



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **08328** DE 2003
(28 MAR. 2003)

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En uso de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO. 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.

SEGUNDO. En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de la investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo del 31 de julio de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO. Tal como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 0100711-20002 del 31 de julio de 2002, fue trasladado el informe motivado a la apoderada de EPM y mediante oficio número 01000711-20006 del 10 de octubre se le dio traslado del mismo, al representante legal de dicha empresa, con el fin de que manifestaran sus opiniones.

Estando dentro del término legal para ello expresaron:

Observaciones presentadas por la doctora MARIA FANNY GÓMEZ GALEANO, apoderada de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

"ANTECEDENTES

"Origen de la investigación"

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

"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)

"CONCLUSIONES DEL FUNCIONARIO INVESTIGADOR

"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 perfil 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 mas 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

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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 arrojado 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 sí 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. Adicionalmente, el ejemplo utilizado por el despacho según la cita que hemos señalado atrás, no es procedente para sacar la conclusión que allí mismo se insinúa por las siguientes razones:

- "La tarifa no es el único aspecto por el cual un usuario decide la modalidad de acceso que quiere tener, inclusive, se presentan casos en los cuales la tarifa es inocua para determinar la elección final del cliente. Para entender adecuadamente este punto resulta conveniente tipificar los diferentes perfiles de los clientes. Según las investigaciones que nuestra empresa y las demás proveedoras del servicio han podido realizar de sus respectivas plazas, se pueden identificar las siguientes clases de usuarios:
- "Ocasionales: Utilizan la Internet para resolver necesidades puntuales y esporádicas.
- "Principiantes: Tienen necesidad de conectarse permanentemente a la Internet pero no hacen uso intensivo del servicio, es decir, no exceden las 40 horas de conexión en el mes
- "Conocedores: Utilizan la conexión con una alta frecuencia y sus tiempos de conexión están entre 40 (cuarenta) y (cien) 100 horas al mes. Este tipo de clientes valoran por sobre todo la velocidad en la navegación.
- "Expertos: Utilizan la conexión en forma intensiva, es decir, por más de cien (100) horas al mes y requieren estar conectados permanentemente. Aprecian la velocidad pero adicionalmente demandan estabilidad de la conexión.
- "Según el contenido del párrafo anterior, para los clientes Conocedores o Expertos, a la postre, la tarifa no es un elemento disuasivo y en cambio en la medida en que, entre las varias modalidades de acceso, se les garantice condiciones técnicas semejantes que les permitan contar con velocidad o, velocidad y estabilidad equivalentes, la sustitución entre las varias modalidades de acceso es perfectamente posible. Pero aún si se observa con detenimiento la tabla de tarifas encontraremos precios que no difieren sustancialmente entre sí. En esa medida, se puede afirmar con toda propiedad que entre el portafolio de ofertas de EEPPM si existen alternativas sustitutas en relación con el servicio de acceso a la Internet.
- "Adicionalmente, si se parte de esta premisa, el cliente interesado puede acudir a otros proveedores del servicio de 'acceso a la Internet', ubicados en la misma plaza y obtener una solución equivalente y satisfactoria de sus requerimientos. Desde este punto de vista, que tiene todo el respaldo probatorio dentro del expediente formado para el caso, la competencia está plenamente garantizada.
- "Partiendo de la caracterización del servicio en la modalidad 'Fibra Óptica', podemos afirmar que por las condiciones tecnológicas del mismo, este tipo de acceso está especialmente diseñado para brindar al cliente alta velocidad en la transmisión. Así pues al definir el mercado según el producto, para establecer el 'mercado relevante' en relación con el servicio de acceso a la Internet por la banda ancha, (en nuestro caso denominado Internet Fibra Óptica), no es correcto asumir que el precio es el factor único, ni siquiera el definitivo para establecer si tal modalidad de acceso tiene sustitutos o equivalentes. Este tipo de acceso a la Internet permite tiempo ilimitado de navegación y utilización libre de la línea telefónica para cursar señales de voz, ventajas que

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

pueden encontrarse inclusive a precios más favorables en otras modalidades de acceso como, por ejemplo, a través de la RDSI.

- *"Debemos expresar, con todo respeto, que nos parece inadecuado y además extraño el enfoque adoptado por el despacho para establecer el 'mercado producto', en la medida en que si el objetivo buscado con la investigación era determinar en forma clara la posibilidad o imposibilidad que tendría un eventual solicitante del servicio de "acceso a la Internet" a través de la fibra óptica, de sustituirlo por otra modalidad de acceso tecnológicamente equivalente, no debió partir de ubicar al eventual interesado precisamente en la orilla opuesta, es decir, en aquella en la cual se situaría un potencial cliente del servicio de acceso a través de la RDSI, que es, en principio, mas barato que el servicio de acceso por fibra óptica, pues resulta claro y totalmente lógico que el usuario de la RDSI dirija su mirada, en lugar de la opción Fibra Óptica, a las múltiples posibilidades que hoy se ofrecen para obtener el acceso a través de la red telefónica conmutada con la absoluta seguridad de que allí encontrará una posibilidad equivalente. Ahora bien, en nuestro caso, insistimos, el investigador se colocó inapropiadamente en la posición de un usuario del servicio sobre la plataforma RDSI (que no es el investigado) para enfrentarlo artificialmente a la posibilidad de sustituirlo, exclusivamente, por el plan Fibra Óptica, obviamente más caro y por consiguiente muy probablemente inapropiado para ese efecto.*
- *"Encontramos otras fallas sustanciales en dicho enfoque que llevan a conclusiones equivocadas, las cuales nos permitimos señalar así:*
 - *"Si se trata de saber si un cliente interesado en el servicio de 'acceso a la Internet' en la modalidad Fibra Óptica podría eventualmente sustituirlo por otro equivalente, necesariamente debe partirse de la consideración específica de ese servicio, el acceso por Fibra Óptica, y no de otra, el acceso RDSI, para desentrañar las características de aquel y develar sus propiedades, lo mismo que para establecer el perfil del cliente potencialmente interesado en él, de tal manera que puedan entenderse cabalmente los intereses o necesidades de éste y saber, con certeza, si una opción, efectivamente, es reemplazable por otra que pueda garantizar condiciones equivalentes. En resumen, se debe comparar lo comparable. Ello permitiría analizar rigurosa e integralmente la supuesta oferta sustituta con el fin de concluir si aquella lleva insita la real capacidad de atender a las expectativas y necesidades del cliente que la demanda, de tal manera que éste siempre tenga expedita la posibilidad de ejercer una real elección. Visto esto, no entendemos por qué se parte de considerar el servicio de acceso vía RDSI (no es el investigado) para concluir que no podría sustituirse por el acceso vía Fibra Óptica porque este resultaría mas caro. En primer lugar lo que se investiga realmente es la oferta de servicio de acceso por Fibra Óptica, en la medida en que éste se empaqueta o adiciona al servicio de TV por suscripción. Ahora bien, dependiendo de los intereses que aspire a satisfacer el cliente, según la clase a la cual pertenezca (ocasional, principiante, conocedor o experto), el usuario de acceso vía RDSI puede contar con un sustituto casi perfecto, bien en el acceso conmutado o bien en el acceso por red de fibra óptica. Igual puede predicarse del usuario de acceso vía red de Banda Ancha o Fibra Óptica.*
 - *"Entonces, 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 situación de los usuarios Conocedores o Expertos que buscan ante todo velocidad y estabilidad en la conexión, el acceso vía RDSI también sería un sustituto idóneo.*

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

- *"No puede afirmarse escuetamente, como en efecto lo hace el despacho, que el acceso por Fibra Óptica no sería atractivo para un usuario de la RDSI por cuanto en éste 'el usuario puede autodeterminar su consumo y en consecuencia el valor de su facturación, circunstancia que no tiene lugar en el sistema de fibra óptica'. Si se miran las cosas con detenimiento, lo que sucede es una cosa bien diferente. Cuando un usuario se suscribe al servicio de acceso por la RDSI tiene diversas opciones tarifarias dependiendo del número máximo de horas contratadas. Eso quiere decir que el tope de horas se liquidará a un valor y el excedente a otro ligeramente superior, en cambio, en el acceso por la fibra óptica el usuario puede navegar sin límite de tiempo, y mensualmente se le cobrará exactamente el mismo cargo. Puede entonces suceder, y de hecho sucede frecuentemente, que un usuario 'Conocedor' o uno 'Experto', vinculado vía RDSI alcance tal nivel de consumos que resulte pagando muchísimo más dinero que otro que acceda a la Internet por la red de Fibra Óptica. Entonces la tal autodeterminación del consumo que permite el acceso RDSI al fin puede no significar una ventaja.*
- *"También tenemos reparos en relación con la siguiente afirmación que no encuentra ningún respaldo en el acervo probatorio que obre en el expediente y la cual mas bien resulta contraria a las evidencias: 'quien quiere un servicio de alta frecuencia de utilización y que le permita disponer simultáneamente del servicio telefónico, estará dispuesto a pagar un mayor valor por un mejor servicio, y en consecuencia, no tendrá interés en trasladarse al sistema RDSI, que a pesar de ser más económico no satisface plenamente sus necesidades.'. Al respecto cabe señalar 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.*
- *"Tampoco es procedente afirmar como se hace en el documento al cual estamos haciendo referencia que: 'para el caso sub-examine, la definición del mercado producto estará dada por la prestación del servicio de Internet Banda Ancha, llamado internet fibra óptica en el segmento residencial, ya que no pueden considerarse sustitutos las demás modalidades de acceso a Internet, pues como se dijo, está dirigido a un segmento especial de mercado que requiere excelentes condiciones en la prestación del servicio y está dispuesto a pagar un mayor valor por ello'. Debemos aclarar que esta entidad pretende ofrecer, en absolutamente todas las modalidades de acceso a su servicio de Internet, excelentes condiciones de calidad para sus usuarios. El sector residencial, tal como lo demuestran las estadísticas e informes presentados al despacho y los cuales obran en el expediente, accede a la Internet prioritariamente, en porcentaje superior al 90%, por la red telefónica y muy excepcionalmente por una cualquiera de las otras modalidades incluida la Fibra Óptica. 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 la RDSI y aún, si algunos de ellos fueren 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.*
- *"Mucho menos encontramos respaldo probatorio para la siguiente afirmación de su informe: '... analizadas las modalidades de acceso a Internet que ofrece EEPPM, se visualiza la segmentación de mercado de acuerdo a los diferentes planes ofrecidos, que muestra la evolución del número de usuarios por plan. Igualmente el Decreto 1112 de 2000 de EEPPM, determina unas tarifas por cada plan. En esa medida cada plan constituye un mercado perfectamente individualizado.' La verdad es que un plan tarifario no necesariamente*

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

determina una segmentación del mercado. Es muy común encontrar a un cliente específico demandando varios accesos en modalidades tarifarias diferentes.

- *"Tal como consta en las múltiples declaraciones que obran en el expediente, EEPPM construyó su red de banda ancha prioritariamente para transportar señales de televisión, de tal manera que los operadores asentados en la plaza legalmente habilitados para prestar el servicio de televisión por suscripción, contaran con una opción válida para llegar a sus clientes finales y de esta manera, cesaran en su invasión fraudulenta de la infraestructura de los servicios públicos instalada con el esfuerzo exclusivo de EEPPM. Pero es evidente que tal red, por su configuración tecnológica es multiservicios por lo cual, resulta acorde con la tendencia mundial que hoy se identifica como "convergencia de redes y de servicios" soportando diversas utilidades y múltiples usuarios.*

- *"Al finalizar el año 1996, EEPPM adquirió la participación mayoritaria en una empresa de televisión por suscripción que luego pasó a denominarse EPM TELEVISIÓN LIMITADA. Esta filial fue la primera usuaria de la red de banda ancha propiedad de EEPPM para la prestación del servicio de televisión por suscripción, pero es necesario aclarar que la otra empresa concesionaria del servicio de televisión legalmente habilitada para operar en el área metropolitana de Medellín, fue la primera en recibir una oferta para el alquiler de esta red, oferta que fue rechazada en razón de que dicha empresa optó por otro tipo de soporte tecnológico y bueno es también decirlo, porque desde hacía más de diez años invadía abusivamente la red de servicios públicos domiciliaria de EEPPM. Significa lo anterior que si bien es cierto EEPPM hizo una gran inversión para la construcción de su red de banda ancha, que quizá ningún otro operador de telecomunicaciones de la zona hubiera estado en capacidad de asumir, la misma, desde su entrada en funcionamiento, ha estado a disposición de los diferentes operadores, que deseen obtener facilidades de transporte, pues su gran capacidad permite multiplicidad de usuarios, de tal manera que no es adecuado afirmar tan simplistamente que la instalación de la red, por el supuesto alto costo que ello representó, se constituye en una barrera de entrada para los competidores. Hoy, la realidad del mundo de las telecomunicaciones demuestra que las empresas operadoras ya no tienen que construir redes para prestar servicios porque hay suficiente capacidad instalada a su disposición aunque ésta se halle en manos de terceros y que hay empresas dedicadas exclusivamente a la implantación de redes para explotar su uso en beneficio de otros. De ello da cuenta en nuestro país y en el mundo entero, las estrictas regulaciones vigentes (son normas de orden público) sobre interconexión de redes y sobre alquiler de instalaciones esenciales entre operadores, que obligan al operador titular de la red a poner a disposición de cualquier otro operador de servicios de comunicaciones entrante o incumbente en una plaza, tal red para que este pueda interconectarse o las instalaciones esenciales para hacer uso de ellas en condiciones económicas razonables (para tal efecto téngase en cuenta las resoluciones 463 y 489, título IV de la CRT). No se le ha ocurrido a nadie pensar y lo contrario sería un exabrupto, que porque EEPPM sea la única propietaria de la red telefónica conmutada de Medellín y su área metropolitana, los proveedores del servicio de acceso a la Internet sobre dicha red conmutada, hayan tenido que afrontar una barrera infranqueable para prestar el servicio que constituye su objeto empresarial. Mucho menos que EEPPM abuse de posición dominante cuando hace saber de su cliente interesado en el acceso a la Internet por la red conmutada, que para tales efectos necesita una línea telefónica en funcionamiento porque de lo contrario sería imposible prestarle el servicio de acceso.*

- *"El paquete que asocia los servicios de TV por suscripción y de acceso a la Internet fue pensado prioritariamente para los suscriptores del primero de ellos ya existentes. Efectivamente, había una red con capacidad disponible para utilizarla en la prestación de otros servicios de telecomunicaciones, entre ellos, el acceso a Internet y se vio expedita la*

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

posibilidad de ofrecerles éste como un valor añadido. Según el estado de la red de banda ancha en ese momento, la prestación del servicio adicional sería posible siempre y cuando el suscriptor interesado en el acceso a la Internet, como valor agregado, se mantuviese afiliado al servicio de TV porque de lo contrario, es decir, si se suministrase por la red de banda ancha únicamente el servicio de acceso a la Internet, los usuarios del mismo quedarían habilitados para captar las señales de televisión que por allí, aleatoria o permanentemente transitasen, originadas por el operador u operadores de TV que estuvieren haciendo uso de ella. A no dudar que ello sería tanto como propiciar la captación fraudulenta de las señales de TV, la desigualdad entre los usuarios del servicio de TV y la competencia desleal frente a los demás operadores de TV actuantes en la misma zona geográfica.

- "El servicio de acceso a la Internet por Fibra Óptica está amarrado al servicio de televisión por suscripción de EEPPM porque ésta es la única usuaria de la red de Banda Ancha pero en el momento en que otro cualquiera de los operadores de televisión quiera transportar su señal por allí tendrá que hacerse al usuario de acceso a la Internet la misma exigencia, es decir, que mantenga vigente el contrato por el servicio de televisión, con uno cualquiera de los operadores que la estén utilizando en el momento.
- "Sería absurdo que existiendo la posibilidad de ofrecer a los clientes de TV una mejora adicional como consecuencia de las inversiones que se hicieron pensando sólo en su bienestar, no pudieren éstas finalmente hacerse efectivas, como parece desprenderse de varios apartes del Informe preparado por el despacho, por la única razón de que no hay ningún otro empresario que pueda hacer inversiones semejantes en la misma área de influencia. El servicio de acceso a la Internet por la red de Banda Ancha sin vinculación al servicio de televisión por suscripción prestado por esta entidad o por cualquiera otra operadora que transporte sus señales por dicha red, es un imposible tecnológico, legal y comercial desde el momento del hecho que dio lugar a la presente investigación y hasta el presente. No obstante que la oferta del acceso a Internet se pensó prioritariamente para los usuarios del servicio de TV por suscripción prestados inicialmente por nuestra filial EPM TELEVISIÓN LTDA empresa ahora fusionada con la matriz, creemos que no sería justo negar la opción de adquirir el paquete a un nuevo usuario, a quien de todas maneras y en aras al respeto por derecho a una información clara y suficiente, se le debe advertir sobre la imposibilidad de ofrecerle únicamente el acceso a Internet por las razones técnicas ya expuestas. En caso de que éste manifieste no estar de acuerdo en adquirir el paquete tal como fue diseñado y deseara adquirir el servicio de acceso a Internet, se le hace conocer el abanico de las múltiples posibilidades de acceso que esta empresa puede brindar para que, de acuerdo con sus necesidades y expectativas, haga 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 tanto lo relevante es su igualdad económica entendida como la posibilidad que tienen los diferentes bienes de satisfacer las mismas necesidades', sin embargo 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 podrían encontrar opciones sustitutas en EEPPM o en otros proveedores del mismo servicio ubicados en la misma zona.
- "Las posibilidades de crecimiento que advierte el despacho en lo que respecta con el servicio de acceso a Internet en la modalidad de fibra óptica, con fundamento en el exclusivo criterio de la capacidad ociosa de la red y en el aumento de los clientes conectados en un

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

determinado período, no obedece a un patrón objetivo de análisis porque desconoce una realidad tan concluyente como la que tiene que ver con los distintos tipos de usuarios a los cuales aludimos ya en este escrito y a la saturación de la demanda en un sector específico del mercado. La capacidad ociosa de la red de banda ancha que posee EEPPM no necesariamente determina el volumen de usuarios para ese tipo de acceso, mucho menos si tenemos en cuenta lo que quedó expuesto en varios de los testimonios recogidos, en el sentido de que el servicio de acceso a la Internet por la red de banda ancha es un negocio absolutamente marginal para esta entidad.

"Inconformidad con el manejo que se le dio a la prueba

"En la medida en que faltó apreciación completa de la prueba, en efecto, al hacer referencia al testimonio del ingeniero Jorge Arturo Álvarez, página 18 del concepto, a la pregunta 11, 'Es lo mismo televisión por fibra óptica, televisión por suscripción y televisión por cable. Respondió: 'Es necesario distinguir dos conceptos que se tienen en la prestación de un servicio, Uno es el medio que se utiliza para la prestación del servicio en sí. Por un medio pueden ser prestados diferentes servicios ... la fibra óptica es un medio para la prestación del servicio...' (Subrayo.)

"Se deja de apreciar la diferencia existente entre el medio a través del cual se presta el servicio y el servicio: generando una seria distorsión en la conclusión del investigador, al considerar que "el mercado - producto está dado por la prestación del servicio Internet Banda Ancha, llamado Internet fibra óptica en el segmento residencial". (página 8 del concepto) (Subrayo). Error en el cual también incurrió la usuaria al formular la queja.

"Se evidencia igualmente, violación al principio de apreciación completa de la prueba, al dejar de valorar la diferencia existente entre el medio y el producto, confundió el producto, que es servicio de acceso a Internet con el medio, fibra óptica.

"Se dejó de apreciar, la prueba, en relación con el impedimento técnico que tiene EEPPM, para separar el servicio de Internet, del servicio de televisión, cuando ambos servicios utilizan el mismo medio: la red de banda ancha o fibra óptica. Así, en el Testimonio de Jorge Arturo Álvarez, citado en el concepto a folios 15 a la pregunta 3: 'Conoce el motivo por el cual están siendo investigadas las Empresas Públicas de Medellín E.S.P por parte de esta Entidad' Dijo: 'Las Empresas iniciaron en diciembre del año pasado la prestación de un servicio de Internet fibra óptica que se presta por la misma red del servicio de televisión por suscripción. (Subrayo).

"Y a la pregunta 7: 'El servicio de televisión por suscripción es el mismo de televisión por fibra óptica?' el testigo Jorge Arturo Álvarez respondió 'La red de fibra óptica es uno de los medios tecnológicos por el cual (sic) se puede prestar la televisión por suscripción, este medio es el que las Empresas Públicas de Medellín E.S.P han colocado a disposición de los operadores de televisión por suscripción para la prestación de este servicio. Cuaderno general, folio 137: 'el servicio de televisión por suscripción es el mismo de televisión fibra óptica'.

"Testimonio de Catherine Restrepo: (Citada a folios 15 del concepto), en respuesta a la pregunta 6: "Dentro de los servicios que usted menciona en su respuesta anterior encuentra la prestación del servicio de Internet a través de fibra óptica, en caso afirmativo, indique a cuál de los servicios enunciados corresponde'. Respondió 'El nombre comercial EPM - Internet fibra óptica es uno de los planes de acceso que ofrece la empresa y utiliza como medio la red de banda ancha, que es una red híbrido fibra coaxial'. Cuaderno general, folio 131.

"La coherencia de los testimonios validan el contenido del escrito 945505 del 10 de mayo de 2001, en donde la Entidad investigada a través de su representante legal, explicó:

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

"Las razones para vender el servicio de acceso a Internet conjuntamente con el servicio de televisión son de orden estrictamente técnico tal como a continuación explicamos:

"A diferencia de los otros accesos antes referidos, esta modalidad tiene, si tomamos en consideración exclusivamente el servicio acceso internet, que cumplir dos condiciones sustanciales para garantizar la efectividad y calidad del servicio, ellas son:

"a Un nivel de 'ruido' en el entorno muy bajo por que de lo contrario ocasionaría la desconexión automática de los Cables MODEM (terminales colocados en la casa del cliente) con la consiguiente pérdida del servicio para todos los usuarios que se hallen conectados a un mismo puerto..."

"Eventualmente puede inclusive sacar del servicio a la totalidad de los clientes conectados a la red.

"Afirmación que fue comprobada reiteradamente en el proceso:

"Declaración de Jorge Arturo Álvarez Jaramillo, a la pregunta del despacho No.21, 'Cuales son esos requerimientos técnicos que hace necesario que para la prestación del servicio de Internet fibra óptica se cuente con el servicio de televisión por suscripción de EPM o de otro operador?'

"Respondió: El hecho de que se le preste el servicio internet fibra óptica hace que el cliente mediante una manipulación muy sencilla de la red pueda acceder al servicio de televisión sin solicitarlo y por lo tanto de una manera gratuita, lo que podría llevar a distorsiones del mercado. Para evitar esto, es necesario adicionar dispositivos electrónicos en la red. La conexión de usuarios al servicio de televisión por suscripción sin ningún control por parte del operador del servicio conlleva a problemas técnicos en el desempeño de la red, que se reflejan en una mala calidad del servicio para el cliente. (negrillas fuera del texto).

"Y continúa el testigo al responder la pregunta No. 4: 'Cuales son los requerimientos técnicos que según su respuesta anterior hacen necesario que la prestación del servicio internet fibra óptica se preste a los usuarios que cuentan con televisión por suscripción': Respondió: "La realidad es que es necesario separar las señales de los dos servicios. Esto implica adicionar dispositivos electrónicos en la red que tienen.

"Al otorgarse a la prueba un alcance que no tiene, se llega a ignorar los impedimentos técnicos que tiene la Entidad investigada para prestar los servicios separadamente cuando éstos, se encuentran compartiendo la misma red.

"En el numeral 3.6.3 Denominado en concepto: Participación en el mercado, se le imputa responsabilidad a EEPPM, por el sistema de comercialización utilizado, sin tener en cuenta que el método utilizado por la Entidad, obedece a una regla de heteronomía, surgida en virtud de la Ley 256 de 1996, regulatoria de las conductas constitutivas de competencia desleal, sistema imperativo impuesto a los proveedores, por la cual queda prohibido propiciar la provisión gratuita de un servicio.

"Este planteamiento fue demostrado en el proceso. Como ejemplo cito la declaración de Jorge Arturo Álvarez Jaramillo, a la pregunta del despacho No.21, 'Cuales son esos requerimientos técnicos que hace necesario que para la prestación del servicio de Internet fibra óptica se cuente con el servicio de televisión por suscripción de EPM o de otro operador?'

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

"Respondió: El hecho de que se le preste el servicio internet fibra óptica hace que el cliente mediante una manipulación muy sencilla de la red pueda acceder al servicio de televisión sin solicitarlo y por lo tanto de una manera gratuita, lo que podría llevar a distorsiones del mercado.

"Y conforma el fundamento para manifestar que la conclusión formulada en el concepto es contraria a lo demostrado en el proceso y en consecuencia los criterios de razonabilidad expresados no son válidos.

"Consecuencias de considerar equivocadamente, inconveniente el suministro de internet unido al suministro de televisión, cuando ambos servicios utilizan el mismo medio: red de banda ancha.

"De considerarse lesiva la conducta de hacerse el empaquetamiento de los servicios de Internet y televisión, cuando utilizan el mismo medio de transmisión, se estaría limitando la libre competencia de las Empresas Públicas de Medellín definido en el Art. 333 C.P. como un derecho de todos. Libertad que se concreta en la libre escogencia de actividad, libertad para entrar y salir del mercado y libertad para realizar las operaciones de la manera que considere que mejora a los clientes.

"En este sentido las Empresas, según se dejó plasmado en cada uno de los testimonios recibidos:

"Jorge Arturo Álvarez, Pregunta 4: Cuales son los requerimientos técnicos que según su respuesta anterior hacen necesario que la prestación del servicio de Internet fibra óptica se preste a los usuarios que cuenten con televisión por suscripción? Respondió: La realidad es que es necesario separar las señales de los dos servicios. Esto implica adicionar dispositivos electrónicos en la red que tienen su costo de inversión que se reflejan en la tarifa a los usuarios la cual no sería acequible (sic) a los posibles clientes', *negritas fuera del texto*

"Katerine Restrepo, en respuesta a la pregunta 18: 'Que pasaría si EEPPM vendiera el servicio de acceso a internet, por fibra óptica sin el servicio de televisión.' Respondió: El servicio de internet a través de la red HFC se controla a través de un equipo colocado en la cabecera que permite habilitar o deshabilitar clientes. Es decir hay control de la señal lo que no es posible hacer en su totalidad con la señal de televisión la cual es irradiada a toda la red y puede ser capturada en cualquier punto de esta solo con obtener un punto de conexión. El control de la señal de televisión se tiene parcialmente pero la mayor parte de la señal no es controlada. Si se vende el servicio de internet fibra óptica sin televisión se corre el riesgo de fraude o robo del servicio de televisión y tener acceso a la señal de televisión sin que la empresa tenga conocimiento de esto. Es decir tendrá el servicio de televisión gratis'.

"EEPPM ha procedido en ejercicio del derecho invocado, procurando llevar a los usuarios la oportunidad de acceder al servicio de Internet en condiciones asequibles económicamente, evitando incurrir en conductas que pueden perjudicar la estabilidad económica de los proveedores de televisión, al proporcionar un suministro gratuito de este servicio, cuando las señales viajan por el mismo medio.

"ATRIBUCIÓN DE CARACTERÍSTICAS DE MONOPOLIO A LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE INTERNET

"Nuestro desacuerdo radica en que se atribuyeron características de monopolio a EEPPM por ser propietaria de la red de banda ancha, utilizada para prestar los servicios de internet y televisión, dejándose de valorar la economía de alcance, presentada cuando un mismo medio se emplea para prestar varios servicios. Esta práctica, economía de alcance es una figura importante en las economías de mercado, propiciada por la legislación, por cuanto el costo medio de producción de una unidad de cada uno de los servicios tiene un costo inferior.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

"Se desconoció además, que los monopolios son necesarios en algunas actividades de mercado, sobre todo en aquellas actividades donde los costos fijos son muy altos, caso de la construcción de un puente, de una red de energía o de banda ancha, como en el caso presente. En estos eventos el objetivo es mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios, a la vez que se crean condiciones para promover la competencia a través de la desagregación de la actividades, esta es la razón por la cual, se obliga a los propietarios de infraestructura, a permitir el acceso de los competidores utilizando la figura de arrendamiento como en el caso presente.

"Por último y tratándose de la calificación de una. La infracción predicada, abuso de posición dominante, como se expresó, al inicio de este escrito, era necesaria la utilización de un método razonable y racional, basado en el material probatorio, el mismo que no se puede reemplazar figurando un método parcial de subsunción en la medida en que se realizó una previsión abstracta e hipotética del 'índice de dominancia', a partir de la cual se elaboró una conclusión subjetiva que no corresponde al material probatorio, hecho que invalida las conclusiones a que llegó el investigador en relación con el poder de mercado y la distorsión de la competencia que se le imputó a la Entidad, sin tener en cuenta la comprobación de las ventajas objetivas que se derivan del empaquetamiento y desconociendo que aún en el extremo caso de que exista monopolio (que no es el caso), en un determinado sector, permite introducir competencia . Como prueba de la anterior afirmación me permito anexar la página 4b del periódico el Colombiano de la ciudad de Medellín, del 17 de mayo de 2002, en donde se ofrece por otro competidor, el servicio de acceso Internet y televisión empaquetados.

"Con lo anterior se demuestra que existe otro competidor en la zona ofreciendo los servicios aplicando la misma modalidad.

"Por lo anteriormente expuesto, consideramos que las actuaciones EEPPM, no ha habido infracción alguna a las disposiciones del decreto 2153 de 1992 y por lo tanto solicitamos se archive la investigación iniciada y se de por terminada la actuación de la Superintendencia en este caso".

- Observaciones al informe motivado presentadas por el representante legal de EPM, doctor Iván Correa Calderón:

"ARGUMENTOS DE DEFENSA

"Ejercicio del cargo de Gerente General

"En el momento de la ocurrencia de los hechos materia de investigación, no ostentaba las calidades de Gerente General y por ende no era el Representante Legal de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. por consiguiente, material y legalmente imposibilitado para autorizar, ejecutar o tolerar a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. conducta alguna. Esta afirmación se puede comprobar con la copia del acta de posesión y del decreto 1112 del 22 de noviembre de 2000 que me permito aportar al escrito.

"Naturaleza jurídica de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P

"Incidencia en la decisión:

"Al analizar las pruebas practicadas durante la investigación y confrontarlas con la decisión es de resaltar que no se analizaron las implicaciones, de la naturaleza jurídica que ostenta La Entidad que hoy represento y que incide en la conclusión del investigador.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

"En efecto, según quedó demostrado, las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., son una empresa Industria y Comercial del Estado del Orden Municipal, Acuerdo 69 del 10 de diciembre de 1997 y, tienen como objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios y otros de telecomunicaciones.

"Lo anterior significa que para todas las actividades desarrolladas por las Empresas, en razón de su naturaleza, deben cumplir con una triple finalidad: asegurar la prestación eficiente de los servicios, mantener la rentabilidad de los negocios y posibilitar el traslado del excedente al consumidor.

"Este triple objetivo reflejado en la investigación, tiene consecuencias en el comportamiento de la Entidad pública frente a la prestación de cualquiera de los servicios que hacen parte de su portafolio.

"Así, en sentido general, la Entidad actuando dentro del marco de libertad económica y libre competencia, derechos constitucionales radicados en cabeza de todos; estaba facultada, como toda persona, para realizar actividades de carácter económico, según sus habilidades y preferencias, con la finalidad de 'crear, mantener o incrementar su patrimonio.'

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

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

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

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

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

"ART. 84. - 'Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

"Entre las distintas formas de defensa de los derechos y actividades que desarrolla el grupo social está la prohibición contenida en el artículo 84 en el sentido de que cuando determinada actividad o derecho haya sido reglamentado de manera general, las autoridades no podrán exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. De igual manera el artículo 333 en armonía con el texto citado dispuso, en relación con la actividad económica y la iniciativa privada, que ellas son libres dentro de los límites del bien común y que 'para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.'

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

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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

"Entendiendo que la libre competencia, se traduce en los esfuerzos desarrollados por los empresarios tendientes a obtener determinados fines económicos, con el objetivo de lograr consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción de la clientela. Las Empresas Públicas como unidad de explotación económica, están protegidas por la Constitución, para desarrollarse en el mercado de los servicios de Internet y televisión, entre otros, bajo las siguientes directrices:

"Prevalencia del interés general y prestación eficiente de los servicios, a todos los habitantes del área de su competencia.

"Para dar cumplimiento a lo anterior, la Entidad tiene la obligación de explotar eficientemente sus recursos. De ahí su necesidad de dar un uso alternativo a la red de banda ancha, (red que por su configuración tecnológica es multiservicios), en la prestación simultánea de los servicios de Internet fibra óptica y televisión fibra óptica, sin perder su vocación de promover la prosperidad general, como institución perteneciente al Estado.

"De donde surge, unida a la obligación de la Entidad de hacer uso de la disponibilidad tecnológica existente, red de banda ancha, conseguir que la comunidad en general, tenga acceso al servicio de Internet, a costos que le sean accesibles, incluyendo la modalidad de Internet fibra óptica, en la medida en que dicho acceso ayuda al desarrollo de la actividad individual. Caso en el cual la Entidad ha tenido especial cuidado en dos aspectos:

- "1. Evitar que el usuario quede habilitado para captar gratuitamente las señales de televisión, que permanentemente transitan por la misma red. Situación que estaría posibilitando la captación fraudulenta de la señal de televisión, cuando sol ha sido vendido el servicio de Internet fibra óptica.
- "2. Incrementar los costos de la prestación del servicio de Internet, utilizando equipos para separar las señales. Sobre costo (sic) que no estarían dispuestos a cubrir la mayoría de los sectores de la población a donde quieren llegar las Empresas Públicas de Medellín.

"Bien somos conscientes de que ese organismo de control debe propender por el estímulo a la competencia entre los diferentes actores de un mercado para, entre otras finalidades, garantizar los derechos de los usuarios y consumidores. Pero este objetivo resultaría imposible de alcanzar si de las disposiciones adoptadas por su despacho se derivara la necesidad de tener que suspender la prestación de un servicio que otorga claras ventajas a nuestros clientes o de aumentar las tarifas de su prestación a unos niveles tales que hagan el servicio prácticamente inalcanzable para la mayoría de sus usuarios.

"Para que se obre en justicia es indispensable que la Superintendencia, antes de resolver, realice un examen sobre la naturaleza, propósito y efecto de la actividad desarrollada por la Entidad Investigada, considerando que las Empresas han tenido el máximo cuidado al evitar producir daño no solo a los usuarios de los servicios de Internet y televisión fibra óptica y a los oferentes del servicio de televisión sino frente al conjunto de la colectividad que tienen derecho al uso del servicio de internet, conciliando sus intereses que en ocasiones resultan contrapuestos. Razón que acredita que las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. han actuado con buena fe y dentro del marco legal establecido para el desarrollo de actividades comerciales.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

"En razón de lo expuesto, es claro que las EEPPM no han infringido las disposiciones del decreto 2153 de 1992 y en consecuencia solicito se proceda a liberar a la Entidad que represento de todo cargo.(...)"

CUARTO. Habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

1 Tiempo y hechos investigados

Los hechos que serán objeto del pronunciamiento pueden resumirse de la siguiente manera:

Se investiga si las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. cuentan con posición de dominio en la prestación del servicio de internet a través de fibra óptica, en el área metropolitana de Medellín, y en caso de ser así, si habría incurrido en abuso de tal posición al condicionar la prestación de dicho servicio a la suscripción del servicio de televisión por fibra óptica.

2 Adecuación normativa

La Superintendencia estima que, para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas debe cumplir con los elementos mínimos establecidos en cada precepto. Así, para el caso en estudio, fue indispensable probar como mínimo, lo siguiente:

- Que la empresa investigada tuviera posición dominante en el mercado respectivo, y
- Que la empresa realizara conductas que tuvieran por objeto o como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyeran el objeto del negocio, sin perjuicio de lo expuesto por otras disposiciones.

De acuerdo con lo expuesto, lo que la ley prohíbe es el abuso de la posición de dominio, por lo cual se requirió determinar en primer lugar, si efectivamente existía tal posición, para posteriormente establecer si se abusó de la misma. Así, de manera global encontramos lo siguiente:

2.1. Posición dominante

En virtud de lo previsto por el Decreto 2153 de 1992,¹ 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 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.

¹ Decreto 2153 de 1992; artículo 45, numeral 5.

² Oficio 94039809 de septiembre 6 de 1994.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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.

Bajo este enfoque, los factores que analizamos para determinar la existencia o no de posición de dominio en el mercado son:

2.1.1 El agente económico que se investiga

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.

2.1.2 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.³

³ Respecto al estudio de un proceso de integración empresarial, aplicable también para la verificación de un supuesto de posición de dominio, se ha manifestado que, "El mercado más pequeño, desde el punto de vista del producto y geográfico, para el que si la iniciativa que se analiza hace aumentar el poder de mercado de alguna de las empresas, o bien le permite incrementar los precios y reducir la cantidad con aumento del beneficio, o bien hace posible una concertación expresa o tácita entre los operadores que conduce al mismo resultado de incremento de precio y reducción de la cantidad, es el mercado que debe estudiarse para permitir la evaluación de esa iniciativa, puesto que en un primer momento hay que tratar de detectar todos los mercados en los que la operación ha tenido o va a tener influencia

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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.

2.1.2.1 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 prevaletientes son sensiblemente distintas de aquéllas"*.⁴

De esta manera, el ámbito geográfico objeto de estudio se delimitó atendiendo una interrelación 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 fáctico 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.⁵

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.

2.1.2.2 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.⁶ 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.⁷

previsiblemente." (Seminario Internacional sobre Derecho Económico de la Competencia, Santacruz de la Sierra, Bolivia, 1997, Ponencia sobre delimitación del mercado relevante, Cristina Alcaide Guindo)

⁴ Tribunal de Defensa de la Competencia Español, resolución de 29 de junio de 1999, caso Interflora. Tomado de *"Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia"* de Juan Manuel Fernández López.

⁵ Sobre este aspecto, se ha manifestado que, *"... una compañía podría tener una posición dominante en un mercado geográfico muy estrecho, mientras que la misma porción de la compañía en un mercado geográficamente más ancho resultaría totalmente insignificante frente a otros competidores"*. ALMONACID SIERRA. Juan Jorge y GARCÍA LOZANO, Nelson Gerardo. "Derecho de la Competencia", Editorial Legis, primera edición, 1998, Pág. 136.

⁶ Comisión de las Comunidades Europeas; comunicación relativa a la definición del mercado de referencia, 97/C 372/03.

⁷ Comisión de las Comunidades Europeas; Regulación No 2367 de 1990. Tomado de las Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en transición, capítulo IV, Superintendencia de Industria y Comercio. Colombia.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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.⁸

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 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.¹⁰

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

⁸ Tomado de Fernando Rodríguez Artigas. Sobre el Abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Libre Competencia. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Méndez. Tomo 1. Editorial Civitas, 1996.

⁹ Decreto No. 1794 de julio 15 de 1991. Artículo 2.- Servicios de Valor Agregado: Servicios de Valor Agregado son aquellos que proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo necesidades específicas de telecomunicaciones.

¹⁰ 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 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 Katerine 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 impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

Modalidad de conexión a Internet	Descripción
<p>Línea telefónica o acceso conmutado</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 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.
<p>Multinet o Dedicado</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 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.
<p>RDSI (Red Digital de Servicios Integrados)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 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 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.
<p>Fibra óptica y cable coaxial HFC.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Acceso: Se accede a través de la red de banda ancha y con un dispositivo adicional. Conexión directa sin necesidad de marcación.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

	<ul style="list-style-type: none"> • 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. Cuaderno General, folios 75 a 79 y aviso publicado en internet por EEPPM TV, folios 988 y 989

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.¹¹

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 debe servir procurando una atención especial, para de esta forma responder de mejor manera a las expectativas y prioridades de cada grupo.¹²

En efecto, según expresa la impugnante en su escrito, se han detectado los siguientes grupos de usuarios: *ocasionales*, es decir los que utilizan el internet para resolver necesidades puntuales y esporádicas; *incipiantes*, 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

¹¹ Declaración de Jorge Alejandro Soberón Gallego, Ingeniero de EEPPM, Folios 143 y siguientes, expediente cuaderno 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."

¹² 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 impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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."¹³ lo que concuerda con lo expresado por la señora Katerine 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."¹⁴ La situación descrita se refleja en que sea tan bajo el número de usuarios que acceden a este servicio utilizando la fibra óptica.¹⁵

De suerte pues, que este nicho minoritario de usuarios posee condiciones comunes, tales como pertenecer a estratos de altos ingresos y catalogarse como clientes concededores o expertos, según se advierte en la misma clasificación a que hace referencia la doctora María Fanny Gómez Galeano.

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. Para este segmento de usuarios es fundamental la calidad y condiciones bajo las cuales reciben el servicio, siendo en muchos casos el precio un aspecto "inocuo" al momento de tomar una decisión de consumo, como bien lo señala la doctora Gómez Galeano en su escrito.

Por ello, para el presente análisis, la definición de mercado producto 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,¹⁶ 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.

Por consiguiente, en el caso *sub-exámine* el mercado relevante está estrictamente definido por la comercialización del servicio de acceso a Internet fibra óptica para el segmento residencial (producto), en el área Metropolitana de Medellín (ámbito geográfico).

2.1.3 Participación en el mercado

¹³ Declaración de Gonzalo de Jesús Vélez Rojas. Ingeniero Electrónico de EEPPM, Folios 151 a 157, expediente cuaderno general, respuesta a pregunta 19.

¹⁴ Declaración de Katerine Restrepo Vallejo, ingeniera electrónica de EEPPM, folios 125 a 131 del expediente cuaderno general, respuesta.

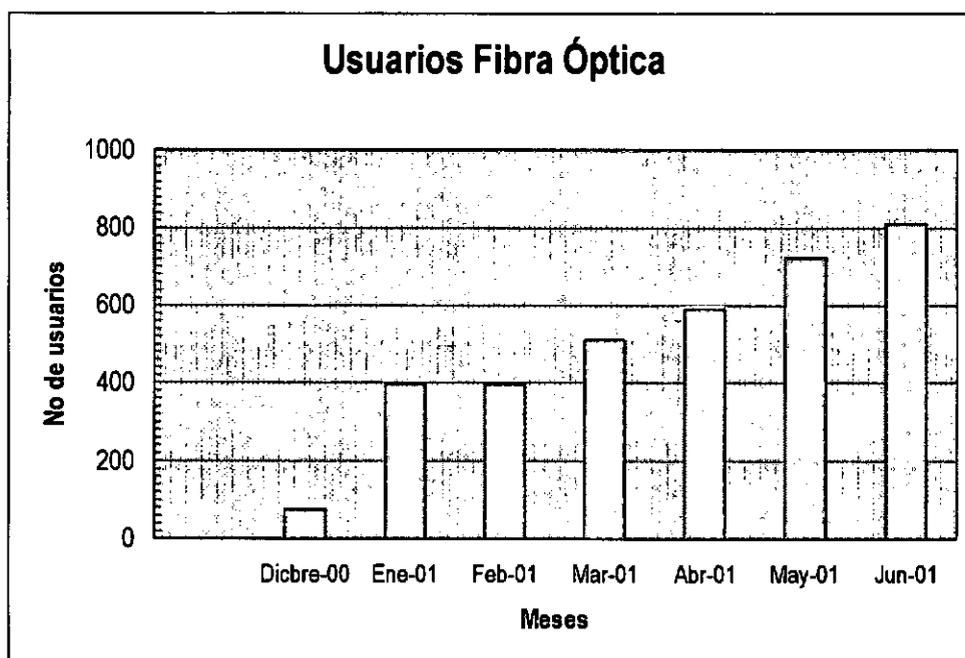
¹⁵ Declaración de parte rendida por escrito por parte del representante legal de EEPPM, Iván Correa Calderón. Folios 982 a 985. Respuesta a la pregunta 2. "... únicamente un 2.5% de los clientes cuentan con el servicio de Internet Fibra Óptica."

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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 periodo comprendido entre diciembre de 2000 a junio de 2001.¹⁷

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.¹⁸ Veamos:



Resulta evidente entonces, que la participación de EEPPM en este segmento de mercado es no solo única sino además creciente.

En este contexto, los índices de concentración que presenta el mercado son los siguientes:

- *Indice Herfindahl – Hirschman HHI*

El mercado del servicio al acceso a Internet a través de fibra óptica, para el Área Metropolitana de Medellín, se encuentra totalmente concentrado durante el periodo sujeto a análisis, en la Empresa

¹⁷ EEPPM ofrece al mercado esta modalidad de acceso a partir de diciembre de 2000.

¹⁸ Decreto 1112 de 2000, artículo 3, folio 10.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

EEPPM, por lo que se puede afirmar que posee posición de dominio en el mercado relevante definido con antelación.

El índice de Herfindahl y Hirschman, conocido como el HHI, fue desarrollado por los economistas de esos nombres para evaluar los niveles de concentración de los mercados y operaciones de integración. De acuerdo con la herramienta, el poder de concentración de una industria se determina mediante la suma de los valores al cuadrado de las participaciones en el mercado de todas las empresas de la industria.¹⁹ Es decir:

$$HHI = S_1^2 + S_2^2 + S_3^2 + \dots + S_n^2$$

Donde S_1 es la participación en el mercado de la empresa más grande en la industria, S_2 es la participación de la siguiente empresa más grande en la industria y así sucesivamente para todas las demás empresas en la industria. Mientras mayor sea el valor del HHI, mayor será el grado de poder de concentración de la industria. Una vez calculado el valor del índice, se pueden definir tres categorías dependiendo de la concentración.²⁰

Un mercado será no concentrado cuando el HHI es menor que 1000; será moderadamente concentrado, cuando el indicador se encuentre entre 1000 y 1800; y, se habla de una industria altamente concentrada, cuando el HHI supere este último valor.

En el caso que nos ocupa, el índice de concentración HHI en el mercado del servicio de acceso a Internet por fibra óptica, para el Área Metropolitana de Medellín, se determinó para la EEPPM., única empresa que ofrece este servicio, durante el periodo de diciembre de 2000 a junio de 2001, obteniéndose para todos los meses analizados el HHI máximo (10000) que corresponde al mayor grado de concentración posible.

- *Índice de Dominancia*

Para establecer la participación de cada competidor en el HHI, se utiliza el Índice de Dominancia, basado en la siguiente formulación:

$$\text{Índice de Dominancia} = S^2 / HHI$$

Donde S^2 es la participación al cuadrado en número de usuarios, de cada una de las empresas.

En el caso que nos ocupa, al ser la empresa EEPPM., la única que ofrece el servicio de internet fibra óptica, en el área Metropolitana de Medellín, el índice de dominancia es del 100%.

En este escenario se evidencia que EEPPM. posee no una participación mayoritaria en el mercado analizado, sino única. Se reitera, carece de competidores en la actualidad.

2.1.4 Capacidad instalada y capacidad utilizada

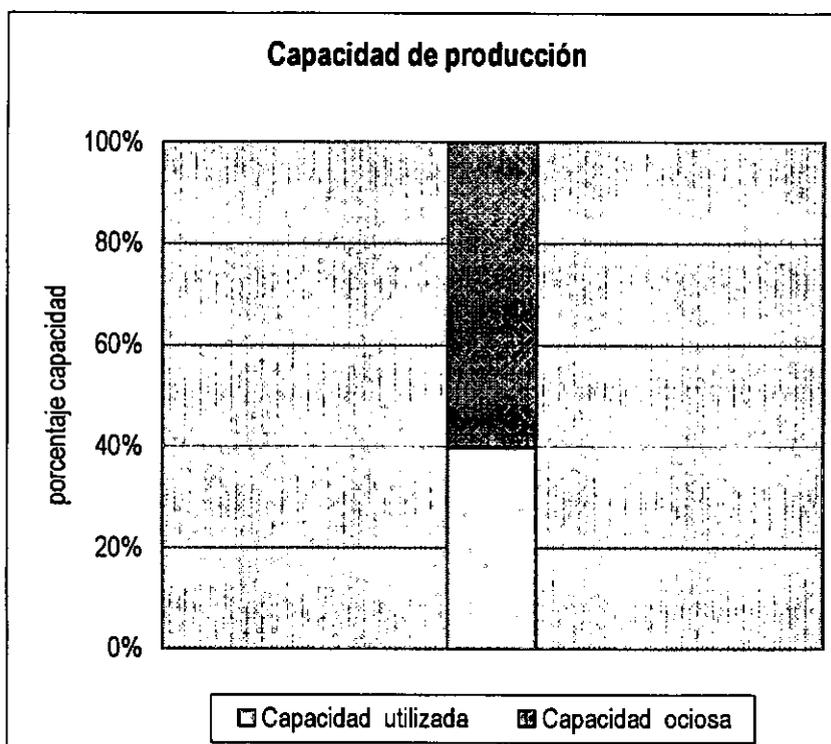
¹⁹ SALVATORE, Dominick (1999). "Microeconomía" Tercera Edición. McGraw Hill. Capítulo 12, Pág. 341.

²⁰ Viscusi et al (1998) "Economics of Regulation and Antitrust", MIT Press. Fourth Edition, Pág. 215.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

Con base en la información suministrada por la empresa, investigada, se realizó el análisis de la capacidad instalada comparada con la capacidad utilizada y ociosa, dada en número de usuarios de internet fibra óptica, dentro del periodo investigado.

Partiendo de la capacidad total de la empresa investigada, se determinó el porcentaje de capacidad utilizada y ociosa, los resultados obtenidos se relacionan en la siguiente gráfica:



Como se puede observar, del total de la capacidad instalada en el Área Metropolitana de Medellín, para atender el mercado de acceso a Internet fibra óptica, el 100 % pertenece a EEPPM., de éste el 39.70% corresponde a la capacidad utilizada, teniendo disponible el 60.30%, lo que le permitiría atender un aumento significativo en la demanda del servicio sin requerir para ello de inversiones adicionales, circunstancia ésta que se torna en disuasiva para cualquier potencial competidor que pretenda incursionar en el mercado.

2.1.5 Barreras a la entrada

Las principales barreras que enfrentan los potenciales competidores son de tipo económico y legal.

2.1.5.1 Económicas

Las barreras a la entrada se definen como los factores que impiden la entrada o disuaden a las empresas nuevas de incursionar en un sector específico del mercado, incluso cuando tales empresas registran un excedente de utilidades.

Las barreras económicas de acceso al mercado están dadas por la estructura misma del mercado. En este sentido, las principales barreras económicas pueden generarse ante la necesidad de grandes requerimientos de capital que permita a los potenciales competidores hacerse a la infraestructura tecnológica y funcional que requiere la prestación de este servicio en condiciones de

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

competitividad,²¹ que si bien no constituyen barreras de entrada en sí mismas y por sí solas, lo cierto es que suponen la inversión de cuantiosos recursos, aspecto que aunado 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, revela un alto nivel disuasorio para los potenciales competidores que pretendan incursionar en este mercado.

2.1.5.2 Legales

Las barreras legales de acceso se relacionan principalmente con las licencias y trámites de cualquier tipo que deben adelantarse para empezar a operar,²² que si bien y como sucede con las barreras económicas, no entrañan aspectos infranqueables, sí suponen un mínimo de tiempo que lleva a pensar que un potencial competidor difícilmente pueda estar operando antes del mediano plazo.

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

²¹ 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. (Subrayado nuestro)

- Testimonio de Katerine 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.

²² 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 impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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.

Bajo este escenario, EEPPM tiene un predominio en el mercado a que nos hemos venido refiriendo y muy difícilmente éste podrá alterarse antes de dos años, razón por la cual se ajusta a la definición dada en cuanto a su posibilidad de perduración.

2.2 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.

2.2.1 El servicio que se presta

Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P., en su calidad de operadora de servicios de telecomunicaciones está autorizada para la prestación de servicios de valor agregado y telemáticos, entre los cuales se encuentra la provisión de acceso a Internet, así como la posibilidad de instalar una red propia para tales efectos.²³

Con fundamento en la anterior autorización, EEPPM a partir del año de 1996 comenzó a ofrecer las modalidades de acceso a Internet conmutado²⁴ y dedicado, sobre la plataforma tecnológica destinada para ello, que es principalmente el servicio de telefonía. Específicamente, la modalidad de

²³ Resolución 4458 del 12 de diciembre de 1991 del Ministerio de Comunicaciones.

²⁴ Para ofrecer este servicio se utiliza la red de telefonía fija, pública, básica conmutada (RTPC). La conexión es a un par de módems, uno en el extremo del cliente y otro en el punto de conexión a Internet. 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 uno de los planes ofrecidos. Comunicación radicada bajo el número 01000711-014 de 2001, obrante a folio 80, cuaderno general.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

acceso a Internet a través de la red de banda ancha, conocido como Plan Fibra Óptica, es ofrecido por EEPPM desde diciembre de 2000.²⁵

Específicamente, el acceso a Internet conocido como Plan Fibra Óptica, es un servicio ofrecido por EEPPM a través de la red de banda ancha. Esta red es un híbrido entre fibra óptica y cable coaxial²⁶ que permite manejar grandes volúmenes de información en poco tiempo. Cualquier tipo de datos, voz o video.²⁷

La red de banda ancha propiedad de EEPPM ofrece cobertura en varias zonas de Medellín. Técnicamente consiste en una cabecera donde se inyectan las señales hacia la red, donde una porción de la red de distribución es en fibra óptica y otra porción, que ya es al cliente final, es cable coaxial. Se trata de una red construida y soportada sobre una infraestructura de postes que tiene EEPPM en la ciudad, con porciones de red canalizada y aérea, siendo esta última la distribución del servicio en los barrios.²⁸

Por otro lado, tenemos que esta red es Multiservicios, lo cual quiere decir que sobre ella pueden prestarse prácticamente todos los servicios existentes de telecomunicaciones.²⁹ En esa medida, EEPPM se encuentra en condiciones de alquilar porciones de la red para que los operadores de televisión que así lo deseen, ofrezcan el servicio a través de este medio tecnológico. Así lo manifestó al Despacho Jorge Arturo Álvarez, funcionario de EEPPM: *"La red de fibra óptica es uno de los medios tecnológicos por el cual se puede prestar la televisión por suscripción, este medio es el que las Empresas Públicas de Medellín ha colocado a disposición de los operadores de televisión por suscripción para la prestación de este servicio."*³⁰

Ahora, por ser la red de banda ancha una red Multiservicios y con el fin de recuperar las inversiones que las Empresas Públicas de Medellín hicieron en la construcción y montaje de la red, se implementó el servicio de acceso a Internet a través de la misma, servicio que se ofrece como Plan Fibra Óptica.

²⁵ Testimonio de Jorge Arturo Álvarez, ingeniero electrónico de EEPPM, recepcionado el 13 de septiembre de 2001. A la pregunta 3: *"Conoce el motivo por el cual están siendo investigadas las Empresas Públicas de Medellín por parte de esta Entidad."* Dijo: *"Las empresas iniciaron en diciembre del año pasado la prestación de un servicio de Internet fibra óptica que se presta por la misma red del servicio de televisión por suscripción (...)"*. Cuaderno general, folio 137.

²⁶ Katherine Restrepo, funcionaria de EEPPM, en respuesta a la pregunta 6: *"Dentro de los servicios que usted menciona en su respuesta anterior encuentra la prestación del servicio de Internet a través de fibra óptica, en caso afirmativo, indique a cuál de los servicios enunciados corresponde."* Respondió: *"El nombre comercial EPM-Internet fibra óptica es uno de los planes de acceso que ofrece la empresa y utiliza como medio la red de banda ancha, que es una red híbrido fibra coaxial."* Cuaderno general, folio 131.

²⁷ Testimonio de Carlos Quevedo, asesor técnico del CCIT, en respuesta a la pregunta 4: *"Podría explicar al Despacho qué entiende por el término 'red de banda ancha'."* Cuaderno general, folio 970.

²⁸ Testimonio de Katherine Restrepo, ingeniera electrónica de EEPPM, en respuesta a la pregunta 9: *"En relación al servicio de Internet por fibra óptica, podría aclarar o ilustrar a este Despacho la parte técnica que lleva implícita la conexión."*

²⁹ Testimonio de Guillermo Valderrama, administrador de empresas de EEPPM, respuesta a la pregunta 18: *"Sírvase decimos si la red de banda ancha que tienen la EEPPM es una red de Multiservicios y en qué consiste."*

³⁰ Testimonio de Jorge Arturo Álvarez, respuesta a la pregunta 7: *"El servicio de televisión por suscripción es el mismo de televisión fibra óptica"*, cuaderno general, folio 137.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

Desde un plano técnico encontramos que las características del plan de acceso a Internet fibra óptica son: acceso permanente, es decir, no hay conexión tipo conmutado, se usa un equipo de modem diferente al convencional, y un cable modem, el cual ofrece la posibilidad de estar conectado sin ocupar la línea telefónica y su velocidad de navegación es superior comparado con el acceso por la línea telefónica, generándose un cargo fijo para el usuario del servicio.³¹

2.2.2 Condiciones adicionales a las que fue subordinada la prestación del servicio

Para el caso en estudio, EEPPM estableció en el Decreto 1112 de 2000,³² 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.³³ 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.³⁴

³¹ Testimonio de Katerine Restrepo, funcionaria de EEPPM, a la pregunta 7: "Manifieste al Despacho cuáles son las características que se indican a los consumidores sobre el producto 'acceso a Internet por fibra óptica', y qué lo diferencian de las otras modalidades de acceso." Cuaderno general, folio 131.

³² Decreto 1112 del 22 de noviembre de 2000, por medio del cual se fijan las tarifas en relación con la prestación del servicio de acceso a Internet.

³³ Testimonio de Gonzalo de Jesús Vélez Rojas, funcionario de EEPPM, a la pregunta 7: "Sabe usted si para el momento en el cual las EEPPM empiezan a ofrecer el servicio de Internet por fibra óptica, ya EPM televisión tenía implementado el servicio de televisión por fibra óptica." Respondió: "Si tenía implantado el servicio de televisión ya que precisamente fue a través de la red que las EEPPM arrendaron a EPM televisión sobre la que se basó el servicio. Inicialmente las EEPPM instalaron la red de banda ancha con el fin de ofrecer una alternativa a aquellas compañías que invadían la infraestructura de las empresas en la prestación de su servicio de televisión. Cuando éstas se negaron a un arreglo con las empresas para el alquiler de la infraestructura de la red las Empresas Públicas se vieron abocadas a la necesidad de arrendar esta infraestructura a EPM-TV y posterior a esto y a la prestación del servicio de televisión se desarrolló el Internet fibra óptica para apalancar la recuperación de las inversiones mencionadas en la respuesta anterior." Cuaderno general, folio 154.

- Testimonio de Katerine Restrepo, funcionaria de EEPPM, a la pregunta 24: "Indique al Despacho si EEPPM tiene la posibilidad de ofrecer el servicio de la red de banda ancha a otros operadores de televisión por fibra óptica como lo hizo con EPM-TV." Respondió: "La red HFC fue construida con esa filosofía, con la idea de legalizar el uso fraudulento de la infraestructura de EEPPM que estaba haciendo algunos operadores de televisión." Cuaderno general, folio 131.

³⁴ Testimonio de Guillermo Valderrama, administrador de empresas de EEPPM, a la pregunta 7: "Con qué criterios EEPPM implementó el servicio de Internet por fibra óptica en su área de influencia." Respondió: "Hay varios aspectos: primero, Empresas Públicas de Medellín era o es propietaria de la red de banda ancha y sobre esa red únicamente se estaba prestando por intermedio de EPM-TV Ltda. el servicio de televisión por suscripción, EPM-TV Ltda. en calidad de arrendatario de la red. La viabilidad financiera de una red de ese tipo contemplaba o contempla el que por ser una red Multiservicio que se prestaran otro tipo de servicios para que se pudieran recuperar las inversiones que EPM hizo en la construcción y montaje de la red. El segundo son las necesidades de los clientes, cuando se presta el servicio a través

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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."³⁵

En ese sentido, EEPPM ofrece el servicio de Internet fibra óptica y EPM-TV Ltda. el de Televisión por cable,³⁶ servicios que comparten el mismo medio tecnológico.³⁷

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,³⁸ 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.

de la red de banda ancha se dan otras condiciones que resultan atractivas para los clientes como es el caso de no tener consumos telefónicos al momento de estar conectado a Internet y el tercer aspecto, el aprovechar EEPPM los adelantos tecnológicos que brinda el tener una red de ese tipo."

³⁵ Ingeniero de Sistemas, Asesor Técnico de la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones CCIT, respuesta a la pregunta número 11. Cuaderno general, folio 970.

³⁶ Testimonio de Jorge Alejandro Álvarez, funcionario de EEPPM, a la pregunta 9: "(...) EEPPM tienen 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 televisión." Respondió: "Si, la red tiene una capacidad de determinada cantidad de canales, el operador actual EPMTV está utilizando aproximadamente 60 canales, queda una capacidad disponible para otros operadores." Cuaderno general, folio 137. (subrayado nuestro)

- Testimonio de Katherine Restrepo, funcionaria de EEPPM, a la pregunta 17: "Sabe usted si es posible adquirir en forma exclusiva el servicio de televisión por fibra óptica prescindiendo de otros servicios." Respondió: "Un cliente puede tener el servicio de televisión por fibra óptica independiente de cualquier servicio. Este servicio es vendido por EPM-TV. Técnicamente la señal de televisión viaja a través de toda la red indiscriminadamente y para tener acceso al servicio solo hay que tener acceso a la red. Es decir, no hay control de señal de televisión, excepto la decodificación que es parcial. En cambio, el servicio de Internet que viaja a través de la misma red tiene una plataforma adicional que permite 'provisionar' o darle servicio a clientes en la red, es decir, dar acceso a clientes que adquieran el servicio. Por lo tanto es posible tener televisión sin Internet. Cuaderno general, folio 131.

³⁷ Testimonio de Alejandro Soberón, funcionario de EEPPM, a la pregunta 10: "(...) cuál es el medio tecnológico que emplea las EPM-TV para suministrar televisión por fibra óptica." Respondió: "Emplean la red de servicios de banda ancha que es una red híbrida fibra óptica cable coaxial. El servicio es prestado por EPM televisión, quien ha alquilado el transporte en esta red a Empresas Públicas de Medellín." Cuaderno general, folio 144.

³⁸ Jorge Arturo Álvarez, funcionario de EEPPM, a la pregunta 11: "Es lo mismo televisión por fibra óptica, televisión por suscripción y televisión por cable." Respondió: "Es necesario distinguir dos conceptos que se tienen en la prestación de un servicio. Uno, es el medio que se utiliza para la prestación del servicio y otro, es el servicio en sí. Por un medio pueden ser prestados diferentes servicios no necesariamente el que presta el servicio es el que tiene la propiedad de la red, por consiguiente en esta pregunta la fibra óptica es un medio para la prestación del servicio y la televisión por suscripción es un servicio que lo pueden utilizar diferentes medios, no solamente la fibra óptica, sino el satélite o microondas."

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

Como fundamento de lo anterior, Katerine Restrepo, funcionaria 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 2000,³⁹ 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, funcionaria 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."⁴⁰

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."⁴¹

- *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, funcionaria de EEPPM, a la

Carlos Quevedo, a la pregunta 7: "Indique al Despacho cuál es la diferencia entre los productos que son distinguidos con las expresiones 'televisión por suscripción', 'televisión por fibra óptica' y 'televisión por cable'." Respondió: "El término televisión por suscripción es un término genérico que quiere decir que una persona está pagando por el servicio de recibir determinados canales de televisión que le interesan, es decir, se suscribe al servicio de televisión, televisión por cable es un término genérico que es subconjunto de televisión por suscripción, porque la televisión por suscripción se puede prestar de dos maneras, vía cable (y de ahí su denominación por cable), o vía aérea por ejemplo satelital. La televisión por fibra óptica es un caso especial de la televisión por cable en el cual el cable es de un material conocido como fibra óptica a diferencia del otro material utilizado generalmente que cable coaxial, que es un cable de cobre." Cuaderno general, folio 970.

³⁹ Decreto 1112 del 22 de noviembre de 2000, por medio del cual se fijan las tarifas en relación con la prestación del servicio de acceso a Internet.

⁴⁰ Testimonio de Katerine Restrepo, cuaderno general, folio 131.

⁴¹ Testimonio de Alejandro Soberón, cuaderno general, folio 144.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

pregunta 15: "Sabe usted si la facturación del servicio de acceso a Internet por fibra óptica y de televisión por cable está discriminada por cada servicio" respondió: "Son facturas separadas."⁴²

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."⁴³

2.2.3 El servicio de televisión como bien atado

Comprobado que los servicios de Internet Fibra Óptica y Televisión por Cable están soportados en contratos diferentes, suministrados por empresas distintas y facturados por separado, 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 este último servicio, en el bien atado.

Como ya se puso de presente, en el mismo Decreto 1112 de 2000, se estableció 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."⁴⁴ (El subrayado es nuestro)

Ahora bien, se ha manifestado con especial énfasis por parte de la empresa investigada, que el hecho de ofrecer conjuntamente los servicios de Internet y de televisión, obedece a que ambos utilizan el mismo medio tecnológico, esto es, la red de banda ancha, toda vez que EPM - TV arrendó a EEPPM una porción de la misma para prestar el servicio de televisión por cable.⁴⁵

⁴² Testimonio de Katerine Restrepo, cuaderno general, folio 131.

⁴³ Testimonio de Alejandro Soberón, cuaderno general, folio 144.

⁴⁴ Decreto 1112 del 22 de noviembre de 2000, por medio del cual se fijan las tarifas en relación con la prestación del servicio de acceso a Internet.

⁴⁵ Al respecto, Guillermo Valderrama, funcionario de EEPPM, en respuesta a la pregunta 10: "Indique al Despacho el criterio considerado por EEPPM para planear y diseñar un paquete del servicio de Internet por fibra óptica de EEPPM con el servicio de televisión por cable de EPM-TV, teniendo en cuenta que se trata de empresas diferentes, que cada servicio supone un contrato independiente y que la facturación es separada para cada uno de ellos.", manifestó: "lo que se tuvo en cuenta para prestar los servicios conjuntamente fue: "Primero (...) la necesidad de las EEPPM de recuperar las inversiones realizadas en la construcción de la red de banda ancha. Segundo, en la no viabilidad económica de separar las señales de televisión y de acceso (sic) y a Internet sobre esa red. Tercero en la consideración de la necesidad y capacidad de pago de la comunidad cubierta por las EEPPM y cuarto, en la diferencia de naturaleza jurídica de las empresas siendo EPM-TV Ltda. una empresa de responsabilidad limitada y EEPPM una empresa industrial y comercial del Estado." Cuaderno general, folio 150.

- Katerine Restrepo, funcionaria de EEPPM, a la pregunta 11: "EEPPM presta el servicio de Internet por fibra óptica en forma individual a los usuarios que así lo soliciten." Respondió: "EEPPM lo que vende es acceso a Internet y para eso tiene varias modalidades que el cliente puede seleccionar dependiendo de su gusto. Uno de los planes es el plan fibra óptica el cual usa como medio de acceso la misma red que se utiliza para el servicio de televisión. Por lo tanto, el cliente debe tener acceso a esta red o adquirir el acceso a esta red. Ya que técnicamente las señales viajan por el mismo medio y separarlas implica costos adicionales al servicio." Cuaderno general, folio 131.

Así mismo, en respuesta a la pregunta 18: "Qué pasaría si EEPPM vendiera el servicio de acceso a Internet por fibra óptica sin el servicio de televisión." Respondió: "El servicio de Internet a través de la red HFC se controla a través de un equipo colocado en la cabecera que permite habilitar o deshabilitar clientes. Es decir, hay control de la señal lo que no es

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

Igualmente, se ha dicho que los servicios se ofrecen y prestan de manera conjunta con el ánimo de evitar el riesgo de fraude ocasionado por el robo del servicio de televisión, el cual podría obtenerse de manera gratuita sin que la empresa se enterara de tal circunstancia.⁴⁶

Agregando que aunque técnicamente es posible desagregar los servicios, tendrían que invertirse grandes recursos en filtros y otros mecanismos que impidieran el robo de la señal de televisión,⁴⁷

posible hacer en su totalidad con la señal de televisión la cual es irradiada a toda la red y puede ser capturada en cualquier punto de ésta solo con obtener un punto de conexión. El control de la señal de televisión se tiene parcialmente pero la mayor parte de la señal no es controlada. Si se vende el servicio de Internet fibra óptica sin televisión se corre el riesgo de fraude o robo del servicio de televisión y tener acceso a la señal de televisión sin que la empresa tenga conocimiento de esto. Es decir, tendría el servicio de televisión gratis."

- Jorge Alejandro Soberón, funcionario de EEPPM, a la pregunta 3: "Conoce el motivo por el cual están siendo investigadas las Empresas Públicas de Medellín por parte de esta Entidad." Respondió: "Las empresas iniciaron en diciembre del año pasado la prestación de un servicio de Internet fibra óptica que se presta por la misma red del servicio de televisión por suscripción. Por requerimientos técnicos la prestación del servicio de Internet fibra óptica se presta a aquellos usuarios que cuentan con el servicio de televisión por suscripción. Esto se puede entender, que el servicio de Internet fibra óptica está supeditado por un capricho al de televisión por suscripción." Cuaderno general, folio 144.

⁴⁶ En relación a este punto, Iván Correa Calderón, representante legal de EEPPM, puntualizó que "si se ofreciese el servicio de acceso a Internet desligado del servicio de televisión por suscripción, el destinatario del primero quedaría con la opción de captar desde su punto de acceso, las señales de televisión que, emitidas por un operador de este servicio, transitan por la misma red sin tener que estar suscrito a este servicio lo cual, sin lugar a dudas, crearía una circunstancia de desigualdad entre los usuarios porque aquellos que tuvieran acceso restringido únicamente a la Internet les llegaría 'gratuitamente' el servicio de televisión y, así, se propiciaría además, una situación de competencia desleal frente a terceros proveedores del servicio de televisión por suscripción que no son operadores del servicio de Internet. Un cliente receptor legítimo de la señal de Internet en la modalidad de fibra óptica puede conectar un televisor en la salida del cable respectivo y encontrar allí y disfrutar la señal de todos los canales operados por el proveedor de TV. La conexión a la red para acceder al servicio de televisión, por sí misma, no deja habilitado el punto de acceso para ingresar a la Internet, en cambio la conexión a la Internet sí permite que desde la red interna del usuario se capturen las señales de televisión que transitan por la misma red." Ver declaración a folio 985, cuaderno general.

⁴⁷ Al respecto, Jorge Arturo Álvarez, funcionario de EEPPM, a la pregunta 4: "Cuáles son los requerimientos técnicos que según su respuesta anterior hacen necesario que la prestación del servicio Internet fibra óptica se preste a los usuarios que cuentan con televisión por suscripción.", respondió: "(...) Esto implica adicionar dispositivos electrónicos en la red que tienen su costo de inversión que se refleja en la tarifa a los usuarios la cual no sería accesible a los posibles clientes."

Agregando en respuesta a la pregunta 22: "Ha dicho usted en su respuesta anterior, que para evitar manipulaciones y el acceso gratuito al servicio de televisión, es necesario adicionar dispositivos eléctricos a la red. Indique al Despacho en qué consistirían tales dispositivos y su incidencia en el costo del servicio." Respondió: "El dispositivo ideal sería un decodificador para la totalidad de los canales de televisión. Las empresas han implementado un sistema de codificación parcial donde el costo de alquiler del codificador mensual es de \$6.000 pesos aproximadamente y el hecho de acceder a dos canales codificados tiene otro costo aproximado de 6.000 pesos. Si uno hiciera un cálculo lineal para codificar 60 canales se requerirían 6.000 por 30 que dan más o menos 180 mil, más 6000 mil dan 186 mil adicionales a los 89 mil que cuesta el servicio. Este precio haría que el servicio no fuera asequible. La otra alternativa para las señales son los filtros que bloquean la señal de televisión tienen un costo aproximado de 8 a 10 dólares, tienen el inconveniente que el cliente los puede retirar y poner cuando desee ya que están muy cerca de sus instalaciones y no sería lo más recomendado para bloquear la señal de televisión." Cuaderno general, folio 137.

- Gonzalo de Jesús Vélez, funcionario de EEPPM, a la pregunta 15: "Ha dicho usted (...) que separar la señal de Internet y televisión por fibra óptica supondría un sobre costo en la prestación del servicio, podría explicar a este Despacho la razón de dicho sobre costo.", respondió: "Separar las señales de Internet fibra óptica y de televisión se puede realizar de tres maneras hasta ahora conocidas: la primera, consiste en la instalación de filtros, no es el método más seguro ya que pueden ser removidos por los clientes, los costos adicionales que involucra esta solución consisten en las inversiones necesarias para la compra de filtros y en costos adicionales para administración, operación y mantenimiento de estos filtros. Una segunda opción es la codificación de la red, la cual por sus costos, ya que habría que codificar todos los canales, hasta el momento no ha sido implantada por las Empresas, debido a que las tarifas necesarias para recuperar estas inversiones serían tan altas que harían inviable el producto. Una tercera opción es inclusive más lejana, que es la

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

destacando sobre este punto específico el señor Iván Correa Calderón que *"no obstante existir en el mercado la posibilidad técnica de separar las señales propias de uno y otro servicio (Internet y TV), bien sea mediante la instalación de filtros en la red o mediante la codificación de todos los canales de televisión, las Empresas Públicas de Medellín no han optado por estos recursos, debido a los altos costos, los mismos que tendría que cargar a la operación lo que generaría un alza en el precio del servicio de Internet. Esta acción haría inviable económicamente la prestación del servicio de Internet, teniendo en cuenta que hoy, sin aumentar el costo por efecto de la codificación total de las señales de televisión, únicamente un 2.5% de los clientes cuentan con el servicio de Internet fibra óptica."*⁴⁸ (El subrayado es nuestro)

No obstante, debemos advertir que las consideraciones antes expuestas no tienen la virtud de eliminar de plano el carácter restrictivo del comportamiento que ha sido analizado, ni de variar la configuración del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, pues al margen del ánimo que hubiese podido preceder la conducta realizada, en tanto se registre el efecto en el mercado que la norma proscribiera, habrá lugar a infracción sin más consideraciones.

Efectivamente, cuando se tiene posición de dominio y se impone al consumidor que pretende adquirir el servicio de Internet fibra óptica, la contratación del servicio de televisión por suscripción con una empresa determinada, se está subordinando el suministro de un producto a la aceptación de una obligación adicional, que por su naturaleza no constituye el objeto del negocio en los términos de la norma violentada, añadiendo que en tanto concurren los supuestos que ésta encierra tendrá lugar su configuración sin más miramientos.

Para este Despacho, en la medida que los servicios de Internet fibra óptica y televisión por cable constituyan opciones diferentes, susceptibles de separación y de ser prestados por diferentes oferentes,⁴⁹ debe ser el consumidor quien finalmente determine si desea obtener solamente el

digitalización de la red, las inversiones en este momento serían tan altas debido a que es una tecnología nueva que apenas se está ensayando." Cuaderno general, folio 157.

- Alejandro Soberón, funcionario de EEPPM, a la pregunta 25: "(...) EEPPM técnicamente se encuentra en condiciones de vender el producto 'internet por fibra óptica' independientemente de la 'televisión por fibra óptica', respondió: "es posible vender el Internet fibra óptica, pero tendría el problema anteriormente mencionado de que el cliente podría tomar libremente y sin costo la televisión de manera fraudulenta. Para prestar de manera totalmente independiente los servicios se debería optar por la solución de codificación o de filtros." Cuaderno general, folio 144.

⁴⁸ Declaración de Iván Correa Calderón, respuesta a la pregunta 2: "Indique al Despacho las razones por las cuales no son codificados la totalidad de los canales de televisión ofrecidos por EPMTV, de manera que puedan ser ofrecidos los servicios de Internet Plan Fibra Óptica y Televisión Fibra Óptica separadamente y en conjunto." Cuaderno general, folio 985.

- Alejandro Soberón, funcionario de EEPPM, a la pregunta 18: "Explique al Despacho las razones técnicas por las cuales se vende en paquete, el servicio de Internet por fibra óptica de EEPPM y el servicio de televisión por cable de EPM-televisión, si son empresas distintas, si son contratos distintos y si se facturan independientes." Respondió: "Con el fin de obtener unos costos bajos para el cliente, se ofreció el plan de acceso a Internet fibra óptica a los clientes de televisión por suscripción de EPM televisión. Las razones técnicas radican en que separar las señales de televisión del servicio de Internet fibra óptica implican costos adicionales y por este motivo se ofreció en paquete a los usuarios del servicio de televisión por suscripción de EPM, ya que de esta manera no era necesario separar la señal." Cuaderno general, folio 144.

⁴⁹ - Guillermo Valderrama a la pregunta 13: "Las EEPPM informan a quien desea obtener el servicio de Internet por fibra óptica la posibilidad de suscribirse asumiendo que el valor del producto sea más alto como usted lo manifestó en la pregunta 11, o simplemente le informan de las otras modalidades de acceso a Internet que existen." Respondió: "Nosotros no informamos, que si no quiere el servicio de televisión le salga tres veces más alto, porque el servicio no lo tenemos concebido de esa forma, la respuesta 11 incluye ese elemento tenido en consideración precios del mercado, me explico: Cablenet S.A. empresa que opera en Bogotá y que ofrece el servicio de acceso a Internet por una red de banda ancha de características similares a las de EEPPM cobra por el servicio cerca de 200 mil pesos mensuales más

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

servicio de Internet fibra óptica de parte de EEPPM, aun cuando éste le represente un pago mayor; si quiere que los servicios le sean prestados por EEPPM y EPM-TV; o si su intención definitivamente es contratar el servicio Internet a través de EEPPM y el de televisión por intermedio de cualquier otro operador.

Cualquiera que sea la opción, a quien le corresponde decidir es al usuario del servicio, en esa medida, cuando la EEPPM establece como requisito la suscripción al servicio de televisión con la EPM-TV, está abusando de la situación preponderante que ostenta dentro del mercado respectivo, al subordinar la prestación del servicio de internet a condiciones diferentes a las de su propia naturaleza.

No puede perderse de vista que la red de banda ancha es Multiservicios, y en tal virtud, admite la posibilidad de arrendarse a otros operadores de televisión distintos de EPM-TV,⁵⁰ permitiendo con ello el ingreso de nuevos prestadores del servicio, que porque no existan en la actualidad no puede bloqueárseles su futuro acceso al mercado, al atar a los usuarios del servicio de Internet fibra óptica para que adquieran y mantengan el servicio de televisión únicamente con EPM-TV, quedando cautivos de la misma.

850 mil pesos de suscripción, comparados con 87 mil o 66 mil pesos que es lo que cobran las EEPPM por el servicio de acceso a Internet, dependiendo de si el cable MODEM que es un elemento indispensable para disfrutar del servicio es propiedad de las EEPPM o del cliente. Y adicionalmente las EEPPM no cobran el valor de suscripción. EEPPM está comprometido con la agenda de conectividad del gobierno nacional y con el plan de masificación de Internet del municipio de Medellín. Mayores costos para el cliente implicarían alejarnos de la posibilidad de seguir los lineamientos del gobierno central y del gobierno municipal. Debemos tener en cuenta que EEPPM es una empresa pública que trabaja con márgenes de rentabilidad razonables para servirle a la comunidad a la cual pertenece y que parte importante de los excedentes de operación se revierten a la comunidad mejorando su nivel de vida." (Subrayado nuestro)

Por otra parte, a la pregunta 17: "Qué pasaría primero para los operadores de televisión y segundo para los clientes si las EEPPM vendieran Internet fibra óptica sin el servicio de televisión por suscripción." Dijo: "En las actuales condiciones pondríamos en peligro la estabilidad de los operadores del servicio de televisión, porque estaríamos emitiendo señales fácilmente obtenidas fraudulentamente por los clientes, o simplemente señales de televisión libres, lo que haría que la gente no tuviera estímulo para pagar por el servicio de suscripción por televisión. Y segundo, si intervenimos la red para separar las señales tendríamos unos precios por el servicio de acceso a Internet que muy pocas personas podrían llegar a pagar." Cuaderno general, folio 150.

- Alejandro Soberón, funcionario de EEPPM, a la pregunta 24: "(...) desde cuando se implementó la codificación y cuál fue el criterio para eso." Respondió: "Desde hace aproximadamente tres meses se inició la codificación de aproximadamente 13 canales, de 73 canales que se transmiten por la red. La decisión es basada en el ofrecimiento de unos canales especiales 'premium' a los usuarios de televisión por suscripción. Estos canales tienen costos adicionales sobre el servicio básico."

Adicionalmente, manifestó, en relación con la pregunta 31: "Los métodos para separar las señales de acceso a Internet fibra óptica y de televisión por suscripción son absolutamente confiables para evitar que el usuario de Internet fibra óptica tenga acceso gratuito a la señal de televisión." -"No, la codificación es un método que tiene un porcentaje alto de seguridad, pero igualmente sus costos son altos y la instalación de filtros con costos un poco menores, no tan altos, no son totalmente confiables, ya que el usuario podría remover esos filtros al estar ubicados cerca de su conexión." Cuaderno general, folio 144.

⁵⁰ - Katherine Restrepo, funcionaria de EEPPM, a la pregunta 25: "(...) si dado el caso que EEPPM alquilara la red de banda ancha a otro operador ofrecería en paquete el servicio de Internet por fibra óptica y televisión por cable de otro operador." Respondió: "Sería una posibilidad ya que técnicamente es viable." Cuaderno general, folio 131.

- Testimonio de Alejandro Soberón, funcionario de EEPPM a la pregunta 19: "En caso de que EEPPM alquile una porción de la banda ancha a un operador de TV por fibra óptica diferente a EPM-TV, los servicios de Internet de EEPPM y de televisión fibra óptica del operador pueden venderse individualmente." Respondió: "Es posible llegar a prestar de manera independiente los servicios en caso de que se alquile a otro operador pero seguirán existiendo los costos adicionales necesarios para separar las señales, los cuales en última instancia encarecen el servicio al cliente." Cuaderno general, folio 144.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

Sobre este último aspecto, encontramos que en la página Web www.eppm.com aparece información sobre Internet fibra óptica en los siguientes términos. Punto 5: "Si no deseo tener el servicio de televisión de EPMTV puedo suscribirme al plan fibra óptica. - a lo que se responde - No. Para suscribirse al plan fibra óptica es indispensable tener o adquirir el servicio de televisión de EPMTV, obedeciendo a características técnicas. Sin embargo, EPM.Net cuenta con una amplia variedad de planes de acceso a Internet que el cliente puede elegir sin necesidad de tener el servicio de televisión de EPMTV." En seguida en el punto 6, se afirma lo siguiente: "Si tengo servicio de televisión de un operador diferente a EPMTV puedo acogerme a este plan.- a lo cual responde - No. La razón por la que se requiere tener el servicio de televisión de EPMTV es únicamente de índole técnica, ya que el Plan Internet Fibra Óptica y el servicio de televisión de EPMTV utilizan la misma red y por el momento no es posible separar las señales." Ver cuaderno general, folio 989.

Lo anterior resulta contundente. No solo se está amarrando al servicio de televisión el de internet por fibra óptica, sino que además se exige que sea EPMTV su prestatario, limitando con ello la capacidad decisoria de los consumidores en restringiendo de paso, el acceso al mercado de otros prestadores del servicio de televisión por cable.

Es que los intereses de los agentes económicos que concurren a un mercado deben armonizarse en todo momento con los del consumidor, a quien debe preservarse intacta su libertad de elección, sin soslayar en todo caso, un escenario de libre contienda entre los diferentes competidores por el favorecimiento de la clientela.

Guarda coherencia lo anterior con lo expuesto por la Corte Constitucional, en el sentido de que "la posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando éstas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente".⁵¹ (Subrayado nuestro)

Es claro entonces que la conducta realizada conlleva un atentado contra las normas sobre libre competencia, al impedir que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios, así como que las empresas puedan participar libremente en los mercados, finalidades por las que debe propender esta Superintendencia de acuerdo a lo ordenado en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

En consecuencia, considera este Despacho que la conducta analizada se adecua a lo normado en el numeral 3 del artículo 50 del referido Decreto 2153 de 1992, evidenciándose en este sentido, responsabilidad de parte de la empresa investigada por la realización de una conducta contraria a la libre competencia.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-375 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

3 Respecto a las consideraciones de los investigados

3.1 Posición de dominio

3.1.1 Definición del mercado relevante

El objetivo principal de esta Superintendencia es defender el funcionamiento de las reglas del mercado, haciéndose indispensable en las investigaciones por abuso de la posición dominante definir el mercado relevante, tanto a nivel de producto como a nivel geográfico, 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.

Del otro lado, se tiene que el interés de los investigados estará en caminado a tratar de identificar el mercado de tal manera que se presente la menor concentración del mismo. 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 disminuirá con el ingreso de otros competidores.⁵²

Mas 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.⁵³

3.1.1.1 Sustitubilidad 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.⁵⁴

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

⁵² "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.

⁵³ 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).

⁵⁴ 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 o el uso que pretenden hacer de ellos". TDC, sentencia del 29 de julio de 1999, asunto INTERFLORA.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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*

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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, ésto, 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

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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"*⁵⁵. 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.

3.1.2 Factores y criterios determinantes

Por posición de dominio en el mercado se entiende el grado de control efectivo o potencial del mercado por una empresa o varias empresas que actúen conjuntamente o constituyan una unidad económica. Tal control puede cuantificarse según las cuotas del mercado, la cifra anual total de negocios, el volumen de activos, el número de empleados, etc.; también debería centrarse en la capacidad de una empresa para aumentar los precios por encima (o hacerlos bajar por debajo) del nivel de competencia durante un periodo considerable de tiempo.⁵⁶

En la jurisprudencia de la Corte de Justicia Europea se ha considerado que la posición de dominante de una empresa se puede inferir cuando ésta ostenta poder de mercado basado en el uso que hace

⁵⁵ En sentencia de 22 de mayo de 1992, asunto AUSONIA-ARBORA, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España, delimita como mercado relevante el de los pañales, diferenciándolo del mercado de los pañales para adultos y el de las compresas femeninas, precisa *"aunque en este caso los tres tipos de productos cumplen una misma función, no satisfacen una misma necesidad: hay tres clases de usuarios que dirigen su demanda exclusivamente a cada uno de estos tipos, que no resultan así sustitutos, es decir competitivos entre ellos"*.

⁵⁶ Conferencias de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. 20 de febrero de 1998.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

de ventajas estructurales tales como: el alto desarrollo tecnológico involucrado en la producción de la empresa, la amplia gama de productos que fabrica, el poseer una red de distribución altamente desarrollada, el mayor acceso y la disponibilidad por parte de la empresa a fuentes suficientes de recursos financieros y suministros, etc.

En el presente caso, la empresa EEPPM es propietaria de la red de banda ancha del área metropolitana de Medellín, lo que le da una ventaja estructural sobre los demás operadores. Si bien, éste aspecto como se manifestó anteriormente no constituye una barrera a la entrada, tal hecho aunado al arraigado posicionamiento de la empresa ya operante en el mercado, si constituye un elemento disuasorio para los potenciales competidores que pretendan incursionar en este mercado.⁵⁷

Ahora bien, independientemente de que la prestación del servicio de acceso a fibra óptica sea una actividad marginal para dicha Empresa, es claro que existe una capacidad ociosa para este nicho de mercado, de un 60.3% lo que le permite atender un aumento significativo en la demanda de internet fibra óptica, sin requerir para ello inversiones adicionales. Circunstancia esta, que debe ser tenida en consideración por cualquiera que pretenda incursionar en el respectivo mercado.

En tal suerte, al margen de cualquier discusión que pueda suscitarse en torno a si EEPPM tiene el ánimo o no de arrendar una porción de su red a operadores futuros que pretendan ingresar al mercado, lo cierto es que quien pretenda incursionar en el mismo deberá sufragar altos costos, ya para hacerse a su propia infraestructura o para alquilar una ya existente, lo cual aunado a la alta capacidad ociosa del competidor actual, constituirá conforme a las reglas de la experiencia, un escenario poco alentador en cuanto a que la inversión de entrada resulta alta y el riesgo de penetración bastante alto, con un competidor tan posicionado como es EEPPM.

De otra parte, es preciso señalar que, para el análisis de posición de dominio, se tuvieron en cuenta diferentes variables tales como, participación de la empresa en el mercado, los índices de concentración HHI y el de dominancia, la capacidad instalada y utilizada y las barreras a la entrada.

Es así, como del análisis conjuntivo de tales variables, arrojó como resultado que EEPPM ostenta posición de dominio en el mercado relevante ya definido, pues su participación en el mismo por ser la única empresa que ofrece este tipo de acceso a internet, en el Área Metropolitana de Medellín, es del 100%. El objetivo del Despacho en este punto es el establecer de manera clara cuál es la participación en términos porcentuales de cada uno de oferentes en el mercado, sin entrar a imputar responsabilidad alguna a EEPPM por el sistema de comercialización utilizado, punto que sí se analiza en el acápite de abuso de posición de dominio.

En cuanto a los índices de concentración, el HHI obtenido fue el máximo (de 10.000) y el índice de dominancia fue del 100%. Ahora bien, en cuanto al análisis de la capacidad instalada y la capacidad utilizada, dada en número de usuarios de internet fibra óptica, se probó que EEPPM tiene una capacidad ociosa o disponible del 60.3%, a lo que debe agregarse las barreras de acceso que lograron visualizarse y que permitieron establecer una perdurabilidad de la situación en comento.

Luego, lo afirmado por la apoderada de EEPPM, en el sentido de que este Despacho concluyó que existía posición de dominio, basado en un método parcial, en la medida en que tuvo en cuenta una previsión abstracta e hipotética del índice de dominancia, no corresponde a la realidad de los hechos, pues como se explicó anteriormente fue el resultado del análisis conjunto de las variables ya citadas el que permitió a este Despacho arribar a la conclusión ya comentada. En todo caso, se

⁵⁷ Ibídem.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

precisa que el índice de dominancia no obedece a una previsión abstracta e hipotética pues éste es el resultado del cálculo de las participaciones en el mercado al cuadrado, de cada una de las empresas, dividido en el HHI⁵⁸. Por lo que este Despacho, para obtener tal índice, debió utilizar la información aportada por la investigada.

En cuanto a la afirmación de la apoderada sobre la conclusión subjetiva a la que llegó este Despacho, para calificar la posición dominante de EEPPM, a través de un índice de dominancia surgido de "una abstracta e hipotética" la cual no corresponde al material probatorio, es preciso reiterar que el índice en mención es una herramienta válida y utilizada por las autoridades de competencia en diferentes países para medir el nivel de concentración de una industria. No como afirma la apoderada, para determinar el abuso de la posición dominante.

Pese a lo anterior y con el ánimo de despejar cualquier duda, esta Entidad abordó diferentes escenarios para el análisis de posición de dominio. El primero, acogiendo lo afirmado por la apoderada de la empresa investigada, en el sentido que el acceso a través de RDSI es un bien sustituto de la fibra óptica, y uno segundo, que consiste en la valoración conjunta y agregada de todas las modalidades de acceso al servicio. Para realizar el análisis de los escenarios planteados, la metodología utilizada fue la siguiente: En una primera instancia se determinó la participación en el mercado de las empresas competidoras, en cada uno de los escenarios, y posteriormente se estableció la concentración del mercado en el mercado y la capacidad instalada, también para los dos escenarios.

Los resultados de este análisis no modificaron en manera alguna, la posición de esta Entidad, en el sentido de que EEPPM ostenta posición de dominio.

- **Análisis conjunto – RDSI y Fibra óptica:**

- a) Participación en el Mercado

Al realizar el análisis de los accesos a internet a través de RDSI y Fibra óptica, como parte de un mismo mercado, y teniendo en cuenta que la empresa EEPPM inició la comercialización del servicio RDSI en abril de 2001, y la de Fibra Óptica en diciembre de 2000, se realizó el análisis teniendo en cuenta las otras empresas participantes en este segmento de mercado (Impsat, y Colomsat), haciendo la aclaración de que éstas no prestan el servicio de Internet fibra óptica, como ya se indicó anteriormente.

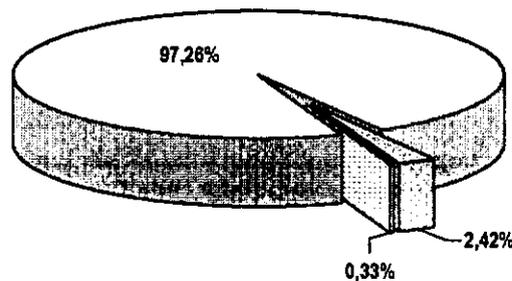
⁵⁸ Fundamentos económicos de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia. Pascual García Alba Iduñate "En la práctica, la Comisión ha aplicado preferentemente un procedimiento alternativo, que conservando las características satisfactorias de H, permite que ante ciertas condiciones el valor calculado del índice de concentración disminuya, cuando las concentraciones se efectúan entre empresas relativamente pequeñas, y que es congruente con ciertos resultados teóricos en materia de competencia, así como con las posiciones de diversos analistas reconocidos. Este procedimiento consiste en una aplicación doble del índice H. Así, se calcula primero el índice H con las participaciones de las empresas en la producción o en la oferta total del mercado, como se hace en el procedimiento usual. Luego se calcula la contribución h_i de cada empresa al valor de H, la cual es igual al cuadrado de su participación en la oferta, dividido entre el valor de H ($h_i = q_i^2 / H$). Luego se vuelve a calcular dicho índice, pero utilizando ahora las contribuciones h_i al H original, en lugar de las participaciones q_i en el mercado ($P = \sum h_i^2$). Al índice P así obtenido se le ha denominado, en los análisis de la Comisión, índice de dominancia, ya que es un promedio de un indicador h_i de qué tan grande es cada una de las empresas en relación con las demás empresas en el mercado. Esto es congruente con el artículo 13 de la Ley Federal de Competencia, el que para determinar si un agente tiene poder de mercado, señala no sólo que se tome en cuenta la participación de ese agente en el mercado (fracción I), sino también la relación que guarda con sus competidores (fracción II)."

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

En la gráfica No. 1 se observa la participación promedio durante el periodo, en donde la empresa EEPPM ostenta una participación promedio de 97.26%, y en un segundo lugar, con una diferencia significativa Impsat con el 2.42%.

Gráfica No1

Participación Porcentual en Número de Usuarios en el Área Metropolitana de Medellín Acceso a Internet Segmento Residencial - RDSI y Fibra Óptica -



□ EPM ■ Impsat ■ Colomsat

Fuente: Información suministrada por las empresas

Así mismo, se puede observar en la siguiente tabla la participación mensual de cada una de las empresas que compiten en este mercado, confirmándose el liderazgo de EEPPM, en el Área Metropolitana de Medellín.

RDSI y Fibra óptica	EPM	Impsat	Colomsat
Dic-00	89,29%	9,52%	1,19%
Ene-01	97,77%	1,98%	0,25%
Feb-01	98,01%	1,74%	0,25%
Mar-01	98,46%	1,35%	0,19%
Abr-01	98,83%	1,00%	0,17%
May-01	99,09%	0,78%	0,13%
Jun-01	99,34%	0,55%	0,11%
Promedio del periodo	97,26%	2,42%	0,33%

Fuente: Información suministrada por las empresas

• **Mercado Agregado**

Aún cuando como ya se dijo, el servicio de Internet por fibra óptica constituye un mercado relevante en sí mismo, pues dadas sus características técnicas y tarifarias carece de sustitutos, la posición de dominio de la EEPPM se mantiene invariable incluso analizando el servicio de Internet en forma agregada, es decir, teniendo en cuenta todos las modalidades de acceso a este servicio en el

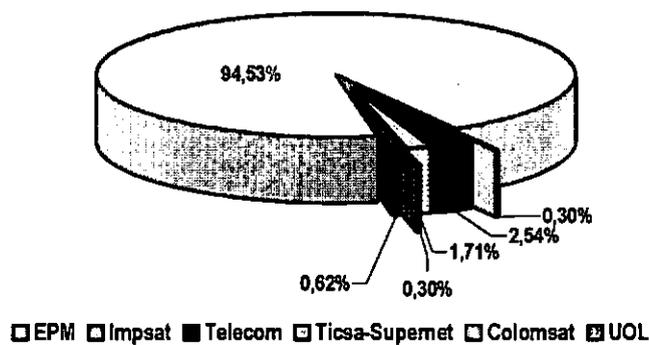
"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

segmento residencial para el área metropolitana de Medellín, durante el periodo comprendido entre noviembre de 2000 a junio de 2001.⁵⁹

De esta forma, al realizar el análisis agregado de los servicios de Internet en el Área Metropolitana de Medellín, se puede observar en la gráfica 4 las participaciones de las empresas competidoras, dada en número de usuarios, evidenciándose la alta concentración en la empresa EEPPM. la cual posee el 94.53%.

Gráfica No.2

Participación Porcentual en Número de Usuarios de las Empresas Competidoras en todas las Modalidades de Acceso a Internet en el Área Metropolitana de Medellín para el Segmento Residencial



Fuente: Información suministrada por las empresas

Así mismo, al observar en la siguiente tabla la participación mensual de las empresas, durante el periodo analizado, se corrobora el liderazgo de la empresa EEPPM. en el mercado de servicio de acceso a Internet, no siendo en ninguno de los meses estudiados menor al 93.82%. Lo anterior se evidencia en la tabla siguiente:

Suscriptores Totales	EPM	Impsat	Telecom	Ticsa-Supernet	Colomsat	UOL
Nov-00	93,82%	0,31%	2,88%	2,01%	0,37%	0,60%
Dic-00	94,02%	0,28%	2,85%	1,96%	0,35%	0,55%
Ene-01	94,50%	0,25%	2,65%	1,77%	0,31%	0,53%
Feb-01	94,44%	0,40%	2,61%	1,73%	0,29%	0,54%
Mar-01	94,86%	0,22%	2,48%	1,64%	0,29%	0,51%
Abr-01	94,87%	0,32%	2,37%	1,57%	0,28%	0,59%
May-01	94,70%	0,34%	2,29%	1,52%	0,27%	0,88%
Jun-01	95,02%	0,28%	2,20%	1,47%	0,26%	0,76%
Promedio del periodo	94,53%	0,30%	2,54%	1,71%	0,30%	0,62%

Fuente: Información suministrada por las empresas

De plano se advierte que la participación de EEPPM en el servicio de internet es mayoritaria, y además con tendencia al aumento.

De otro lado, tenemos que con base en la información suministrada por las empresas, se realizó el análisis comparativo de la capacidad instalada vs. la capacidad utilizada y ociosa, dada en número de usuarios para el Área Metropolitana de Medellín, dentro del periodo investigado.

⁵⁹ Se toma este periodo pues EEPP no dispone de la información discriminada por plan de suscripción a Internet en periodos anteriores.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

Partiendo del cálculo de las capacidades totales, se determinó el porcentaje que cada una de las empresas competidoras en el mercado poseía, y los resultados obtenidos se relacionan en la siguiente tabla:

Competidores	%Capacidad instalada	%Capacidad Utilizada	%Capacidad Ociosa
EEPPM	85,70%	93,64%	71,41%
Impsat	6,62%	0,28%	18,06%
Telecom	2,53%	2,17%	3,19%
Ticsa-Supernet	3,29%	2,63%	4,50%
Colomsat	0,76%	0,26%	1,66%
UOL	1,09%	1,03%	1,18%
Total	100,00%	100,00%	100,00%

Fuente: Cálculos SIC

Como se puede observar, del total de la capacidad instalada para atender el mercado residencial de acceso a Internet en el Área Metropolitana de Medellín, el 85.70% pertenece a EEPPM. Así mismo, del total de la capacidad utilizada, el 93.64% es de EEPPM., lo que resulta congruente, teniendo en cuenta el porcentaje de participación de la empresa en el mercado.

Ahora bien, al observar el porcentaje de la empresa EEPPM. dentro del total de la capacidad ociosa (71.41%), se concluye que de darse un aumento significativo en la demanda del servicio, la empresa estará en condiciones de atenderla de manera inmediata, sin requerir para ello de inversiones adicionales. Esta capacidad de respuesta no la poseen los demás competidores, lo que le proporciona a EEPPM. una gran ventaja competitiva, que se traduce en poder de mercado.

Todo ello, aunado a los altos índices de participación de EEPPM en el mercado, llevan a este Despacho inexorablemente a concluir que la mencionada empresa posee posición de dominio en el mercado de la prestación de servicios de Internet por fibra óptica en el área metropolitana de Medellín, y que incluso, si el análisis se tomara agregado por servicios, la conclusión seguiría siendo la misma.

b) Concentración de la oferta

El mercado del servicio al acceso a Internet, para el Área Metropolitana de Medellín, se encuentra altamente concentrado durante el periodo sujeto a análisis, en donde la Empresa EEPPM ostenta una concentración significativa, por lo que se puede afirmar que posee posición de dominio en el mercado relevante definido anteriormente. Veamos:

- Índice Herfindahl – Hirschman HHI

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

Medio de Acceso	RDSI y Fibra Óptica	Todas las Modalidades de Acceso
Periodo		
Noviembre / 00	8.064	8.815
Diciembre / 00	8.064	8.851
Enero / 01	9.563	8.941
Febrero / 01	9.610	8.928
Marzo / 01	9.696	9.007
Abril / 01	9.768	9.008
Mayo / 01	9.819	8.977
Junio / 01	9.868	9.036
Acumulado	9.484	8.945

Fuente: Cálculos SIC

El resultado obtenido al calcular los índices de concentración HHI, para cada uno de los escenarios, refleja que para el periodo analizado, el mercado en el Área Metropolitana de Medellín, se encontraba altamente concentrado, pues el HHI en los dos análisis efectuados supera el valor de 1800.

Vale la pena aclarar que en la modalidad de acceso a Internet Banda Ancha, servicio sobre el que se basó la apertura de la investigación, ostenta el HHI máximo, pues como se manifestó anteriormente, la única empresa, que durante el periodo analizado, presta esta modalidad de servicio es EEPPM, ofreciéndolo al mercado a partir de diciembre de 2000.

- *Índice de Dominancia*

Para establecer la participación de cada competidor en el HHI, se determinó el Índice de Dominancia en los dos escenarios planteados. Así pues, se encontraron los siguientes resultados:

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

Medio de Acceso Competidores	RDSI y Fibra Óptica	Todas las Modalidades de Acceso
EPM	99.82071%	99,8919%
Impsat	0.1765%	0,0010%
Telecom	N.A	0,0729%
Ticsa-Supernet	N.A	0,0331%
Colomsat	0.0028%	0,0010%
UOL	N.A	0,0044%
Total	100%	100%

Fuente: Cálculos SIC

Como puede observarse en la tabla anterior, el competidor que ostenta la mayor participación promedio en el HHI, es la empresa EEPPM lo que indica que es esta empresa quien tiene el mayor nivel de concentración de la oferta en el Área Metropolitana de Medellín, durante el periodo analizado.

• *Índice CR2*

El índice de concentración conocido con la sigla CR2⁶⁰ se define como la suma de las participaciones de las 2 empresas con mayor participación de la industria. El índice denominado "concentration rate" permite identificar si la industria es de naturaleza oligopólica, o no.⁶¹

De acuerdo con los cálculos del CR2, se corrobora que estamos en presencia de una industria altamente concentrada. La participación conjunta de los dos principales competidores en el mercado relevante es superior al 97.22%, teniendo en cuenta las modalidades de acceso residencial a Internet.

Los resultados que evidencian este índice pueden apreciarse en la siguiente tabla:

CR2 Acceso Residencial a Internet Periodo Acumulado - nov/00 a jun/01	
Modalidades de Acceso	CR2
RDSI y Fibra Óptica	99.67%
Todas las modalidades de acceso	97.22%

Fuente: Cálculos SIC

En este escenario puede evidenciarse que la empresa EEPPM posee una participación mayoritaria, y un alto nivel de concentración del mercado, y por ende, ostenta posición de dominio en el mercado analizado.

⁶⁰ Two Firm Concentration Ratio.

⁶¹ Viscusi et al (1998) "Economics of Regulation and Antitrust", MIT Press. Fourth Edition, Pag. 59

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

c) Capacidad Instalada

Con base en la información suministrada por las empresas, se realizó el análisis comparativo de la capacidad instalada vs. la capacidad utilizada y ociosa, dada en número de usuarios para el Área Metropolitana de Medellín, dentro del periodo investigado.

Partiendo del cálculo de las capacidades totales, se determinó el porcentaje que cada una de las empresas competidoras en el mercado relevante poseía dentro de dicho total, y los resultados obtenidos se relacionan en la siguiente tabla:

Competidores	%Capacidad Instalada	%Capacidad Utilizada	%Capacidad Ociosa
EEPPM	85,70%	93,64%	71,41%
Impsat	6,62%	0,28%	18,06%
Telecom	2,53%	2,17%	3,19%
Ticsa-Supernet	3,29%	2,63%	4,50%
Colomsal	0,76%	0,26%	1,66%
UOL	1,09%	1,03%	1,18%
Total	100,00%	100,00%	100,00%

Fuente: Cálculos SIC

Como se puede observar, del total de la capacidad instalada para atender el mercado residencial de acceso a Internet en el Área Metropolitana de Medellín, el 85.70% pertenece a EEPPM así mismo del total de la capacidad utilizada, el 93.64% es de EEPPM lo que resulta congruente, teniendo en cuenta el porcentaje de participación de la empresa en el mercado.

Ahora bien, al observar el porcentaje de la empresa EEPPM dentro del total de la capacidad ociosa, (71.41%) se concluye que de darse un aumento significativo en la demanda del servicio, la empresa estará en condiciones de atenderla de manera inmediata, sin requerir para ello de inversiones adicionales. Esta capacidad de respuesta no la poseen los demás competidores, lo que le proporciona a EEPPM una gran ventaja competitiva, que se traduce en poder de mercado.

3.2 Abuso de la posición de dominio

3.2.1 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.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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 por parte de los consumidores de 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.⁶² 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*

⁶²Declaración de Katerine 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 impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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."

3.2.2 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.⁶³

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."⁶⁴

⁶³ SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. Economía. Decimoquinta Edición. Mc Graw-Hill. Página 331.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Expediente No. 3972. 1994.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

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 soslayan los derechos de los consumidores.

3.2.3 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.

3.2.4 Naturaleza jurídica de Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

De acuerdo con lo que afirma el representante legal de EEPPM, ésta es una empresa industrial y comercial del orden municipal que tiene como objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios y otros de telecomunicaciones, por lo que para el desarrollo de su actividad debe asegurar la prestación eficiente de los servicios, mantener la rentabilidad de los negocios y posibilitar el traslado del excedente al consumidor, todo esto bajo el amparo de lo establecido en los artículos 84, 333 y 334 de la Constitución Política.

Sin embargo, olvida que el desarrollo de la actividad económica está supeditado al interés general con el fin de que quienes estén en posición de dominio no abusen de la misma. Como se ha dicho en múltiples oportunidades a lo largo del presente escrito, nuestra legislación actual en materia de prácticas comerciales restrictivas, no encuentra reprochable que una empresa ostente la posición dominante, sino que ésta abuse de ella.

Es claro para esta Superintendencia que las empresas pueden realizar todas las actividades tendientes a cumplir con sus fines, de manera eficiente y que le sea rentable. Sin embargo, el desarrollo de su objeto no puede ir más allá de lo que le permite la ley. La libertad económica tiene restricciones, con la finalidad de permitir la libre competencia entre los diferentes agentes del mercado y la libertad de escogencia de productos o servicios por parte de los consumidores. En esa medida cualquier conducta que mine tales libertades es reprochable y por tanto, debe el Estado a través de sus entidades de control, entrar a suprimir esas conductas con la finalidad de evitar que se siga distorsionando el mercado.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

4 Responsabilidad de la persona natural

4.1. 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 Monto de la Sanción

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

Ahora bien, para el caso concreto es preciso tener en cuenta que la conducta que ahora se sanciona tuvo efectos reales sobre el mercado, toda vez que los usuarios de internet por fibra óptica debieron suscribir y pagar adicionalmente el servicio de televisión por fibra óptica, durante el periodo analizado.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta la conducta investigada afectó el mercado, este Despacho considera la necesidad de imponer a la empresa investigada y que fue encontrada responsable de la infracción al numeral 3 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, una multa que guarde relación con los ingresos que percibió durante el periodo investigado, que de acuerdo a los cálculos realizados por este Despacho debe ser de doce millones quinientos mil pesos (\$12.500.000.00).

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer 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, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción a favor del Tesoro Nacional.

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

En consecuencia las multas que se impone al representante legal de EPPMM asciende a la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000.00).

6 Instrucción

De conformidad con el numeral 21 del artículo 2° y el numeral 13 del artículo 4° ambos del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra facultado para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplir las disposiciones en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, fijando criterios que faciliten su cumplimiento.

En ejercicio de la atribución señalada, este Despacho determina que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. deberá abstenerse en lo sucesivo de ofrecer y vender el servicio de internet a través de fibra óptica, atado a la suscripción obligatoria del servicio de televisión por cable con EPM-TV. En consecuencia, deberá permitirse que los interesados en acceder a internet mediante el sistema de fibra óptica, decidan si desean adquirir únicamente este servicio, sufragando si es del caso un sobre costo, o si desean suscribirse también al servicio de televisión por cable, ya sea con EPM-TV o con otro prestador diferente.

Para tal efecto, EPPPM deberá modificar los contratos de internet por fibra óptica eliminando cualquier fórmula de carácter restrictivo y efectuar los ajustes pertinentes en su portal de internet. Así mismo, es preciso que a través de un diario de amplia circulación regional y de otro nacional informe a los usuarios de esta modalidad de acceso, que queden en entera posibilidad de proceder conforme a lo ya señalado.

En consecuencia, queda la empresa obligada a allegar a esta Superintendencia copia de los respectivos avisos y de la modificación de los respectivos contratos, dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución.

Se advierte que el incumplimiento de la presente instrucción, podrá dar lugar a la imposición de sanciones, tal y como lo dispone el número 2 del artículo 2° del decreto 2153 de 1992.

QUINTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, el 28 de marzo de 2003 se escuchó al Consejo Asesor.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: 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 SEGUNDO: 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

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO TERCERO: 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.

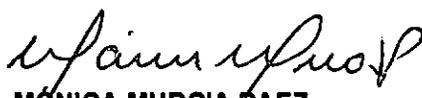
ARTÍCULO CUARTO: Se ordena a las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. dar fiel cumplimiento a las instrucciones contenidas en el punto 6 del presente proveído.

ARTÍCULO QUINTO: 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

La Superintendente de Industria y Comercio, **28 MAR. 2003**


MÓNICA MURCIA PAEZ

Notificación:

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

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta"

Doctor
IVÁN CORREA MARULANDA
C.C.: 70.070.586
Carrera 58 No 42 – 125
Medellín - Colombia

GSG/mpr/fchn