



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)
IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXIII - Nº 65

Bogotá, D. C., viernes, 28 de febrero de 2014

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariassenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 173 DE 2014 SENADO

por la cual se establecen los mecanismos de intervención del estado para proteger a los usuarios, garantizar la calidad de los servicios y promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto fortalecer las finalidades y mecanismos de intervención del Estado en los mercados de telecomunicaciones para proteger a los usuarios, mejorar la calidad de los servicios y promover la competencia sostenible en el sector.

Artículo 2°. *Ámbito de aplicación.* La presente ley se aplica a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones en Colombia, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

Artículo 3°. *Protección de los derechos de los usuarios y promoción de la competencia.* Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas que conforman el régimen general de libre competencia y el régimen de protección de usuarios de telecomunicaciones, el Estado debe intervenir el sector en el marco de lo dispuesto en los artículos 75, 333, 334 y 365 de la Constitución Política, para alcanzar los siguientes fines:

1. El bienestar de los consumidores, el cual se protege con el ejercicio de su derecho de libre escogencia y a través de una intensa competencia entre proveedores que genere la oferta de una mayor variedad de servicios de mejor calidad.

2. El mejoramiento de la calidad de los servicios y la promoción de la inversión en redes de telecomunicaciones. Por medio de mecanismos como: la armonización de las competencias nacionales y territoriales, el establecimiento de parámetros generales para la instalación y despliegue de redes, reglas para la localización de redes acorde con la Ley 1554 de 2011, la agilización de los trámites territoriales requeridos

para su construcción, la eficacia de las normas para el uso eficiente y oportuno de aquella infraestructura construida para prestar otros servicios y que sea susceptible de compartición.

3. La asignación eficiente y equitativa del espectro radioeléctrico, teniendo en cuenta la definición de reglas que promuevan una competencia sostenible en el sector de telecomunicaciones.

4. La garantía de acceso, uso e interconexión de la infraestructura y redes de telecomunicaciones.

CAPÍTULO I

Medidas para proteger a los usuarios

Artículo 4°. *Garantía de los derechos de los usuarios.* Con el propósito de garantizar los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, se faculta a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para expedir nuevas normas o modificar las existentes, con el fin de aplicar las siguientes medidas:

1. **Cobro por segundos.** Los usuarios de telefonía móvil pagarán por el número de segundos de duración de sus llamadas. En consecuencia la duración de estas llamadas no se podrá cobrar redondeándola al minuto o a cualquier otra unidad de tiempo.

2. **Prohibición de distribución exclusiva de terminales y dispositivos móviles.** Con fundamento en la Ley 256 de 1995, la Comisión de Regulación de Comunicaciones prohibirá la distribución exclusiva por parte de un proveedor de cualquier modelo de dispositivo o terminal móvil asociado directamente al acceso a los servicios de voz y/o datos móviles.

Artículo 5°. *Prohibición de conexión de nuevos usuarios.* La Comisión de Regulación de Comunicaciones prohibirá la conexión de nuevos usuarios a las redes de proveedores que de manera reiterada estén incumpliendo las metas mínimas de calidad de servicio o de atención a los usuarios que fije la regulación. La CRC reglamentará las condiciones específicas bajo las cuales se aplicará esta medida, tomando en cuenta que la misma regirá sólo en aquellas zonas geográficas

donde otros proveedores tengan la capacidad de atender satisfactoriamente la demanda bajo mejores condiciones de calidad de servicio y atención al usuario.

CAPÍTULO II

Medidas para mejorar la calidad de los servicios

Artículo 6°. *Determinantes de los planes de ordenamiento territorial.* Adiciónese el artículo 10 de la Ley 388 de 1997 con los siguientes numerales:

5. Los parámetros que expida la Comisión de Regulación de Comunicaciones para promover el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, de conformidad con los principios de trato no discriminatorio, promoción de la competencia, eficiencia, garantía de los derechos de los usuarios y promoción del acceso en aras de superar condiciones de desigualdad, marginalidad y vulnerabilidad de la población.

6. Los parámetros que expida la Agencia Nacional del Espectro para vigilar que las antenas de telecomunicaciones cumplan con los límites de campos electromagnéticos establecidos por la Organización Mundial de la Salud.

Artículo 7°. *Terminación de contratos de suscripción por deficiente calidad de servicio.* Los usuarios tendrán derecho a dar por terminados sus contratos de suscripción de servicios de telecomunicaciones sin ningún tipo de sanción cuando reiteradamente su proveedor haya incumplido las metas mínimas de calidad de servicio fijadas en la regulación.

Adicionalmente, los usuarios quedarán exonerados del pago del cargo fijo del mes en el que decidan retirarse. Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, la Comisión de Regulación de Comunicaciones reglamentará las condiciones específicas bajo las cuales se aplicará esta medida. En este caso el proveedor no podrá cobrar a los usuarios penalización por la terminación de contratos en los cuales no haya transcurrido el plazo fijado en cláusulas de permanencia. Esta estipulación se aplicará sin perjuicio del derecho de los proveedores de realizar las gestiones que permitan cobrar los saldos no pagados por concepto de financiación de terminales y/o dispositivos móviles, y sin perjuicio de los derechos a que tenga lugar el usuario en virtud de las normas de protección de usuarios expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Artículo 8°. *Proyectos de cumplimiento de indicadores relevantes de la calidad de los servicios.* Dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, la Comisión de Regulación de Comunicaciones expedirá una norma en virtud de la cual aquellos proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que reiteradamente incumplan las metas mínimas de los indicadores relevantes de calidad de servicio, en una o varias áreas geográficas de operación, se comprometerán a desarrollar un proyecto específico que garantice el cumplimiento de tales indicadores en un plazo determinado. Para el efecto, la Comisión de Regulación de Comunicaciones definirá, entre otros aspectos, los indicadores relevantes, sus metas mínimas, un procedimiento confiable de medición de los mismos, los plazos de presentación y desarrollo de los proyectos, y los mecanismos de seguimiento que hará la entidad. Cada proyecto presentado por un proveedor, y el respectivo cronograma de ejecución

de actividades, serán aprobados por la Comisión de Regulación de Comunicaciones. El incumplimiento de la presentación del proyecto, de las modificaciones requeridas para su aprobación, o los incumplimientos graves de sus metas de ejecución, acarrearán las sanciones que imponga la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

CAPÍTULO III

Medidas para promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones

Artículo 9°. *Proveedores con posición de dominio.* En virtud de la presente ley, y con el fin de controlar la concentración de los mercados de servicios móviles, prevenir prácticas monopólicas y restricciones a su funcionamiento eficiente, se considerará que un proveedor de servicios móviles ostenta posición de dominio cuando directa o indirectamente concentre una participación superior al treinta por ciento 30% de los ingresos nacionales por servicios de telecomunicaciones móviles de voz y datos.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones publicará anualmente un documento donde determine si existen operadores con posición de dominio en dichos mercados. Este acto administrativo será plena prueba de la existencia de posición de dominio y las medidas se aplicarán de pleno derecho.

En ningún caso, se permitirá por parte de la Comisión de Regulación de Comunicaciones operadores que ostenten una posición de dominio en el mercado superior al 40% de los ingresos nacionales por servicios de telecomunicaciones móviles de voz y datos, la constatación de este hecho originará por parte de la señalada Comisión suspensión de los títulos habilitantes o de las autorizaciones emitidas para el uso del espectro y la devolución de las frecuencias asignadas.

Artículo 10. *Medidas aplicables automáticamente a los proveedores con posición de dominio.* Sin perjuicio de las medidas que defina la Comisión de Regulación de Comunicaciones en cumplimiento de su misión de promoción de competencia, esta entidad aplicará de manera automática y sin necesidad de una actuación administrativa de carácter particular, las siguientes medidas a los proveedores con posición de dominio en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz y datos:

1. Obligación de compartición de infraestructura. Dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a la fecha de expedición de la presente ley, la Comisión de Regulación de Comunicaciones definirá una reglamentación que garantice a cualquier proveedor de servicios móviles el acceso y uso de la infraestructura que directa o indirectamente controlen los proveedores con posición de dominio en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz y datos. Tal reglamentación definirá las condiciones de acceso y uso de la infraestructura de la red móvil del proveedor con posición de dominio, e incluirá las condiciones técnicas de su suministro, las reglas que prevengan restricciones a su acceso y uso o la dilación de las negociaciones entre los proveedores, la fijación de tarifas que remuneren costos incrementales de largo plazo, y un calendario de implementación. Las actuaciones del proveedor a quien se le aplique esta medida que tenga como efecto la dilación de la obligación de compartición de infraestructura, el retardo en la ejecución de los contratos o el incumplimiento

de condiciones contractuales relevantes, dará lugar a su exclusión de los procesos de adjudicación de espectro, a la suspensión temporal de ventas de servicios móviles, y/o a la suspensión del inicio de operación de redes soportadas en las nuevas frecuencias que se le hayan asignado.

2. Cargos de acceso. La Comisión de Regulación de Comunicaciones definirá las tarifas de cargos de acceso aplicables a los proveedores con posición de dominio en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz y datos. Estas tarifas tomarán en cuenta las diferencias entre la estructura de costos y la escala de operación del proveedor con posición de dominio y las de sus competidores.

3. Control a la oferta de paquetes. La Comisión de Regulación de Comunicaciones expedirá medidas para garantizar que el empaquetamiento no sea utilizado por el proveedor con posición de dominio en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz y datos para obtener una posición competitiva privilegiada en dichos mercados. La CRC controlará los precios y demás condiciones comerciales bajo las cuales dicho proveedor ofrecerá sus paquetes de servicios, de manera tal que estos no limiten la capacidad de respuesta por parte de sus competidores.

Parágrafo 1°. La Comisión de Regulación de Comunicaciones definirá la vigencia de las anteriores medidas, tomando en cuenta que en todo caso estas regirán mientras persista la posición de dominio.

Artículo 11. *Medidas aplicables por parte del Ministerio de TIC.* Sin perjuicio de las decisiones que adopte el Ministerio de TIC en cumplimiento de los objetivos y funciones que le asignó la Ley 1341 de 2009, esta entidad aplicará las siguientes medidas a los proveedores con posición de dominio en los mercados nacionales de servicios de telecomunicaciones móviles de voz y datos:

1. Reglas asimétricas en los procesos de adjudicación de espectro. Al proveedor con posición de dominio el Ministerio de TIC le impondrá en los procesos de adjudicación de espectro radioeléctrico reglas que restrinjan el tipo o la cantidad de espectro que este podrá adquirir. También le fijará valores base de subasta superiores a los que se establezcan para otros aspirantes, y le definirá obligaciones más onerosas de servicio universal y migración de frecuencias. Tales reglas asimétricas serán proporcionales a los problemas de competencia que haya evaluado la Comisión de Regulación de Comunicaciones o que pudiesen surgir en razón de la participación de mercado del proveedor a quien se le apliquen.

2. Cuota de contribución al Fondo de TIC. El Ministerio de TIC fijará de manera asimétrica el porcentaje sobre los ingresos por servicios de telefonía y datos móviles con el cual el proveedor con posición de dominio contribuirá al Fondo de TIC. Esta medida se adoptará siempre que sus utilidades operacionales sean sustancialmente superiores a las del resto de competidores.

Artículo 12. *Reglas y condiciones especiales de asignación y uso del espectro.* Con los propósitos de propiciar la optimización de los costos de despliegue de las redes de proveedores no dominantes y buscar que la competencia sostenible impulse la masificación de las TIC, el Ministerio de TIC y la Agencia Nacional

del Espectro definirán aquellas reglas y condiciones que mejor incentiven la adquisición compartida de derechos de explotación del espectro radioeléctrico, o su utilización compartida, por parte de los proveedores entrantes y/o con participación minoritaria en el mercado telecomunicaciones móviles de voz y datos.

Con el fin de facilitar la ágil implementación de redes de transmisión que usan frecuencias para enlaces punto a punto, dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a la fecha de expedición de la presente ley el Ministerio de TIC expedirá una reglamentación para asignar directamente espectro en aquellos casos donde el nivel de ocupación de una banda de frecuencias y la suficiencia del recurso lo permitan. Tal reglamentación también podrá incluir la asignación directa de espectro cuando el Ministerio de TIC estime pertinente promover la masificación de servicios en las regiones, en especial para zonas de baja demanda. En este caso el Ministerio de TIC dará prelación a la asignación de este tipo de espectro a las empresas locales y regionales de telecomunicaciones con capital público que no dispongan de espectro para estos fines.

CAPÍTULO IV

Disposiciones administrativas

Artículo 13. *Facultades de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.* La presente ley faculta a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para que, en concordancia con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, expida ágilmente las medidas necesarias para mejorar la calidad de los servicios de telecomunicaciones, expedir determinantes de ordenamiento territorial, promover la competencia en los mercados nacionales de dichos servicios, controlar su concentración, prevenir prácticas comerciales restrictivas, y en general aquellas actuaciones de los proveedores que afecten el bienestar de los usuarios. Estas medidas podrán aplicarse sin necesidad de una actuación administrativa de carácter particular.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones queda facultada para reglamentar el acceso y uso de insumos esenciales, prohibir temporalmente la conexión de nuevos usuarios en el área de operación de una red donde se comprueben deficientes niveles de calidad de servicio, u ordenar a un proveedor la separación geográfica de sus operaciones en empresas independientes, la escisión de sus unidades de negocio o la enajenación de parte de sus activos, cuando estas medidas resulten necesarias para proteger a los usuarios, mejorar la calidad de los servicios o preservar la competencia sostenible en el sector de las telecomunicaciones. Tales medidas serán en todo caso evaluadas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones para efectos de definir las aplicables a los proveedores con posición de dominio de que trata el artículo 12 de la presente ley.

Artículo 14. *Funciones de regulación.* Corresponde a la Comisión de Regulación de Comunicaciones regular y tomar medidas frente al cumplimiento de los actos administrativos de carácter general y particular expedidos por la misma y sancionar sus violaciones.

Las multas que la Comisión de Regulación de Comunicaciones imponga en desarrollo de la función a la que hace referencia el presente artículo deberán seguir las reglas de dosimetría contenidas en la Ley 1340 de 2009 en materia de prácticas restrictivas de la competencia.

Artículo 15. *Estructura de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.* La Comisión de Regulación de Comunicaciones tendrá una dirección dedicada a la supervisión y sanción de las infracciones a la regulación expedida por la entidad (Dirección de Supervisión y Sanción).

Será competencia privativa de dicha Dirección la decisión en primera instancia de todos los procesos administrativos sancionatorios que sean de competencia de la entidad, con fundamento en la Ley 1341 de 2009 y la presente ley. Las decisiones de la Dirección de Supervisión y Sanción podrán apelarse ante la Comisión de Regulación de Comunicaciones, siguiendo el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Parágrafo. Durante los seis meses siguientes a la fecha de expedición de la presente ley, el Gobierno Nacional deberá definir una nueva planta de personal para la citada Dirección de Supervisión y Sanción.

Artículo 16. *Sanciones al incumplimiento de esta ley.* El incumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley será sancionado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, el Ministerio de TIC o la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con sus respectivas competencias, siguiendo los procedimientos y demás estipulaciones de la Ley 1341 de 2009 que resulten aplicables. Los incumplimientos graves podrán dar lugar a la suspensión temporal del inicio de operación de nuevas redes, la prohibición de conexión de nuevos usuarios en determinadas áreas geográficas, la exclusión de empresas de los nuevos procesos de adjudicación de espectro, o la revocación de títulos habilitantes.

Artículo 17. *Vigencia y derogatorias.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Alexánder López Maya,
Senador de la República.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Protección de los usuarios de telecomunicaciones

La protección de los derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones puede darse de dos formas:

- a) directamente, a través de medidas que favorezcan una mejor calidad de los servicios, garanticen mejores precios y protejan los derechos de los consumidores, o
- b) indirectamente, a través de medidas que promuevan una mayor competencia y como consecuencia los usuarios puedan gozar de mayor variedad de ofertas, menores precios y mayor cobertura, gracias a la rivalidad entre proveedores.

1. Marco Constitucional y Normativo

El presente proyecto de ley está enmarcado dentro de lo dispuesto en los artículos 333, 334, 336, 365 y 75 de la Constitución, para alcanzar fines de bienestar de los consumidores vía calidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, una mayor competencia, promoción de la inversión y la innovación, asignación eficiente y equitativa del espectro radioeléctrico y eliminación de las prácticas restrictivas de la libre competencia en su asignación, uso y explotación.

La Constitución colombiana es clara al establecer que la prestación de los servicios públicos es responsabilidad del Estado. Cuando dicha prestación se hace a través de terceros el Estado tiene la obligación de establecer límites para garantizar la adecuada prestación de los servicios, la libre competencia y el bien común, con el fin último de promover el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos.

Para la prestación del servicio de telecomunicaciones es preciso ceñirse a los límites que impone la Carta Política en su artículo 333 dentro de los que se destacan el bien común, la función social de la empresa y el derecho a la libre competencia económica.

El artículo 365¹ de la Constitución señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, a quien corresponde asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Dicha prestación puede ser directa por parte del Estado, o indirecta por medio de particulares. En todo caso, es claro que el Estado se reserva la regulación, control y vigilancia de dichos servicios, en procura de garantizar el mejoramiento continuo en su prestación y la satisfacción del interés social. Del mismo modo el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 establece que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público bajo la titularidad del Estado.

A su vez, el artículo 334 de la Constitución establece que la dirección de la economía está a cargo del Estado quien deberá intervenir en la prestación de los servicios públicos con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional, la distribución equitativa de oportunidades, los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Igualmente, el artículo 4° de la Ley 1341 de 2009 determina que uno de los fines de la intervención del Estado en el sector de telecomunicaciones es proteger los derechos de los usuarios, velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios².

El marco constitucional y legal anteriormente descrito permite evidenciar que, toda vez que el concedente para la prestación de los servicios públicos es el Estado, este es el responsable último de que los mismos se presten en un ambiente de sana y leal competencia que garantice a su vez las mejores tarifas y calidad para los usuarios, en busca de la satisfacción de sus derechos e intereses.

La libertad económica como concepto ligado a la libre competencia, así como a la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad de contratación y en general a todos los derechos y libertades dentro del marco de un Estado Social de Derecho, no es absoluta sino que se encuentra limitada por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general sobre el particular.

Así, la libertad de empresa y la libertad contractual están sometidas a las limitaciones que el legislador establezca con fundamento en el artículo 333 de la Constitución y en el postulado de la prevalencia del bien común. Por lo anterior, se concluye

¹ La Corte Constitucional en las Sentencias C-1162 de 2000, C-150 de 2003, C-353 de 2006 y C-186 de 2011 desarrolla el alcance de las facultades de regulación como mecanismo de intervención del Estado en la economía. CRC (2013).

² CRC (2013).

que el derecho a la competencia se constituye en un límite para el ejercicio de estas libertades de índole económico. En este orden de ideas, los agentes económicos no se encuentran legitimados para actuar de forma arbitraria en el mercado, sino que deben respetar las reglas que el legislador haya establecido en aras de proteger a los usuarios y la libre competencia.

Como mecanismos de protección del bienestar de los usuarios la Ley 1341 de 2009, siguiendo los lineamientos contenidos en el artículo 333 de la Constitución, establece que 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.

La competencia se debe asegurar con más razón cuando para la prestación de los servicios públicos se hace uso de bienes públicos, como por ejemplo el espectro, que es un insumo esencial y escaso para la prestación de servicios sobre tecnologías inalámbricas.

Cabe además notar que con relación a este último punto la Constitución Política de Colombia en su artículo 75 reguló de manera especial el espectro electromagnético, para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso, el pluralismo informativo y la competencia, y estableció que el Estado intervendrá para evitar prácticas monopolísticas. En este sentido es menester destacar que para la regulación del espectro no solamente se deben tener en cuenta las normas constitucionales que se refieren a los servicios públicos referidas anteriormente, sino que estas deben ser complementadas con la obligación de intervención que tiene el Estado para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. Nótese que la norma especial en la materia no se refiere a impedir el abuso de la posición dominante sino que directamente estableció la obligación del Estado de evitar las prácticas monopolísticas.

El Estado no tiene que esperar a la consolidación de un monopolio para emitir regulación contra aquellos agentes económicos que vayan contra los fines y propósito que él persigue. La palabra evitar en el artículo 75 de la Constitución le da toda la autoridad al Estado para emitir leyes y otras regulaciones que eviten llegar a una situación como la consolidación o la creación de un monopolio.

El artículo 336 de la Constitución Nacional va también en la vía de promover la competencia e impedir la consolidación de monopolios. En Colombia los monopolios están prohibidos excepto en el caso de los denominados monopolios rentísticos, los cuales están constituidos con fines públicos o sociales, disponen de rentas de exclusivas, y exigen ley previa e indemnización de los afectados.

Es congruente con la Constitución Nacional el establecer limitaciones a la libertad económica y a la libre competencia, más cuando lo que se busca es impedir que se obstruya o se restrinja la competencia económica o que se establezcan monopolios en el sector de telecomunicaciones. El artículo 333

de la Constitución Política, que sustenta el establecimiento de límites a la libertad económica, señala que estos derechos y libertades no son absolutos³.

Para que puedan limitarse las libertades económicas, en las mismas palabras de la Corte Constitucional⁴, se deben cumplir los siguientes requisitos: 1. Establecerse por ley. 2. No afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa. 3. Que exista motivación suficiente. 4. Que se promueva la solidaridad social. 5. Que la medida sea razonable y proporcional.

Los artículos de la presente iniciativa de rango legal están justificados en tanto persiguen la garantía del interés general y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, y no anulan los derechos de libertad económica⁵.

Las medidas propuestas no afectan el núcleo esencial de la libertad de empresa puesto que no pretenden restringir la participación empresarial en el mercado de telecomunicaciones sino que por el contrario buscan establecer algunos limitantes a la prestación de este servicio público, que garanticen la libre competencia de todos los actores involucrados en pro de los usuarios. Se ordena la intervención Estatal en el sector de telecomunicaciones cuando las empresas alcancen cierto nivel de participación de mercado (40% de los ingresos de voz y datos móviles) con el fin de garantizar que la concentración no afecte el bienestar de los usuarios, vulnere sus derechos o afecte la calidad del servicio al que acceden.

Además, esta iniciativa brinda a los usuarios herramientas eficaces para ejercer sus derechos, en especial el derecho fundamental a la comunicación⁶.

Asimismo, cuenta con motivación suficiente, en tanto se busca evitar la pérdida de bienestar de los consumidores y la cuasi-monopolización de un mer-

³ “Artículo 333. *Iniciativa privada y empresa*. 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”.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-368 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, Thomson Civitas, Segunda Edición, Navarra, 2007, diferencia claramente la exclusión del derecho de la limitación. GARCÍA DE ENTERRÍA⁵ al hacer referencia a cuando se puede incurrir en una expropiación de derechos, señalando que el núcleo fundamental del derecho de propiedad no implica que no se pueda limitar “*atientes*”. “Hay que hacer una distinción fundamental entre “*atientes*” que implican “*desposesión*”, “*privación*” o “*desnaturalización*” de dicho derecho, de aquellas otras que no llegan a ese extremo, de modo que sólo las primeras están condicionadas por su validez al régimen de la expropiación indemnizada”.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-032 de 1995.

cado que ya se encuentra altamente concentrado. Se promueve la solidaridad social, en tanto se incentivaría la solidaridad en la propiedad de los medios de producción⁷. Pretende desarrollar a cabalidad el principio de libre competencia económica, que comprende la concurrencia en el mercado de varios operadores. Y a la vez asegura el derecho del consumidor a acceder a diferentes ofertas de bienes y servicios que pueden ser provistos por diferentes proveedores^{8,9}.

Por último, las medidas para protección de los usuarios de telecomunicaciones, el mejoramiento de la calidad de los servicios y la promoción de la competencia efectiva en el sector que se proponen en el proyecto son razonables y proporcionales, y superarían un test de razonabilidad y proporcionalidad constitucional porque responden a un fin legítimo cual es asegurar los fines generales y los derechos previstos en la Constitución. Son un mecanismo imperioso y necesario, por cuanto de no adoptarse se corre el riesgo de consolidación de un cuasi-monopolio y se generarían restricciones competitivas que afectarían de fondo el mercado de telecomunicaciones colombiano.

Los sustentos legales de la presente iniciativa comprenden las obligaciones que las autoridades deben asumir para evitar cualquier situación que ponga en riesgo el bienestar de los colombianos usuarios de servicios de telecomunicaciones.

2. Necesidad de un proyecto de ley que garantice la protección de los usuarios de telecomunicaciones, promueva mejor la calidad de los servicios y promueva la competencia entre proveedores

Entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)¹⁰, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)¹¹, Fedesarrollo¹², la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹³ y varios Congresistas, han venido advertido sobre la pérdida de bienestar de los usuarios colombianos como consecuencia de la estructura de mercado del sector de telecomunicaciones, la mala calidad de los servicios producto de la falta de inversión

de los proveedores dada la incertidumbre que genera la alta concentración de mercado, el riesgo de contagio de los problemas de competencia en telefonía móvil a los demás mercados TIC (especialmente al de datos móviles), y la necesidad urgente de una política pública integral que elimine las fallas de mercado existentes y beneficie a los colombianos usuarios de las TIC.

En este contexto, el Congreso de la República tiene la obligación de brindarles a los colombianos un nuevo esquema de mercado para los servicios de telecomunicaciones, donde se garantice la cobertura, la calidad y los bajos costos tarifarios a los usuarios de estos servicios.

Como pilares de la protección del bienestar de los usuarios de telecomunicaciones se encuentran: la protección directa a través de la garantía de la calidad del servicio y la protección de los derechos de los consumidores y la indirecta, a través la promoción de la competencia efectiva entre proveedores, lo cual trae como resultado menores precios y ofertas más innovadoras.

Calidad de los servicios

En la actualidad los colombianos estamos insatisfechos con la calidad de los servicios de telecomunicaciones. Así lo demuestran los resultados de la auditoría realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio según la cual en un mes los usuarios presentaron alrededor de 100 millones de PQR, de los cuales el 12% son quejas por el mal servicio que prestan los operadores¹⁴.

Esto hace evidente la necesidad de un nuevo marco regulatorio que garantice la calidad de los servicios, proteja los derechos de los consumidores, incentive la inversión de los operadores en infraestructura y evite la concentración excesiva del mercado, lo cual tiene un efecto desfavorable en los precios de los servicios, tal como lo señaló la OCDE¹⁵.

De la mala calidad de los servicios de telefonía móvil dan cuenta los mensajes recientes del Presidente Juan Manuel Santos a través de su cuenta de Twitter en mayo y agosto de 2012: “Le he pedido a MinTIC que tome cartas en el asunto de la desesperante y creciente mala calidad en el servicio de la telefonía celular: JuanManSantos” y “Llamadas por celular entre el palacio y el aeropuerto se caen sistemáticamente mínimo 3 veces. ¿Ministro, se podrá hacer algo?”

Para promover el mejoramiento de la calidad de los servicios la presente iniciativa propone el empoderamiento de los consumidores para que puedan terminar sus contratos con los proveedores cuando su calidad es deficiente. Adicionalmente, establece como determinantes de los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) los parámetros técnicos de la CRC y la Agencia Nacional del Espectro (ANE), con el

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 1996, M. P. Doctor Fabio Morón Díaz.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-432-2010, 815 de 2001 y C-870 de 2003.

⁹ Según la Corte Constitucional: “La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política)”.

¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio (2012), *Análisis de riesgos potenciales en el proceso de adjudicación del espectro radioeléctrico para la operación y prestación del servicio móvil terrestre*.

¹¹ CRC (2012), *Promoción de la competencia y protección del usuario TIC*.

¹² Fedesarrollo (2012), *Promoción de la competencia en telefonía móvil en Colombia*.

¹³ OECD (2013), *Estudios económicos de la OECD COLOMBIA, evaluación económica enero de 2013*.

¹⁴ Honorable Senador Eugenio Prieto, “¿Presidente, se podrá hacer algo?”, En: periódico *El Mundo*, agosto 18 de 2013.

http://www.elmundo.com/portal/opinion/columnistas/presidente_se_podra_hacer_algo.php

¹⁵ OECD (2013), *Estudios económicos de la OECD COLOMBIA, evaluación económica enero de 2013*.

fin de promover la inversión en infraestructura y eliminar las restricciones territoriales al despliegue de redes existentes en diferentes municipios¹⁶.

Protección de los derechos de los usuarios

La presente iniciativa brinda a los usuarios herramientas para hacer valer sus derechos, no sólo el derecho a disfrutar de buena calidad en los servicios contratados, sino a ejercer su derecho fundamental a la comunicación.

Entre los remedios propuestos se encuentran: el cobro por segundos, considerada una herramienta justa para los consumidores y técnicamente viable para los proveedores (tal como lo realizan en la actualidad algunos operadores); la prohibición de distribución exclusiva de terminales, lo cual asegura que el derecho a la libre escogencia no sea condicionado; y la prohibición de conexión de nuevos usuarios cuando el proveedor ofrece calidad deficiente, medida que asegura que los usuarios reciban el servicio de conformidad con lo contratado y sea el Estado quien asegure la prestación de servicios de buena calidad.

Promoción de la competencia

La promoción de una competencia efectiva incentiva la disminución de precios y como consecuencia incrementa la demanda de servicios, lo cual estimula la inversión en expansión de la capacidad y cobertura de las redes. El incremento de la demanda dados los menores precios y mayor cobertura genera un aumento de la escala de operación que induce una disminución de costos e incrementa la reducción de los precios para los usuarios finales.

El resultado global es un círculo virtuoso: mayor competencia = reducción de precios = incremento de demanda = mayor inversión y generación de empleo = incremento de penetración de los servicios = reducción de costos y mejoramiento de calidad = aceleración de la tendencia de reducción de precios. La efectiva competencia es el único remedio efectivo para salvaguardar un sector tan estratégico como el de TIC, propulsor del desarrollo económico y social de nuestro país.

Este proyecto de ley faculta a las autoridades del sector para expedir medidas contundentes para proteger a los usuarios, mejorar la calidad de los servicios y promover la competencia efectiva de manera que los operadores rivalicen y ejerzan una mayor presión competitiva en beneficio de los usuarios.

Los artículos propuestos para promover la competencia se basan en la imposición de medidas preventivas a los operadores que superen el 30% de participación de mercado medido en términos de ingresos, para evitar que la concentración se materialice en pérdida de bienestar para los usuarios.

De la misma manera, que se faculta a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones para que intervenga en el mercado cuando un operador ostente una posición de dominio superior al 40% de los ingresos del mercado de las telecomunicaciones móviles en voz y datos, suspendiendo la operación señalada y generándose por esta causa la devolución de las frecuencias asignadas en el espectro electromagnético. Con lo cual se garantiza de forma eficaz la participación equitativa en el espectro, salvaguardando los principios

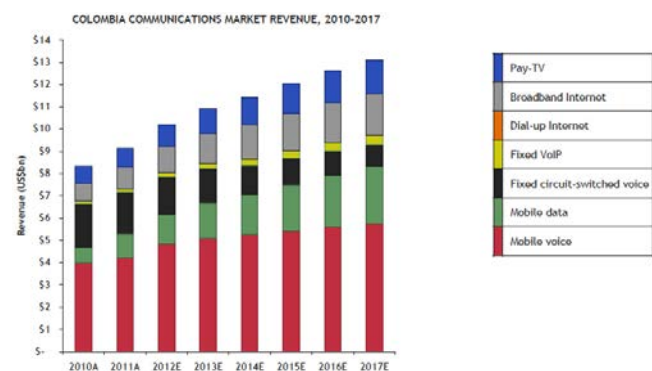
consagrados en el texto constitucional al respecto y la consolidación de una política pública que garantice el libre acceso al mercado de las telecomunicaciones en condiciones de igualdad habilitando múltiples ofertas de operadores públicos y privados que redunden en mejor servicio y costos finales accesibles al usuario.

3. El mercado de datos móviles y el riesgo de contagio de los problemas de concentración y dominancia de voz móvil.

El internet móvil es considerado por los expertos como el futuro motor de crecimiento de la industria TIC, ante la desaceleración de la telefonía móvil y los servicios soportados en redes fijas.

Según PyramidResearch¹⁷ el mercado TIC en Colombia generó ingresos por US\$10.1 billones en 2012, y se estima que en 2013 llegarán a US\$10.9 billones, un incremento de 7.1%, como consecuencia del crecimiento en el consumo de datos y la ampliación de su cobertura. Pyramid afirma que el segmento de mayor crecimiento será el de datos móviles.

Gráfica 3.1. Ingresos de TIC Colombia 2010-2017



Fuente: PyramidResearch.

Sin embargo, en Colombia este mercado sufre un gran riesgo: quedar, al igual que el de telefonía móvil, en manos de un solo jugador —máximo 2—, gracias a que los operadores que concentran la oferta de dichos servicios pueden trasladar fácilmente su dominancia en voz a datos vía el empaquetamiento de telefonía e internet móvil a través de teléfonos inteligentes, ofertas que no pueden ser contestadas por sus competidores.

La CRC¹⁸ en presentación ante la Comisión Sexta del Senado en septiembre de 2012 declaró que Colombia tiene el tercer mercado móvil más concentrado a nivel mundial desde 2006, que Claro (Comcel) es el tercer operador con más cuota de mercado del mundo (>64% del total de usuarios y >73% del total de minutos), que este mismo operador tiene el quinto EBITDA más alto del mundo, que los precios no caen desde 2009 y que estos están por encima del promedio mundial (ajustados por ingreso). La CRC además advirtió que existe gran riesgo de contagio al mercado de datos de las fallas de mercado de voz móvil, y recomendó: “es sano no esperar a que los problemas lleguen a internet”.

¹⁷ Pyramid Research (2013), Colombia: 4G Auction to Boost Competition, Mobile Data Growth and Network Capacity.

¹⁸ CRC (2012), *Promoción de la competencia y protección del usuario TIC*.

¹⁶ CRC (2012), *Código de Buenas Prácticas para el despliegue de infraestructura de redes de comunicaciones*.

En el mismo escenario la SIC¹⁹ analizó los riesgos potenciales en el proceso de adjudicación del espectro para la operación y prestación de servicios móviles y reconoció que el sector TIC es una plataforma fundamental para promover la productividad y eficiencia en las relaciones económicas, instrumento clave para el desarrollo y la competitividad del país, sin embargo encontró que independientemente de la variable de interés que se tome, tanto en telefonía móvil como en internet móvil se encuentra un nivel de concentración y posible dominancia importantes.

La SIC reconoce además que el grado de penetración de telefonía móvil se encuentra en niveles superiores al 100%, mientras el nivel de penetración de internet móvil fue tan sólo del 6,06% en el 2011-4T, lo que evidencia un segmento con grandes oportunidades de expansión y desarrollo²⁰.

Resalta aquí su preocupación de que se extienda la estructura de concentración y posibles afectaciones hacia el mercado de internet móvil.

Los siguientes indicadores dan cuenta de la alta concentración y los problemas de competencia existentes tanto en voz como datos móviles:

Operador	IHH			STENBACKA		
	Nº suscriptores	Tráfico (voz/datos)	Ingresos netos	Nº suscriptores	Tráfico (voz/datos)	Ingresos netos
Telefonía Móvil	4.654	6.341	4.766	33,6%	21,4%	32,3%
Internet Móvil	3.743	3.216	3.152	37,5%	47,2%	48,1%

Nota:

Federal Trade Commission - IHH (Concentración):

< 1.500 puntos: no concentrado

1.500 - 2.500: moderadamente concentrado

> 2.500: mercado altamente concentrado

Stenbacka - Umbral a partir del cual se considera posible existencia dominancia del mercado.

- En todos los casos dicho umbral está por debajo de las cuotas actuales de participación del principal operador en cada mercado → Posible dominancia mercado.

Fuente: SIC (2012), Análisis de riesgos potenciales en el proceso de adjudicación del espectro radioeléctrico para la operación y prestación del servicio móvil terrestre.

Por su parte, la Contraloría General de la República en Función de Advertencia enviada al Ministro de TIC el pasado mes de mayo sobre los riesgos de terminación del contrato de concesión de telefonía móvil y su incidencia en el proceso de asignación de espectro para 4G, indicó varios aspectos que preocupan por su afectación sobre el patrimonio público y su incidencia directa sobre la calidad de los servicios móviles, la competencia y el bienestar de los usuarios.

En este contexto vale la pena resaltar los siguientes:

i) Posición dominante en internet móvil: el sector de las comunicaciones móviles en Colombia se caracteriza por fallas de mercado y falta de competencia. Dos operadores (Claro y Movistar) tienen el 88% del mercado de voz móvil y el 75% del internet móvil, estableciéndose como un duopolio dominante del sector TIC. Resulta inquietante para la Contraloría que para el mercado de internet móvil no se haya realizado ninguna evaluación sobre dominancia, lo cual afecta el equilibrio y desarrollo competitivo;

ii) Incumplimiento de los indicadores de calidad: la poca inversión en infraestructura, reflejada en el bajo nivel de despliegue reciente de estaciones base y la competencia imperfecta en el mercado de voz móvil, parecen ser las principales causas del deterioro de la calidad, aunado al deficiente nivel de control y de sanción por parte del Ministerio de TIC y la no intervención regulatoria de precios por parte de la CRC cuando se presentan deficiencias en la calidad, está generando un costo adicional para los usuarios y beneficios adicionales para los operadores. Esto acrecienta las imperfecciones y fallas de mercado, afectando el bienestar de los usuarios y generando posibles incidencias de carácter fiscal;

iii) Reversión en las concesiones de TMC: si al terminar las concesiones de telefonía móvil celular en 2014 no se revierten a la Nación tanto la infraestructura, redes y bienes, como las frecuencias de espectro radioeléctrico, se materializarían las posiciones dominantes derivadas de tener infraestructura de monopolio natural, lo que ocasionaría barreras a la entrada de nuevos competidores, deterioro de la competencia y distorsiones al bienestar de los ciudadanos.

4. La afectación del bienestar de los usuarios

El pobre desempeño del mercado de telecomunicaciones en Colombia está teniendo un impacto negativo sobre los usuarios. Fedesarrollo²¹ encontró que la falta de competencia en el mercado de telefonía móvil no sólo implica mayores rentas para los operadores establecidos, sino una pérdida importante en las decisiones de consumo de los ciudadanos, que en conjunto y dada la magnitud y relevancia de estos servicios para la economía y los hogares no pueden pasar inadvertidos.

El efecto en términos del bienestar de los consumidores que tuvo la falta de competencia en el mercado de telefonía móvil, posible causal de la menor velocidad en la reducción de precios²², equivale a 0.77% del PIB de 2011 (USD 2.565 millones de dólares, recursos que equivalen, según estimaciones presentadas en la exposición de motivos de la Ley 141 de 2012, al gasto en salud de 8,7 millones de personas afiliadas al régimen de salud, a lo que cuesta educar en la Universidad a 1,3 millones de estudiantes o dar vivienda de interés prioritario a 120 mil familias). Además, como consecuencia, 975 mil colombianos dejaron de comprar líneas celulares debido al alto costo.

Estos son los efectos que deben evitarse para los usuarios de internet móvil.

5. Necesidad de fortalecimiento institucional

La alta concentración y sus consecuentes afectaciones son el resultado del comportamiento del operador dominante en el mercado móvil, el cual no ha podido ser controlado por las autoridades competentes. Tal como lo expresó el honorable Senador Eugenio Prieto en agosto del presente año "ni el Ministro, ni el Congreso, ni la CRC, hemos logrado ponernos de acuerdo

¹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio (2012), *Análisis de riesgos potenciales en el proceso de adjudicación del espectro radioeléctrico para la operación y prestación del servicio móvil terrestre*.

²⁰ En 2008-2T el nivel de penetración de suscriptores de Internet móvil era sólo de 0,15%, es decir, que en los últimos 4 años, ha presentado un crecimiento del orden del 3.940%. SIC (2012).

²¹ Fedesarrollo (2012), *Promoción de la competencia en telefonía móvil en Colombia*.

²² Los precios por el servicio han disminuido a la mitad del ritmo que en países comparables (16.5% en países similares a Colombia vs. 8% en Colombia entre 2008-10).

para que las leyes, normas y medidas regulatorias de calidad y protección a los usuarios, sean oportunas eficaces y suficientes”²³.

Además, el nivel de empoderamiento de los usuarios para exigir mejores servicios es insuficiente. El descontento de los usuarios sigue creciendo, tal como lo han evidenciado la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la Superintendencia de Industria y Comercio, varios Concejales y Senadores, y el propio Presidente Juan Manuel Santos.

El peligro ahora es que, como en México, el mercado colombiano de las telecomunicaciones quede en manos de un operador que utilice el sistema legal para subyugar a los reguladores y abatir el derecho y la responsabilidad que tiene el gobierno nacional para diseñar e implementar medidas que promuevan una fuerte competencia entre múltiples jugadores²⁴. Es fundamental tomar correctivos estructurales de manera urgente.

Un importante número de las regulaciones que han sido implementadas desde hace más de una década en países miembros de la OCDE y en otras naciones desarrolladas y en vías de desarrollo, hasta hace poco tiempo están siendo adoptadas en Colombia (aunque en varios casos de manera inefectiva) o no han sido siquiera estudiadas. Por ejemplo, la adopción de cargos de acceso a redes móviles que reflejen la escala de operación de Claro Móvil tardó tres años después de la declaración de dominancia de este operador. Además, sólo estará vigente por un período de 4 años (en el resto de países se ha aplicado por lo menos para 2 períodos regulatorios, es decir, por un período entre 4 y 8 años) y no le permite a los nuevos entrantes (operadores con menos de 4 años en el mercado) cobrar un cargo de acceso proporcional a su escala y, por lo tanto, muy superior al de los operadores incumbentes (es decir, Claro, Movistar y Colombia Móvil).

A pesar de que en Colombia todos los operadores están obligados a proveer el servicio de roaming sobre sus redes desde finales del 2012, contrario a la regulación en otros países, las tarifas son iguales para todos los operadores. Por lo tanto, estas no reflejan ni la escala ni los niveles de eficiencia de los operadores. Además, no hay una regulación asimétrica para el operador dominante, por lo que los niveles tarifarios que ha impuesto el regulador se encuentran por encima de las tarifas minoristas que está cobrando Claro.

Finalmente, a la fecha no ha habido ninguna investigación sobre el posible comportamiento anticompetitivo por parte de Claro frente a los demás operadores por parte de la autoridad de competencia. Lo anterior ha generado una altísima falta de confianza no solo en los usuarios sino también en los operadores que se encuentran actualmente ofreciendo servicios de telecomunicaciones en Colombia y aquellos que podrían estar interesados en entrar al mercado.

²³ Periódico *El Mundo*, agosto 18 de 2013. http://www.elmundo.com/portal/opinion/columnistas/presidente_se_podra_hacer_algo.php

²⁴ Las solicitudes de los usuarios y proveedores para que se controle la posición de dominio y se evite una mayor concentración, al igual que los intentos de las autoridades para tomar medidas en este sentido, se han encontrado con recusaciones de funcionarios de los entes sectoriales y amenazas de demandas penales por parte de Claro (ver por ejemplo la recusación del ex Director de la CRC, Carlos Rebellón, en 2012).

A pesar de los repetidos esfuerzos por parte del gobierno para atraer nuevos operadores internacionales a la subasta de espectro para la prestación de servicios de cuarta generación (conocida como “4G”), sólo las empresas que se encuentran actualmente activas en el mercado colombiano se presentaron a la subasta. Estas esperan que su adquisición de espectro les brinde la oportunidad de ampliar su portafolio de servicios, a pesar que han expresado preocupación sobre las posibilidades que tienen de recuperar las inversiones requeridas para ofrecer servicios de calidad a suficientes colombianos. Aunque todavía ninguna empresa ha salido del mercado, estas se han visto impulsadas a hacer alianzas para la construcción conjunta de infraestructura que les permita optimizar unos niveles de inversiones y gastos que no corresponden a la escala de operación que podrán llegar a alcanzar en un mercado altamente concentrado donde no se espera que se controle al dominante.

Lo anterior evidencia la necesidad del fortalecimiento de las instituciones democráticas para garantizar la protección de los derechos de los usuarios y el adecuado funcionamiento de un sector tan estratégico como el de telecomunicaciones.

Con ese fin, esta iniciativa promueve el empoderamiento de la CRC y el MinTIC para la determinación y aplicación ágil de medidas a los operadores con posición dominante, para garantizar la calidad de los servicios de telecomunicaciones, la competencia efectiva entre proveedores y la protección de los consumidores, lo cual trae como consecuencia ofertas más innovadoras, menores tarifas y mejores condiciones para los consumidores.

6. Países vecinos están interviniendo para proteger a los usuarios y promover la competencia efectiva

Durante los últimos meses varios gobiernos latinoamericanos han intervenido para proteger a los usuarios, promover la competencia efectiva y mejorar la calidad.

En julio del 2012, el regulador brasilero (Anatel) le ordenó a tres de los cuatro operadores móviles incumbentes suspender las ventas a nuevos usuarios en algunos estados. Lo anterior fue resultado de las quejas de los usuarios en relación con la baja calidad del servicio²⁵. La medida se levantó cerca de tres semanas después y siguiendo el compromiso por parte de los operadores de aumentar sus inversiones en cerca de USD 2 billones y llevando las inversiones totales a alrededor de USD 9.8 billones. En su momento, Anatel anunció planes para empezar a monitorear trimestralmente las inversiones de los operadores con el objetivo de asegurarse que tanto el servicio como el nivel de cobertura están mejorando. Los operadores que no cumplan con las órdenes de Anatel tendrán que asumir multas y enfrentar penalidades²⁶.

²⁵ Como resultado, a TIM Brasil se le prohibió vender nuevos servicios en 19 estados, a Oi SA en cinco y a Claro en tres. El único operador que no tuvo que asumir sanciones fue Vivo (Telefónica España) pero le fue otorgado un plazo de 30 días para presentar un plan de mejoramiento por asumir la misma suerte de los demás operadores. <http://www.telegeography.com/products/commsupdate/articles/2012/07/19/anatel-gets-tough-on-mobile-operators-poor-service/>

²⁶ <http://www.cn-c114.net/575/a707661.html>

La ola pro-competencia tocó a México a finales de abril del 2013. Siguiendo las recomendaciones de la OCDE y las continuas quejas de las autoridades competentes y los operadores diferentes a los dominantes, en México a finales de abril del 2013 una nueva Ley de Telecomunicaciones fue aprobada casi unánimemente por el Senado. Esta ley le dará vía libre a una importante reforma del sector. Entre los principales elementos de la misma se encuentra la aplicación de regulación asimétrica a los operadores dominantes, el incremento de la cantidad de espectro asignada a los operadores, y el aumento de los poderes que se le darán al regulador y la autoridad de competencia (incluyendo su independencia del Gobierno central)²⁷.

En el Cono Sur, en septiembre del 2012 Argentina canceló la subasta de espectro y decidió asignarle espectro directamente al operador público. Unos meses después, en mayo del 2013, con el propósito de defender la industria nacional, el Presidente de Uruguay revocó la licencia para prestar el servicio de televisión paga a Claro²⁸.

7. Necesidad de intervención del Congreso

El Congreso, en defensa de los más altos intereses de la Nación, tiene la oportunidad histórica y la obligación de brindarles a los colombianos un nuevo esquema de servicios móviles donde se garantice la cobertura, la calidad y los bajos costos tarifarios a los usuarios de este servicio.

Como medida indirecta para conseguir dichos objetivos, el Congreso debe promover la competencia efectiva y la corrección de las fallas existentes en el mercado de telecomunicaciones como mecanismo estrictamente necesario para solucionar los problemas de pésimo servicio y deficiente cobertura a muy altos costos a los que nos vemos obligados todos los colombianos.

Como han reiterado varios Congresistas de la República, es necesaria la intervención del Congreso en un sector estratégico como el de las telecomunicaciones para asegurar un nuevo marco para su operación, lo cual sólo se logra mediante la real apertura del mercado a otros operadores, bajo nuevas condiciones de mercado y de regulación que permitan la libre competencia, y así evitar la consolidación de monopolios y duopolio²⁹ en cabeza de grandes transnacionales, preservando la función constitucional del Estado y los agentes económicos de naturaleza pública como los reguladores del mercado, garantizando un óptimo servicio y una relación equilibrada entre privados y públicos, en beneficio de los usuarios³⁰.

²⁷ Estados Unidos Mexicanos. Senado de la República. LXII Legislatura. DICTAMEN DE LA COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES; DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES; DE RADIO, TELEVISION Y CINEMATOGRAFIA; Y ESTUDIOS LEGISLATIVOS, CON LA OPINION DE LAS COMISIONES DE GOBERNACION Y DE JUSTICIA, RESPECTO DE LA MINUTA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LOS ARTICULOS 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES. Abril de 2013.

²⁸ <http://www.olapolitica.com/?q=content/pepe-mujica-sac%C3%B3-claro-de-uruguay>

²⁹ Claro y Movistar dominan la oferta de servicios que forzadamente tienen que utilizar los colombianos.

³⁰ Carta del honorable Senador Alexander López al Presidente de la República Juan Manuel Santos, mayo 10 de 2013.

Esta necesidad va en línea con lo que pregona el Presidente Santos, tal como quedó consignado en el Plan Vive Digital, “mercado hasta donde sea posible y Estado hasta donde sea necesario”³¹.

Un entorno regulatorio que proteja los derechos de los usuarios y nivele las oportunidades de competencia en los mercados de telecomunicaciones será un factor crucial para impulsar una mayor presión competitiva, la cual es el motor de un círculo virtuoso que permitirá incrementar la calidad de los servicios, la penetración de los mismos y menores precios, con el efecto adicional de incremento de la inversión y mayor empleo en el sector.

Alexánder López Maya,
Senador de la República.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL
(Artículos 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 24 del mes de febrero del año 2014 se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 173, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales por honorable Senador *Alexánder López Maya*.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 24 de febrero de 2014

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 173 de 2014, *por la cual se establecen los mecanismos de intervención del estado para proteger a los usuarios, garantizar la calidad de los servicios y promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones*, me permito pasar a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General por el honorable Senador *Alexánder López Maya*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, de conformidad con las disposiciones reglamentarias y de ley.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO
DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 24 de febrero de 2014

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Sexta Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Juan Fernando Cristo Bustos.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

³¹ Carta del honorable Senador Alexander López al Presidente de la República Juan Manuel Santos, mayo 10 de 2013.

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 05 DE 2013 SENADO

por medio de la cual se promueve el empleo de trabajadores con responsabilidades familiares de cuidadores, permitiendo su inserción laboral y se dictan otras disposiciones.

Bogotá D. C., 26 de febrero de 2014

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el proyecto de ley número 5 de 2013 Senador, *por medio de la cual se promueve el empleo de trabajadores con responsabilidades familiares de cuidadores, permitiendo su inserción laboral y se dictan otras disposiciones.*

Señor Secretario:

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir debate en la Plenaria del Senado de la República, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 1045 de 2013.

En consecuencia, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, formula las siguientes observaciones:

1. Contenido de la propuesta.

El proyecto de ley *sub examine* contiene los siguientes aspectos:

1.1. El objeto (artículo 1°) consiste en la promoción del empleo de quienes tienen a cargo personas que estén en condición de discapacidad.

1.2. Se previene acerca de la formulación de un Conpes para el desarrollo de una política de empleo para trabajadores con responsabilidades familiares de cuidadores (artículo 2°) quienes, de acuerdo de con el artículo 3°, son las personas que tienen a su cargo el cuidado de otra que pertenece a su núcleo familiar, ya sea en calidad de cónyuge, compañera o compañero permanente o pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, siempre que le preste ayuda permanente en sus actividades cotidianas. Por su parte, el artículo 4° dispone quiénes se encuentran en situación de discapacidad.

1.3. Teniendo en cuenta la relación de cuidado, se determinan unas condiciones especiales en el contrato laboral como son los permisos y la flexibilización de horarios (artículo 5°).

1.4. El artículo 6° alude a la prohibición de despido asociado a la condición de cuidador, lo cual no constituye causal para la terminación unilateral de la relación de trabajo. Tal circunstancia solo es aplicable a una de las personas que ejerce el cuidado (artículo 8°).

1.5. El artículo 7° consagra que las Instituciones de Educación Superior y las Instituciones Educativas para el Trabajo y Desarrollo Humano podrán considerar otorgar ciertos beneficios conforme a sus reglamentos.

1.6. El artículo 9° se refiere a las responsabilidades del cuidador para con la persona en condición de discapacidad.

1.7. El artículo 10 contempla un tiempo de reglamentación a cargo del Gobierno Nacional.

Con todo, cabe indicar que una propuesta estructurada de manera similar aunque enfocada al cuidado de las niñas y los niños también haya sido puesta a consideración del Congreso de la República [Proyecto de ley número 022 de 2013 Senador], y sobre la cual esta Cartera se pronunció¹, de ahí que se retomen algunos de los comentarios realizados en su momento en cuanto resulten pertinentes.

2. Consideraciones generales.

A partir de la adopción de la Constitución Política de 1991, específicamente en virtud de la debilidad manifiesta de la personas en situación de discapacidad, se han reforzado las instituciones, normas y mecanismos de protección, retomando así una evolución a nivel mundial en la materia.

Es así como el artículo 1° *ibíd.*, establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, caracterización que le confiere, entre otros aspectos, un enfoque de defensa de sus contenidos materiales y concretos². Esta orientación, incorporada en un principio fundamental, se irriga en los derechos de los ciudadanos. De esta forma, atendiendo lo señalado en el artículo 13 de la misma norma, se le debe dar un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad o están impedidos para ejercer en igualdad de condiciones sus derechos.

El ordenamiento constitucional prevé una serie de medidas tendientes a proteger especialmente a la población con discapacidad o, como actualmente se cataloga, con capacidades diferentes, tal y como se lee del artículo 47 en donde se exige al Estado adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se les prestará la atención especializada”.

Esta disposición, como en la serie de normas también constitucionales en las cuales se hace énfasis en determinado sector de la población (artículos 42, 43, 44, 45, 46, 50, 51, 53, 60, 64, *inter alia*), reflejan un propósito de adecuación de las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales para evitar que proliferen exclusiones o discriminaciones que se producirían (y se han producido) si el Estado no interviene con el fin de equilibrar las circunstancias históricas que las originan. Esto es la explicación básica de la acción afirmativa detrás de la cual subyace la mencionada noción de búsqueda de un equilibrio que no existe en el punto de partida. En el ámbito del derecho,

¹ Concepto número 201311401102911 de 5 de septiembre de 2013.

² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

esto significa admitir que la sociedad como organización no se debate en la lucha del más fuerte sino que la aspiración democrática trasciende ese planteamiento o por lo menos así lo persigue, en pos de la construcción de una garantía humanista y universal en el que encuentren cabida todos los seres humanos.

No puede olvidarse que quien tiene una disminución sensorial no solo limita el universo de la percepción, sino los elementos de socialización en una sociedad fundada en lo visual y en el sonido³. Tampoco puede ignorarse que abre y potencializa la creación artística⁴, entre otras manifestaciones de la actividad humana⁵ que son, sin duda un ejemplo desbordante de la capacidad que el ser humano desarrolla frente a la adversidad⁶. Se trata de un aspecto asociado a la dignidad de las personas (artículo 1° Constitución Política).

Ahora bien, la previsión de normas como las que se analizan, atañe, sin duda, al nuevo criterio de igualdad que se construye, el cual resulta de relevancia para el derecho público y que desemboca en la Constitución de 1991. Así, en el artículo 13 de la misma se advierten los siguientes rasgos:

a) La igualdad abstracta ante la ley de forma tal que, por una parte, se reconoce que todas las personas “nacén” libres e iguales ante esta y, por ende, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y de gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades. La sustancia de esta consagración consiste en no admitir discriminación alguna por razones de “sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política y filosófica”. Se trata de una enunciación que tolera otras razones.

b) Una de las facetas que atenúa esa igualdad abstracta, en su inciso segundo, representada en la existencia de grupos **discriminados** o **marginados**. Frente a ellos, el Estado debe promover una igualdad que sea real y efectiva, equilibradora.

c) El inciso tercero acentúa el carácter pregonado en el segundo. Además de promover que la igualdad sea real y efectiva, el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas “que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”. Deberá, además, sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra estas personas.

Como ya es bien sabido, la situación de las personas con discapacidad no es un tema marginal. Es de indicar que según cifras de la ONU, cerca de un 10% de la población está constituida por personas con alguna clase de discapacidad⁷. Entre nosotros, según los datos del DANE, en el 2005, el 6.3% de la población, es decir, 2.693.792 personas, presentaban algún tipo de discapacidad. La tasa de prevalencia para el total de la población (6.3%) es mayor en hombres (6.6%)

que en mujeres (6.1%). En relación con la cantidad de personas que se encuentran en esta situación y, ante la pregunta *¿tiene usted alguna limitación?*, el censo de 2005, arrojó los siguientes resultados:

Sí	2.624.898	6.33	6.33
No	38.843.486	93.67	100.00
Total	41.468.384	100.00	100.00
Censo General 2005-información básica			
DANE-Colombia			
Procesado con Redatam+SP, Cepal/Celade 2007			

De acuerdo con dicha información, el departamento en donde existe un peso mayor en personas con limitaciones es el Cauca con un 9,5% del total de la población, seguido de Nariño (8,99%), Boyacá (8,78%) y Quindío (8,01%). Entre los casos en los que menos incidencia existe se tiene La Guajira (3,58%), Amazonas (3,9%) y Guaviare (4,36%).

Bogotá, D. C., se ubica en este segundo grupo pues el porcentaje de personas con limitaciones llega a un 4,89%. Por el contrario, Cundinamarca está en el promedio (6,8%).

Es importante señalar que la discapacidad no es, además, un aspecto tan ajeno al devenir cotidiano de la población o alejado de la condición de cualquier persona pues, además de su prevalencia, hay discapacidades transitorias o aquellas que se van produciendo por razón de la edad.

De otra parte, en materia regulatoria, se deben destacar las siguientes disposiciones, tendientes a mejorar la condición de las personas con discapacidad:

i. Ley 12 de 1987, *por la cual se suprimen algunas barreras arquitectónicas y se dictan otras disposiciones*.

ii. Ley 82 de 1988, *por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69ª reunión, Ginebra, 1983, regulada por el Decreto número 2177 de 1989*.

iii. Ley 100 de 1993, *por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*.

iv. Ley 105 de 1993, *por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la nación y las entidades territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones*.

v. Ley 115 de 1994, *por la cual se expide la Ley General de Educación*.

vi. Ley 181 de 1995, *por la cual se dictan disposiciones para el Fomento del Deporte, la Recreación, el Aprovechamiento del Tiempo Libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte*. El artículo 42 de la misma consagra:

Artículo 42. Las construcciones de instalaciones y escenarios deportivos que se adelanten a partir de la vigencia de la presente ley, deberán incluir facilidades físicas de acceso para niños, personas de la tercera edad y discapacitados en sillas de ruedas.

Parágrafo. Los establecimientos deportivos que integran el Sistema Nacional del Deporte deberán contar obligatoriamente con medio de accesibilidad, así como instalaciones sanitarias adecuadas, para

³ EL SONIDO Y LA FURIA, diría William Faulkner.
⁴ Son conocidos los casos del gran Ludwig van Beethoven y del célebre pintor Francisco de Goya y Lucientes.
⁵ En el campo de la ciencia, por ejemplo, se cuenta el caso de Thomas Alva Edison.
⁶ Entre nosotros puede contarse el caso de Ciro Angarita Barón, quien, entre otros méritos, fue Magistrado de la Corte Constitucional en los inicios (1992-1993) y guió decididamente el trabajo de esa Corporación.
⁷ Cfr: www.radiofeminista.net/dick06/notas/discapacidad.htm [Acceso 16 de diciembre de 2013].

personas con discapacidades físicas, en un plazo no mayor de cuatro (4) años, so pena de sanciones que reglamente la presente ley.

vii. Ley 324 de 1996: *“Por la cual se crean algunas normas a favor de la población sorda”*. Debe resaltarse el artículo 6° de esta última, que dispone:

[...] El Estado garantizará que en forma progresiva en instituciones educativas y formales y no formales, se creen diferentes instancias de estudio, acción y seguimiento que ofrezcan apoyo técnico-pedagógico, para esta población, con el fin de asegurar la atención especializada para la integración de estos alumnos en igualdad de condiciones [...]

viii. Ley 361 de 1997, *por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*. Sobre esta norma es pertinente indicar que su propósito tiene que ver con la inclusión, tratamiento equitativo, prevención de la discriminación y apoyo a las personas con discapacidad, involucrando a todas las Ramas del Poder Público, haciendo énfasis en los cuidados médicos y psicológicos, habilitación y rehabilitación, educación, integración laboral y la garantía de los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales.

ix. El artículo 1° numeral 13 de la Ley 397 de 1997, sobre la protección especial y participación de la población con discapacidad en la formulación de la política cultural.

x. El artículo 6° de la Ley 400 de 1997, sobre la eliminación de barreras arquitectónicas para las personas con discapacidad y la tercera edad en las Construcciones Sismorresistentes.

Artículo 6°. Responsabilidad de los diseñadores. La responsabilidad de los diseños de los diferentes elementos que componen la edificación, así como la adopción de todas las medidas necesarias para el cumplimiento en ellos del objetivo de las normas de esta ley y sus reglamentos, recae en los profesionales bajo cuya dirección se elaboran los diferentes diseños particulares.

Parágrafo 1°. La “Comisión Asesora Permanente para el Régimen de Construcciones Sismorresistentes”, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la presente ley, establecerá el contenido mínimo de los planos, memorias y estudios de los diferentes diseños, así como sus especificaciones.

Parágrafo 2°. Todos los diseños deben ir firmados o rotulados con sello seco registrado por profesionales matriculados y facultados para este fin, que cumplan las calidades y requisitos indicados en el Capítulo II del Título VI, quienes obrarán como responsables.

Parágrafo 3°. *Todos los diseños deben contemplar las normas sobre la eliminación de barreras arquitectónicas para las personas discapacitadas y de la tercera edad.* [Negrilla fuera del texto].

xi. Ley 762 de 2002, *por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)*. Las disposiciones de la Convención tienen como finalidad prevenir y eliminar toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración social.

xii. El artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en lo concerniente a la pensión especial de las madres y, por extensión en la revisión de constitucionalidad a los padres cabeza de familia que tengan hijos con discapacidad.

xiii. Ley 982 de 2005, *por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones*. Esta norma señala en su artículo 8° la incorporación paulatina de servicios de intérpretes y guías intérpretes para personas sordas y sordociegas en los programas de atención al cliente en entidades estatales.

xiv. Ley 1083 de 2006, *por medio de la cual se establecen algunas normas sobre planeación urbana sostenible y se dictan otras disposiciones*. Esta ley contempla garantías de accesibilidad para menores y personas que presenten algún tipo de discapacidad, a saber:

Artículo 3°. Con el fin de garantizar la accesibilidad de todas las personas a las redes de movilidad y transitar por las mismas en condiciones adecuadas, en especial a las niñas, niños y personas que presenten algún tipo de discapacidad, las vías públicas que se construyan al interior del perímetro urbano a partir de la vigencia de esta ley, deben contemplar la construcción de la totalidad de los elementos del perfil vial, en especial, las calzadas, los separadores, los andenes, los sardineles, las zonas verdes y demás elementos que lo conforman, según lo establezca el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio o distrito y el Plan de Movilidad Propuesto [...].

xv. El artículo 36 de la Ley 1098 de 2006, *por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*, enuncia los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

xvi. Ley 1145 de 2007, *por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones*. En su artículo 1° estipula:

[...] Las normas consagradas en la presente ley, tienen por objeto impulsar la formulación e implementación de la política pública en discapacidad, en forma coordinada entre las entidades públicas del orden nacional, regional y local, las organizaciones de personas con y en situación de discapacidad y la sociedad civil, con el fin de promocionar y garantizar sus derechos fundamentales, en el marco de los Derechos Humanos [...]

xvii. Ley 1275 de 2009, *por medio de la cual se establecen lineamientos de Política Pública Nacional para las personas que presentan enanismo y se dictan otras disposiciones*.

xviii. Ley 1346 de 2009, *por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*. En dicha norma se determina, entre otros aspectos de relevancia, lo siguiente:

[...] 2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y

educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad [...]

xix. Finalmente, la Ley Estatutaria 1618 de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, a su turno, dispone:

Artículo 8°. Acompañamiento a las Familias. Las medidas de inclusión de las personas con discapacidad adoptarán la estrategia de Rehabilitación Basada en la Comunidad (RBC) integrando a sus familias y a su comunidad en todos los campos de la actividad humana, en especial a las familias de bajos recursos, y a las familias de las personas con mayor riesgo de exclusión por su grado de discapacidad, en concordancia con el artículo 23 de Ley 1346 de 2009, para lo cual se adoptarán las siguientes medidas:

[...] 2. Las entidades nacionales, departamentales, municipales, distritales y locales competentes, así como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), deberán establecer programas de apoyo y acompañamiento a las familias de las personas con discapacidad, que debe articularse con otras estrategias de inclusión, desarrollo social y de superación de la pobreza.

3. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), o el ente que haga sus veces, deberá establecer programas de apoyo y formación a los cuidadores, relacionados con el cuidado de las personas con discapacidad, en alianza con el Sena y demás instancias que integran el sistema nacional de discapacidad.

4. Implementar estrategias de apoyo y fortalecimiento a familias y cuidadores con y en situación de discapacidad para su adecuada atención, promoviendo el desarrollo de programas y espacios de atención para las personas que asumen este compromiso [...]

Artículo 13. Derecho al Trabajo. <Artículo Condicionalmente exequible> Todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces y demás entidades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas:

2. El Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces deberá:

a) Garantizar la capacitación y formación al trabajo de las personas con discapacidad y sus familias, teniendo en cuenta la oferta laboral del país [...]

[...] c) Desarrollar planes y programas de inclusión laboral y generación de ingresos flexibles para las personas que por su discapacidad severa o discapacidad múltiple, no puedan ser fácilmente incluidos por el mercado laboral, o vinculados en sistemas de producción rentables o empleos regulares. Para el efecto, deberá fijar estrategias protegidas o asistidas de generación de ingresos o empleo que garanticen en cualquiera de las formas ingresos dignos y en las condiciones de seguridad social que correspondan, y permitiendo a sus cuidadoras y cuidadores, y sus familias, las posibilidades de intervenir en estos procesos.

[...]

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta el documento Conpes número 80 de 2004, en el cual se enmarcó la política pública nacional dirigida a la población con discapacidad.

Como se puede advertir, existe una regulación consistente que se ha desarrollado intensivamente desde 1995, tendiente a proteger a ese sector de la población en los diversos ámbitos en que se desenvuelven, a saber:

- Accesibilidad.
- Protección laboral.
- Seguridad social, pensiones y salud.
- Educación.
- Participación.
- Protección a los menores discapacitados.
- Formulación de una política pública en la materia.

En este orden, se puede afirmar que a través de esta normatividad se contempla una regulación integral en la materia, lo cual no obsta para que, mediante Acuerdos internacionales, se fortalezcan y consoliden las medidas que además se integran al bloque de constitucionalidad (artículo 93 Constitución Política) y de esta manera, no quedan sujetas al vaivén o albur de enfoques, momentos o modas normativas y sin que las mismas se entiendan menguadas o aminoradas por las normas de tal instrumento, toda vez que constituyen mínimos de protección.

Es claro que estos elementos que se han venido tratando conducen a reflexionar sobre los diferentes matices que implica el cuidado y sobre las personas encargadas de llevarlo a cabo. En efecto:

[...] El cuidar es un acto inherente a la vida, es el resultado de una construcción propia de cada situación de promover, proteger y preservar la humanidad; en este contexto, la salud es asumida por la mujer en un medio de marginalidad de vínculos familiares, culturales y sociales de la forma como se concibe el cuidado⁸.

El cuidado existe desde el comienzo de la vida; el ser humano como todos los seres vivos ha tenido siempre la necesidad de ser cuidado, porque cuidar es un acto de vida, que permite que la vida continúe. Las personas necesitan atenciones desde que nacen hasta que mueren, por tanto cuidar es imprescindible para la vida y para la perpetuidad del grupo social⁹. El fenómeno del envejecimiento poblacional, los procesos de transición demográfica, epidemiológica y el incremento de la longevidad mundial, tienen impacto en la solicitud del cuidado y modifican la demanda en salud, promueve las desventajas sociales, económicas; factor al que deberá añadirse una mejoría de la calidad de vida, específicamente, porque relaciona el aumento del índice de dependencia de las condiciones de salud física, mental y la reducción en años esperados de vida activa y saludable, así como un aumento

⁸ REYES LUNA J., JARA CONCHA P. MERINO ESCOBAR JM. Adherencia de las enfermeras(os) a utilizar un modelo teórico como base de la valoración de enfermería. *Cienc. Enferm.* 2007; 13(1): 45-57.

⁹ HERRERA E. Cuidadoras y cuidadores de personas dependientes y enfoque de género en Chile. Departamento de Programas y proyectos. Gobierno de Chile. Fonadis. 2007.

creciente de enfermedades crónicas más que agudas, y más bien progresivas que regresivas¹⁰. Chile se encuentra en un periodo de transición demográfica y epidemiológica avanzada, centrando cada vez más la morbilidad y mortalidad en enfermedades crónicas no transmisibles del adulto, favoreciendo la necesidad de cuidado informal al interior de las familias¹¹.

Sin duda, la familia es la mayor prestadora de atención de salud en nuestro medio, es una de las instituciones sociales más antiguas y más fuertes, considerada como un sistema y una unidad cuya socialización e interacción mutua afecta en mayor o en menor grado a cada uno de sus miembros; donde uno de ellos asume el rol de cuidadora/or principal en caso de discapacidad o limitación. La función social, educativa, laboral y de poder de la familia ha sido determinante en la perpetuación del rol de cuidadora asumido por la mujer, en su gran mayoría en calidad de esposa, hija o madre; rol asignado desde la división sexual del trabajo cuya organización está centrada en diferencias de género; rol reproductivo de la mujer basado en relaciones del afecto y actividades domésticas, dentro de la estructura familiar y rol productivo en el hombre y hegemónico en la dinámica económica familiar¹².

Dentro de la experiencia del cuidado, se ha podido establecer que el diario vivir de un adulto con enfermedad crónica genera un impacto en la vida cotidiana en las personas y las familias que cuidan, teniendo en cuenta el agobio humano de tener que enfrentar la muerte, innumerables situaciones de difícil manejo, toma de decisiones, competencia entre el cuidar y las metas de vida personal, ocasionando cambios en los roles que afectan la calidad de vida, el sueño, descanso, actividad social, emocional, económica y laboral, siendo de mayor complejidad en casos de dependencia, postrados¹³.

El cuidado informal se ha definido como los cuidados proporcionados por familia, amigos, vecinos u otras personas al interior del hogar en un mundo privado, a personas ancianas, enfermas y dependientes; fundamentadas en relaciones afectivas, de parentesco "asuntos familiares" y de "género", rasgos que caracterizan y afectan su visibilidad y reconocimiento social. Por tanto, no reconocido como un trabajo remunerado sin precio en el mercado, que se confunde con una carencia de valor, sin límites conocidos de tiempo¹⁴. El aporte económico de la mujer ha sido subestimado, la conciencia colectiva cultural establece la vinculación del "cuidado" a algo maternal, asocián-

dolo al rol reproductivo. Por tanto, debe darse como algo natural; esta invisibilidad del género femenino dificulta su reconocimiento en el cuidado informal y el cambio hacia un nuevo paradigma^{15,16}.

En conclusión, el Estado Social de Derecho, una de las construcciones más avanzadas del constitucionalismo moderno, es prolífico en mecanismos y herramientas que permiten, como lo ha expuesto el profesor Luigi Ferrajoli¹⁷, resguardar al más débil. Entre nosotros, el esquema garantista no es la excepción. Por el contrario, además de ser abundante, enfatiza en ciertos sectores de la población.

En este sentido, es evidente que el cuidado de personas del núcleo familiar en situación de discapacidad (o con discapacidad), resulta fundamental para el fortalecimiento del vínculo afectivo, lo que impacta positivamente en la recuperación física y emocional de la persona o su bienestar, lo cual se ve reforzado en el caso de los menores¹⁸. De ahí que el rol del cuidador no admitiría ninguna delegación. La memoria afectiva graba momentos cruciales de presencias y ausencias, por lo que el empleado se ve enfrentado al dilema entre el cumplimiento de la labor y la preocupación por la persona al cuidado.

3. comentarios al articulado

Si bien el proyecto de ley se inspira en un catálogo desarrollado sobre la base de protección a la persona con discapacidad, se considera del caso efectuar unos comentarios al articulado, no sin antes precisar que es una iniciativa en la que también está llamado a intervenir el Ministerio del Trabajo, dado que se tratan de aspectos que están dentro del marco de sus competencias.

3.1. En cuanto al objeto, además de la promoción del empleo de las personas, se pretende adquirir un nivel de estabilidad que debería hacerse visible en la norma propuesta, ya que no solo se está promoviendo el empleo, sino que se busca garantizar la permanencia en el mismo.

3.2. En relación con la definición de personas con discapacidad (artículo 4°), debería entenderse que estas no cuentan con un empleo o, por lo menos, aclarar tal situación. De otra parte, en lo atinente a las responsabilidades (artículo 9°) debe ser claro que quien ejerce el cuidado es la persona que ha de ejercer directamente el servicio y no un tercero contratado para tal fin u otra figura puesto que el objetivo del proyecto consiste en fortalecer los lazos familiares.

¹⁰ BAYARRE VEA H. PÉREZ PIÑERO J. MENÉNDEZ JIMÉNEZ J. Las transiciones demográfica y epidemiológica y la calidad de vida objetiva en la tercera edad. GEROINFO, 2006; 1(3): 1-20.

¹¹ Szot M J. Análisis epidemiológico de la mortalidad por tumores sólidos en la Región Metropolitana, Chile. Rev. Med. Chile. 2003; 131(6): 641-649.

¹² SILES GONZALES J. SOLANO Ruiz C. Estructuras sociales, división sexual del trabajo y enfoques metodológicos: la estructura familiar y la función sociosanitaria de la mujer. Invest. Educ. Enferm. 2007; 25(1): 66-73.

¹³ PINTO AFANADOR N. La cronicidad y el cuidado familiar, un problema de todas las edades: los cuidadores de adultos. Avanc. Enferm. 2004; 22(1): 54-60.

¹⁴ GARCÍA-CALVENTE MM, MATEO-RAMÍREZ I., EGUIGUREN AP. El sistema informal de cuidados en clave de desigualdad. Gac. Sanit. 2004; 18 (supl. 1): 132-139.

¹⁵ RODRÍGUEZ CAMARERO ML, RODRÍGUEZ CAMARERO N. AZANON HERNÁNDEZ R. TORRES LÓPEZ A., RODRÍGUEZ SALVADOR MM, MUÑOZ RONDA F. Mujeres, salud y cuidados familiares: Instituciones económicas desde la perspectiva antropológica. Index Enferm. 2007; 16(58): 45-49.

¹⁶ VAQUIRO RODRÍGUEZ SANDRA & STIEPOVICH BERTONI JASNA. CUIDADO INFORMAL, UN RETO ASUMIDO POR LA MUJER. Cienc. enferm. 2010, Ago. [citado 2013 dic. 02]; 16(2): 17-24, En: http://www.scielo.cl/pdf/cienf/v16n2/art_02.pdf [Acceso 16 de diciembre de 2013].

¹⁷ FERRAJOLI, LUIGI. DERECHOS Y GARANTÍAS. La Ley del Más Débil. Editorial Trotta, Madrid 2001.

¹⁸ Developmental potential in the first 5 years for children in developing countries, The Lancet, 369: 64, London, 2007. PATRICE L. ENGEL. Strategies to avoid the loss of developmental potential in more than 200 million children in the developing world, The Lancet 2007.

Así mismo, debe estipularse que es posible que dicha relación culmine, por diversas causas, entre otras porque la condición de discapacidad de la persona cuidada cese (o que acaezca la muerte), eventos que deben ser manifestados por el trabajador una vez ocurran y que a su vez constituyen una obligación del mismo. Este aspecto debe estar regulado en el proyecto.

3.3. Al revisar el artículo 5°, quizá uno de los puntos centrales, se advierte que no está delimitada palmariamente la obligación del empleador en lo concerniente a admitir la flexibilidad de los horarios.

3.4. En cuanto a la prohibición de despido (artículo 6°), este es un tema controversial que contiene una presunción de hecho (*iuris tantum*) por lo que admite prueba en contrario. Dicho aspecto, que inflexibiliza la relación laboral, contiene un nivel de protección que está en correspondencia con los valores constitucionales que se protegen y en todo caso, el empleador puede llegar a comprobar que otra fue la causa. Este elemento subyace en el Convenio 156 de 1981 de la OIT, para el caso del cuidado a los niños.

Ahora bien, dentro de la norma se debe concretar que la situación de cuidador no es justa causa para el despido como tampoco para dar por terminado unilateralmente el contrato (artículo 62 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo (CST). Desde luego, al establecer un fuero es imprescindible que este se delimite, para comprender si tiene un comportamiento propio o similar al de otras disposiciones (*v. gr.* como sería el que tenga un tratamiento como el de la maternidad, *cfr.* artículo 239 del CST, mod. por el artículo 2° de la Ley 1468 de 2011). Todos estos elementos deben estar definidos directamente por el legislador.

3.5. Finalmente, en lo que tiene que ver con la facultad reglamentaria (artículo 10), es de resaltar que esta clase de cláusulas han sido catalogadas contrarias a nuestro ordenamiento. En cuanto al límite en el tiempo de la facultad reglamentaria, la Corte Constitucional ha indicado:

[...] 48. Respecto del primer tópico, debe la Sala recordar cómo la jurisprudencia constitucional ha insistido en que someter la potestad reglamentaria a una limitación de orden temporal significa desconocer lo establecido en el artículo 189 numeral 11, superior¹⁹. Según lo previsto en el referido precepto constitucional, la potestad reglamentaria no solo radica en cabeza del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, sino que el Presidente conserva dicha potestad durante todo el tiempo de vigencia de la ley con el fin de asegurar su cumplida ejecución. En otras palabras: el legislador no puede someter a ningún plazo el ejercicio de la potestad reglamentaria. Al haber sujetado el artículo 19 el ejercicio de tal potestad a un plazo, incurrió en una práctica que contradice lo dispuesto por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, motivo por el cual la Sala declarará inexecutable el siguiente aparte del artículo 19 de la Ley 1101 de 2006: “*en un plazo no superior a seis (6) meses contados a partir de su entrada en vigencia*”²⁰.

¹⁹ *Cfr.* CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 10 de febrero de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1005 de 15 de octubre de 2008, M. P. Humberto Sierra Porto.

Se insiste, en consecuencia, que por la naturaleza de la facultad reglamentaria, la misma no es susceptible de esta clase de restricciones y así lo ha reiterado la Alta Corporación²¹.

Conclusiones.

1. La protección, el cuidado y el afecto a la persona con discapacidad proviene igualmente de los familiares y la sociedad y es precisamente lo que se aspira con la iniciativa y ello debe reflejarse en la presencia de estos actores en momentos críticos como son las enfermedades y padecimientos.

2. No obstante lo anterior, la propuesta tiene una serie de implicaciones a nivel laboral, por lo que el pronunciamiento del Ministerio del Trabajo es de suma importancia y debe ser tenido en cuenta. Adicionalmente, es importante resaltar que dentro de un sentido de responsabilidad social empresarial versus las estrategias de cuidado han de articularse las medidas con una visión de empresa, siempre que se armonice con las condiciones en que se presta el servicio. Aspectos como la “productividad” de un trabajador, sufre considerable mella cuando atraviesa una calamidad como las que regula el proyecto.

3. Sin perjuicio de las observaciones que formule el Ministerio del Trabajo, la propuesta cuenta con un soporte constitucional y jurisprudencial abundante. Sin embargo, como ya se anotó, existen ciertos reparos en el articulado que suscitan dudas y que deberían ajustarse, siendo coherente con la protección que se pretende brindar.

Con el presente concepto, se deja plasmada la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia.

Atentamente,

Alejandro Gaviria Uribe,
Ministro de Salud y Protección Social.

²¹ *Cfr.* CORTE CONSTITUCIONAL, C-765 de 3 de octubre de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

CONTENIDO

Gaceta número 65 - Viernes, 28 de febrero de 2014

SENADO DE LA REPÚBLICA Págs.

PROYECTOS DE LEY

Proyecto de ley número 173 de 2014 Senado, por la cual se establecen los mecanismos de intervención del estado para proteger a los usuarios, garantizar la calidad de los servicios y promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones. 1

CONCEPTOS JURÍDICOS

Concepto Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de ley número 05 de 2013 Senado, por medio de la cual se promueve el empleo de trabajadores con responsabilidades familiares de cuidadores, permitiendo su inserción laboral y se dictan otras disposiciones..... 11