con una empresa diferente de televisión por cable. (Subrayo)

2. Conductas imputadas

Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el número 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante resolución 07971 de 2001, abrió investigación contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P. con el fin de determinar si actuó en contravención del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo sentido se ordenó investigar a la persona que ejerce la representación legal de la entidad mencionada anteriormente, para determinar si autorizó, ejecutó o toleró conductas contrarias a la libre competencia, de conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

3. Consideraciones de la Delegatura

En virtud de lo previsto por el Decreto 2153 de 1992,[1]⁽¹⁾ tendrá posición dominante quien tenga "*la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.*"

Ahora bien, según lo ha entendido esta Superintendencia,[2]⁽²⁾ un agente económico se encontrará en la situación descrita cuando quiera que 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 su conducta.

De manera que, la comprobación de la posición de dominio es relativa al mercado que se examine y siempre temporal. Por ello es necesario como ya se dijo, determinar con absoluto rigor, el segmento exacto del bien o servicio que se estaba analizando, así como el área geográfica donde tiene lugar su comercialización o influencia.

Una vez determinado el mercado relevante, se entra a analizar la situación de la empresa investigada en él. Esto conllevó el análisis de la participación porcentual en el mercado respectivo, medida por el volumen de ventas, así como la estimación de su capacidad instalada y utilizada, y en general, la infraestructura con que cuenta el investigado.

El paso siguiente consiste en estudiar a sus competidores, tanto los actuales como los potenciales, al igual que los consumidores de sus productos o servicios, a fin de verificar si en un momento dado estarían en capacidad de contrarrestar o neutralizar una determinación unilateral del agente en presunta posición de dominio.

Si como resultado de los anteriores análisis se establece que el agente puede actuar con prescindencia de sus competidores y de sus consumidores, se tendrá entonces que esa empresa ostenta posición de dominio en el mercado relevante definido.

En este contexto, correspondió establecer si la empresa EEPPM, estaba en capacidad de alterar significativamente y en forma unilateral los precios, la oferta o la demanda, sin que se generara competencia de otras áreas o hubiera posibilidad de sustitución por otros productos de entidad suficiente como para hacerlo disuadir de su determinación.

Se pretendió con este estudio evidenciar si EEPPM. tiene posición de dominio en el mercado de acceso a Internet por fibra óptica, en el Área Metropolitana de Medellín.

Al respecto debemos empezar por señalar que, EEPPM es una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, creada mediante acuerdo No.58 de agosto de 1995, emanado del Concejo Administrativo de Medellín. Por acuerdo No. 69 de diciembre 24 de 1997 del Concejo Municipal de Medellín, EEPPM se transformó en una ESP.

El mercado relevante

El mercado relevante determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se

ofrecen y se intercambian, analizando la sustituibilidad entre los distintos productos ofrecidos y demandados en el correspondiente mercado.

De esta forma, no puede perderse de vista que el mercado relevante para un análisis de presuntas violaciones al régimen de competencia, debe retrotraerse al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña con el fin de evitar posibles diluciones del efecto en el mercado y distorsiones sobre la participación o actividad del agente investigado en él.

Hecha la anterior aproximación conceptual, corresponde adentrarse en el caso concreto, para definir la zona o ámbito geográfico y el producto que compone el mercado relevante.

Mercado geográfico

Sobre este punto se ha sostenido que, "el mercado geográfico de referencia 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 pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ellas prevalecientes son sensiblemente distintas de aquéllas".

De esta manera, el ámbito geográfico objeto de estudio se delimitó atendiendo una interpelación entre la zona de influencia de la empresa investigada y el lugar donde transcurrieron los hechos, pues solo así podría, con exactitud, entrarse a establecer si la empresa investigada contaba con la capacidad de determinar las condiciones del mercado que se pretende analizar. Lo contrario, esto es, prescindir del escenario táctico en que tuvieron ocurrencia los hechos registrados nos pondría en otro escenario, mayor o menor pero probablemente inadecuado y apartado de la realidad, con el riesgo adicional de hacer diluir el poder sobre el mercado o de hacerlo ver cuando éste es inexistente, perdiendo así el rigor que supone esta delimitación.

Atendiendo a lo anterior, podemos concluir en el presente caso que, el mercado geográfico está definido por el área Metropolitana de Medellín, toda vez que allí opera la empresa investigada y fue además donde se presentaron los actos de subordinación que se investigan.

Mercado del producto o servicio

El mercado producto comprende el bien específico que se analiza, como aquellos que sean intercambiables o sustituibles por el consumidor, por las características de sus

productos, precios y su supuesto uso.

Un mercado de producto relevante puede, en algunos casos, estar compuesto de grupos de productos individuales. Un grupo de productos individuales a su vez, representa un producto o reducido grupo de productos que poseen características físicas o técnicas idénticas, que los hagan completamente intercambiables.

Así pues, definir el mercado producto implica establecer a qué otros productos trasladarían sus necesidades de demanda los consumidores ante un aumento significativo y sostenible en el precio del producto inicial. Si la traslación se presenta, tales bienes se consideran sustitutos cercanos, y formarán parte del mercado relevante.

De manera pues que, la definición del producto que integra o compone el mercado relevante debe hacerse desde el punto de vista del usuario, que es quien con su determinación final de adquirir uno u otro producto particular, define la competencia entre los fabricantes, por tanto lo relevante es su igualdad económica, entendida como la posibilidad que tienen los diferentes bienes de satisfacer las mismas necesidades.

Aterrizando al caso concreto, debemos señalar que la creciente necesidad de mantener una comunicación permanente, rápida y a bajo costo, ha hecho un camino fértil para el ingreso y consolidación de servicios de telecomunicaciones, dijéramos no tradicionales, entre los que se destacan los servicios de valor agregado,^[9]⁽⁹⁾ que proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte y satisfaciendo necesidades particulares de telecomunicaciones.

Específicamente, el servicio de Internet está conformado por un conjunto de redes de información enlazadas entre sí, que permiten el intercambio de datos de cualquier tipo, con lo cual acceden a este servicio usuarios residenciales y corporativos (universidades, instituciones, empresas privadas y comerciales, etc.), cada uno de ellos aportando información útil para los usuarios de la red.

En este orden debemos señalar que, los medios tecnológicos para acceso a Internet son: Acceso a través de línea telefónica, llamado también acceso conmutado; acceso RDSI (Red Digital Servicios Integrados); acceso a través de fibra óptica y acceso Multinet o dedicado, cada uno bajo condiciones y especificaciones técnicas diferentes, todos ellos ofrecidos por EEPPM.

Participación en el mercado

Partiendo de la delimitación del mercado relevante realizada, se presenta a

continuación un análisis de la composición del mercado de Internet fibra óptica, en el segmento residencial en el área Metropolitana de Medellín, durante el período comprendido entre diciembre de 2000 a junio de 2001.

A este respecto debemos señalar que, EEPPM es la única empresa que, en el área Metropolitana de Medellín, ofrece este tipo de acceso a Internet, luego es claro que la participación de la misma en esta modalidad de plan de suscripción es del 100%, circunstancia que pone en evidencia su capacidad de determinar las condiciones de ese mercado, toda vez que carece de competidores actuales que estén en capacidad de hacerla disuadir de sus determinaciones, y por lo mismo, no pueden sus consumidores neutralizar las decisiones de mercado que adopte.

Vale la pena destacar el crecimiento que ha tenido en esta modalidad de plan, dada en número de usuarios. Mes a mes se han ido sumando un número significativo de usuarios, que dado el sistema de comercialización utilizado por la empresa en este tipo de plan, lleva a suponer que también están suscritos al servicio de televisión por cable.

Abuso de posición dominante

Teniendo en cuenta lo señalado en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se prohíbe la imposición de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyen el objeto del negocio.

Ahora bien, una vez establecido que EEPPM ostenta posición dominante en el mercado estudiado, corresponde establecer si habría abusado de la misma con los hechos investigados. Así pues, debemos señalar que, dentro de las normas de competencia, tanto el objeto como el efecto de una conducta son considerados como restrictivos. Es decir, el legislador consideró que tanto uno como el otro son reprochables bajo la óptica sancionatoria.

Para esta Entidad el objeto debe ser entendido como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea necesario que el resultado esperado se produzca. Es decir puede ser sancionada la conducta dirigida a afectar un mercado, sin tener que esperar a que se produzca el daño. Por su parte, el efecto de la conducta, que como ya se mencionó se considera también restrictivo de la libre competencia, ha sido entendido por esta Entidad como el resultado producido en el mercado como consecuencia de un comportamiento ejecutado, independientemente de que el agente investigado busque o hubiese buscado ese resultado, pues en tanto éste se produzca, ya la conducta será merecedora de reproche.

En esta perspectiva, es menester determinar en el caso sub examine cuál era el servicio

principal en que se enmarcaban los hechos, para luego constatar si realmente estaba siendo condicionada su prestación por parte de la empresa investigada a la aceptación de obligaciones adicionales.

Condiciones adicionales a las que fue subordinada la prestación del servicio

Para el caso en estudio, EEPPM estableció en el Decreto 1112 de 2000, que el acceso a Internet a través de la red de banda ancha es una opción de conexión que ofrecen las Empresas Públicas de Medellín, bajo la denominación Plan Fibra Óptica, el cual, por sus características, requiere que el suscriptor de acceso, en esta modalidad, esté a la vez suscrito o se suscriba y además se mantenga conectado al servicio de televisión por cable de EPMTV, de tal manera que la terminación por cualquier causa del contrato de televisión por suscripción ocasionará la terminación con justa causa del contrato de acceso a Internet.

En estas circunstancias, un usuario del Plan Fibra Óptica deberá, simultáneamente, estar suscrito al servicio de internet y televisión por fibra óptica. Por lo tanto, la obligación adicional la constituye el servicio de televisión.

La construcción de la red de banda ancha por parte de EEPPM, tuvo como fin ponerla a disposición de los operadores de televisión de Medellín. Uno de los operadores que adquirió la infraestructura de EEPPM para prestar el servicio de televisión fue EPMTV, filial de EEPPM E.S.P.

- Cabe agregar que, la única empresa arrendataria de una porción de la red de banda ancha para suministrar el servicio de televisión por cable en este momento es EPM-TV.

Lo anterior es posible en la medida que las señales de Internet y de Televisión viajan por la misma red. Así lo manifestó Carlos Quevedo, cuando a la pregunta: *"Podría precisar al Despacho si las señales de televisión y las de Internet viajan a través de la misma red de banda ancha."* Respondió: *"Si, viajan a través de la misma banda ancha, es decir a través del mismo cable, fibra óptica y coaxial:"*

En ese sentido, EEPPM ofrece el servicio de Internet fibra óptica y EPM-TV Ltda. el de Televisión por cable, servicios que comparten el mismo medio tecnológico.

Así pues, son varios los elementos que nos permiten establecer que estamos en presencia de dos servicios independientes, suministrados a través de la suscripción de contratos distintos y facturados por separado.

- ***Operadores distintos***

En el desarrollo de la investigación adelantada, se estableció que EEPPM es la empresa que presta el servicio de Internet fibra óptica, y EPMTV Ltda. es la sociedad que presta el servicio de televisión por cable, debido a que esta última ha arrendado una porción de la red de banda ancha a EEPPM, con el fin de ofrecer y suministrar el servicio de televisión utilizando la red.

Como fundamento de lo anterior, Katerine Restrepo, funcionaría de EEPPM, a la pregunta 10: *"(...) los servicios de Internet por fibra óptica y televisión a través de este medio, son prestados conjuntamente por las EEPPM."* Respondió: *"No. El servicio Internet por fibra óptica es un plan de acceso a Internet de EEPPM. El servicio de televisión es prestado por EPM-Televisión"*.

En esa medida, estamos en presencia de dos servicios diferentes, suministrados por empresas distintas.

- ***Contratos distintos***

El usuario que desee afiliarse al servicio de internet a través de fibra óptica debe suscribir un contrato por el servicio de Internet y otro contrato por el servicio de televisión. De esta manera quedó consignado en el Decreto 1112 de 2000, el cual dice que *"el acceso a Internet a través del Plan Fibra Óptica, requiere que el suscriptor de acceso a Internet, en esta modalidad, a la vez esté suscrito o se suscriba y además se mantenga conectado al servicio de televisión por cable de EPMTV, de tal manera que la terminación por cualquier causa del contrato de televisión por suscripción ocasionará la terminación con justa causa del contrato de acceso a Internet."* (El subrayado es nuestro)

Al respecto, Katerine Restrepo, funcionaría de EEPPM, a la pregunta 14: *"El contrato de acceso a Internet por fibra óptica es el mismo para servicio de televisión."* Respondió: *"No. Son dos contratos independientes aunque no conozco el texto de uno y otro como para decirle la diferencia. Solo sé que el contrato de Internet fibra óptica es el mismo para todos los demás planes de acceso a Internet"*.

Complementando lo anterior, Alejandro Soberón, funcionario de EEPPM, a la pregunta 17: *"Los contratos para la prestación de los servicios de Internet y televisión por fibra óptica que prestan las EEPPM y EPMTV, respectivamente, son conjuntos o se trata de contratos independientes."* Respondió: *"Son contratos diferentes, el contrato para servicios de Internet por fibra óptica es el mismo para todos los planes de acceso a Internet que ofrecen las empresas públicas. Por otro lado está el contrato de televisión por suscripción:"*

- ***Facturación por separado***

Teniendo en cuenta que los servicios son suministrados por empresas diferentes, la facturación de los mismos, se produce por separado. Al respecto, Katerine Restrepo, funcionaría de EEPPM, a la pregunta 15: *"Sabe usted si la facturación del servicio de acceso a Internet por fibra óptica y de televisión por cable esté discriminada por cada servicio" respondió: "Son facturas separadas."*

En igual sentido, Alejandro Soberón, a la pregunta 16: *"La facturación correspondiente a los servicios de Internet y televisión por fibra óptica que prestan las EEPPM y EPMTV, respectivamente, es unificada o por el contrario independiente para cada uno de los servicios" Respondió: "La facturación es separada de manera independiente para cada uno de los servicios."*

Sustituibilidad de productos

Tal y como expresáramos en párrafos anteriores, para poder definir el mercado relevante es necesario adentrarnos en el análisis de la sustituibilidad de los productos. Para ello, se debe tener en cuenta que los productos integrantes de un mismo mercado deben ser sustituibles, desde la perspectiva del consumidor, haciéndose necesario una análisis sobre sus precios, utilidades, ventajas técnicas u otras características que en el mismo se aprecien.

En esta perspectiva, logró establecerse que el usuario del servicio de internet a través de fibra óptica corresponde a un cliente perfectamente identificado, menos del 3% de los usuarios, que dadas sus condiciones propias y de la forma en que espera recibir el servicio, constituye un segmento único que no encuentra en las demás modalidades de acceso la plenitud de funciones y condiciones que requiere.

De estas definiciones se desprende el análisis de diferentes variables para la determinación de la sustituibilidad de los productos, a saber:

- *Sustituibilidad por la demanda*

En este punto, se deben tener en cuenta varias características

- Características técnicas
- Uso y
- Precio

Partiendo de que en la determinación del mercado relevante se debe analizar la sustituibilidad de los productos que lo conforman, es decir, productos que satisfagan la misma necesidad del consumidor, la comparación entre dichos productos es indispensable. Así, si se tienen tres productos (A, B, y C), que en primera instancia se

podrían considerar forman parte de un mismo mercado, la comparación se puede realizar, bien desde el producto A a los productos B y C, siendo irrelevante el orden en que se realicen las comparaciones, pues los tres deben ser equivalentes para el consumidor. Si por razones técnicas, de uso o tarifaria, dicha comparación no es posible, entonces se concluye, que no forman parte del mismo mercado. En este orden de ideas, el argumento del apoderado, en cuanto que se debe "*comparar lo comparable*", reafirma la posición de esta entidad, en el sentido de que cada forma de acceso a internet constituye un mercado independiente.

Las características técnicas en cada uno de los servicios de acceso a internet, fueron analizadas en el cuadro contenido en el punto 2.1.2.2 de la presente resolución, debiendo resaltar que las diferencias tecnológicas existentes en cada uno de los medios, están dadas para atender las necesidades específicas que requiere cada segmento de usuarios, como bien lo explica la apoderada de EEPPM. y así, en la medida en que el costo de la tecnología varíe, hará que las tarifas para el acceso a internet también varíen.

A este respecto, es importante traer a colación lo expresado por Tribunal de Defensa de la Competencia de España, cuando en sentencia de 22 de mayo, asunto Ausonia-Arbora, delimita como mercado relevante el de los pañales, diferenciándolo del mercado de los pañales para adultos y el de las compresas higiénicas femeninas, tras señalar que "*la precisión del producto que define el mercado relevante debe hacerse desde el punto de vista del usuario, que es quien con su determinación de adquirir uno u otro decide la competencia entre los fabricantes*", precisa después que "*aunque en este caso los tres tipos de productos cumplan una misma función, no satisfacen una misma necesidad: hay tres clases de usuarios que dirigen su demanda exclusivamente a cada uno de esos tipos, que no resultan así sustitutivos, es decir, competitivos entre ellos*."

Así mismo, en resolución de 26 de febrero de 1999, asunto Airtel/Telefónica, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España, manifestó que se consideran como integrados en un mismo mercado relevante de producto, los servicios de telefonía celular analógico y digital, señalando respecto de las características de estos servicios, que ambos "*...son modalidades de un sistema más amplio que es el de la telefonía celular. Sus características generales son una gran capacidad (permite la existencia de miles de abonados por KM2), extensas coberturas, terminales ligeros de operación y mantenimiento sencillo y tarifas lo más reducidas posibles con un sobre peso razonable respecto de la red fija*". No obstante lo cual, agregó en la misma resolución que "*...las características generales comunes son las que cubren las necesidades normales del usuario, mientras que la mayor parte de las específicas del servicio digital (itinerancia internacional, transmisión de datos y otros servicios avanzados de telecomunicaciones, codificación digital de los mensajes multiconferencia) sólo responden a necesidades*

específicas de una parte de la clientela normalmente de carácter profesional. En consecuencia, en los primeros momentos de la prestación del servicio digital, éste no constituye un mercado separado, sin perjuicio de que, a medida que evolucione, pueda acabar diferenciándose". (Subrayado nuestro)

Acorde con lo anterior, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela, PROCOMPETENCIA considera *"el mercado relevante como el grupo más reducido de productos o servicios que, dentro de un área geográfica delimitada, pueden ser objeto del uso de poder de mercado, o de la habilidad de los agentes para influir, en la búsqueda de su beneficio económico, en el precio, la calidad, la publicidad y otras condiciones de competencia".* Agregando más adelante que *"...tomando en cuenta las consideraciones anteriores, esta Superintendencia concluye que los dispensadores semiautomáticos no pueden considerarse como sustitutos cercanos o eficientes del servicio prestado por los dispensadores automáticos de bebidas calientes y por ende, los proveedores de estos bienes difícilmente podrán disciplinar el comportamiento de los oferentes de los dispensadores de bebidas calientes automáticos".*

La misma impugnante pareciera consciente de estas precisiones cuando atina a señalar que, EEPPM tiene clasificados a sus clientes según sus necesidades específicas. Dicha clasificación, dada en usuarios ocasionales, principiantes, conocedores y expertos, termina por robustecer la idea acerca de una demanda de accesos específicos, pudiendo concluir que cada uno constituye un mercado en sí mismo.

Este Despacho no desconoce que es el acceso a internet el servicio que está siendo prestado, lo que ocurre es que del mismo aparecen varias modalidades que tienen características propias, diferentes unas de otras y que no ofrecen un grado de sustitución perfecto. Precisamente, en declaración rendida por Carlos Quevedo en su calidad de asesor técnico de la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones, ante la pregunta: *"Teniendo en cuenta los servicios de Internet que actualmente se ofrecen en el mercado, cuál considera usted que son sustitutos de fibra óptica", respondió: Técnicamente hay varios como son XDSL, conexión dedicada vía microondas, conexión dedicada vía satelital, conexión dedicada vía rayo láser, todos son tecnologías para prestar servicios de red de banda ancha. El XDSL es una tecnología que presta el servicio de internet utilizando el cable de cobre que se utiliza para prestar el servicio de telefonía y permite igual ancho de banda al que actualmente ofrece las empresas que servicio de internet utilizando la infraestructura de la TV por cable, las otras tecnologías son tecnologías muy costosas para un usuario residencial pero desde el punto de vista de una empresa son posibles sustitutos ante la fibra óptica, el tema de fondo es precio, la tecnología de banda ancha utilizando fibra óptica y prestando el servicio mixto de TV por cable e internet permite ofrecer banda ancha a un costo razonable. La única*

tecnología que puede competir en precio actualmente es XDSL pues le permite a las empresas de telefonía prestar el servicio de internet al mismo tiempo que siguen prestando su servicio de voz y por ende también permite prestar un servicio de banda ancha a un costo razonable. La XDSL es banda ancha contrario a RDSI que no lo es". Nótese que en la respuesta dada, no menciona como sustitutos del acceso a internet a través de fibra óptica, las modalidades Conmutada ni la RDSI, más bien las diferencia tecnológicamente, (subrayado nuestro).

La pregunta sería entonces, por qué razón si EEPPM considera que la modalidad de fibra óptica encuentra sustitutos perfectos en otros medios de acceso, ofrece diferentes planes, cada uno con especificaciones propias; qué necesidad tienen entonces de invertir esfuerzos humanos y de capital en el diseño y creación de medios de acceso diferentes Si fuera como se pretende hacer ver, pareciera más sencillo ofrecer a todos los interesados únicamente el servicio de internet fibra óptica, esto, con la finalidad de que todos sus clientes se trasladen a él. Más no lo hace, muy seguramente por qué se produciría un desplazamiento de muchos de sus clientes a las toldas de otros oferentes de servicio. Tan claro es para EEPPM, que ha establecido diferentes grupos de usuarios, a los que ofrece distintas alternativas.

Esta posición se confirma con la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia Español, en la que se afirma que *"la precisión del producto que define el producto relevante debe hacerse desde el punto de vista del usuario, que es quien en su determinación de adquirir uno u otro decide la competencia entre los fabricantes"*. En el mismo sentido, la sentencia de 16 de octubre de 1990, considera que *"un determinado tipo de producto debe considerarse atendiendo al criterio de equivalencia o sustituibilidad del producto desde el punto de vista del adquirente"*.

De otro lado y en cuanto hace a las tarifas, se observa dentro del análisis marcadas diferencias en el valor del acceso a internet, dependiendo de la modalidad requerida. En efecto, en el Decreto 1112 de 2000 de EEPPM se pueden verificar los diferentes precios, dependiendo de acceso. Pudiendo apreciarse que el servicio de fibra óptica es el más elevado en el sector residencial.

Luego, es fácil comprobar que, en el análisis realizado por esta Entidad para la definición del mercado relevante, no se tuvieron en cuenta las tarifas como único aspecto de sustituibilidad en la demanda, sino que se analizaron en conjunto los tres factores descritos anteriormente, lo que nos llevó a la conclusión de que el mercado relevante era el servicio de internet fibra óptica en el sector residencial del Área Metropolitana de Medellín, posición que se ratifica en el presente proveído.

- Sustituibilidad en la oferta

Partiendo de que el mercado relevante definido es el acceso a internet fibra óptica y que de acuerdo con el acervo probatorio recaudado, EEPPM es la única oferente del servicio en el área geográfica demarcada, es imposible que el usuario encuentre otro proveedor de dicho servicio, ubicado en la misma plaza, con el propósito de obtener una solución equivalente y satisfactoria a sus requerimientos, pues no existe competencia efectiva en este sector del mercado.

Ahora bien, a los prestadores del servicio de otras plazas no les es posible ofrecer acceso a internet por fibra óptica, en el área metropolitana de Medellín, debido a que no poseen las redes, ni la infraestructura necesaria, así como los demás soportes tecnológicos requeridos.

4. Consideraciones de la Superintendencia

Abuso de la posición de dominio

Como restricción a la libre competencia

El inciso 4o del artículo 333 de la Constitución Política consagra 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"*; lo que de suyo supone, el ejercicio de atribuciones de carácter policivo que serán ejecutadas a través de la inspección, vigilancia y el control del mercado y de sus intervinientes, tendiendo fundamentalmente a prevenir o corregir restricciones que se traten de imponer y que afecten de manera significativa la libre competencia.

En esta perspectiva dinamizadora, se ha conferido a esta Superintendencia un haz de facultades preventivas y represivas, que le permitan en cada caso la materialización efectiva de la pretensión constitucional, siendo así como se proscribire y sanciona, tanto el objeto como el efecto de los comportamientos anticompetitivos, donde el primero lo constituye la simple potencialidad del acto para causar perjuicios al mercado y el segundo está compuesto por la causación real y verificable del comportamiento, de manera que cada uno y por sí solo, sin requerir de la presencia del otro, se torna en restrictivo.

En este sentido, cuando quien ostenta posición de dominio subordina el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales a las de la naturaleza del negocio, está restringiendo la libre competencia y por lo tanto, activa la función preventiva y correctiva que le corresponde a esta Entidad como ente de supervisión. De este modo, si las aspiraciones porque propenden las normas de competencia, como la

libre escogencia por parte del consumidor o el libre acceso a los mercados por ejemplo, resultan afectadas o simplemente anuladas como consecuencia directa del comportamiento de uno o varios partícipes del mercado, no hay que escudriñar en la mente de los infractores para saber si fue esa la intención que tuvieron, en cuanto el simple resultado anticompetitivo deviene per-se en ilegalidad.

Ahora bien, este Despacho tiene total claridad de que el acceso a internet se realiza a través de diferentes medios, (conmutado, RDSI o fibra óptica), constituyéndose cada uno en un mercado perfectamente definido, por las razones ampliamente explicadas. Del mismo modo, logró demostrarse que separar los servicios de internet y televisión por fibra óptica es algo perfectamente posible, sin desconocer que requiere de inversiones adicionales que generarían mayores costos, los cuales como cualquier otro, serían trasladados al consumidor final. Más la implementación de estos correctivos, brindaría al usuario la opción de asumir el sobre costo para poder obtener solamente el servicio de internet fibra óptica o la posibilidad de adquirir ambos servicios de los prestatarios que a bien tenga.

Sin embargo y de acuerdo a lo demostrado en la actuación adelantada, se tiene que EEPPM no permite elegir en ese nicho específico de mercado compuesto por la fibra óptica, con lo cual, quien desea adquirir el servicio de internet a través de esta modalidad, debe no solo suscribirse al televisión por cable sino además hacerlo en forma irrestricta con EPM-TV.

Efectivamente, de las declaraciones de los funcionarios de EEPPM, se pudo concluir que los inconvenientes técnicos para separar ambas señales existen, pero no son infranqueables. Así por ejemplo, en declaración rendida por Katerine Restrepo Vallejo, a la pregunta 31 del Despacho: *"Indique al Despacho si conoce empresas que tienen servicios de internet por fibra óptica y televisión por fibra óptica, pero los venden por separado."* - a lo cual respondió - *"En Bogotá existe la empresa TV Cable que presta el servicio de televisión y de internet llamado Cablenet. Esta empresa ofrece a sus clientes dos planes los cuales brindan la opción de adquirir el servicio de internet por fibra óptica solo o internet fibra óptica con televisión. Estos planes tienen la diferencia en precio de 20 dólares aproximadamente, es decir, si adquiero el servicio de internet sin televisión paga US \$70, pero si adquiero el servicio de internet fibra óptica teniendo televisión o adquiriendo televisión paga US \$ 50. Esto nos muestra que el cliente debe asumir el costo de separar las señales. (...)"*

Sobre este punto, Jorge Alejandro Soberón Gallego, a la pregunta 27: *"... Indique al Despacho si conoce empresas que tienen los servicios de internet por fibra óptica y televisión por fibra óptica pero los venden por separado"* - a lo cual respondió - *"En*

Medellín y su área metropolitana no existen otras empresas que tengan los dos servicios, aunque que existen otras empresas que venden televisión fibra óptica no ofrecen los servicios de acceso a internet vía fibra óptica. En otra ciudad como Bogotá, existe un operador que ofrece los dos servicios de manera independiente o de manera conjunta, cuando los servicios son ofrecidos de manera independiente el usuario debe pagar más por el servicio, por ejemplo: el servicio de internet fibra óptica cuando se es suscriptor de televisión tienen un costo aproximado de 50 dólares, pero cuando es de manera independiente y no es suscriptor del servicio de televisión tiene un costo de 70 dólares. Esto evidencia que el cliente está pagando el costo de la separación de la señal. En Medellín el cliente obtiene los dos servicios con un costo aproximado de 50 dólares lo que muestra claramente la reducción de costos que obtiene el usuario."

La conducta que se sanciona

Ahora bien, en cuanto hace a lo expresado por la apoderada acerca de la acusación que hace esta Superintendencia en contra de EEPPM por ser un monopolio, este Despacho se permite aclarar, de una parte, que de lo que se está hablando es de posición de dominio y no de monopolio, que aunque pueden concurrir en un mismo agente no equivalen a lo mismo, y de otra, que lo que merece reproche en el caso específico, no es que su representada ostente dicha posición sino que haya abusado de la misma.

Efectivamente, en materia de prácticas comerciales restrictivas lo reprochable no es ostentar la posición de dominio sino el abuso que de ésta haga. Lo anterior con la finalidad de aclarar que esta Entidad logró probar que EEPPM tiene posición de dominio y que abusó de la misma.

De otro lado, en cuanto a la referencia de la apoderada del desconocimiento de este Despacho, sobre las economías de alcance practicadas por EEPPM, es preciso comentar lo siguiente.

Cuando hay economías de escala o de alcance poderosas, en las que solo puede o debe sobrevivir una empresa, se constituye un monopolio natural, siendo deber del Estado regular la industria, ya que un monopolista natural, al disfrutar de una gran ventaja de costos sobre sus posibles competidores, puede subir acusadamente sus precios o manipular el mercado, obteniendo beneficios monopólicos y generando distorsiones económicas.

Tal punto es confirmado por la Jurisprudencia la cual considera que: *"... Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no*

solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sin que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación."

En efecto, en el informe motivado presentado por la Delegatura de Promoción para la Competencia no se habla de que EEPPM es un monopolio, sino que ostenta posición de dominio, en la que pueden surgir elementos comunes al monopolio, pero no coincidir en todos ellos. En estos términos, ningún reparo tiene este Despacho en que exista posición de dominio, menos a que se utilicen como afirma la apoderada, las economías de alcance. Sin embargo, el problema surge cuando hay abuso, y la utilización de las llamadas economías de alcance termina anulando las libertades de los consumidores. Es claro que quien tiene posición de dominio, adquiere cargas adicionales, y debe poner especial empeño en que no se soslayen los derechos de los consumidores.

Armonía con la preceptiva de competencia desleal

Frente a lo esgrimido por EEPPM en el sentido que su política asumida, de vender el servicio de internet fibra óptica y televisión por suscripción a través banda ancha sin opción de elección para el consumidor, obedece a una imposición de la Ley 256 de 1996, debemos manifestar que disentimos profundamente pues a diferencia suya, no creemos que para competir en condiciones de lealtad en el mercado sea necesario llevar a cabo una práctica comercial restrictiva, pues ambos regímenes, el competencia desleal y el de prácticas comerciales restrictivas, lejos de ser excluyentes se complementan y armonizan entre sí.

Y es que el instrumento para acatar las disposiciones sobre competencia desleal no puede consistir en violentar las normas sobre libre competencia, máxime cuando existen medios técnicos que permiten separar las señales y para proteger el robo de la señal de televisión, como los filtros o la decodificación de los canales. Permitir que sea el consumidor quien decida si quiere ambos servicios o únicamente el de internet con las implicaciones técnicas y económicas que se han puesto de presente, no puede conllevar una violación a la citada Ley 256. No se olvide que el Ordenamiento Jurídico es en esencia uno solo, de manera que el cumplimiento de una ley no puede pretender condicionarse al incumplimiento de otra.

Responsabilidad de la persona natural

Autorizar, ejecutar o tolerar conductas

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, señala que el Superintendente de Industria y Comercio impondrá sanciones a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas hasta 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de imponer la sanción.

A lo largo de la presente investigación se ha podido verificar que el gerente general de EEPPM es el doctor Iván Correa Calderón, que si bien no suscribió el decreto 1112 de 22 de noviembre de 2000, ha autorizado, ejecutado y tolerado la aplicación del mismo, en el cual están contenidas las disposiciones para la prestación del servicio de internet y en especial el artículo 3 que dispone que: *"El acceso a Internet a través de la red de servicios de banda ancha es una opción de conexión que ofrecen las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., bajo la denominación Plan Fibra Óptica, el cual, por sus características técnicas, requiere que el suscriptor de acceso a Internet, en esta modalidad, a la vez esté suscrito o se suscriba y además se mantenga conectado al servicio de televisión por cable de EPMTV, de tal manera que la terminación por cualquier causa del contrato de televisión por suscripción, ocasionará la terminación con justa causa del contrato de acceso a Internet"*.

Por lo tanto, y una vez comprobada la conducta por la cual se investiga a EEPPM a partir de la documentación que obra en el expediente, este Despacho encuentra motivos suficientes para considerar que Iván Correa Marulanda, gerente de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. habría autorizado, ejecutado y tolerado la ejecución de dicha conducta.

5. Decisión de la Superintendencia

ARTÍCULO 1o. Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. es ilegal por contravenir lo previsto en el numeral 3 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO 2o. Imponer una sanción pecuniaria por la suma de doce millones quinientos mil pesos (\$12.500.000,00), a Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00024-9 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro

de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO 3o. Imponer una sanción pecuniaria por la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000,00), al señor Iván Correa Marulanda en su calidad de representante legal de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., en el momento de la ocurrencia de los hechos que se investigaron.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00024-9 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO 4o. Se ordena a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. dar fiel cumplimiento a las instrucciones contenidas en el punto 6 del presente

ARTÍCULO 5o. Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora María Fanny Gómez Galeano Calderón en su calidad de apoderada de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y al señor Iván Correa Marulanda, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

6. Análisis y conclusiones

"Que las Empresas Públicas de Medellín E.S.P, ostentan posición de dominio en la prestación del servicio de internet a través de fibra óptica, en el área Metropolitana de la ciudad de Medellín. Así mismo se demostró que EPM habría abusado de tal posición de dominio al condicionar a la prestación del servicio de Internet fibra óptica a la suscripción obligatoria al servicio de televisión por cable con esa misma empresa, adecuándose su comportamiento a lo normado en el artículo 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992".

"VICIOS EN EL FUNDAMENTO DE LA CONCLUSIÓN

"Si bien es cierto una investigación de este tipo debe naturalmente partir del presupuesto de la determinación del mercado relevante y consecuentemente de la participación porcentual de la empresa o persona investigada en el mismo, y que ello debe hacerse con sumo rigor, también lo es que el criterio de clasificación y caracterización de los diferentes sectores del mercado, de los muchos posibles, debe ser el adecuado según el propósito que con ello se persiga y, en nuestro caso, creemos que en las conclusiones sacadas por el

funcionario o equipo investigador designado por el despacho para atender nuestro caso subyace un grave error de apreciación, tal como más adelante lo detallaremos.

"Refiriéndose a las diferentes modalidades de conexión a la Internet, es decir a los Accesos Conmutado, RDSI y Fibra Óptica, en el informe de la investigación adelantada se afirma lo siguiente: '...existen marcadas diferencias tarifarias y de servicio que llevan a que cada modalidad de conexión a internet constituya un mercado único y perfectamente separado de los demás. Así pues para quién accede a Internet a través del sistema RDSI, por ejemplo, no será un sustituto el acceso al sistema a través de la fibra óptica dado que la diferencia tarifaria desestimularía su traslado, y además, no le resultaría atractivo en la medida en que a través del primer sistema de acceso RDSI puede autodeterminar su consumo y en consecuencia el valor de la facturación, circunstancia que no tiene lugar en el sistema de fibra óptica'.

"Lo primero que hay que advertir frente a la afirmación anterior, es que en relación con la Internet, el servicio que ofrece esta entidad es el de "acceso", el cual está en capacidad de prestar en varias modalidades, dependiendo de la plataforma tecnológica que se utilice. Hay aspectos del servicio en los cuales puede haber diferencias, ellos son: capacidad de la red, velocidad de tráfico, estabilidad de la conexión. Pero debemos ser muy claros en afirmar que la plataforma tecnológica utilizada no tiene por sí misma la virtualidad de hacer de cada posibilidad de acceso un servicio diferente. El servicio es único: 'acceso a la Internet', con el cual ésta entidad pretende atender las expectativas de sus clientes actuales o potenciales según el particular de cada quien.

"A la gran mayoría de los usuarios les basta con acceder en condiciones de calidad e idoneidad medias, a algunos les interesa que su acceso sea más veloz que el promedio, otros esperan además, contar con la posibilidad de manejar grandes volúmenes de información, etc. Para la oferta general del servicio de 'acceso a la Internet' se ha diseñado todo un universo de tarifas que por supuesto toman en consideración, entre otros componentes, las características que brinden las diferentes tecnologías, pero el criterio diferenciador de las tarifas no es sólo la tecnología utilizada porque aún, dentro de una misma modalidad de acceso o sea sobre una misma tecnología, se pueden ofrecer y se ofrecen diferentes planes tarifarios dependiendo, por ejemplo, del tiempo máximo, mínimo o ilimitado de navegación que se contrate. De ello da cuenta el decreto 1112 de 2000 cuyo texto fue arrimado al expediente y todos los posteriores sobre tarifas expedidos por la Gerencia General de EEPPM. Con lo anterior, queremos afirmar que tampoco los planes tarifarios por si solos, tienen la potencialidad de crear segmentos de mercado tan diferentes y demarcados entre sí que el servicio asociado con un precio no pueda tenerse por sustituto o equivalente de otro

Proyectado por: Diego Guarín