

7.

Barranquilla, 31 de octubre de 2014

Doctor
Carlos Pablo Márquez
Director Ejecutivo
Comisión de Regulación de Comunicaciones
Calle 59 A bis No. 5 - 53
Bogotá

Asunto: Comentarios al Proyecto de Resolución "Por la cual se declara una instalación esencial y se dictan otras disposiciones."

Respetado doctor Márquez:

La propuesta regulatoria de la referencia por medio de la cual se adiciona al listado de instalaciones esenciales para efectos del acceso y/o la interconexión, relacionado en el artículo 30 de la Resolución CRC 3101 de 2011 con "la capacidad de transmisión de señales entre dos o más nodos de las redes de transporte óptico que conectan municipios y la fibra oscura asociada a las mismas", es una propuesta que no debería expedirse por cuanto contraviene el ordenamiento legal existente, y es inconveniente por las siguientes razones:

1. LA PROPUESTA LIMITA INJUSTIFICADAMENTE EL LIBRE DERECHO A EXPLOTAR LA RED DE TELECOMUNICACIONES.

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 todo proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones debidamente habilitado adquiere a su vez autorización para la libre instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público.

Dicho principio general es un claro desarrollo de la libertad económica y de iniciativa privada constitucionalmente protegida, entre otros, por el artículo 333 de la Constitución Política, el cual también permite solo de manera excepcional y bajo los límites de la ley, limitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés sociales, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

Es evidente que el derecho que todo operador de redes y servicios de telecomunicaciones habilitado tiene para la libre instalación y operación de redes de telecomunicaciones, es igualmente la más clara manifestación del principio de libre competencia económica

también consagrada en la Carta Política y previsto expresamente como eje conceptual de la Ley 1341 de 2009¹ para lograr los fines del Estado.

Desde el punto de vista técnico, legal y económico si un operador de telecomunicaciones no puede instalar y explotar su red de telecomunicaciones para proveer sus servicios no puede competir libremente como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia Constitucional².

Esta libertad de explotación de la red de telecomunicaciones, como principio y regla general, está consagrada a favor de cada operador para que pueda usar la totalidad de su red para la provisión de sus propios servicios de telecomunicaciones. Por tanto, toda o cualquiera limitación a dicho derecho es una excepción que debe estar fundamentada en la ley, cumplir los fines esenciales del Estado constitucionalmente establecidos³ y aplicarse e interpretarse de manera restrictiva.

Por esa razón sería contrario a los principios generales de derecho permitir que las restricciones al derecho se conviertan en la regla general o incumplan con los requisitos normativos.

2. LA PROPUESTA VULNERA LOS PRINCIPIOS LEGALES DE LIBRE COMPETENCIA Y NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA.

La Ley 1341 de 2009 impone que el Estado debe propiciar escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector, en condiciones de igualdad, al tiempo que prohíbe que el Estado fije condiciones distintas y privilegios a favor de competidores en situaciones similares a los de otros⁴.

Del mismo modo, la mencionada Ley⁵ exige que el Estado debe garantizar la libre adopción de tecnologías así como fomentar la libre y leal competencia en el país.

No obstante este expreso mandato legislativo, el proyecto normativo pretende establecer un régimen especial y calificar únicamente como instalación esencial a la capacidad de

¹ARTÍCULO 2o. *PRINCIPIOS ORIENTADORES.* La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los Derechos Humanos inherentes y la inclusión social.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.

Son principios orientadores de la presente ley:

1. (...)

2. Libre competencia. El Estado propiciará escenarios de libre y leal competencia que incentiven la inversión actual y futura en el sector de las TIC y que permitan la concurrencia al mercado, con observancia del régimen de competencia, bajo precios de mercado y en condiciones de igualdad. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado no podrá fijar condiciones distintas ni privilegios a favor de unos competidores en situaciones similares a las de otros y propiciará la sana competencia.

²Sentencia C -616 de 2001.

³Sentencia C - 398 de 1995.

⁴Cfr. Artículo 2 numeral 2.

⁵Cfr. Artículo 2, numeral 6.

transmisión de señales entre dos o más nodos de las redes de transporte óptico y la fibra oscura asociada a dichas redes, sin tener en consideración ni involucrar dentro de dicha regulación a las demás redes de transporte que, haciendo uso de diversas tecnologías, compiten en el mercado y existen en el territorio nacional.

No resulta explicable y mucho menos justificable que los diversos operadores de redes que compiten en el mercado nacional y que explotan legítimamente diversos tipos de redes de transporte queden, en razón de la propuesta normativa, sujetos a condiciones distintas o, lo que es igual, que se reconozcan a favor de los competidores que quedan excluidos del ámbito y aplicación de la regulación propuesta privilegios y beneficios, a pesar de encontrarse en situaciones técnicas, económicas y de mercado similares.

Pretender justificar el trato diferente que se busca imponer solo para las redes de fibra óptica, sobre la base de estimar que las distintas tecnologías empleadas para el transporte de información no son comparables —como se sostiene por el proyecto—, carece de lógica técnica y económica pues todas las redes o infraestructuras de transporte, independientemente de las distintas tecnologías que utilicen, tienen una misma finalidad, cumplen un propósito idéntico, existen para satisfacer la misma necesidad y compiten entre sí en el mercado, esto es, brindan la conducción de señales o información electromagnética de un lugar a otro.

Luego, la tecnología empleada no es ni puede ser criterio válido para concluir que ciertas redes puedan ser consideradas instalaciones esenciales, mientras que las demás, a pesar de que cumplen una función idéntica, no reciben esa calificación, por cuanto con ello se desconoce el principio de neutralidad tecnológica.

Contrario a lo expuesto en la parte motiva de la propuesta, las redes de transporte, cualquiera sea la tecnología que emplean, sean ópticas, alámbricas, radioeléctricas, terrestres, marítimas y espaciales, son todas comparables entre sí, puesto que emplean las diversas tecnologías y medios para cumplir una misma función y además compiten entre sí en el mercado de telecomunicaciones.

El derecho que les asiste a los proveedores para decidir libre y discrecionalmente la tecnología sobre la red de transporte que proyecta utilizar tampoco puede verse afectado, condicionado o direccionado por vía de la regulación estatal a través de la imposición de cargas, obligaciones, deberes, compromisos especiales que desestimen la inversión y uso de una tecnología específica, mientras al mismo tiempo las demás tecnologías son exoneradas o excluidas del cumplimiento de tales obligaciones.

Así las cosas, no existen razones para considerar como instalaciones esenciales a la capacidad de transmisión en redes ópticas y al mismo tiempo se excluya de dicho calificativo a la capacidad de transmisión existente en redes alámbricas, radioeléctricas, satelitales y marítimas. Lo anterior constituye una discriminación tecnológica, desconoce el derecho a la libre escogencia tecnológica de los proveedores, al tiempo que dispone privilegios injustificados para los competidores que ofrecen servicios similares.

3. EL PROYECTO CONVIERTE UN SERVICIO EN UNA INSTALACIÓN ESENCIAL.

La propuesta regulatoria parece confundir dos conceptos diametralmente distintos y perfectamente diferenciables en el régimen jurídico: los servicios de transporte público de telecomunicaciones y las redes o infraestructuras empleadas para la provisión de tales servicios.

Las instalaciones esenciales, como su nombre lo indica, hacen alusión a las infraestructuras dispuestas para la comunicación electrónica entre dos o más puntos, es decir, al conjunto de cosas, elementos, equipos, sistemas o bienes materiales e inmateriales que conforman la red y se precisan para la existencia de la mencionada infraestructura; mientras los servicios están referidos a las prestaciones o facilidades que se brindan para llevar a cabo las acciones de transmisión, emisión o recepción de información a distancia. En otras palabras, el servicio alude a las actividades o acciones sobre las cuales se responsabiliza el proveedor del servicio frente al usuario, mientras las instalaciones esenciales y las redes de las que aquellas hacen parte se refieren a los medios o bienes que emplea el proveedor para suministrar un servicio habilitado.

A pesar de esta diferencia conceptual, el proyecto normativo pretende calificar como instalación esencial o elemento de red a la capacidad de transmisión por fibra óptica, es decir, a la provisión de una prestación o facilidad de telecomunicaciones, que por su naturaleza no puede ni requiere ser considerada como instalación esencial.

En efecto, la capacidad de transmisión constituye y está referida a la aptitud (capacidad) predicable sobre el acto de conducir, transportar o llevar información entre dos o más puntos, tal como lo reconocen las definiciones legales nacionales e internacionales, sin considerar para el efecto los medios que se emplean para cumplir con ese cometido, pues para la tipificación del servicio es indiferente que el transporte o la conducción de la información se haga a través de fibra óptica, redes alámbricas, radioeléctricas, satelitales o cualquier otra tecnología disponible. Por consiguiente, la capacidad de transmisión constituye siempre y en todos los casos un servicio público de telecomunicación, de manera que no puede calificarse ni regularse como una instalación esencial, pues dicha capacidad de transmisión no es un medio, independientemente de la tecnología que se emplee para brindar el servicio.

Por ser la capacidad de transmisión un servicio de telecomunicaciones, tiene además la condición jurídica de ser servicio público, es decir, es de aquellos que por mandato constitucional debe ser suministrado de manera continua y eficiente a todos los habitantes del territorio nacional y su provisión no depende de la voluntad del operador del servicio, sino de la potestad del usuario que puede o no contratarlo y requerirlo en cualquier momento.

Luego, desde el punto de vista jurídico, no es procedente calificar un servicio como una instalación esencial o un elemento de la red, y además es innecesario considerar ese acto como una instalación esencial, en la medida que la finalidad de la determinación de las instalaciones esenciales es imponer al titular de dicha instalación la obligación especial de permitir el acceso, uso o aprovechamiento a terceros de un bien.

La calificación como instalación esencial de un bien integrante de la red de telecomunicaciones, tiene por objeto condicionar el ejercicio del derecho de uso y goce que el titular detenta sobre la instalación esencial y asegurar que así ella cumpla una función social, permitiendo en determinadas circunstancias el uso (arriendo) de la instalación a terceros.

Por el contrario, es de la esencia del concepto de servicio público que éste está instituido precisamente para el acceso, uso y aprovechamiento por el público en general, de manera que no es necesario que por vía de regulación se imponga al responsable o proveedor de un servicio público la obligación de suministrarlo a quien lo necesite, por cuanto ello emana de la propia naturaleza y es de la esencia del servicio público que ofrece.

Ningún proveedor de un servicio público que se encuentre disponible en el mercado puede abstenerse de suministrarlo, en la medida que ello sería contrario a la naturaleza jurídica de la facilidad que tiene a su cargo, de manera que en nada contribuye que el proyecto de resolución imponga la obligación de suministrar la capacidad de transporte por fibra óptica a terceros, pues ese deber ya está previsto en la Carta Política para todos los servicios públicos.

Resulta inapropiado considerar, por vía de calificar como instalación esencial, que solamente la capacidad de transporte por fibra óptica sea la que debe ser suministrada a quien la requiera, puesto que ello comportaría exceptuar del cumplimiento de esa obligación a los demás proveedores de capacidad de transmisión que, haciendo uso de otras tecnologías, también prestan un servicio público y, quienes desde luego, están en el deber de suministrar la capacidad de transmisión que ofrecen a toda persona que lo requiera.

A esto habrá de sumarse que el régimen de los servicios públicos es el que determina la ley, de manera que por vía administrativa no se podría alterar, cambiar o desconocer la naturaleza de servicio público que tiene la capacidad de transmisión de información, cualquiera sea la tecnología empleada para ello, para convertirla o considerarla como una instalación esencial y calificar así el servicio en un elemento de la red de telecomunicaciones.

No puede desconocerse que a las redes y a los elementos que las conforman les corresponde un régimen jurídico distinto al previsto para los servicios de telecomunicaciones, máxime cuando la capacidad de intervención del Estado respecto de las redes o de los elementos que la conforman es distinta y tienen fundamentos normativos, constitucionales y legales diferentes a los que se predicán sobre el servicio público.

Pero además de lo anterior, no se explica el hecho de que el proyecto regulatorio al tiempo que califica como instalación esencial al servicio público de telecomunicaciones (la transmisión de señales) cuando esta actividad no constituye un elemento de red, también le imprima la categoría de instalación esencial a la fibra oscura.

La fibra oscura puede llegar a ser un elemento integrante de la red de telecomunicaciones, siempre que se cumplan las condiciones legales para ello; sin embargo no se entiende por qué la regulación pretende calificar como instalación esencial toda la fibra oscura que pueda existir instalada o no en el país, porque con igual criterio tendría que concluirse que todas las redes de telecomunicaciones o cualquiera de los elementos que las conforman tendrían el carácter de instalaciones esenciales.

El concepto de instalación esencial no es aplicable sobre toda la red de telecomunicaciones ni respecto de la totalidad de los elementos que la conforman. La calificación de un bien como instalación esencial exige que se prediquen sobre ella la totalidad los términos y las condiciones previstas por el legislador, de manera que si ello no ocurre, mal puede atribuirse la calidad de instalación esencial a cualquier bien o cosa que haga parte de la red y mucho menos a la totalidad de una infraestructura de telecomunicaciones.

4. PROPUESTA NO CUMPLE EL EXAMEN DE FINES Y LIMITACIONES DE LEGITIMIDAD ESTABLECIDOS PARA EL CONCEPTO DE “INSTALACIONES ESENCIALES.”

Examinado la naturaleza de la calificación de “instalaciones esenciales” prevista en la regulación, es notorio que tal calificación pareciera tener la intención o el efecto de producir restricciones y limitaciones, entre otros, al derecho de propiedad o uso que un operador tiene sobre ciertos bienes y también constituye una limitación significativa al derecho de explotación de la red de telecomunicaciones contemplado en la misma Ley 1341 de 2009.

Efectivamente, revisada la Resolución 3101 de 2011 por medio de la cual, entre otros temas, establece los términos y condiciones para el acceso y uso de los elementos de red e instalaciones esenciales de telecomunicaciones, es evidente que la precitada regulación establece significativas restricciones y limitaciones a los derechos de los operadores sobre los elementos de red que se califiquen como “instalaciones esenciales” como son: la obligación de permitir su uso (acceso) a otro operador distinto del legítimo propietario, usufructuario o tenedor por intermedio de un título de arrendamiento; la obligación de celebrar dicho arrendamiento bajo una remuneración regulada con el concepto de “costos eficientes” que establece una metodología predefinida e inclusive valores absolutos definidos por el regulador, todo lo cual limita la libertad para fijar la remuneración que deben tener los operadores; limitación en cuanto a la capacidad comercial del acuerdo de arrendamiento al prohibir solicitar un anticipo para financiar las obras, equipos u otros elementos necesarios para cumplir con el citado contrato de arrendamiento; limitaciones en cuanto a la capacidad de planeación, expansión e inversión de los operadores; e inclusive, limitaciones en cuanto al derecho a la privacidad sobre la información técnica, operativa y comercial de las redes y servicios de propiedad de los operadores.

Para continuar con el estudio del caso concreto de las “instalaciones esenciales”, es importante advertir que tanto el derecho a la libre empresa y competencia de los particulares constitucionalmente protegido, como también la capacidad de intervención del Estado en la economía consagrada en los artículos 334 y 365 de la Constitución Política,

tienen claros y definidos límites y finalidades que se deben cumplir para adquirir y mantener su legitimidad.

Es por esa razón, que tanto la lista de bienes prevista como “instalaciones esenciales” en la Resolución 3101 de 2011 como toda nueva incorporación a dicha lista, como lo pretende el proyecto de resolución en comento, debe cumplir con el examen de fines y limitaciones previstos en la Constitución y la ley.

De la revisión sistemática de las normas constitucionales y legales que son aplicables al concepto de “instalaciones esenciales”, los siguientes son fines y limitaciones que conforman el examen que tal concepto debe obligatoriamente cumplir para adquirir y mantener legitimidad:

- a) La intervención del Estado en materia de las “instalaciones esenciales” debe tener como finalidad general, consistente con la normatividad andina, la protección de la libre competencia.
- b) La intervención del Estado por medio del cual se desarrolla el concepto de “instalaciones esenciales” en cuanto tanto limita el derecho a la libertad económica e iniciativa privada, tiene como finalidad cumplir la función social de la propiedad y por ese mismo motivo debe estar previsto expresamente en un mandato legal.
- c) La intervención del Estado en materia de las “instalaciones esenciales” tiene por expreso mandato legal como finalidad específica, igualmente consistente con la normatividad andina, garantizar la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones, toda vez que la interconexión es un instrumento para lograr la protección de la libre competencia.
- d) Es un concepto que restringe y limita otros derechos por tanto debe tener aplicación e interpretación restrictiva. Ello implica que es de mayor legitimidad la regulación *ex post* y particular que la *ex ante* y general.
- e) Es un concepto que, por definición legal, es un subconjunto de los bienes o elementos de la red de telecomunicaciones, que a su vez son “necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios (de telecomunicaciones) (...)”⁶, es decir la protección de la libre competencia.
- f) Por lo anterior, las “instalaciones esenciales”, tanto en la normatividad andina como en la nacional, son aquellos elementos de la red de telecomunicaciones que garantizan la interconexión y la interoperabilidad de las redes de

⁶El artículo 4 de la Ley 1341 establece que el Estado intervendrá en materia de instalaciones esenciales para lograr el acceso a los elementos de las redes e instalaciones esenciales de telecomunicaciones necesarios para promover la provisión y comercialización de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

telecomunicaciones entre sí y además son necesarios para la protección de la libre competencia en telecomunicaciones.

Revisado el proyecto de resolución en comentario dentro del anterior marco conceptual, notamos que la propuesta no cumple el examen de fines y limitaciones de legitimidad establecidos para el concepto de “instalaciones esenciales”, por lo siguiente:

- a) La capacidad de transmisión de señales entre dos o más nodos de las redes de transporte óptico no es un elemento de red que garantiza la finalidad específica consistente en la interconexión y la interoperabilidad de las redes de telecomunicaciones.
- b) La fibra óptica oscura tampoco es un elemento de la red de telecomunicaciones por cuanto mientras permanezca sin iluminar no cumple con los requisitos legales de la definición de redes de telecomunicaciones.

5. LA FIBRA ÓPTICA NO CUMPLE CON LAS CONDICIONES PREVISTAS PARA PODER SER CALIFICADA DE MANERA GENERAL COMO UNA INSTALACIÓN ESENCIAL.

La propuesta regulatoria pretende imponer la calificación de instalación esencial a la totalidad de la fibra oscura instalada, bien éste que no tiene ni cumple las condiciones legales para poder ser calificado como instalación esencial.

Según las definiciones supranacionales y nacionales para que exista y pueda calificarse un bien como instalación esencial, se requiere que se cumplan dos condiciones:

En primer lugar, que la instalación sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o un número limitado de proveedores y, en segundo término, que la sustitución de dicha instalación con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.

En el caso de la fibra óptica que el proyecto regulatorio pretende calificar como instalación esencial, ninguno de los dos presupuestos de la definición legal se cumplen.

En efecto, tal como lo reconoce el proyecto de regulación, en Colombia existen múltiples redes de fibra óptica que compiten entre sí en diversas áreas, regiones y municipios del país, de manera que no puede afirmarse que sobre ella exista un suministro exclusivo o predominante de un solo proveedor o de un número limitado de proveedores, como lo exige la definición de instalación esencial y es presupuesto jurídico para calificar como tal a un bien.

Desde esta perspectiva, no es factible calificar mediante acto administrativo de carácter general toda fibra óptica dispuesta en el territorio nacional como una instalación esencial, en la medida que ello implica asumir en forma contraria a la realidad material, que dicha fibra se suministra de manera exclusiva por un proveedor o por un número limitado de

proveedores, sin evidenciar o realizar los estudios que demuestren que existe una falla en el mercado o que se esté afectando la competencia.

De otra parte, el proyecto señala que el transporte óptico no es replicable ni en lo técnico ni en lo económico, conclusión que consideramos equivocada, puesto que asume que la condición impuesta para la configuración de una instalación esencial es que ella no pueda ser replicada, cuando en realidad lo que la norma prevé es que la instalación no pueda ser sustituida o reemplazada por otra.

Desde el punto de vista técnico no es cierto que el transporte óptico no sea sustituible con miras a la prestación de servicios, como lo exige la definición legal para la identificación de las instalaciones esenciales. La propia propuesta regulatoria reconoce que en el país el transporte óptico puede ser sustituido con otras múltiples facilidades o redes, como las redes radioeléctricas terrestres (micro-ondas), enlaces satelitales y redes alámbricas que efectivamente también están dispuestas en el país, al tiempo que nada impide desde el punto de vista técnico, que cualquier interesado pueda además instalar y explotar redes ópticas de cualquier cobertura o alcance en Colombia, para lo cual naturalmente debe incurrir en las inversiones que ello precisa.

Es más, actualmente existen redes de fibra óptica con cobertura y alcance nacional que compiten entre sí en el mercado, de manera que incluso el transporte óptico existe y es ofrecido de manera redundante y puede fácilmente ser sustituido por otro de la misma calidad ofrecido por uno cualquiera de los múltiples operadores que existen en el mercado.

En consecuencia, no es verdad que la red de fibra óptica existente no pueda ser sustituida, como se exige en la ley para que pueda ser considerada como una instalación esencial.

Desde el punto de vista económico tampoco existe óbice alguno que impida la sustitución de la fibra óptica, no solamente porque se ofrecen en el mercado alternativas de transporte radioeléctrico y satelital, sino también diversas redes de fibra óptica que hacen posible la sustitución entre sí del medio óptico que se utiliza o requiere para la provisión de los servicios.

Las condiciones para la determinación de una instalación esencial no están referidas a su costo sino a la posibilidad de ser o no sustituibles o reemplazables por otros medios de distinta o de igual naturaleza, independientemente de cuál sea o haya sido el costo de la instalación.

La propuesta regulatoria asume que lo que hace esencial una instalación es su costo, cuando la norma lo que determina es que independientemente del costo, la condición de esencial se deriva de la posibilidad de que un determinado bien o instalación pueda ser o no sustituible.

Con base en lo propuesto por el proyecto de regulación, habría que concluir que bastaría con que un elemento sea costoso para poder ser calificable como una instalación

esencial, cuando ello no es así ni desde la perspectiva económica ni desde el punto de vista jurídico. En el sector de telecomunicaciones y especialmente de redes de este tipo, el costo siempre existe, más aún si se tiene en cuenta el altísimo grado de sofisticación tecnológica involucrado y la rápida o muy pronta desactualización que sobre ese tipo de bienes existe, por ello equiparar costo con el concepto de instalación esencial sería tanto como afirmar que todos los bienes involucrados en una telecomunicación son instalaciones esenciales, toda vez que todos ellos son costosos.

Es evidente entonces que para el caso de la fibra óptica no se cumplen ninguna de las condiciones exigidas por la ley para que pueda ser calificada como una instalación esencial. Se enfatiza además que todas las condiciones deben existir, de manera que no es factible imponerle la categoría de instalación esencial a un determinado bien con fundamento solo en una de las condiciones legales, pues es indispensable para la determinación de una instalación esencial que se cumplan con todas las condiciones o requisitos exigidos por las normas superiores para su declaratoria.

De ahí que resulte inválido pretender imponer de manera general y abstracta la categoría como instalación esencial a toda la red de fibra óptica que exista o llegare a existir en el territorio nacional, como lo pretende la propuesta regulatoria, sin establecer previamente y para cada caso concreto si se cumplen o no las condiciones o requisitos legales para poder llevar a cabo dicha calificación.

6. LA DECLARACIÓN DE LA FIBRA ÓPTICA COMO INSTALACIÓN ESENCIAL VULNERA LAS CONDICIONES PARA EL USO EFICIENTE DE LA INFRAESTRUCTURA.

Uno de los principios fundamentales del régimen legal previsto en la Ley 1341 es la promoción de la inversión, lo que supone que los proveedores e inversionistas tienen derecho a recuperar los costos de las redes que instalen en el país.

Es de conocimiento común no discutido, que la existencia de los servicios de telecomunicaciones depende directamente de la disponibilidad y existencia de las redes o medios a través de los cuales se prestan aquellos, motivo por el cual el desarrollo y expansión de las infraestructuras, es uno de los objetivos principales para lograr la provisión de los diversos servicios.

Los operadores o proveedores de redes que asumen el riesgo de desplegar infraestructuras e invertir cuantiosos recursos económicos en instalaciones que inevitablemente quedan a disposición de los usuarios en el país, quienes llevaron a cabo el esfuerzo económico y técnico que comporta el despliegue de una red de fibra óptica, no pueden ni deben verse condicionados al libre aprovechamiento y explotación de las redes que despliegan, cualquiera sea la tecnología que hayan utilizado para el efecto.

Declarar como instalación esencial todo o parte de la fibra óptica instalada en el país, trae como consecuencia directa el desestimulo de la inversión en el despliegue, expansión, renovación, ampliación y modernización de la red de telecomunicaciones. Nadie está en disposición de asumir los riesgos y afrontar los esfuerzos económicos que ello implica, si

el Estado a través de su regulación interviene para limitar el aprovechamiento y uso de la red que se construye, impone al operador o proveedor de la infraestructura cargas especiales y asimétricas que de otra forma no tendría, para verse obligado a suministrar forzosamente las instalaciones desplegadas a quienes simplemente optaron por no invertir en el país, ni realizar los esfuerzos económicos requeridos.

Es por ello que la Ley 1341 ordena que el Estado deba fomentar el despliegue y uso eficiente de la infraestructura, con el ánimo de generar competencia, calidad y eficiencia.

Por consiguiente, la adopción de medidas de intervención sobre las redes pasa en primer término por el tamiz de tener que demostrar que la competencia, la calidad y la eficiencia se han visto afectadas por un comportamiento determinado en el mercado. De ahí que la capacidad de intervención estatal sobre las redes no se puede aplicar de manera discrecional, sin causa o motivo eficiente que así lo determine.

Pero además, la intervención sobre la infraestructura debe remunerar la infraestructura a costos de oportunidad, ser técnicamente factible, no degradar la calidad del servicio que el propietario de la red ofrece a sus usuarios, asegurándose de mantener la factibilidad técnica y la remuneración a costos eficientes de dicha infraestructura.

El proyecto regulatorio guarda silencio tanto sobre los motivos que originan la declaratoria como instalación esencial de la red de fibra óptica, pues ningún análisis o estudio se invoca para justificar que la competencia, la calidad o la eficiencia se haya visto afectada por cuenta o con motivo de la oferta y explotación de las redes de fibra óptica que existen en el país.

La propuesta de regulación tampoco dispone cuáles son los instrumentos que tendrán los propietarios de las redes de fibra óptica para que se les garantice la remuneración de su infraestructura óptica a costos de oportunidad, ni determina las herramientas para prevenir que no se degrade la calidad de los servicios que se vienen prestando a los usuarios con la red, ni permite asegurar que el titular de la red dispondrá de capacidad suficiente para atender su propio crecimiento futuro.

El uso eficiente de la infraestructura previsto en las normas no es absoluto, no puede desconocer los legítimos derechos de quien oportunamente y con sus propios recursos realizó la inversión en infraestructura. De otra forma, el mensaje que se daría al sector estaría dirigido a fomentar un desestimulo de la inversión en infraestructura de telecomunicaciones, pues nadie estaría en disposición de acometer este tipo de empresas, cuando sin necesidad de llevarlas a cabo, puede exigir el uso y aprovechamiento de aquellas infraestructuras instaladas por otro, sin ningún otro requisito a su propia voluntad y decisión.

Una decisión como la propuesta en el proyecto ha de medirse por el impacto adverso a mediano y largo plazo que genera. Puede ser que en el corto tiempo algunos proveedores se beneficien de una medida como esta, especialmente aquellos que han decidido acometer la competencia en el mercado de los servicios y abstenerse de realizar inversiones en infraestructura, que como se señaló son las más riesgosas y costosas.

Puesto en otras palabras, la propuesta parece premiar a quien no invirtió en la infraestructura de telecomunicaciones del país y castiga a quien lo hizo. Fomenta la aparición de los proveedores golondrina, aquellos que compiten en el mercado de los servicios sin importarles el desarrollo de las infraestructuras nacionales y en esa medida pueden abandonar o cerrar sus operaciones cuando dejan de ser rentables o interesantes. Por el contrario, castiga, impone obligaciones, cargas y límites sobre los derechos de todos aquellos proveedores que creyeron en la oportunidad de invertir en Colombia, que generaron y vienen creando sistemáticamente desarrollo, que instalaron y mejoraron con su propio capital las infraestructuras de telecomunicaciones nacionales, como si ello fuere nocivo para la competencia, contrario a la calidad de los servicios y perjudicial para los usuarios.

Paradójicamente, con una medida como la propuesta, la regulación fomentaría y beneficiaría la existencia de operadores o proveedores que proveen sus servicios mediante el uso de infraestructuras ajenas, sin necesidad de acometer inversiones en el país, sin generar desarrollo de la infraestructura nacional, sin promover la expansión de las infraestructuras y, desde luego, sin asumir ningún riesgo sobre su capital.

Cabría preguntar al regulador entonces: ¿cuál sería la razón para que los actuales proveedores de la infraestructura habrían de continuar con sus proyectos futuros en Colombia?; y, ¿qué propósito tendría invertir cuantiosos recursos en el país, si en lugar de ello la regulación les permitiría e impondría que las infraestructuras de otros deban serles suministradas como instalaciones esenciales?

La consecuencia de la regulación propuesta a mediano y largo plazo es evidente: el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones en Colombia sufrirá un estancamiento y deterioro en muy corto tiempo, lo que incidirá directamente también en la calidad, expansión y competencia de los servicios, pues en la medida que la infraestructura no crezca y se desarrolle, los nuevos servicios y aplicaciones tampoco podrán ser suministrados.

El delicado equilibrio que existe entre el desarrollo de la infraestructura y la promoción de los servicios se afecta en el mediano y largo plazo con la propuesta de regulación.

Es más, la adopción de una medida como la propuesta quiebra la columna vertebral de la política de fomento y promoción del despliegue de la infraestructura que ordena la Ley en Colombia, es contraria con el cometido que tiene el Gobierno Nacional de promover la expansión y el crecimiento de la banda ancha en el país, pues este propósito pasa necesariamente por existencia y expansión de la infraestructura de telecomunicaciones que también se requiere para tal fin.

7. NO ES EL INSTRUMENTO DE REGULACIÓN ADECUADO PARA RESOLVER LOS SUPUESTOS PROBLEMAS POTENCIALES QUE SE PLANTEAN EN LOS CONSIDERANDOS.

Revisada la motivación contenida en los considerandos del proyecto de resolución de la referencia que se comenta se deduce que se hace referencia a dos situaciones distintas que supuestamente justificarían la propuesta.

Por una parte, la situación particular y concreta que se describe relacionada con el Proyecto Nacional de Fibra Óptica y la presencia en 745 municipios de un solo operador y, por otra parte, una situación genérica y teórica relacionada con las redes de fibra óptica y su relación costo vs demanda como mejor alternativa para el servicio de transporte de señales, lo cual justificaría, en ambos casos, disponer de *“instrumentos regulatorios que aseguren el acceso a las redes de transporte de fibra óptica por parte de otros proveedores en condiciones competitivas y no discriminatorias, con información detallada sobre las condiciones comerciales bajo las cuales es ofrecido dicho acceso”*.

En cuanto a la primera motivación, esto es el PNFO, hay que advertir que es un proyecto planeado, financiado y ejecutado por el Estado colombiano, para promover el acceso a los servicios de telecomunicaciones en municipios que carecían de ellas. De tal suerte que desde su inicio se conocía la situación que generaría un único proveedor y los potenciales riesgos que tal situación podría generar, razón por la cual, es a través de la relación contractual directa entre el regulador y dicho operador que se ha debido prever en primera instancia los mecanismos contractuales correspondientes.

De no haber ocurrido, como pareciera es el caso por la manifiesta preocupación expresa del regulador para motivar esta acción regulatoria, la capacidad de intervención del Estado puede y debe, corregir dichas fallas puntuales del mercado cuando ellas ocurran y se comprueben, examinando y adoptando los instrumentos regulatorios puntuales y concretos en cada caso particular, como por ejemplo la situación del Proyecto del Cable de Fibra Óptica Submarino a San Andrés.

En cuanto a la segunda motivación, la relacionada con el servicio de transmisión de señales a través de la red de transporte óptico, no es clara la razón por la cual todas las redes de fibra óptica utilizadas para transporte de capacidad entre dos o más municipios deben ser calificadas como *“instalaciones esenciales”* para *“asegurar el acceso a tales redes por parte de otros proveedores en condiciones competitivas y no discriminatorias, con información detallada sobre las condiciones comerciales bajo las cuales es ofrecido dicho acceso”*.

Es importante reiterar que la definición de *“instalaciones esenciales”* tiene como finalidad específica garantizar el acceso efectivo a la interconexión de redes y a través de la interconexión, asegurar la libre competencia.

Por otra parte, no hay evidencia ni está acreditado por el regulador que a la fecha todos los operadores de telecomunicaciones no pueden acceder a la interconexión con tales redes. Si se llega a acreditar una situación particular y concreta, el regulador está ampliamente facultado para imponer la correspondiente servidumbre de interconexión.

Así mismo, no es conveniente imponer la carga o limitación de “instalaciones esenciales” de manera general a todas las redes ópticas entre dos o más municipios sin haber acreditado y comprobado previamente y para cada caso particular, si efectivamente se satisfacen los fines y limitaciones del examen para establecer una “instalación esencial”.

Como se referencia en un aparte anterior, la imposición de limitaciones regulatorias, como las de las “instalaciones esenciales”, por ser de carácter restrictivo deben ser adoptadas de manera excepcional y para atender la garantía de interconexión, y a través de ella, el ejercicio de la libre competencia.

Evidentemente, cuando el regulador identifique una distorsión del mercado que requiera su intervención, lo podrá hacer pero debiendo utilizar los instrumentos regulatorios pertinentes para cada caso.

Creemos que la aplicación de la definición de instalaciones esenciales de manera previa, genérica y teórica, no es el instrumento regulatorio más eficaz para el problema potencial o teórico que se describe en los considerandos, y tiene el desafortunado resultado desestimular la inversión en infraestructura.

8. NO HAY JUSTIFICACIÓN PARA LA INTERVENCIÓN EN LA MEDIDA EN QUE NO ESTÁ PROBADO EL DAÑO REAL NI POTENCIAL RELACIONADO CON LA COMPETENCIA.

Revisados los elementos expuestos en el proyecto de resolución que se comenta, tampoco hay evidencia, ni siquiera sumaria, de un daño real o potencial, causado por los proveedores de los servicios de transmisión de señales a través de la red de transporte óptico entre municipios, que tenga por objeto o por efecto afectar la competencia, o impedir la interconexión de sus redes con la de los demás operadores que así lo soliciten.

Y aun si lo hubiera o se acredite posteriormente algún daño distinto por la falta de interconexión, tal situación podría y debería atenderse con otras medidas regulatorias distintas a la imposición de la carga de “instalación esencial” de manera general y abstracta para todos los proveedores de fibra óptica, ya que dicha medida se debe limitar a garantizar la interconexión de redes y a asegurar la competencia respecto de los actos reales y concretos que la afecten y no respecto de supuestos teóricos, irreales e infundados.

Por lo anterior solicitamos se sirva abstenerse de adoptar el proyecto regulatorio publicado por las razones antes señaladas.

Atentamente,


Alberto Polifroni Benedetti
Gerente General