



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 16089 DE 2003
(10 JUN. 2003)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante el escrito presentado personalmente en la Notaría Quince del Circuito de Medellín el día 14 de abril, remitido por fax a esta Entidad y radicado bajo el número 01000711-20018 de abril 16 de 2003,¹ la apoderada de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., interpuso recurso de reposición en contra de la resolución 8329 de 2003, mediante la cual se impuso una sanción en contra de la empresa citada.

SEGUNDO: Que el recurso a que hace referencia el numeral anterior se fundamentó de la siguiente manera:

"(...) nos permitimos, en primer lugar, destacar algunos aspectos de la sustentación conceptual que ha realizado ese despacho para la expedición de la resolución mencionada que, en nuestra opinión, pueden ser abordados con un enfoque diferente al adoptado por ese organismo, lo cual llevaría a una conclusión diferente a la que le permitió adoptar la decisión de sancionar a esta Entidad y a su representante legal.

"POSICIÓN DOMINANTE

"Según el contenido de la resolución que se recurre, para determinar la presencia de una conducta violatoria de las prácticas comerciales restrictivas, se ha debido probar como mínimo:

- *"Que la empresa investigada tenía posición dominante en el mercado.*
- *"Que la empresa además, realizó conductas que tuvieran como objeto o como efecto la subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que, por su naturaleza, no constituyesen el objeto del negocio, sin perjuicio de lo dispuesto por otras disposiciones.*

"Esto último, constituiría precisamente en nuestro caso, el abuso de la posición dominante prohibido por las normas legales vigentes.

¹ Mediante oficio radicado con el número 01000711-20020 de mayo 22 fue allegado a este Despacho el oficio original del recurso aludido.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"En relación con los puntos señalados y en atención al prolijo y documentado estudio realizado por ese organismo de vigilancia y control, esta entidad acepta que, en relación con el servicio de acceso a Internet, ejercía en el momento en que se investigó su conducta, posición de dominio.

"No obstante, consideramos que se deben hacer algunas precisiones y claridades respecto a algunos de los argumentos esgrimidos por ese organismo para declarar la existencia de la posición dominante, por cuanto, algunos de ellos, en nuestro entender equivocados, pudieron servir de fundamento mediato para concluir, adicionalmente, que esta entidad abusó de la posición dominante que ostentaba.

"Creemos que el punto fundamental de la discrepancia radica en la caracterización del segmento del mercado al cual iba dirigido el producto, la cual permitió a ese despacho concluir que los consumidores destinatarios de la oferta, no estaban en capacidad de contrarrestar o neutralizar una determinación unilateral del agente en posición de dominio, en este caso Empresas Públicas de Medellín E.S.P, y que por tal motivo se habría configurado un abuso de dicha posición en detrimento del mercado y de tales consumidores.

"En efecto:

"Refiriéndose al mercado producto ese despacho afirma que 'La definición (...) está dada por la prestación del servicio de Internet Banda Ancha, llamado internet fibra óptica en el segmento residencial, ya que no pueden considerarse sustitutos de éste las demás modalidades de acceso a Internet pues como se dijo, está dirigido a un segmento especial de mercado que requiere condiciones técnicas específicas en la prestación del servicio y está dispuesto a pagar un mayor valor por ello'.

"La Superintendencia ha utilizado en el desarrollo de la investigación que culminó con la Resolución que se recurre, dos argumentos para afirmar, tajantemente, que el servicio de acceso a Internet en la modalidad de Banda Ancha, no tiene sustituto idóneo en el abanico de ofertas que dirige a sus clientes esta entidad. Ellos son:

- "El precio. Este, fue esgrimido en el oficio 0100711-20002 del 31 de julio de 2002 mediante el cual se dio traslado del informe motivado realizado por ese despacho. Al respecto, afirmamos en su momento y reiteramos en esta oportunidad que: 'Casi la totalidad de los clientes que utilizan esta forma de acceso, (la fibra óptica) en el sector residencial, se inscribe en el segmento de clientes Conocedores o Expertos para los cuales tenemos una gran variedad de alternativas tarifarias y tecnológicas dentro del acceso dedicado, o RDSI y aún, si algunos de ellos fueran clientes Ocasionales o Principiantes, se les puede dar acceso por la red telefónica conmutada, suficiente en todas las modalidades tarifarias, para obtener un servicio altamente satisfactorio.' La anterior afirmación está debidamente sustentada en el expediente y por ello no dudamos en reafirmar que, desde el punto de vista precio, para nuestros clientes existen múltiples alternativas sustitutas del acceso a la Internet a través de la banda ancha.
- "Las condiciones técnicas del servicio. Este argumento fue expuesto en el mismo oficio mencionado en el literal anterior y en la Resolución 08328 del 28 de marzo de 2003. Al respecto también tuvimos la oportunidad de afirmar y hoy reiteramos que: '(...) partiendo de la situación de un cliente que demande el servicio de acceso por Fibra Óptica, si se le mira desde el punto de vista de un usuario Ocasional o Principiante, éste puede encontrar soluciones sustitutivas, que le garantizan un resultado 'transparente' desde el punto de vista tecnológico (las características de velocidad, capacidad y estabilidad no son en este caso determinantes) aún por precios sustancialmente mas bajos, y si se parte de analizar la

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

situación de usuarios Conocedores o Expertos que buscan ante todo velocidad y estabilidad en la conexión, el acceso vía RDSI también sería un sustituto idóneo.' También en oportunidad anterior manifestamos que: '(...) tanto el acceso RDSI como el logrado a través de la fibra óptica permiten alta frecuencia en la utilización. En particular la RDSI permite alcanzar velocidades hasta de 128 kpb, con utilización simultánea de una línea telefónica, pero si aún el cliente necesita mayores velocidades tiene a su disposición otras opciones como el acceso por canal dedicado con el que puede llegar a contratar, en el ámbito nacional, hasta 2.048 kpb'.

"En fin, en relación con el tema del producto sustituto, respetuosamente nos permitimos insistir en que, en caso de que el potencial cliente hubiere manifestado no estar de acuerdo en aceptar la oferta (Internet Fibra Óptica más Televisión por suscripción) y deseara adquirir únicamente el servicio de acceso a Internet, se le habrían hecho conocer las múltiples posibilidades de acceso que esta empresa puede brindar para que, de acuerdo con sus necesidades y expectativas, hubiese realizado la elección más adecuada.

"Se afirma en el informe preparado por el despacho citando a Fernando Rodríguez Artigas 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 lo tanto lo relevante en su igualdad económica entendida como la posibilidad que tienen los diferentes bienes de satisfacer las mismas necesidades', sin embargo, insistimos, se desconoció de plano la opinión de nuestros clientes a quienes en ningún momento se les indagó si, en relación con la oferta del servicio de Internet por Fibra Óptica y dadas sus particulares necesidades y expectativas, ellos hubieran podido encontrar opciones sustitutas en EEPPM o en otros proveedores del mismo servicio ubicados en la misma zona.

"ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

"Afirma ese despacho en la resolución que se recurre que: '(...) podemos advertir que EEPPM está condicionando la compra del servicio de Internet a la suscripción al servicio de televisión, que es un bien totalmente diferente, constituyéndose éste último servicio, en el bien atado.' (Hemos subrayado)

"Al respecto debemos destacar que sólo en una de las modalidades de acceso, la que se surte a través de la Banda Ancha y mediante la tecnología HFC (pues ahora también está en capacidad de prestarlo separadamente mediante la tecnología XDSL en algunos sectores de su cobertura), esta empresa condicionó la prestación del servicio de acceso a la Internet a la suscripción antecedente o simultánea al servicio de televisión por las razones ya expuestas, es decir, porque por la misma red transitaban sin discriminación, las señales de ambos servicios y si se aceptase la prestación única del acceso a la Internet el usuario tendría a su disposición las señales de televisión sin ningún costo, lo que devendría en una competencia desleal con los operadores de éste servicio. En esa medida, el condicionamiento era estrictamente técnico. Los usuarios de Internet tenían, sin embargo a su disposición, un gran número de posibilidades de acceso perfectamente equivalentes por lo cual no verían restringida su capacidad de elección. Desde este punto de vista es que afirmamos que el 'efecto' restrictivo no tuvo lugar y creemos que la Superintendencia, habida consideración de los antecedentes empresariales de EEPPM, de su comportamiento nunca antes sometido a tacha, del prestigio de que goza precisamente por el rigor del que tradicionalmente hace gala en el cumplimiento de la ley y demás normas vigentes que regulan los mercados, ha debido concluir que tampoco perseguía el 'objeto' restrictivo propio de una conducta abusadora de la posición dominante.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"Quedan para esta entidad dos alternativas frente a la decisión adoptada mediante resolución expedida por ese ente de vigilancia y control:

- *"Suspender, de inmediato, la oferta del servicio de acceso a la Internet por fibra óptica en la tecnología HFC y desmontar paulatinamente el sistema, pues no sería viable prestar dicho servicio en forma separada del de televisión, sin importar quien fuere el prestador de este último.*
- *"Adaptar a la red los dispositivos tecnológicos que permiten la separación de las señales de TV de tal manera que se impida el acceso fraudulento por parte de los usuarios de la Internet que no adquieran aquel servicio. Esta solución se aplicaría sólo en el caso de que los correspondientes estudios de costos permitiesen concluir que, sin embargo del aumento considerable que tendrían que sufrir las tarifas asociadas al servicio, continuaría existiendo el mercado potencial que lo hiciese viable porque, lo contrario, sería un despropósito empresarial.*

"Con fundamento en lo expresado, de la manera mas respetuosa solicitamos reponer la decisión contenida en la Resolución 8328, y en particular, dejar sin efecto la sanción pecuniaria a que hace alusión el ARTÍCULO SEGUNDO de la mencionada Resolución.

"A pesar de las diferencias conceptuales que desde nuestro punto de vista deberían llevar a esa Superintendencia a adoptar una decisión diferente a la sanción impuesta mediante Resolución 08328, debemos expresarle que esta empresa acata íntegramente su autoridad en las materias que son de su competencia y está dispuesta a atender sus instrucciones, con toda precisión en forma inmediata una vez se encuentre en firme la decisión que se recurre.(...)"

SEGUNDO. Que en cumplimiento del artículo 59 del código contencioso administrativo se resolverán todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, en los siguientes términos:

1. Presentación del recurso vía telefax

Previamente al estudio de los argumentos expuestos en el texto del recurso, este Despacho considera procedente analizar la forma como el mismo fue presentado ante esta Entidad.

Según el numeral 1º del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, los recursos de reposición proceden frente al mismo funcionario que tomó la decisión para que la aclare, modifique o revoque².

Igualmente, el numeral 1º del artículo 52 de la misma codificación plasma que los recurso de reposición y apelación deberán reunir los siguientes requisitos: "interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o por apoderado debidamente constituido, y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indicación del nombre del recurrente."³

²Artículo 50 del Código Contencioso Administrativo: "Recursos de la vía gubernativa. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

"1) El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión para que la aclare, modifique o revoque.(...)"

³ Numeral 1º, artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Ante el incumplimiento de los anteriores requisitos el artículo 53 prevé: "Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo..."

Por su parte, la ley 527 de 1999,⁴ estableció en su artículo 8º que "Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si:

"a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;

"b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar. (...)" (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo a lo anterior, debe entenderse que el recurso de reposición interpuesto frente a un acto de la Administración puede presentarse a través de un mensaje de datos, como es el caso del telefax. Sin embargo, dicha presentación se refiere a la oportunidad para presentar el escrito dentro de los términos legales establecidos, más no exime de la responsabilidad de hacer llegar el documento original a la autoridad respectiva en fecha posterior.

Así, pues, la norma enunciada prevé como condición para el reconocimiento de una información enviada mediante un mensaje de datos, que ésta pueda ser mostrada a la persona que se deba presentar. Es decir, en tanto la ley exige una presentación personal del recurso de reposición, es deber del recurrente en todo caso, hacer llegar el original del documento donde consta la presentación personal del recurso, requisito que también fue cumplido en el presente caso.

Por lo anterior, este Despacho entrará a pronunciarse frente al recurso interpuesto, en los siguientes términos:

2. Posición de dominio

A pesar de que la recurrente acepta que para la época de los hechos, EEPPM ostentaba posición de dominio, en relación con el servicio de acceso a internet, manifiesta que se deben hacer algunas precisiones pues, en su criterio, esta Entidad pudo de manera equivocada segmentar el mercado al cual iba dirigido el producto. Al respecto y por considerarlo de interés para los efectos del presente recurso, este Despacho se permite hacer los siguientes comentarios.

Como se manifestara en el acto recurrido, la posición de dominio no es *per se* una situación merecedora de reproche, lo verdaderamente censurable es la explotación abusiva que pueda hacerse de esa posición. No obstante y como quiera que nadie puede abusar de lo que no tiene, la conducta a que estamos haciendo alusión presupone una condición previa, que es la posición de dominio del agente investigado, presupuesto sin el cual no puede estructurarse responsabilidad, por lo menos, frente a este precepto.

Así, para arribar a la conclusión llegada en la resolución 8329 de 2003, debió verificarse, en primer término, si EEPPM realmente contaba con posición de dominio, para en caso de ser así, entrar luego a efectuar el análisis correspondiente de las circunstancias que le eran reputadas como abusivas.

⁴ Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Ahora bien, según lo ha entendido esta Superintendencia,⁵ 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 la conducta. Por ello, la conclusión obvia, es que la comprobación de la posición de dominio es relativa al mercado que se examine y siempre temporal.

2.1 Definición del mercado relevante

Concretamente, frente al estudio o verificación de la posición de dominio, esta Superintendencia debe entrar a definir, en primer término, cuál es el mercado relevante o referente,⁶ es decir, aquel sobre el cual recae el comportamiento objeto de interés,⁷ tanto a nivel de producto como a nivel geográfico, refiriéndose 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 de participación del agente investigado.

Por su parte, el interés primordial que persigan los investigados estará encaminado a tratar de identificar el mercado de tal manera que se presente la menor concentración del mismo. Luego si su negocio está en un sector muy concentrado argumentarán que el mercado del producto es más amplio, ya que al extender el análisis hacia otros productos o servicios su participación se verá disminuida con el ingreso de otros competidores.⁸

Sin embargo, la definición del mercado relevante debe llevarse a cabo con absoluto rigor, sujetándose a los parámetros y lineamientos propios del mercado que está siendo analizado y atendiendo a los criterios y predilecciones de sus consumidores. Es así como diversos organismos internacionales que tienen a su cargo la protección de la libre competencia, han coincidido en señalar que la delimitación del mercado relevante comprende todos aquellos bienes y servicios que son considerados como intercambiables o sustituibles por el consumidor, por razones de las características de sus productos, sus precios y, por supuesto, su uso, todos estos elementos analizados en conjunto.⁹

⁵ Oficio 94039809 de septiembre 6 de 1994.

⁶ "El mercado de productos 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 prevé hacer de ellos (...)" "Anexo al formulario correlativo a la notificación de las operaciones de concentración de conformidad con el Reglamento (CEE) No. 4064 - 89 del Consejo de las Comunidades Europeas", página 7.

⁷ PASCUAL Y VICENTE, Julio. "El abuso de posición dominante.". Publicado en la Revista de Derecho Mercantil No. 245, julio - septiembre de 2002. Madrid 2002. Página 1342.

⁸ "Las autoridades de competencia no deben atender, en mi opinión, a las críticas habituales de las empresas contra una delimitación estrecha del mercado relevante, puesto es el método idóneo para asegurarse de que se detectan todas las posibilidades de crear poder de mercado." Seminario Internacional sobre derecho económico de la competencia, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 1997, Ponencia sobre delimitación del mercado relevante. Cristina Alcalde Guindo.

⁹ Así por ejemplo, la entidad para competencia del Canadá, ha precisado que: "Conceptualmente un mercado relevante para un análisis de fusión de empresas bajo la Ley es definido en términos del grupo de productos más pequeño y el área geográfica más pequeña con relación con aquellos vendedores, que si actúan como una sola firma (un monopolista hipotético) sería el único vendedor de esos productos en el área, podrían, productivamente, imponer y sostener un incremento de precio significativo y no transitorio por encima de los niveles que probablemente existirían en ausencia de la fusión." Merger Enforcement Guidelines, Director de Investigation and Research, Bureau of Competition Policy, Corporate and Consumer Affairs Canada (1991).

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

El punto de partida de todo análisis de competencia y, como es natural, del correspondiente a una conducta presuntamente abusiva de posición de dominio, es la definición del mercado relevante, que ha de ser analizado, como ya se mencionó, desde la doble perspectiva del producto y del espacio geográfico, lo que se traduce en dos distintas consideraciones del mismo.

Por una parte, el mercado de producto, se habrá de delimitar por el conjunto de productos que se integran en él, es decir, los bienes y servicios entre los cuales puede plantearse una competencia efectiva, analizando la sustituibilidad.¹⁰ Y, por otra parte, el mercado geográfico, el cual está configurado por los territorios que son parte del mismo. En este entendido *"el mercado geográfico relevante comprende, por su parte, la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en las 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 aquellas."*¹¹

2.1.1 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 un análisis sobre sus precios, utilidades, ventajas técnicas u otras características que en el mismo se aprecien.¹²

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

➤ *Sustituibilidad por la demanda*

El grado de sustituibilidad de un producto frente al que está siendo analizado, en aras de determinar su posible inclusión en el mercado relevante, debe ser el resultado de un análisis objetivo, que esté soportado en la correspondencia de precios, características y usos. En tal suerte, solo si se verifica una relación de correspondencia frente a cada uno de los aspectos mencionados, podrá establecerse la condición necesaria de intercambiabilidad, entre los respectivos productos. Siendo así, la falta de coincidencia en cualquiera de los aspectos señalados impide establecer una relación de sustituibilidad y, por ende, a que no sean tenidos en cuenta dentro del mercado relevante.

¹⁰PASCUAL Y VICENTE, Julio. "El abuso de posición dominante.". Publicado en la Revista de Derecho Mercantil No. 245, julio – septiembre de 2002. Madrid 2002. Página 1343.

¹¹ Ibidem. Página 1344.

¹² El Tribunal de Defensa de la Competencia de España, parte de la premisa que *"el mercado de referencia del producto o servicio, considerado desde la perspectiva de la competencia debe tener en cuenta básicamente la estructura de preferencias de los consumidores, es decir, debe abarcar aquellos bienes y servicios que los consumidores consideran sustituibles por razones de sus características, su precio y el uso que pretenden hacer de ellos"*. TDC, sentencia del 29 de julio de 1999, asunto INTERFLORA.

Así mismo, considera la doctrina europea que: "A este respecto encontramos que el mercado por producto comprende la totalidad de los productos que el consumidor considera intercambiables o sustituibles en razón a que satisfacen una misma necesidad. Es decir, se considera que un bien es sustituto de otros cuando es una alternativa de cambio para el consumidor dadas sus características, usos y precios". Comisión de las Comunidades Europeas. "Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia." 97/C 372/03.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En consecuencia, la simple coincidencia en el uso no es prueba suficiente para considerar dos productos como sustitutos económicos.^{13 y 14}

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. De esta forma, si se tienen tres productos (A, B, y C), que en primera instancia se podrían considerar que forman parte de un mismo mercado, la comparación puede y debe realizarse, 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 la conclusión no puede ser otra distinta a que no forman parte del mismo mercado.¹⁵

Aterrizando al caso concreto, 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 ello ofrecidos por EEPPM.¹⁶

¹³ La Comisión Europea de la Competencia sostiene que: "(...) las características de los productos y sus usos son elementos de juicio insuficientes para concluir si dos productos son sustitutos desde el punto de vista de la demanda. El intercambio funcional o la similitud de características no provee en sí misma suficientes criterios porque la respuesta de los consumidores en los cambios a los precios relativos puede estar determinada por otras consideraciones. Comunicación relativa a la definición del mercado de referencia." 97/C 372/03.

¹⁴ CONRATH. Craig W. "Guía Práctica para la ejecución de ley antimonopolio para una economía en transición". Página 94.

¹⁵ A este respecto, es importante reiterar lo expresado por el 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". (El subrayado es nuestro).

Acorde con lo anterior, este Despacho considera pertinente citar nuevamente a 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."

¹⁶ Declaración de María Cecilia Mejía. Abogada de la Unidad Jurídica Comercial de EEPPM. Folios 13 a 14 del expediente cuaderno general. "PREGUNTA 3: Cuáles son los medios tecnológicos de conexión a la red para acceso a internet. RESPUESTA: EEPPM en la actualidad ofrece varias formas de acceso, entre las cuales podemos mencionar: el acceso a través de la línea telefónica, el acceso a través de RDSI (red digital de servicios integrados), el acceso a través de la fibra óptica y el acceso dedicado a multinet. El acceso a través de la línea telefónica se hace con una marcación tradicional y un módem con la velocidad propia; RDSI, se trabaja a través de marcación pero con mayor velocidad de la

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En la siguiente tabla se realiza una breve descripción de cada uno los anteriores sistemas de acceso y las razones técnicas de los mismos.

Modalidad de conexión a Internet	Descripción
Línea telefónica o acceso conmutado	• Acceso: se accede mediante la conexión de un par de módems, uno en extremo del cliente y otro en el punto de conexión a Internet. Se utiliza la red de telefonía fija (RTPC). • Velocidad: la velocidad es de máximo, 56 Kbps, pero se ve limitada por la velocidad del equipo del cliente, la cual puede ser de 28.8 ó 36.6 Kbps. • Tarifas: se ofrece en diferentes planes tarifarios de acuerdo con las necesidades del cliente, la diferencia de cada uno de estos la marca el número de horas de navegación. Como utiliza la red telefónica, el cliente debe pagar lo relativo a la impulsación durante el tiempo que permanezca conectado a Internet, además del cargo fijo en que se tasa cada uno de los planes ofrecidos.
Multinet o Dedicado	• Velocidad: las velocidades de acceso, tanto en el ámbito local como en la navegación internacional, se contratan con los clientes de acuerdo con sus específicas necesidades. • Segmento de usuario: este producto está orientado al sector empresarial.
RDSI (Red Digital de Servicios Integrados)	• Acceso: se accede a través de la red telefónica, mediante marcaciones. • Velocidad: permite navegar a una velocidad de un poco más de dos veces la que se puede lograr con el acceso descrito anteriormente. La velocidad puede ser de 64 ó 128 Kbps y no depende del equipo del cliente. • Tarifa: se ofrece en diferentes planes tarifarios de acuerdo con las necesidades del cliente, la diferencia de cada uno de éstos la marca el número

que ofrece la línea telefónica, se usa un equipo o dispositivo distinto al módem; fibra óptica se trabaja a través de la red de banda ancha y con un dispositivo adicional, a ello se le llama planes de acceso para usuarios residenciales y Multinet es un acceso dedicado, en el cual el cliente contrata el ancho de banda que se requiere. (Subrayado nuestro)

- Declaración de Katherine Restrepo Vallejo. Ingeniera electrónica de EEPPM. Folios 125 a 131 del expediente cuaderno general. "PREGUNTA 5: Indique al Despacho cuáles son las modalidades de acceso a internet que ofrece EEPPM. RESPUESTA: Empresas Públicas ofrece varias modalidades de acceso que atienden las necesidades de los clientes dependiendo de sus gustos, como por ejemplo, acceso vía telefónica, acceso vía red digital de servicios integrados, acceso vía red de banda ancha y acceso vía Multinet, que es una red de datos de alta velocidad. Próximamente, acceso vía XDSL. Cada uno de estos medios de acceso se utiliza para acceder a internet. Todos son de acceso pero con características definidas por su propia tecnología." (Subrayado nuestro)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

	de horas de navegación. el cliente debe pagar lo relativo a la impulsación telefónica durante el tiempo que permanezca conectado a Internet, además del cargo fijo en que se tasa cada uno de los planes ofrecidos. • Segmento de usuario: segmento residencial y pequeños empresarios que requiere de mayores velocidades de navegación.
Fibra óptica y cable coaxial HFC.	• Acceso: se accede a través de la red de banda ancha y con un dispositivo adicional. Conexión directa sin necesidad de marcación. • Velocidad: alta velocidad de acceso (256 Kbps), de hasta 2 veces el máximo que es posible alcanzar en el nivel local a través del acceso RDSI y en el internacional de hasta 1.5 veces más que el RDSI, sin limitaciones ocasionadas por el equipo del cliente. • Servicios adicionales: tres buzones o cuentas de correo, un megabit de espacio en disco para alojamiento de página personal, suministro en calidad de arriendo del cable módem. • Tarifa: cargo fijo mensual y tiempo ilimitado de acceso. • Segmento de usuario: residencial de estrato alto.

Fuente: Información aportada por la investigada. Cuademo General, folios 75 a 79 y aviso publicado en internet por EEPPM TV, folios 988 y 989

Si bien el uso puede llegar a coincidir en lo fundamental, no sucede lo mismo con el precios y las características.

Las diferencias tecnológicas existentes en cada uno de los medios de acceso ofrecidos, se presentan para atender las necesidades específicas que requiere cada segmento de usuarios. En la medida que el costo de la tecnología varíe, así mismo será el comportamiento del costo de producción y del precio de venta del servicio.¹⁷

Lo anterior constituye una realidad innegable, tanto así que la misma EEPPM ha elaborado una clasificación de los distintos tipos de usuarios del servicio de internet, cada uno de ellos con intereses y necesidades específicas, a los cuales se debe atender procurando una atención

¹⁷ Declaración de Jorge Alejandro Soberón Gallego. Ingeniero de EEPPM, Folios 143 y siguientes, expediente cuademo general. "PREGUNTA 8: Sírvase explicar al Despacho cuáles son los medios tecnológicos que emplea las EEPPM para suministrar el servicio de internet en sus distintas modalidades. RESPUESTA: El servicio de acceso por línea conmutada utiliza las centrales telefónicas y el servicio de voz convencional, el acceso por línea RDSI emplea la tecnología digital de servicios integrados, esta es una tecnología de transmisión de voz digital. El acceso a internet fibra óptica emplea la red de servicios de banda ancha compuesta por fibra óptica y cable coaxial y el acceso Multinet emplea una red de transmisión de datos propiedad de las empresas."

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

especial, para de esta forma responder de mejor manera a las expectativas y prioridades de cada grupo.¹⁸

De acuerdo con la información allegada al expediente por parte de la misma EEPPM, se han detectado los siguientes grupos de usuarios: *ocasionales*, es decir los que utilizan el internet para resolver necesidades puntuales y esporádicas; *principiantes*, quienes tienen necesidad de conectarse permanentemente al internet pero que no hacen uso intensivo del servicio, es decir, no exceden las 40 horas de conexión en el mes; *conocedores*, quienes utilizan la conexión con una alta frecuencia y sus tiempos de conexión están entre cuarenta y cien horas al mes (este tipo de clientes valoran por sobre todo la velocidad en la navegación) y finalmente, *los expertos*, los cuales utilizan la conexión en forma intensiva, es decir, por más de cien horas al mes y requieren estar conectados permanentemente (aprecian la velocidad pero adicionalmente demandan estabilidad de la conexión).

Lo anterior cobra fuerza si se tiene en cuenta que existe un perfil especial de los usuarios del servicio de internet a través de fibra óptica, respecto a los cuales ha manifestado Gonzalo de Jesús Vélez Rojas, Ingeniero Electrónico de EEPPM que "...debido a que es un servicio cuyas características de velocidad y de conectividad requirieron altas inversiones en lo que respecta a infraestructura y a canal internacional, este servicio por sus tarifas fundamentalmente se orienta hacia los estratos altos de la población y se presta a los clientes en los que se tiene cobertura con la red de banda ancha. La cantidad de clientes que en la actualidad se tiene en este servicio debido a los costos del mismo, es muy bajo con respecto al total de clientes de internet que tienen las empresas, actualmente son alrededor de unos mil (1000) clientes frente a unos cuarenta (40) mil clientes aproximadamente que sería la participación de EEPPM en el mercado del área de influencia de las EEPPM."¹⁹

Lo manifestado por el señor Vélez Rojas, concuerda con lo expresado por la señora Katherine Restrepo Vallejo, cuando afirma que "...Las características del plan de acceso de internet fibra óptica son acceso permanente, es decir, no hay conexión de tipo conmutado, otra característica es el uso de un equipo MODEM diferente al convencional, se utiliza un cable MODEM. Otra es la posibilidad de estar conectado sin ocupar la línea telefónica. Otra es la velocidad de navegación comparado con el acceso por línea telefónica."²⁰ (Lo subrayado es nuestro)

De suerte, pues, que este nicho minoritario de usuarios posee condiciones comunes, tales como pertenecer a estratos de altos ingresos y catalogarse como clientes conocedores o expertos, según se advierte en la misma clasificación a que ha hecho referencia la apoderada de EEPPM en varias ocasiones.

¹⁸ Declaración de Katherine Restrepo Vallejo, Ingeniera electrónica de EEPPM, folios 125 a 131 del expediente cuaderno general. "PREGUNTA 5: Indique al Despacho cuáles son las modalidades de acceso a internet que ofrece EEPPM. RESPUESTA: Empresas Públicas ofrece varias modalidades de acceso que atienden las necesidades de los clientes dependiendo de sus gustos, como por ejemplo, acceso vía telefónica, acceso vía red digital de servicios integrados, acceso vía red de banda ancha y acceso vía Multinet, que es una red de datos de alta velocidad. Próximamente, acceso vía XDSL. Cada uno de estos medios de acceso se utiliza para acceder a internet. Todos son de acceso pero con características definidas por su propia tecnología." (Subrayado nuestro)

¹⁹ Declaración de Gonzalo de Jesús Vélez Rojas, Ingeniero Electrónico de EEPPM, Folios 151 a 157, expediente cuaderno general, respuesta a pregunta 19.

²⁰ Declaración de Katherine Restrepo Vallejo, ingeniera electrónica de EEPPM, folios 125 a 131 del expediente cuaderno general, respuesta.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

La situación descrita se refleja en que sea tan bajo el número de usuarios que acceden a este servicio utilizando la fibra óptica.²¹

Se trata como ya se dijera, de clientes pertenecientes a altos estratos, con capacidad de pagar un precio mayor por un servicio óptimo, quienes no encuentran en los demás medios tecnológicos sustitutos de acceso, en la medida en que nos les ofrecen la misma gama de posibilidades, ni cubren sus necesidades específicas de comunicación, como la posibilidad de no ocupar la línea telefónica, alta velocidad de navegación, que no se "caiga" la comunicación, 3 buzones o cuentas de correo y un megabit de espacio en disco duro para alojamiento de la página personal, entre otros aspectos.

En esta perspectiva, logró establecerse que el usuario del servicio de internet a través de fibra óptica corresponde a un cliente perfectamente identificado, que corresponde a menos del 3% de los usuarios, y 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.

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,²² tal como quedó probado, a través de la valoración de declaraciones rendidas²³ y por las demás pruebas analizadas en su momento.

Las preguntas a hacerse serían más bien, 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?, por qué tienen entonces que invertir esfuerzos humanos y de capital en el diseño y creación de medios de acceso diferentes? Tan claro es para EEPPM la no sustituibilidad perfecta entre las diferentes modalidades de acceso a internet, que ha establecido grupos de usuarios, a los que ofrece distintas alternativas.

²¹ Declaración de parte rendida por escrito por parte del representante legal de EEPPM, Iván Correa Calderón. Folios 982 a 985. Respuesta a la pregunta 2. "... únicamente un 2.5% de los clientes cuentan con el servicio de Internet Fibra Óptica."

²² 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 mercado 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"²². 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".

²³ 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).

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

De otro lado y en cuanto hace referencia 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 del acceso. Pudiendo apreciarse que el servicio de fibra óptica es el más elevado en el sector residencial.

De modo, pues, que las diferencias tarifarias, como de características y de usos de cada modalidad de acceso, nos permiten afirmar que el servicio de internet fibra óptica, llamado también, banda ancha, no encuentra sustitutos en las otras modalidades de acceso ofrecidas por la empresa sancionada. Por ello, se reitera lo dicho, en el sentido que la definición de mercado producto está dada, en el presente caso, por la prestación del servicio de Internet Banda Ancha, en el segmento residencial del área metropolitana de la ciudad de Medellín.

Respecto del argumento planteado por la impugnante en el sentido de que esta Superintendencia desconoció de plano la opinión de los clientes de EEPPM, acerca de si ellos podrían encontrar opciones sustitutas del mismo servicio, es preciso señalar que este Despacho tuvo en cuenta a los clientes de EEPPM, al atender la definición de usuarios elaborada por dicha empresa, ya que a través de ésta se hizo una clasificación de los mismos, que obedecía a las necesidades específicas de cada segmento. En efecto, el margen diferencial entre las modalidades es tan marcado que no se consideró necesario entrar a corroborarlo a través de otras pruebas.

Para esta Entidad son muy claras las necesidades específicas de cada grupo y en esa justa medida, consideró suficiente la información allegada al expediente por los distintos medios probatorios, lo cual le permitió llegar a la verdad real y procesal de la situación investigada.

Como quiera que en nuestro sistema probatorio no opera la tarifa legal,²⁴ cualquier medio existente para proveer al investigador de los medios que le permitan establecer la verdad real, son suficientes sin que deba éste someterse a una prueba específica. Ahora bien, si los investigados hubieran considerado necesario que obrara dentro la investigación esa información, lo hubieran podido requerir en la etapa de solicitud de pruebas, pero no fue así y, solamente ahora, aducen una incorrecta definición del mercado relevante, sin aportar elementos que nos lleven a cambiar de parecer frente a este punto específico.

Finalmente es importante anotar que aun en el supuesto de que se aceptare que el mercado relevante es el servicio de internet – que no lo es – la conclusión a la que se llega es exactamente igual, es decir, que EEPPM tiene posición de dominio, toda vez que posee el 94.53% de participación en el mercado, teniendo en cuenta todas las modalidades de acceso a internet en el sector residencial del área Metropolitana de Medellín.

➤ *Sustituibilidad en la oferta*

Para concluir que existe sustituibilidad por el lado de la oferta se debe constatar que el proveedor de un producto o servicio pueda pasar a producir y comercializar, el otro producto o servicio en un espacio breve de tiempo.

Ahora bien, según se ha establecido, a los demás oferentes de internet, en el Área Metropolitana de Medellín, que ofrecen otros medios de acceso no les es posible implementar en el corto plazo el servicio a través del sistema de banda ancha, dadas las marcadas diferencias tecnológicas y la

²⁴ "Artículo 175 del Código de Procedimiento Civil. – Medios de Prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otro medio que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.(...)"

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

necesidad de grandes requerimientos de capital, que les permita hacerse a la infraestructura tecnológica y funcional que implica la prestación de este servicio en condiciones de competitividad.²⁵ Aspectos éstos, que aunados al arraigo y posicionamiento de la empresa ya operante en el mercado, así como a sus posibilidades de maniobrabilidad, dada su capacidad ociosa de producción, revelan un alto nivel disuasorio para los potenciales competidores que pretendan incursionar en este mercado.

Todo esto unido a las barreras legales de acceso que se relacionan principalmente con las licencias y trámites de cualquier tipo que deben adelantarse para empezar a operar,²⁶ permite suponer que resulta poco probable el ingreso de nuevos competidores en este segmento específico de mercado, antes del mediano plazo.

En cuanto a los prestadores del servicio de otras plazas, debemos tener en cuenta que no les es posible ofrecer acceso a internet por fibra óptica en el área metropolitana de Medellín, antes del

²⁵ Según publicación del Periódico El Colombiano del 16 de septiembre de 2001, la inversión aproximada para acometer una red de banda ancha en Medellín es de \$US 4 millones de acuerdo con lo manifestado por la compañía AT&T. Cuaderno general, folio 158.

Adicionalmente, se observa en el material probatorio que EEPPM tiene en la red de banda ancha una capacidad de producción no utilizada de aproximadamente 60%, que puede ser arrendada a cualquier potencial competidor.

- Igualmente, el ingeniero Quevedo a la pregunta 10: "Podría indicar o ilustrar a este Despacho la parte técnica que lleva implícita la conexión del servicio de televisión por cable." Respondió: "En esa medida, para prestar el servicio de televisión por cable se requieren la infraestructura de tendido de cable que abarque todos los sectores de la ciudad donde se desea prestar el servicio, requiere equipo para transmitir la señal desde el sitio central donde se origina la señal para los suscriptores y requiere equipo a lo largo de toda la infraestructura de cable para mantener la calidad de la señal. Hoy día lo que se utiliza es una mezcla de fibra óptica y coaxial, la fibra óptica forma el andamiaje principal de la red pero a la hora de la llegarle a un cliente a fin de reducir costos se cambia de medio y se lleva un cable coaxial. La fibra óptica en general llega aproximadamente a unos 100 metros de distancia del usuario final o de la persona que va a recibir el servicio." Cuaderno general, folio 970.

- Testimonio de Katherine Restrepo, funcionaria de EEPPM, a la pregunta 22: "Podría EPM-TV alquilar una porción del ancho de banda de otro agente diferente a EEPPM." Respondió: "Podría hacerlo. Solo que la calidad de la red de EEPPM y la tecnología que utilizan ofrece garantías muy buenas para la prestación del servicio. EEPPM es la única que ha invertido en una red de estas características." Cuaderno general, folio 131.

- Testimonio de Alejandro Soberón, funcionario de EEPPM, a la pregunta 11: "Indique al Despacho si EEPPM tiene la posibilidad de alquilar el servicio de la red de banda ancha a otros operadores para Internet y televisión por fibra óptica distintos de EPM-TV." Respondió: "Las Empresas ofrecieron desde la entrada en operación de esta red sus servicios de alquiler para transporte a otros operadores de televisión. Por lo tanto, es posible alquilar dicha red a otros operadores de servicios para prestar los servicios de televisión por suscripción y de acceso a Internet." Cuaderno general, folio 144.

- Testimonio de Carlos Quevedo, asesor técnico de la CCIT, a la pregunta 17: "Podría indicar si un operador de una red de banda ancha está en condiciones de alquilar una porción de la misma a otro agente diferente para que preste cualquier servicio posible a través de este medio." Respondió: "No se puede hablar de porción, se puede de que un operador de banda ancha tiene infraestructura no utilizada en el caso particular de la fibra óptica la señal viaja por un par de hilo del cable pero el cable en general tiene mínimo 8 pares y solo se están utilizando dos, algunos utilizan para dar algo de redundancia cuatro, es decir la mayoría de los pares están libres esos pares libres se pueden alquilar. Para complementar la respuesta quiero aclarar que se puede alquilar infraestructura en la parte de fibra óptica más no en la parte coaxial, porque llegado el momento del empalme con el usuario final cada cual debería tender su cable coaxial." Cuaderno general, folio 970.

²⁶ Testimonio de Alejandro Soberón, funcionario de EEPPM, a la pregunta 29: "Sabe usted qué requisitos en cuanto autorizaciones y licencias debe tener un operador de Internet fibra óptica para ofrecer el servicio al público en general." Respondió: "Entiendo que para ofrecer los servicios de acceso a Internet el operador deberá tener licencia para el ofrecimiento de servicios de valor agregado." Cuaderno general, folio 144.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

mediano plazo, debido a que no poseen las redes, la infraestructura necesaria, ni los demás soportes tecnológicos requeridos y mencionados anteriormente.

Así las cosas, del análisis anterior, concluye esta Entidad que la ausencia de competidores en el mercado ya señalado y la idea de que esta situación pueda perdurar en el tiempo, le confieren a EEPPM la capacidad de introducir unilateralmente variables significativas al precio, o a las condiciones del servicio de internet que presta mediante el sistema de fibra óptica.

2.1.2 Abuso de la posición dominante

Conforme al acervo probatorio, EEPPM ostenta posición de dominio y así fue aceptado por la recurrente en el escrito contentivo del recurso. Por lo tanto, se procede a desarrollar las inquietudes expuestas frente al abuso de dicha posición.

Sobre este punto específico debemos empezar por señalar que 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 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 necesidad de escudriñar en la mente de los infractores para saber si fue esa la intención que tuvieron, puesto que 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.²⁷ Situación que acepta la recurrente al manifestar que una de las alternativas frente a la decisión que se recurre sería "(...) Adaptar a la red los dispositivos tecnológicos que permitan la separación de las señales de TV de tal manera de que se impida el acceso fraudulento por parte de los usuarios de la internet que no adquieran aquel servicio."

²⁷Declaración de Katherine Restrepo Vallejo, 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. (...)"

- Declaración de Jorge Alejandro Soberón Gallego, 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."

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

La implementación de estos correctivos, brindaría al usuario la opción de asumir el sobre costo para obtener solamente el servicio de internet fibra óptica o la posibilidad de adquirir ambos servicios de los prestatarios.

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 a la televisión por cable, sino además hacerlo en forma irrestricta con EPM-TV.²⁸

Haciendo abstracción del objeto y del ánimo para establecer esa subordinación, lo cierto es que la conducta asumida por EEPPM conlleva una restricción en la medida en que impide que los consumidores puedan contratar únicamente el servicio de internet fibra óptica sin el de televisión por cable, o que si también desea adquirir este servicio decidan qué operador desea que se las suministre.

Finalmente, dado que está ampliamente demostrado que la razonabilidad técnica que aduce EEPPM es superable, ya que hay otros operadores en otras plazas que están en capacidad de prestar dichos servicios de manera separada, la autoridad de competencia no puede fijar la política comercial a seguir. Lo único es que aquella que sea adoptada por la empresa, guarde total armonía con las normas de competencia. Para el efecto, bastaría con que se permitiera al consumidor elegir si desea tomar el servicio de internet fibra óptica de manera separada, asumiendo el sobre costo que pueda llegar a generarse, o en paquete con la televisión por cable.

2.2 Armonía con la preceptiva de competencia desleal

Frente a lo reiteradamente esgrimido por EEPPM en el sentido de que su política de vender el servicio de internet fibra óptica y televisión por cable a través de banda ancha sin opción de elección para el consumidor, obedece a la decisión de no incurrir en una conducta de competencia desleal con sus competidores de televisión por cable, al permitir que sus usuarios de internet aprovechen fraudulentamente la señal de televisión de EPM - TV, debemos manifestar que no es necesario para competir en condiciones de lealtad en el mercado, llevar a cabo una práctica comercial restrictiva, pues ambos regímenes, el de competencia desleal y el de prácticas comerciales restrictivas, lejos de ser excluyentes, se complementan y armonizan entre sí.

²⁸ 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."*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Por todo lo anteriormente expuesto, este Despacho no encuentra de recibo los argumentos esgrimidos por la apoderada de EEPPM y, en consecuencia, confirma, como en efecto, se hace en la parte resolutive de la presente providencia, la Resolución recurrida.

RESUELVE:

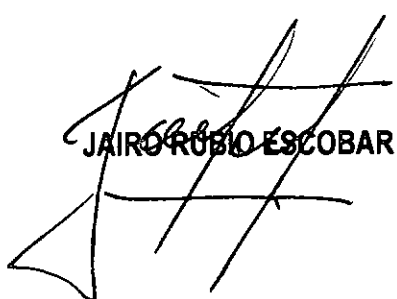
ARTICULO PRIMERO: Confirmar en su totalidad la resolución 8328 de 2003.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente a María Fanny Gómez Galeano, en su calidad de apoderada de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., o a quien haga sus veces, del contenido de la presente resolución, entregándole copia de la misma e informándole que contra ésta no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los 10 JUN. 2003

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación:

Doctora
MARIA FANNY GOMEZ GALEANO
Apoderada
T.P.: 28.684
EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.
Carrera 58 No 42 - 125
Medellín - Colombia