

EL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA: SU DOBLE CONNOTACIÓN COLECTIVA E INDIVIDUAL

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN UNIJUS*

1. Servicios públicos, mercado y libre competencia

El nuevo régimen económico del Estado busca un modelo de equilibrio entre la libre competencia y la intervención del Estado en su calidad de director general de la economía¹. De acuerdo con los artículos 58, 60, 63, 332, 333 y 334 dicho régimen se basa en el derecho a la propiedad —que no está catalogado por la propia Constitución Política como un derecho fundamental, sino económico en el

* Claudia María Buitrago Restrepo, abogada, Germán Eduardo Osorio Vanegas, economista, Herculayde Conde Parra, socióloga.

1. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-425/92*, proferida en el caso de Mauricio Nicolás Sánchez Molano y Fabio Rojas Isaza contra el municipio de Chía, Cundinamarca, cuyo magistrado ponente fue el doctor Ciro Angarita Barón, según la cual 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 de bien común que “para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley”. (...) tampoco puede hoy imponerse limitación alguna a la libertad económica sin autorización de la ley, en virtud de lo dispuesto por el artículo 333 de la carta vigente.

artículo 58—, derecho a la libertad de actividad económica y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común (artículo 333, inciso 1o.); el derecho de todos a la libre competencia (artículo 333, inciso 2o., en concordancia con el artículo 88) y la prevalencia del interés público o social sobre el interés particular (artículo 1o., 58, 333, 336).

2. Antecedentes constitucionales

En la Asamblea Nacional Constituyente se expuso al respecto lo siguiente:

El artículo primero (333 en el texto final de la Carta) garantiza la libre actividad económica y precisa sus límites.

Su primer inciso se diferencia de la formulación contenida en la primera frase del artículo 32 de la Constitución vigente (la de 1886) solamente en cuanto sustituye el término “empresa e iniciativa privada” por el de “actividad económica”, vale decir, toda actividad humana tendiente a satisfacer necesidades, de modo tal que amplía su contenido y alcance al no encuadrar el espacio propio de la actividad económica den-

(...) Por expreso mandato de la ley fundamental vigente, estas limitaciones a la libertad económica sólo puede establecerlas el Congreso...

tro de los márgenes estrechos de la empresa y la iniciativa privada.

Mantienen la libertad económica dentro de los límites del bien común y la dirección de la economía en cabeza del Estado, como no puede ser de otra forma si se está de acuerdo, como nosotros lo estamos, en que la República de Colombia se defina como un Estado social de derecho, tal y como lo propone el proyecto presentado por el gobierno nacional a consideración de esta Asamblea.

Los incisos segundo y tercero introducen y desarrollan una novedad que consideramos esencial para calificar y al mismo tiempo hacer realidad el régimen de libertad de actividad económica. Se trata del *derecho individual y colectivo a la competencia económica leal y equitativa*. Este derecho asegura la libre actividad económica de todos, pero al mismo tiempo le impone a la de cada uno el límite del respeto a la libertad económica de los demás. En particular, defiende a los productores pequeños y a los solidarios de todas aquellas conductas que limiten su derecho a la actividad económica y a la competencia.

Sin embargo, el derecho colectivo a la competencia económica va más allá, en cuanto constituye un *derecho colectivo esencial de los consumidores y usuarios de bienes y servicios*, por cuanto de no existir la competencia económica estarían sometidos al ejercicio del poder monopólico o al abuso de posición dominante en

El mercado de acueducto y alcantarillado es descentralizado, disperso, con retrasos tecnológicos; aún imperan las condiciones de monopolio natural y de enormes problemas ambientales, especialmente en alcantarillado; en lo que tiene que ver con el área rural es aún más atrasado y en gran medida se encuentra en manos de las comunidades organizadas; el servicio de alcantarillado es casi inexistente

términos del costo o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan.

Pero, más aún el derecho a la competencia económica constituye un *derecho colectivo de la sociedad entera*, como quiera que la teoría y la práctica económica han demostrado que la libertad económica y el funcionamiento de los mercados conduce a la eficiencia en la asignación de los recursos escasos y a maximizar el bienestar general solamente en cuanto se desarrolle en condiciones competitivas. Así mismo, la libertad económica y el funcionamiento de los mercados es compatible con la efectiva democracia política solamente cuando no conduce a concentraciones excesivas de poder por estar efectivamente limitada por la

competencia en el mercado².

En el texto citado hay tres elementos importantes: se consagra la libre actividad económica, se mantiene la primacía del bien común y la dirección de la economía en el Estado, y se introduce el derecho a la libre competencia, en su doble connotación de *derecho individual y colectivo*, tanto desde el punto de vista de los agentes económicos como de los consumidores o usuarios, respectivamente. De estos

2. PERRY, Guillermo, SERPA, Horacio y VERANO, Eduardo. "Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia No. 59. Régimen económico y servicios públicos". Bogotá: *Gaceta Constitucional*, 1991. pág. 52.

derechos, los constituyentes dieron especial importancia al último como un paso para garantizar más transparencia en el mercado, en aras de un mayor beneficio de las personas que compran bienes o servicios, en cuanto a bajos precios y alta calidad.

Sobre el régimen económico existen importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional, según los cuales:

La libertad económica reconocida a los particulares, les permite perseguir su beneficio particular y la utilización de los recursos del país, dentro de los límites del bien común. El sistema económico consagrado en la Constitución parte de la premisa de que la empresa, reunión simbiótica de capital y de trabajo, es la base del desarrollo y del bienestar. La opción por la empresa y la consiguiente aceptación de la dinámica de la razón económica y del capital, no pueden sin embargo terminar por cosificar al hombre y avasallar el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación (C.P., art. 333). Para evitar la superación de estos límites, se ha confiado a la ley la delimitación del alcance de la libertad económica³.

...la Constitución consagra una economía social de mercado dirigida, puesto que reconoce genéricamente que la iniciativa privada y la actividad económicas son libres (C.P., art. 332) pero establece, también de manera global, que "la dirección general de la economía estará a cargo del Estado" (C.P., art. 333)⁴.

3. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-251/93*, proferida en el caso de Orlando Pastrana contra Productos Químicos del Huila S.A., Proquimhul. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Santafé de Bogotá, D.C.: 1993.
4. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-265/94*, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Santafé de Bogotá, D.C.: 1994.

La Carta, además, reconoce la posibilidad de que se creen monopolios públicos con fines estrictamente rentísticos, caso de las loterías, y *monopolios en actividades estratégicas o de servicios públicos*, como es la reserva estatal del servicio de telefonía móvil celular⁵; sobre el tema la Corte Constitucional se ha pronunciado de esta manera:

El papel del mercado como instrumento de asignación de recursos se concilia con el papel económico, político y social del Estado redistribuidor de recursos... la tarea de los poderes es la de generar una sociedad más justa y solidaria⁶. La reserva estatal del servicio de telefonía móvil celular no equivale a la creación de un monopolio legal con fines rentísticos y debe, por ello, analizarse a la luz del citado artículo 365 de la C.P.⁷.

Ahora, en cuanto a los monopolios privados, ha de entenderse a la luz del artículo 333, inciso 4o. de la Carta, que no quedaron proscritos; de su texto:

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.

5. Se debe advertir que el servicio de telefonía móvil celular, si bien es público, no pertenece en términos legales a la categoría de los domiciliarios, pero su caso permite ejemplificar el evento de considerar una actividad o un servicio como estratégico o de interés social, en los términos del artículo 265 de la Carta.
6. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-265/94*. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero, Santafé de Bogotá, D.C.: 1994.
7. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-318/94*. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Santafé de Bogotá, D.C.: 1994.

quedan claras varias cosas: la primera, que el Estado reconoce que puede haber personas o empresas con posición dominante en el mercado, es decir, reconoce situaciones monopólicas u oligopólicas; la segunda, que, dado lo anterior, compete al Estado impedir que se obstruya o restrinja la actividad económica. De allí la necesidad de que en los mercados, que por esencia son monopolios naturales, los agentes económicos actúen bajo condiciones de competencia simulada.

3. Desarrollo legal del derecho a la libre competencia

El derecho a la libre competencia, en el ámbito legal, se encuentra regulado mediante la Ley 155 de 1959, conocida como la "Ley antimonopolística colombiana", parcialmente derogada y complementada por la Ley 256 de 1996, a través de la cual se dictaron normas sobre competencia desleal. Llama la atención en esta normatividad que, aunque adjudica la titularidad del derecho "tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado", lo que involucra necesariamente a los usuarios y consumidores, es evidente que para el legislador los titulares centrales del derecho no fueron los consumidores ni los usuarios, vistos colectiva o individualmente, sino los comerciantes. Y ello obedece a una *visión privatista del derecho a la libre competencia* que, por supuesto, no corresponde al espíritu del constituyente.

Justamente por ello no aparece consagrada en la Ley 256 de 1996, junto con las acciones derivadas de la competencia desleal consagradas en el capítulo III, la acción popular que les correspondería a los usuarios y consumidores en ejercicio de su derecho colectivo a la libre competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Carta.

A su vez, la Ley de Reforma Financiera consagró la acción popular con el fin de proteger a los usuarios de las posibles conductas desleales en la actividad financiera y aseguradora. Con ello el citado estatuto reconoció la naturaleza colectiva del derecho de los usuarios del sistema financiero a beneficiarse de la libre competencia de los agentes económicos y, en consecuencia, definió el respectivo mecanismo jurídico de protección.

Por su parte, la Ley 142 de 1994 contiene, como dos de sus principios generales, la libertad de empresa (artículo 10) y la función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos (artículo 11); éstos son desarrollados en el título I de la ley, afisivo a las personas prestadoras de servicios públicos.

La Ley 142 de 1994 contiene también un especial tratamiento al tema del abuso de posición dominante por parte de una empresa de servicios públicos; ésta es definida por la sección 14.13 como "la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado".

Del análisis de la norma se desprende que la definición corresponde a un criterio objetivo⁸, esto es, parte de reconocer tanto el hecho real de que la empresa siempre tiene una posición dominante frente al usuario, independientemente de su conducta, como que el servir a un 25% o más de los usuarios existentes en un mercado le confiere automáticamente una posición dominante en el mismo. En uno y otro caso

8. CONCHA DELGADO, Santiago. "El abuso de posición dominante en la Ley 142 de 1994". En *Supervisión*, No. 2, Superintendencia de Servicios Públicos. Bogotá, 1996. pág. 56.

la ley persigue evitar que esa posición dominante, frente al usuario y frente a los competidores, sea utilizada de manera abusiva.

En este sentido el planteamiento de la Ley 142 es coherente con la Constitución sobre el derecho a la libre competencia. No obstante, la Ley 142/94 no reglamentó, para el tema de los servicios públicos domiciliarios, la forma en que podrían los usuarios ejercer la acción popular en defensa de su derecho colectivo a la libre competencia; dejó, de esta forma, enunciado un derecho colectivo, sin definir las condiciones de ejercicio del mecanismo constitucional de protección pertinente.

Ahora bien, en cuanto a la atribución para conocer de virtuales violaciones de las disposiciones primarias o secundarias sobre el derecho a la libre competencia, aunque existe una atribución general a la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con el Decreto 2153 de 1992, en el área específica de los servicios públicos domiciliarios se encuentra adjudicada a la Superintendencia de Servicios Públicos, tanto en lo que tiene que ver con las investigaciones, como con las medidas correctivas de rigor.

4. Regulación y libre competencia

La regulación en esta materia es indispensable y tiene un doble objetivo: de un lado, la libre asignación de recursos en cada mercado mediante mecanismos de transparencia que logren un equilibrio entre los costos de las empresas y los precios a los usuarios, y del otro, proteger a los usuarios, quienes constituyen la parte débil en la relación jurídica que surge del contrato de servicios públicos.

El esquema sectorial depende de las externalidades particulares. El mercado de acueducto y alcantarillado es descentralizado, disperso, con retrasos tec-

nológicos; aún imperan las condiciones de monopolio natural y de enormes problemas ambientales, especialmente en alcantarillado; en lo que tiene que ver con el área rural es aún más atrasado y en gran medida se encuentra en manos de las comunidades organizadas; el servicio de alcantarillado es casi inexistente: 45 sistemas atienden el 50% de la población, 165 municipios intermedios sirven el 20% y 849 el 30%¹⁰. El mercado del aseo tiene composición similar al anterior y sus condiciones tecnológicas y ambientales son críticas.

El de energía eléctrica está regionalizado, tiene un fuerte componente de capital de la nación, se encuentra en un proceso importante de mejoramiento tecnológico y de gestión, así como de privatización de los activos de generación del Estado; el peso relativo de la generación hídrica ha venido dando paso a una mayor participación de la generación térmica, especialmente después de la crisis del año 1992. Los agentes que participan en el mercado son alrededor de diez generadores de los cuales cuatro son privados, uno de transmisión, de economía mixta, y 26 distribuidores.

El servicio de gas domiciliario por redes es relativamente nuevo; anteriormente sólo existía el suministro de GLP y el subsector había venido siendo manejado por Ecopetrol. El proceso significativo de participación de capital privado comenzó con la enajenación de activos de la empresa Gas Natural, recientemente adelantado.

9. GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ, Ricardo. "El derecho a una libre competencia: aproximación al caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia". En *Supervisión*, No. 1., Superintendencia de Servicios Públicos. Bogotá, 1996, págs. 58-63.
10. DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN NACIONAL. *Documento COMPES 2912 - MDE-DNP. UPRU*. Versión aprobada. Bogotá, 1997, pág. 7.

El de telefonía ha tenido tradicionalmente un comportamiento dirigido hacia la reconversión tecnológica, la telefonía social y la descentralización, con participación del capital estatal, tanto de la nación como de los municipios y, en algunos casos, de los departamentos.

Existen 27 telefónicas entre departamentales y municipales¹¹ con extensión a 159 municipios, y catorce¹² empresas teleasociadas con participación de Telecom, que cubren doce municipios¹³ y prestan servicios de telefonía básica conmutada local y local extendida; entre ellas no existía un esquema competitivo pero éste comienza a abrirse paso bajo la vigencia de la Ley 142, al menos en los mercados fuertes, esto es, en las grandes ciudades, comenzando por la capital del país. Los cuatro operadores más grandes (ETB, EPM, EMCALI, ETM Barranquilla) dominan el mercado en las áreas de alto tráfico, ya que generan el 80% del tráfico de larga distancia saliente y tienen el 78% de las líneas instaladas en el país.

Según diagnósticos oficiales¹⁴, hay en general una adecuada cobertura y disponibilidad del servicio de telefonía en términos de densidades residenciales y no residenciales, dado el nivel de desarrollo del país.

En lo que tiene que ver con el servicio de telefonía pública conmutada de larga distancia nacional, Telecom

ha manejado el 87% del mercado y EDA el 13%; por lo tanto, técnicamente no es correcto hablar del monopolio de la primera mencionada. En la actualidad se encuentra en ciernes un proceso de liberalización de este segmento del mercado.

5. Los aspectos centrales de la libre competencia

La libre competencia contempla cuatro aspectos centrales: el libre e igualitario acceso al mercado, la segmentación del mercado desde la oferta, el derecho a la información y los derechos de los usuarios.

Sobre el primero, las tres comisiones regularon la posibilidad de las empresas de operar sin autorizaciones previas¹⁵, la prohibición a los municipios de imponer a los nuevos operadores condiciones que no existían para los operadores tradicionales y la obligación de las empresas de asegurar la posibilidad de acceso, uso e interconexión de sus redes, para lo cual deben cumplir con los requisitos técnicos relacionados con conectabilidad de los servicios.

El asunto ha tenido mayor relevancia en energía, gas combustible y telecomunicaciones, que en acueducto y alcantarillado, por las condiciones mismas de los mercados.

En relación con la segmentación del mercado desde la oferta, esto es, la separación de las empresas según los múltiples servicios que prestan, la separación de funciones y la limitación del capital de unas empresas en otras que desarrollen actividades com-

11. ANGARITA, Carmen Cecilia. "El marco regulatorio del proceso de apertura de larga distancia en Colombia, el impacto que este proceso ha tenido en Telecom, y cómo se ha venido preparando la empresa para la competencia". En *Revista Jurídica* número 26-octubre. Telecom, Bogotá, 1996, págs. 35-44.
12. VELÁSQUEZ JACOME, Douglas, coordinador COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES. "Oficio número 011061, información anexa". Bogotá, 1997, pág. 10.
13. BONILLA GONZÁLEZ, Ricardo, 1994, pág. 40.
14. MINISTERIO DE COMUNICACIONES. *Plan Nacional de Telecomunicaciones 1997-2007*. Bogotá, 1997, pág. 510.

15. Con excepción de la concesión de licencia requerida para utilizar el recurso hídrico y el espectro electromagnético, así como el acogimiento a las normas de planificación, uso de espacio público y normas de seguridad ciudadana en los municipios.

plementarias y la limitación de la participación global de un mismo agente en el mercado, las tres comisiones han expedido las respectivas regulaciones.

Este punto presenta una de las principales tensiones del modelo pues, aunque teóricamente el logro de la libre competencia exige como requisito la desintegración de los procesos productivos, la dinámica de los mercados lleva a la conformación de grandes conglomerados que bien integran múltiples servicios en un solo operador, integran múltiples actividades de un mismo servicio a través de varios operadores que pertenecen al mismo grupo económico, o van haciendo presencia cada vez más extensa en negocios similares de un mismo mercado. La situación es predicable frente a todos los servicios públicos domiciliarios.

La información ha sido considerada piedra angular del modelo, tanto en las relaciones empresa/usuario, como en aquellas entre agentes y órgano regulador/sujeto regulado; ello porque se considera que sólo se garantiza el derecho de la comunidad a la libre competencia cuando ésta se encuentra suficientemente informada; que el mercado es transparente cuando los agentes están informados y que la regulación es eficaz cuando la entidad reguladora dispone de la información necesaria para dictar disposiciones.

Si bien es cierto la libre competencia es la facultad que tienen unos agentes de competir con otros a través de su ingreso al mercado, es también, de manera central, un instrumento jurídico-económico, esto es, un derecho que el Estado reconoce a los usuarios vistos como un sujeto colectivo, para escoger al prestador que les brinde mejores condiciones de universalidad, subsidiariedad, eficiencia y continuidad en la prestación del servicio.

6. Regulación sectorial sobre libre competencia

Las reglas de juego que cada comisión ha definido en materia de libre competencia, aunque tienen los mismos objetivos, obedecen a diversas condiciones económicas, institucionales y tecnológicas, y por ello contienen diferentes acentuaciones; así, por ejemplo, el énfasis de la CRA se encuentra en el estímulo a la concurrencia de oferentes y en la contratación para la prestación de los servicios.

La CREG estipuló que cualquier empresa que preste el servicio público de energía eléctrica podrá instalar equipos que remueven las restricciones existentes en las redes de transporte, sean éstas de su propiedad o no.

La CRT enfatizó tanto en asegurar la universalización del servicio telefónico como en hacerlo confiable con tarifas razonables; para ello su regulación se ha basado en planes técnicos fundamentales que garanticen el desarrollo del servicio en un ambiente de múltiples portadores y conectantes, en el derecho de todas las personas a constituir, organizar, operar y desarrollar el objeto de empresas que presten los servicios de telefonía pública básica conmutada local -TPBCL-, local extendida -TPBCL- y móvil rural -TMR- y a invertir en empresas ya establecidas, en igualdad de condiciones con inversionistas extranjeros, sin necesidad de recibir una concesión, permiso,

autorización, licencia o registro previo estatal adicional a los establecidos en los artículos 25 y 26¹⁶.

Igualmente la CRT expidió importantes resoluciones sobre régimen de competencia en larga distancia nacional e internacional; su propuesta intentó la desintegración vertical de servicios de Telecom, en telefonía local y larga distancia, y la concesión simultánea de dos nuevas licencias para el establecimiento de operadores del servicio de larga distancia nacional e internacional, con la condición de no permitir la participación en la licitación de empresas locales con más de un millón de líneas telefónicas¹⁷.

En la actualidad ninguna de las disposiciones contenidas al respecto se encuentra vigente: los artículos pertinentes de la Resolución 28 de 1995 fueron subrogados por la Resolución 36 de 1996, cuyos preceptos, en lo que a Telecom respecta, fueron suspendidos por el Consejo de Estado mediante autos del 11 de julio y 19 de septiembre de 1996; posteriormente fue suspendida la expedición de nuevas resoluciones regulatorias de la CRT hasta tanto el Consejo de Estado se pronunciara a fondo sobre el asunto. Al respecto la alta corporación judicial decidió, en fallo definitivo, que la CRT —ni las demás, esto es,

*Estamos, pues,
ante un efecto perverso
de la visión privatista
de los servicios públicos
domiciliarios: la discusión
entre los prestadores estatales,
se ha radicado en la esfera del
derecho privado, mas no en la
del derecho público,
en la cual el nodo lo constituye
el derecho de los usuarios, por
encima del derecho de
aquellos como agentes
económicos.*

la CRA y la CREG— no puede ser delegataria de la potestad que el constituyente le otorgó, en forma exclusiva, al presidente de la República en el artículo 370 de la Constitución¹⁸. Es éste otro asunto de enorme importancia, pues pone en el filo de la navaja la totalidad de la regulación expedida hasta la actualidad, así como la que en el futuro se expida. Pero no sólo esto, sino que se pone en peligro el modelo mismo, cuya columna vertebral es la acción ejercida por las comisiones de regulación, definidas como entes relativamente autónomos de los ministerios, del Congreso y de la Presidencia misma, dadas las condiciones académicas de los comisionados

y su período fijo. Pero es éste un tema que rebasa la materia tratada en el presente documento.

Adicionalmente, en la negociación de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el gobierno nacional y Telecom con los sindicatos que tienen presencia en dicha empresa, se pactó una cláusula mediante la cual los primeros se comprometieron con los segundos a abstenerse de adelantar el proceso sin antes haber realizado una serie de siete foros nacionales e internacionales de discusión amplia sobre la viabilidad y conveniencia para la nación de la libera-

16. Concesión para la utilización del espectro electromagnético y disposiciones de planeación urbana.

17. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Evaluación del proceso de apertura del servicio de larga distancia en Colombia*. Bogotá, 1996, pág. 10.

18. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. Expediente No. 11.857 - Acción de nulidad. Actor: Enrique José Arboleda Perdomo. Demandada: Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Magistrado ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

lización de la larga distancia y la desintegración de la empresa, previo un estudio realizado por un grupo de expertos designados por las partes.

Algunos analistas han criticado estas medidas, pues

la consecuencia lógica de la expedición del Decreto 1900/90, del Decreto 2122/92 y la Ley 142/94, es que si a Telecom se le dio la licencia directa para explotar la telefonía local, a las telefónicas también se les debe dar la autorización de forma directa, sin necesitar de licencia ni pagar cuantiosas cifras para acceder al mercado de la larga distancia¹⁹.

Siguiendo estos planteamientos, las principales empresas locales presentaron una demanda conjunta ante el Consejo de Estado contra la aludida norma convencional, y sendas acciones de tutela contra la CRT, por virtual violación al derecho constitucional fundamental a la igualdad de las empresas locales frente a Telecom; de ellas, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de tutela del derecho calendada el 6 de junio de 1997, falló la interpuesta por la ETB y ordenó a la CRT la fijación inmediata de un cronograma de apertura y comienzo del proceso en tres meses. Fallos similares fueron expedidos por los tribunales superiores de Medellín y Cali, los cuales fueron confirmados por la Corte Suprema de Justicia.

7. El derecho a la libre competencia de los agentes económicos en el mercado de los servicios públicos domiciliarios

Ahora bien; visto el derecho a la libre competencia como la facultad que tienen los agentes económicos de

19. ARIZA, Weiner. "Apertura o monopolio". En *El Tiempo*. Bogotá, 2 de marzo de 1997, pág. 3E.

entrar al mercado, el panorama es más claro, toda vez que existe una normatividad regulatoria en todos los sectores de los servicios públicos domiciliarios. Sin embargo los procesos de privatización o de apertura no siempre han garantizado la participación de éstos en igualdad de oportunidades; así se desprende de las conclusiones que al respecto tiene el Ministerio de Desarrollo Económico, al evaluar la participación del sector privado en algunos casos específicos²⁰.

Se resalta el caso de Riohacha, donde el proponente puso como condición la firma de un contrato de asociación con Safage Luxemburg, otro de asociación con Lysa Colombiana S.A., E.S.P., que se podría modificar por uno de concesión tipo "affermag" o de arrendamiento y un tercero con Aquatechnique para el suministro de equipos²¹. Esta práctica iría en contravía de las propuestas de desagregación vertical de actividades planteada en el modelo para lograr un mercado más competitivo. En el proceso de Cartagena, el estudio del Ministerio señaló la limitación a la libre competencia y la excesiva intervención en el proceso del adjudicatario.

Según el Documento Conpes 2912²², en términos generales, los municipios han limitado la promo-

20. Información suministrada al equipo investigador por la Dirección Técnica de Agua Potable y Saneamiento Básico del Ministerio de Desarrollo Económico, mediante oficio 051180 del 21 de abril de 1997; al respecto también se consultaron OCHOA F, Francisco J. "Evaluación de la participación del sector privado en acueducto y alcantarillado -Enseñanzas-, Versión definitiva". Bogotá, 1996, págs. 21-37 y RIVERA, Gabriel y PIRAQUIVE, Gabriel. "Sector agua potable y saneamiento básico. Potencial para la participación privada en Colombia. Versión para discusión". Bogotá, 1997, págs. 29-33.
21. Datos contenidos en la información suministrada por la Dirección Técnica de Agua Potable y Saneamiento Básico.
22. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. "Documento Conpes 2912 de 1997", Santafé de Bogotá, D.C.: 1997, págs. 5-6.

ción de la competencia, dados los criterios poco objetivos de selección de proponentes y períodos insuficientes para la correcta preparación de las propuestas.

En el subsector de aseo el tema de la libre competencia cobra importancia al momento de la definición de los prestadores, toda vez que, en los municipios donde dicho proceso se ha adelantado, se han adjudicado áreas de servicio exclusivo. En alcanarillado es donde el proceso es más incipiente, dado el poco atractivo que tiene para el sector privado y el comunitario la prestación de dicho servicio.

En el subsector de energía eléctrica el derecho a la libre competencia ha dependido, como es obvio, de la capacidad económica de los competidores, tanto en lo referido a acometer nuevos proyectos, como a participar en procesos de privatización; no obstante la posibilidad de que compitan nuevos agentes económicos, surgidos de comunidades organizadas, o de formas solidarias, ha sido casi nula.

En el subsector del gas la tendencia es a una muy limitada competencia, dada la integración horizontal que en éste opera —que está permitida por la Ley 142/94, aunque normatizada por la vía regulatoria—; se observa allí la fuerte presencia de uno de los principales grupos económicos del país²³.

En el sector de la telefonía el tema de la libre competencia ha sido especialmente neurálgico en la larga distancia nacional e internacional, por cuanto la regulación había restringido el acceso al mercado por parte de las telefónicas locales, lo cual ocasionó una serie de acciones de tutela, todas ellas ganadas por los demandantes. En consecuencia, dando cumpli-

miento a los respectivos fallos judiciales, la CRT definió unas reglas de juego que permiten el acceso de dichos agentes a la prestación de estos servicios; el nuevo problema, surgido también a raíz de pronunciamientos judiciales, es la tesis del Consejo de Estado, según la cual la CRT no puede ser delegataria del presidente de la República para efectos de regular el servicio público domiciliario de telefonía.

8. La libre competencia: ¿asunto de derecho privado o de derecho público?

Algo que llama la atención en esta disputa originada entre las telefónicas locales y Telecom, todas empresas oficiales, es el hecho de que la libre competencia no es tanto un derecho fin en sí mismo sino, fundamentalmente, un derecho medio; es decir, aunque, si bien es cierto la libre competencia es la facultad que tienen unos agentes de competir con otros a través de su ingreso al mercado, es también, de manera central, un instrumento jurídico-económico, esto es, un derecho, que el Estado reconoce a los usuarios vistos como un sujeto colectivo, para escoger al prestador que les brinde mejores condiciones de universalidad, subsidiariedad, eficiencia y continuidad en la prestación del servicio. Ello se traduce en el derecho de todos a tener un servicio de calidad, permanente y a una tarifa justa, esto es, teniendo en cuenta el ingreso de unos y otros.

Estamos, pues, ante un efecto perverso de la visión privatista de los servicios públicos domiciliarios: la discusión entre los prestadores estatales se ha radicado en la esfera del derecho privado, mas no en la del derecho público, en la cual el nodo lo constituye el derecho de los usuarios, por encima del derecho de aquéllos como agentes económicos.

23. El Grupo Santodomingo es socio de numerosas empresas de gas.

Lo anterior se afirma por dos razones: la primera es el debate de la Asamblea Nacional Constituyente en el cual se concluyó que *la libre competencia tiene una doble connotación de derecho individual y colectivo*; la segunda, es un principio fundamental de la Carta: la prevalencia de interés social sobre el interés individual. Por lo tanto el *citado* derecho, además de contextualizarse en la órbita de los derechos de primera generación, como un desprendimiento al derecho de ejercer una actividad económica, se inserta de manera esencial en la esfera de lo colectivo; de allí su naturaleza pública, así los actos de los prestadores se regulen por normas de derecho privado²⁴.

9. Instrumentos jurídicos y económicos de definición del beneficio de los usuarios de la libre competencia efectiva, de los agentes económicos en los servicios públicos domiciliarios

Los principales beneficios que la Ley 142/94 busca para los usuarios, a través de un esquema competitivo de prestación de servicios públicos domiciliarios, giran en torno a tres aspectos: mayor transparencia en el modelo de costos de las empresas, mayor transparencia en su modelo tarifario y mejor calidad en el servicio.

Existen importantes normas en la Ley 142/94 relacionadas con el derecho a la libre competencia; entre ellas se destacan el artículo 34, que prohíbe las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas, y el artículo 133 que define las conductas típicas de abuso de posición dominante de la empresa frente a los usuarios. Los numerales 4 y 5 del citado artículo aluden específicamente al derecho de los usuarios a

24. Se debe recordar que este principio es aplicable a aquellos aspectos no reglados por la Constitución y la Ley 142 de 1994.

elegir con quién contratar la prestación del servicio público domiciliario y sus actividades complementarias o conexas.

Otras dos disposiciones que vale la pena recalcar son las contenidas en los artículos 6-3 y 18 de la Ley 142/94. La primera se relaciona con la posibilidad que tienen los municipios de prestar directamente el servicio cuando, a juicio de la Superintendencia de Servicios Públicos y, luego del respectivo estudio, se encuentra que, habiendo empresas deseosas de realizarlo, lo harían a mayores costos, en condiciones de calidad similar del servicio. La segunda contempla la posibilidad de que las comisiones de regulación obliguen a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo, *cuando se establezca que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario.*

De otro lado, gran parte de las disposiciones referidas a la regulación y el control están también dirigidas a lograr un mercado competitivo y, con ello, obtener a su vez un beneficio para los usuarios. No obstante, no siempre es viable un esquema de competencia, dadas las condiciones de monopolio natural y de la importancia de las economías de escala en algunos de los servicios o de sus actividades.

Por lo pronto, interesa recalcar que no siempre el proceso de privatización, que caracteriza el régimen impuesto por la Ley 142/94, lleva implícita la competencia entre prestadores, como sucede con los sistemas de acueducto y alcantarillado, o de transmisión de energía eléctrica; en todos ellos los prestadores deben actuar en un régimen de competencia simulada y es allí donde se requiere fortalecer la capacidad regulatoria del Estado. En este caso, el interrogante que surge es el siguiente: ¿Qué pasa con el beneficio de los usuarios si, antes que el tránsito de un esquema

monopólico hacia otro competitivo, lo que sucede es el reemplazo de un monopolio público por uno privado?

Lo expuesto pone de presente la necesidad de definir parámetros expeditos de medición que permitan establecer de manera clara, y previa a la toma de decisiones, la forma en que se manifestaría el beneficio y a cuánto ascendería en determinada unidad de tiempo. Lo contrario equivaldría a tomar decisiones de una gran trascendencia sin saber a ciencia cierta cuáles serían los beneficios precisos para los usuarios.

Tal es justamente el caso de Telecom, con cuya escisión, al parecer, se beneficiarían mayormente los usuarios del servicio de telefonía de larga distancia internacional —que son la minoría—, a quienes se les rebajaría la tarifa, pero al mismo tiempo a los del servicio de telefonía de larga distancia nacional —que son la mayoría—, se les rebajaría la suya. Tampoco se sabe a ciencia cierta quién y en qué condiciones atendería el servicio de telefonía social.

No siempre el proceso de privatización, que caracteriza el régimen impuesto por la Ley 142/94, lleva implícita la competencia entre prestadores, como sucede con los sistemas de acueducto y alcantarillado, o de transmisión de energía eléctrica, en todos ellos los prestadores deben actuar en un régimen de competencia simulada y es allí donde se requiere fortalecer la capacidad regulatoria del Estado.

10. Conclusiones y recomendaciones

La primera conclusión es que se requiere llevar el tratamiento de esta materia al terreno de lo público, es decir, a tratar el derecho a la libre competencia en su naturaleza colectiva, en contraposición al debate privatista que se ha desarrollado, con base en una visión puramente individual de dicho derecho. Esto necesariamente conlleva a plantear parámetros claros y transparentes de definición de los beneficios colectivos del desarrollo de la libre competencia.

Y, en los procesos de privatización, que no se traduzcan en esquemas competitivos, para que se den comportamientos de competencia simulada, se precisa de un gran fortalecimiento de los órganos reguladores, sean éstos las comisiones o la propia Presidencia de la República, siguiendo la tesis del Consejo de Estado.

Por supuesto, ello implica ciudadanos actuantes, no sólo en cuanto a peticiones y reclamos puntuales, sino partícipes de la planificación, la regulación y el control de los servicios públicos domiciliarios.