



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

RESOLUCIÓN NÚMERO - 51320 DE 2009

10 OCT 2009

Radicación: 06-086483

Por la cual se impone una sanción

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)

En ejercicio de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante resolución número 017651 de junio 14 de 2007, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia ordenó investigar a las empresas TELMEX COLOMBIA S.A., en adelante TELMEX y SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., en adelante SUPERVIEW; así como a sus representantes legales, por la posible infracción de lo dispuesto en el numeral 4° de la Ley 155 de 1959.

SEGUNDO: Que una vez notificada la resolución de apertura de investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo calendado el 14 de septiembre de 2007, modificado por la Resolución 037975 del 20 de noviembre de 2007, se ordenó la práctica de pruebas.

TERCERO: Que culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia presentó al Superintendente el Informe Motivado correspondiente, en el cual se concluye que *"la enajenación de acciones de SUPERVIEW S.A. a TELMEX COLOMBIA S.A., configuró una operación de integración empresarial, de conformidad con los presupuestos establecidos por el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 la cual, por no ser informada, configuró una violación de dicha norma por las sociedades investigadas y por las personas naturales Luz Jeannette Rovira González y Luis Alfredo Baena Riviere"*.

CUARTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, del informe motivado se dio traslado a los investigados, quienes el 12 de agosto de 2009, a través de sus apoderados, se pronunciaron mediante escritos que obran a folios 1678 a 1937 del cuaderno No. 5 del expediente. A continuación se exponen los argumentos sustancialmente coincidentes presentados frente al informe motivado por los apoderados, seguidos de las observaciones que no lo son:

4.1. Argumentos sustancialmente coincidentes del apoderado de TELMEX, SUPERVIEW, Luz Jeannette Rovira González y Elkon Roy Burstin, y del apoderado de Luis Alfredo Baena Riviere

- Sostienen los apoderados que la Superintendencia conoció la operación de TELMEX y SUPERVIEW previo al perfeccionamiento del negocio, pues tras el requerimiento efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio, las compañías respondieron exponiendo detalladamente la operación y manifestando las razones por las cuales no procedía el deber de informarla, por no hacer parte del mismo mercado.

AMS

- Señalan que las mencionadas explicaciones fueron comunicadas a la Superintendencia de forma escrita y verbal en reuniones sostenidas entre el Superintendente y las investigadas, en las cuales se trató expresamente el asunto. No obstante lo anterior, advierten que la Superintendencia no manifestó su desacuerdo con la posición expresada en la respuesta a su requerimiento y no adelantó ninguna diligencia adicional al respecto.
- Argumentan que TELMEX y SUPERVIEW, amparadas en el principio de confianza legítima, procedieron a perfeccionar la operación de compra de acciones luego de tres meses de presentada la comunicación a la que se ha hecho referencia, presentando posteriormente ante esta Entidad las solicitudes de integración económica entre TELMEX - SUPERVIEW con las empresas TV Cable y TV Cable del Pacifico, operaciones que no fueron objetadas.
- Sostienen que agotada la etapa probatoria podía concluirse que las empresas investigadas no hacían parte del mismo mercado y, por tanto, no había lugar al trámite requerido por la Superintendencia, y que a pesar de las pruebas practicadas, el informe motivado ignora el contenido de las mismas y fundamenta su conclusión en una mera formalidad consistente en comparar el objeto social de las compañías.
- Manifiestan que el objeto de la identificación de mercado relevante fue explicar técnica y jurídicamente las razones por las cuales los mercados de TELMEX y SUPERVIEW eran diferentes y que, en consecuencia, no había lugar a informar la operación de compra de acciones, puesto que ambas empresas se dedicaban a prestar servicios de telecomunicaciones pero dentro de líneas de mercado distintas que responden a necesidades diferentes.

4.2. Argumentos del apoderado de TELMEX, SUPERVIEW, Luz Jeannette Rovira González y Elkon Roy Burstin Grauscirps.

- Señala el apoderado que en un Estado de Derecho si una autoridad es informada de un hecho que considera que puede ser contrario a la ley y que a ella misma le corresponde hacer cumplir, su deber es prevenir tal incumplimiento.
- En su concepto, el cambio brusco e inesperado en la doctrina de la Superintendencia respecto del criterio aplicable para determinar el supuesto subjetivo contenido en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, constituye una violación del principio de la confianza legítima.
- Indica que la labor de identificación del mercado relevante es precisamente uno de los puntos que, a su juicio, exige la autoridad que se tenga en cuenta a la hora de determinar si se tiene o no la obligación de informar una integración económica de acuerdo con la interpretación que hace del capítulo VII de la Circular Única.
- Frente a la responsabilidad de Luz Jeannette Rovira González, sostiene que amparada en el principio de buena fe y habiendo actuado con suma diligencia, procedió a realizar la operación entre SUPERVIEW y TELMEX después de que todos los antecedentes le permitieron concluir que dicha operación no estaba sujeta al deber de información.

AME

4.3. Argumentos del apoderado de Luis Alfredo Baena Riviere

- Indica el apoderado que de conformidad con el artículo 12 del C.C.A., la Superintendencia estaba legalmente obligada a controvertir la posición asumida por las investigadas y a requerirlas para que complementaran la información o modificaran su concepto. Considera que la Superintendencia violó la disposición referida por cuanto no requirió a las empresas, a pesar de que tanto verbal como por escrito se le había informado de la operación.
- Manifiesta que existió violación al debido proceso del señor Luis Alfredo Baena, por cuanto no se tuvo en cuenta el dictamen pericial que delimitaba las diferencias existentes entre el mercado de valor agregado.

QUINTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, concordante con los numerales 13 y 15 del artículo 4 del mismo texto legal, se escuchó al Consejo Asesor. Habiéndose surtido así adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho resolverá el presente caso en los siguientes términos:

5.1. Competencia

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992¹, corresponde a esta Entidad "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; lograr que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios".

El numeral 10 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959, disposiciones complementarias y, en particular, aquellas a que se refiere el citado decreto, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 2, en concordancia con los numerales 13, 15 y 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las

¹ El numeral 1° del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 fue modificado por el artículo 3° de la Ley 1340 de 2009, el cual dispone: "Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. (...)"

2009

conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

5.2. Marco normativo

De conformidad con la Resolución 017651 de Junio 14 de 2007, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, se indagó sobre la presunta infracción a la siguiente norma, vigente al momento de los hechos investigados:

- Obligación de informar previamente sobre las operaciones de integración.

Artículo 4º de la Ley 155 de 1959²:

“Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancías o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000), o más, estarán obligados a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse, o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

“Parágrafo 1. El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

“Parágrafo 2. Si pasados treinta (30) días de haberse presentado el informe de que trata este artículo no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla.” (...)

5.3. Período de los hechos investigados

Los hechos que dan lugar a esta resolución están relacionados con la conducta desarrollada por las empresas investigadas, así como por sus representantes legales en su condición de personas naturales, con ocasión de la operación de compra de acciones de SUPERVIEW por parte de TELMEX, perfeccionada el 26 de octubre de 2006 mediante su registro en el libro de accionistas.

6. El control previo de integraciones jurídico económicas

Del artículo 4º de la Ley 155 de 1959 antes transcrito, se desprende lo siguiente:

a. El deber de informar.

Este primer paso, el cumplimiento de la obligación de hacer, consistente en informar la operación de integración, se encuentra en cabeza de las empresas que se dedican a la misma actividad respecto de un artículo, *materia prima, producto, mercancía o servicio*, y que proyectan integrarse mediante cualquier forma y no se encuentran dentro de los supuestos de autorización general previstos en la Circular Única.

² Modificado por el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009.

RMS

Debe tenerse en cuenta que para facilitar, por una parte a los interesados el cumplimiento de este deber legal de información, así como a la Superintendencia su función de control previo, en la Circular Única, Capítulo II del Título VII, esta Entidad definió un *régimen de autorización general* y uno de *autorización particular*.

Mediante esta norma se establecieron criterios objetivos para determinar qué operaciones se encuentran autorizadas de manera general, así como también se previó el detalle de la información que deberán allegar las empresas, en caso de que la operación no se encuadre dentro del supuesto de autorización general y deba ser informada a la autoridad.

De tal suerte, este deber legal de informar en cabeza de las empresas debe cumplirse mediante la entrega de la documentación detallada en la referida Circular Única, Título VII, Capítulo II, numeral 2.2 y sólo se entenderá cumplido una vez se allegue de manera completa, sin perjuicio de que la Superintendencia pueda requerir información adicional, motivo por el cual, está previsto en la misma Circular que *"de acuerdo con el párrafo 2° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959 y el artículo 6° del Decreto 1302 de 1964, el término de treinta (30) días no comenzará a contarse hasta tanto esta Superintendencia reciba toda la información que debe facilitarse para el pronunciamiento sobre las operaciones de integración que pertenezcan al régimen de información particular."*

Correlativa a la obligación de informar las operaciones de integración empresarial, el numeral 14 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 le confiere al Superintendente de Industria y Comercio la facultad de *"Pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas"*.

Este deber de información al que se ven sometidas las empresas que proyecten concentrarse, constituye un punto de partida del control previo que por disposición legal debe ejercer la Superintendencia. Así las cosas, la obligación de informar se constituye en un mandato legal para los particulares, quienes deben solicitar a la Superintendencia, a través de la entrega completa de la información necesaria, que de inicio a un procedimiento administrativo que culmine con el pronunciamiento de la autoridad.

b. El deber de la Superintendencia de analizar la operación de integración y de establecer el efecto que podría producir en el mercado.

La función de objetar la operación proyectada que tienda a producir una indebida restricción de la competencia está en cabeza de la Superintendencia. No sobra recordar que por regla general las concentraciones empresariales se encuentran permitidas en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa e iniciativa privada e incluso algunas resultan deseables para el mercado.

Para establecer si la operación tiende o no a producir dicha restricción, la Superintendencia debe analizar la información suministrada previamente por las empresas, consistente en aquella relativa a la operación proyectada.

La información que las empresas intervinientes deben aportar, incluye, entre otros, productos ofrecidos de manera coincidente por las empresas intervinientes, principales usos y aplicaciones, población objetivo o *target* de consumo y segmento de clientes.

Nótese que la segmentación de población objetivo o *target* de consumo, es uno de los elementos que deben ser aportados a la Superintendencia por parte de las empresas

AMS

solicitantes de autorización, para el efecto de que esta Entidad pueda abordar el análisis del (los) mercados que se pueden ver afectados con la operación informada y el posible impacto que en ellos se generaría.

Siguiendo la estructura del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, como es obvio este control no está previsto como una actuación administrativa que inicie de oficio³ la Superintendencia, dado que es a raíz de la información que deben suministrar las empresas intervinientes obligadas a informar la operación, que se provoca el comienzo procedimiento administrativo que concluirá con un pronunciamiento de la autoridad.

A efectos de cumplir con la función de pronunciarse sobre la integración, la Superintendencia debe proceder a determinar, a partir de la información allegada y, en caso dado, de la obtenida de terceros o adicional de los mismos intervinientes, el mercado relevante que le permitirá identificar cuáles son los bienes o servicios entre los que podría plantearse una competencia efectiva en un ámbito geográfico determinado. Es para este efecto que procede el análisis sobre la segmentación concreta y rigurosa del mercado.

Vale decir que lo anterior cobra sentido dentro de la finalidad misma del control de las integraciones instaurado para prevenir la consolidación de situaciones económicas que pudieran resultar nocivas para el mercado, en general, y para los consumidores, en particular, quienes podrían ver sus intereses y expectativas de consumo, reducidas o anuladas por las estrategias jurídicas o económicas de determinados agentes del mercado.⁴

c. La autorización tácita a las empresas que han informado de la operación, cuando transcurrido el término previsto, la Superintendencia no la ha objetado.

Esta autorización tácita que se produce como consecuencia del silencio de la Superintendencia, comporta para ella que se asuma legal y legítimamente que la operación que le fue informada no tiende a producir en su criterio una indebida restricción de la competencia, mientras que para las empresas intervinientes tal circunstancia implica la autorización legal para realizar la operación.

El silencio positivo aquí previsto, constituye la única hipótesis legalmente válida para considerar que hay una autorización tácita; para que dicha consecuencia se genere, necesariamente tiene que haberse aportado de manera completa toda la documentación exigida por la Circular y, si es el caso, aquella requerida de manera adicional por la

³ En todo caso, la Superintendencia puede iniciar de oficio investigaciones administrativas encaminadas a establecer si ha habido incumplimiento del deber de informar previamente la realización de operaciones de integración. Resolución SIC 21819 de 2004: "Dado que el artículo 4° arriba citado dispone que es una obligación de las empresas que pretenden integrarse informar al Gobierno Nacional acerca de las operaciones que proyecten llevar a cabo con tal fin, y que ese artículo se encuentra contenido en una Ley "[p]or la cual se dictan algunas **disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas**", se concluye que la legislación colombiana sobre prácticas comerciales restrictivas, sí contempla dentro de sus disposiciones un artículo en el que se establece la obligación de dar aviso de las integraciones que se proyecten realizar, por lo cual quien se abstiene u omite la obligación arriba citada, contraviene con su comportamiento el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 y con ello las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas previstas en el ordenamiento jurídico colombiano".

⁴ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 21819 de septiembre 1 de 2004.

AMB

Superintendencia, motivo por el cual los términos sólo empiezan a contarse a partir del recibo de la totalidad de la información necesaria.

El término previsto es un límite temporal para que la Entidad, a partir del recibo completo de la información necesaria, conforme se indica en la Circular Única, efectúe el análisis de mercado correspondiente y, de ser el caso, objete la integración.

6.1. El deber legal de información previa de una operación de integración

Respecto de la obligación de informar⁵, deben concurrir los siguientes supuestos: (i) subjetivo, (ii) objetivo y (iii) cronológico.

La operación de integración realizada entre TELMEX y SUPERVIEW.

Con fundamento en los elementos obrantes dentro del expediente, procede el análisis sobre si la operación realizada por las sociedades TELMEX y SUPERVIEW cumplía con los tres supuestos mencionados:

(i) Supuesto subjetivo:

En la primera parte del precepto legal precitado, artículo 4° de la Ley 155, desarrollado por la Circular Única, se señala que la obligación legal de informar a la Superintendencia de una operación de integración corresponde a empresas que se dedican a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado, o que se encuentren dentro de la misma cadena de valor.

a. Participación de dos empresas.

El término empresa ha sido definido como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios⁶, de tal forma que abarca cualquier tipo de organización, capaz de establecer de manera autónoma su comportamiento sobre el mercado, independientemente de si esta unidad económica es conformada por varias personas jurídicas, o del carácter directo o indirecto de su intervención.

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente este Despacho puede concluir que, para la época de realización de los hechos objeto de este proceso, cada una de las investigadas tenía el carácter de empresa, en tanto desarrollaba en forma organizada y habitual una serie de actividades de naturaleza económica, labor para la cual ambas tenían destinados un conjunto de activos, según consta en los correspondientes certificados de existencia y representación legal, así como en los estados financieros de las empresas⁷.

⁵ Supra 22.

⁶ Código de Comercio, artículo 25.

⁷ Según consta en el certificado de existencia y representación legal mediante escritura pública número 1666 de la Notaria 24 de Bogotá de fecha 5 de agosto de 1993, se constituyó la sociedad comercial denominada Superview S.A., con un capital suscrito de 57,940,004,000. (Folio 819 a 824 del cuaderno 2 del expediente). Así mismo, en el estado de resultados a 31 de diciembre de 2005, Superview S.A., se señalan sus ingresos operacionales (Folio 65 a 66 del cuaderno 1 reservado).

40-125

b. Las empresas participantes deben dedicarse a la misma actividad.

Este Despacho advierte con respaldo además en varios pronunciamientos que hacen parte de la doctrina de esta Superintendencia, relacionados con investigaciones por integraciones no informadas -como adelante se enunciarán-, que la determinación sobre si las empresas desarrollan "la misma actividad", toma en consideración la revisión de su objeto social. De hecho, en el estudio que hace la Superintendencia de las integraciones informadas, la observación del objeto social de las empresas intervinientes hace parte del análisis que luego se complementa con el estudio necesario para efectuar la segmentación concreta y rigurosa que debe hacerse a efectos de poder obtener el mercado relevante⁸.

La Superintendencia ha acudido a este mecanismo de verificación basándose en el Código de Comercio que en el artículo 99, textualmente circunscribe la capacidad de la sociedad al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto social y, a continuación, en el artículo 110 numeral 4º, obliga a que en la escritura pública de constitución de la sociedad se señale dicho objeto.

El Código de Comercio, definió el objeto social como la empresa o negocio de la sociedad, y exige que en él se haga "*una enunciación clara y completa de las actividades principales de la empresa*". (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, teniendo en cuenta la importancia de dicho artículo que se refuerza al declarar que será "*ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél*", se ha entendido por parte de esta Entidad, que para verificar si las empresas se dedican o comparten la misma actividad, resulta perfectamente adecuado acudir a la comparación del objeto social de las empresas, que se encuentra en el certificado de existencia y representación legal de las mismas.

En este caso el Despacho tiene en cuenta, como en oportunidades anteriores, la coincidencia del objeto social de las empresas intervinientes para la época de ocurrencia de los hechos obteniendo lo siguiente:

- TELMEX COLOMBIA S.A.

Según consta en el certificado de existencia y representación legal, mediante escritura pública número 1146 del 7 de marzo de 2000 de la Notaría 6ª de Bogotá, la sociedad Telmex Colombia S.A. se constituyó para continuar con el objeto social de la sociedad Firstcom Colombia S.A., sociedad que se hallaba disuelta, con un capital suscrito de 219,640,325,000. En el estado de resultados a 31 de diciembre de 2005, se señalan sus ingresos operacionales (Folio 151 del cuaderno 1 reservado).

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Ver Resolución 5487 del 15 de marzo de 2005. Meals de Colombia y Productos Lácteos Robin Hood S.A.; Resolución No. 29661 del 16 de noviembre de 2005. Valores Simesa S.A. y Empresa de Refractarios Colombianos S.A. por una parte, y Suministros de Colombia S.A. por la otra.; Resolución 33268 del 14 de diciembre de 2005. Editorial Televisa Colombia S.A., Editorial Cinco Cultural S.A. y Editorial Cinco Recreativa S.A.; Resolución 35516 del 27 de diciembre de 2005. Cementos de Occidente S.A. y Holcim (Colombia) S.A.; Resolución 923 del 24 de enero de 2006. DuPont de Colombia S.A. y Plastilene S.A.; Resolución 13544 del 26 de mayo de 2006. Cementos del Caribe S.A. Metroconcreto S.A., Concretos de Occidente S.A., Agrecon S.A. y Logitrans S.A., por una parte, Cemento Andinos S.A. y Concrecem S.A.; Resolución 21667 del 16 de agosto de 2006. Bolsa Nacional Agropecuaria S.A. y Bolsa Agropecuaria Colombiana S.A.

AMS

"El desarrollo de actividades y prestación de servicios de telecomunicaciones dentro o fuera de Colombia con varias tecnologías, actualmente existentes o que puedan llegar a existir en el futuro; incluyendo la prestación en cualquier clase de servicios de telecomunicaciones en las diferentes modalidades de gestión que permite la legislación colombiana en cualquier orden territorial, incluyendo pero sin limitarse a servicios de telecomunicaciones de valor agregado, telemáticos y de portador a personas naturales o jurídicas de derecho público o privado y que se encuentren autorizados por las leyes de Colombia⁹". (Subraya fuera de texto)

• SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A.

"La prestación de servicios telemático y de valor agregado, acceso a Internet, correo electrónico, telebuzones de voz y soluciones integradas de voz, datos y video, alambrados físicamente y utilizando el radio espectro, las rampas ascendentes y descendentes satelitales debidamente autorizados por el Gobierno Nacional, telefonía básica conmutada local y local extendida, telefonía básica conmutada internacional, telefonía social, local y local extendida, telefonía básica como tal¹⁰". (Subraya fuera de texto)

Con fundamento en lo anterior se evidencia que ambas empresas investigadas incluyeron dentro de su objeto social, como actividades principales a desarrollar, la prestación de servicios de valor agregado.

Frente a este punto los apoderados indican que agotada la etapa probatoria de la investigación podía concluirse que las empresas investigadas no hacían parte del mismo mercado y alegan que, *"No obstante la contundencia de las pruebas mencionadas, el informe motivado inexplicablemente ignora el contenido de las mismas y fundamenta su conclusión, esto es, que Telmex y Superview incumplieron con un deber legal, en una mera formalidad consistente en comparar el objeto social de las compañías, que incluye la prestación de servicios de valor agregado. A pesar de lo anterior, dichos servicios, tal como se ha probado a través del proceso, tiene características usos y precios muy diferentes y los usuarios no los perciben como servicios sustitutos de tal forma que Telmex y Superview no pueden ser competidoras entre sí, por pertenecer a diferentes mercados y por contar con portafolios de productos y redes de telecomunicaciones que se dirigen a diferentes clases de consumidores¹¹".*

Sobre el particular, debe decirse que este Despacho observa que el alcance que los apoderados han dado a las pruebas referidas se dirige a determinar que las empresas pertenecen a mercados relevantes diferentes, y tal como se ha expresado, dicho análisis no procede para establecer si existía o no el deber legal de informar la operación.

Argumenta uno de los apoderados¹² que la evaluación de mercado relevante efectuada por sus representadas respecto del cumplimiento de este elemento de "misma actividad", se sustentó en doctrina reiterada de la Superintendencia en este sentido, y en un

⁹ Folio 34 del cuaderno 1 del expediente.

¹⁰ Folio 39 del Cuaderno 1 del expediente.

¹¹ Supra 1. Folio 1679 a 1680 del cuaderno 5 del expediente.

¹² Supra 1. Folio 1686 del cuaderno 5 del expediente.

AMS

"antecedente idéntico al de TELMEX y SUPERVIEW", refiriéndose al caso de EEPPM y ETB.

Sobre este aspecto se observa que la supuesta "doctrina reiterada" en la que se pretende respaldar la interpretación hecha por los apoderados, corresponde a dos conceptos de la oficina jurídica¹³ que carecen de carácter vinculante de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 25 del C.C.A., lo cual se advierte expresamente en el texto de los mismos, uno de los cuales¹⁴, además, no tiene el alcance que le atribuye el apoderado en sustento de su entendimiento del tema. Por el contrario, en él expresamente se manifiesta que el estudio de las condiciones y consecuencias de la operación, hace parte de la actuación administrativa que, como ya se dijo anteriormente, corresponde adelantar a la Superintendencia y que surge una vez superada la primera etapa mencionada, esto es, el cumplimiento del deber de informar.

Dice el aludido concepto: "***la actuación administrativa iniciada con ocasión del cumplimiento del deber legal antes señalado [información previa de la operación], se contrae al estudio de las condiciones específicas de la operación y de las consecuencias que ésta tienda a producir en el mercado (...)***"¹⁵. (Negrillas fuera de texto).

Por otra parte, respecto del antecedente que se ha considerado idéntico, pierden de vista que en el caso referido, dentro de la averiguación preliminar adelantada a solicitud de un tercero¹⁶, no se cuestionó si EEPPM y ETB desarrollaban o no la misma actividad, cual es el punto que se discute en esta ocasión. Como es del dominio público y así se desprende del objeto social de estas empresas para la fecha de los hechos, ambas empresas coincidían en sus actividades.

Valga anotar que dicha averiguación culminó con un auto de archivo del expediente, no porque las empresas EEPPM y ETB no participaran de la misma actividad, sino porque la Superintendencia no encontró que la conformación de una nueva empresa -Colombia Móvil- por parte de las empresas EEPPM y ETB, que habría de suscribir un contrato de concesión para la posterior prestación de servicios PCS, constituyera una concentración vertical que en los términos de competencia debiera ser informada.

Es por lo expuesto, que los investigados mal pueden ampararse en el análisis conforme al cual concluyeron que las empresas pertenecían a mercados relevantes diferentes, para sustentar que no les correspondía la obligación de informar la operación, dado que tal como se ha manifestado, este análisis corresponde a la Superintendencia, que con base en la documentación aportada por los interesados, pasa a ocuparse de la determinación del mercado relevante. Se observa, además, que tal argumentación estuvo acompañada del reconocimiento en cuanto a que se dedican a la misma actividad, como se desprende de las observaciones formuladas por el apoderado de Luis Alfredo Baena cuando afirma: "***Si bien la afirmación de que 'ambas empresas usan redes e infraestructura similares que les permiten prestar diferentes servicios, confluyendo ambas en la prestación de servicios***

¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Conceptos 011079002 de 2002 y 03017611 de 2003.

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 03017611 del 14 de mayo de 2003.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ La denuncia consideraba que la creación de Colombia Móvil por parte de EEPPM y ETB se constituía entre otras conductas, en una concentración vertical y horizontal que debía haber sido informada, y que además debía ser objetada por la Superintendencia

4/10/09

*de valor agregado' resultaría cierta en que ambas sociedades prestan el servicio de valor agregado" (...)*¹⁷ (Subraya del apoderado)-

Frente a la conclusión de las investigadas según la cual "SUPERVIEW y TELMEX no se pueden ubicar en el mismo mercado relevante y por tanto no se pueden considerar como competidores", este Despacho comparte lo dicho en el informe motivado en cuanto a que decidir si se requería o no informar la operación, no implicaba para el agente interesado la definición del mercado relevante en el cual participan las empresas intervinientes en la operación, pues dicho análisis corresponde a esta autoridad, precisamente en el trámite que se desata con ocasión de la notificación de la misma.

Sobre este punto, esta Entidad ha sostenido que:

"Hay dos etapas muy distintas con implicaciones muy diferentes: una en la que se encuentra el deber de información en cabeza de los partícipes de la operación siempre que se den las condiciones legalmente previstas para que proceda el caso, y otra en la que está la posibilidad de que la Superintendencia de Industria y Comercio objete o condicione la operación si ésta tiende a generar indebidas restricciones a la competencia.

*"Las etapas no se pueden confundir. No queda a discreción de los partícipes de la investigación concluir si los efectos de su negocio desfavorecen o no la competencia para de ese modo resolver si la informan o no. Una interpretación de este tenor haría nugatoria la acción del Estado en este tema tan vital"*¹⁸. (Subraya fuera de texto)

Cabe anotar que si bien SUPERVIEW no se encontraba prestando servicios de valor agregado a través de su propia red sino a través de la red de un tercero, lo cierto es que para la época en que se realizó la operación comercializaba dichos servicios con fundamento en su licencia de valor agregado como responsable de los mismos ante los usuarios.

Resulta un hecho cierto que para la época en que se perfeccionó la operación de integración, SUPERVIEW desarrollaba como actividad, la prestación de servicios de valor agregado. Ahora bien, el ejercicio de segmentar o subsegmentar los servicios de valor agregado, en una clasificación desagregada con el único fin de intentar acreditar que no todos hacen parte de un mismo mercado relevante y para llegar a diferenciar convenientemente entre los servicios de internet corporativo y los de internet residencial, corresponde a un análisis que, de resultar válido para la definición del mercado relevante, no resulta en absoluto pertinente para determinar si existía o no coincidencia en la actividad de las empresas y si estaban obligadas a informar la operación.

Así, el razonamiento del que se valen los apoderados de los investigados, bien habría podido ser parte de la información que estaban obligadas a suministrar las empresas que representan al informar la operación, en aplicación de la Circular Única de esta Superintendencia, cuando les exige identificar la población objetivo o *target* de consumo y segmento de clientes.

¹⁷ Supra 2 folio 1926. Cuaderno 5 del expediente.

¹⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29313 del 20 de noviembre de 2000.

AMS

Así pues, se concluye que para el momento en que se presentaron los hechos, la actividad desarrollada por TELMEX coincidía con la de la sociedad SUPERVIEW, teniendo en cuenta que ambas empresas se dedicaban a la prestación de servicios de valor agregado, los cuales suministraban amparadas en licencias concedidas por el Ministerio de Comunicaciones¹⁹.

Además de la comprobación documental sobre el objeto social de cada una de las compañías, obran en el expediente documentos de TELMEX²⁰ y de SUPERVIEW, que dan cuenta de que la actividad de prestar servicios de valor agregado efectivamente se realizaba por las empresas, pues así se refleja en los estados contables cuando se calculan para cada una los recursos obtenidos en desarrollo de estas actividades, identificadas como coincidentes para la época de la operación. En particular, constan ingresos operacionales obtenidos durante el año 2006 por concepto de la prestación de servicios de valor agregado²¹.

En consecuencia, el Despacho concluye que las sociedades TELMEX y SUPERVIEW cumplían el supuesto subjetivo contenido en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959.

(ii) *Supuesto objetivo*

En cuanto al supuesto objetivo de la norma, se observa que se divide en la verificación de dos aspectos:

El primero, que los activos de las empresas, individualmente o en conjunto, superen los 20 millones de pesos²² y, el segundo, que las empresas pretendan fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica que utilicen para ese efecto.

En lo atinente a la suma de los activos a que se hace referencia en la norma, éstos se verifican sobre los últimos estados financieros aprobados en los cuales se refleje la realidad económica²³. Estos documentos serán la fuente para constatar el cumplimiento del requisito.

El segundo aspecto está referido al tipo de operación que se pretende realizar. Así, teniendo en cuenta que una operación de integración puede presentarse de diversas formas, lo importante será el resultado y no el medio.

a) El monto de los activos

Respecto del monto de los activos de las empresas, debe precisarse que en la Circular Única se estableció que los procesos de integración que deben someterse a información

¹⁹ "Actualmente SUPERVIEW es una Entidad independiente de TELMEX, y presta los siguientes servicios. [...] (ii) Con base en la licencia de valor agregado expedida por el Ministerio de Comunicaciones, presta el servicio de Internet residencial de banda ancha. [...]. Por su parte TELMEX es una Entidad independiente de SUPERVIEW y presta los siguientes servicios. [...] (i) Con base en la licencia de valor agregado expedida por el Ministerio de Comunicaciones presta los siguientes servicios: (i) datos empresariales, (ii) Internet corporativo; (iii) datacenter y (iv) servicios administrados [...]. (Subraya fuera de texto). Folio 7 del Cuaderno 1 del expediente. Comunicación radicada con el número 06086483-00001 el 8 de septiembre de 2006.

²⁰ Folio 158 del Cuaderno 1 reservado del expediente.

²¹ Folio 142 del Cuaderno 1 reservado del expediente.

²² Artículo 4° Ley 155 de 1959.

²³ Resolución 22195 de 2006.

2/11/09

previa, son aquellos en que los activos individual o conjuntamente considerados superen el equivalente a 100.000 SMLMV.

Como se puede observar en la tabla 1, los activos de TELMEX y SUPERVIEW conjuntamente considerados correspondientes a la fecha de la operación, presentaban un nivel superior a los 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (equivalentes a \$40.800.000.000,00 de pesos²⁴, toda vez que su sumatoria ascendía a \$185.086 millones de pesos.

Tabla 1
Activos Totales con corte a 31 de diciembre de 2005

EMPRESA	TOTAL ACTIVOS
TELMEX S.A.	\$ 156.034.592.000,00
SUPERVIEW S.A.	\$ 29.051.932.000,00
Total activos conjuntos	\$ 185.086.524.000,00

Adicionalmente, en la tabla 2 se observan los ingresos operacionales de TELMEX y SUPERVIEW con corte a 31 de diciembre de 2005.

Tabla 2
Ingresos operacionales con corte a 31 de diciembre de 2005

EMPRESA	TOTAL ACTIVOS
TELMEX S.A.	\$ 112.842.494.000,00
SUPERVIEW S.A.	\$ 34.448.110.000,00
Total ingresos operacionales conjuntos	\$ 147.290.604.000,00

b) La operación realizada

Respecto del supuesto conforme al cual recae la obligación en las empresas que pretendan fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse, independientemente de la forma jurídica de que se valgan, conviene enfatizar que desde el punto de vista de la competencia, lo importante será el resultado y no el medio que se utilice para llegar a él, pues como la misma norma lo advierte, la operación se presenta "sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración."

Sobre el particular esta Superintendencia ha manifestado que:

"(...) Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración si está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio²⁵."

²⁴ Cuaderno 1 reservado del expediente. Estados Financieros de las empresas Superview S.A. y Telmex Colombia S.A., con corte a 31 de diciembre de 2005.

²⁵ Concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio con N° de radicación 00001365.

Bonifaz

Así mismo mediante Resolución 29191 del 29 de noviembre de 2004, esta Superintendencia señaló:

"(...) Ahora bien, dado que el control previo busca proteger al mercado de aquellas operaciones que tiendan a producir una indebida restricción a la competencia, el legislador decidió no restringir su aplicación a un tipo específico de operaciones, sino dejarlo abierto, para cualquier proceso que genere un efecto integrativo, manteniendo el instrumento de verificación acorde con su finalidad."

En consecuencia, las empresas que pretendan llevar a cabo un proceso de integración empresarial, en cualquiera de sus manifestaciones y cuya situación se enmarque en los supuestos previstos en el artículo 4º de la citada Ley 155 de 1959, deberán comunicar previamente la operación que pretenden realizar a esta Entidad, la cual determinará la procedencia de su ejecución²⁶.

En el presente caso es preciso determinar a la luz de lo ya expuesto, si la enajenación del 99,8% de las acciones en circulación de SUPERVIEW a las empresas filiales del Grupo TELMEX, dio lugar a una integración empresarial²⁷.

De conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende que habrá control cuando como resultado de una operación, la empresa tenga "La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa".

En el mismo sentido, la doctrina extranjera ha señalado²⁸:

"Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control en las empresas que se concentran."

"Este cambio duradero puede ser una fusión entre dos o más empresas o partes de empresas, anteriormente independientes, o simplemente la adquisición de una empresa por otra."

"[...] El control se entiende como todos aquellos derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa, tales como derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte"

²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8315 de marzo 28 de 2003.

²⁷ Folio 133, cuaderno 1 reservado del expediente. "Superview Telecomunicaciones – Notas a los Estados Financieros. 31 de diciembre de 2006. "(...) El 18 de julio de 2006, la asamblea de accionistas bajo el acta No. 47, decidió vender el 99.8% de las acciones en circulación de la Compañía a las empresas filiales del Grupo Telmex, lo cual se perfeccionó mediante el registro en el libro de accionistas del 26 de octubre de 2006; fecha desde la cual la nueva administración emprendió actividades encaminadas a la depuración de la información financiera y administrativa, dichos planes se encuentran al 31 de diciembre de 2006 en proceso de desarrollo, esperando ser cerrados durante el año fiscal 2007".

²⁸ Comisión Nacional de la Competencia Española y la Fundación CEDEET. Introducción a la Defensa de la Competencia, Módulo 3. "El Control de las Concentraciones Empresariales". Capítulo 1. Conceptos, Procedimientos y Herramientas de Análisis. Páginas 8 y 10.

40MB

de los activos de una empresa, o derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa".

En el presente caso la operación de integración consistió en la enajenación de acciones por parte de los accionistas de SUPERVIEW a empresas subsidiarias de la sociedad Teléfonos de México S.A. de C.V.²⁹. Esto se desprende, entre otros, de la Resolución número 927 del 13 septiembre de 2006, proferida por la Comisión Nacional de Televisión, que da cuenta de la mencionada operación de enajenación de acciones, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO PRIMERO: AUTORIZAR la negociación del 99.66% de las acciones que poseen Instalaciones Técnicas y Mantenimiento para la Televisión S.A. -I.T.M. Televisión S.A., Bernier International Corporation, Glumse Intertrading Inc., Xavier Gallardo Villar, Juan Carlos Ospina y Cables Shop S.A., en el concesionario del servicio público de televisión por suscripción Superview Telecomunicaciones S.A., a favor de las sociedades Servicios Administrativos Tecmarketing S.A. de C.V., Teninver S.A. de C.V., Uninet S.A. de C.V. y Controladora de Servicios de Telecomunicaciones S.A. de C.V., de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo".

En el mismo sentido, el señor Alfredo Deluque Zuleta, Gerente de Asuntos Regulatorios de Cable Pacífico S.A., señaló a este Despacho que:

"Pregunta 23: ¿Las acciones se las vendieron entonces a Telmex Colombia o a quién? Responde: No, las acciones se las vende, los anteriores accionistas de Superview le venden las acciones a Telmex México a través de unas empresas de las cuales es controlante Telmex México (...)"³⁰.

Así las cosas, la operación realizada implicó la adquisición de la mayoría accionaria de la empresa SUPERVIEW por parte de las subsidiarias de la sociedad Teléfonos de México S.A. de C.V., configurándose de esta manera un cambio duradero del control de SUPERVIEW que concedería a dichas empresas la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las deliberaciones y principales decisiones de SUPERVIEW³¹.

De esta manera, si bien, la enajenación de acciones fue llevada a cabo con accionistas del Grupo TELMEX de México, lo cierto es que esta última tiene presencia directa en el país a través de su subordinada TELMEX. De modo que con la operación realizada, las dos empresas, esto es, TELMEX y SUPERVIEW, pasaron a estar bajo el control de la sociedad Teléfonos de México S.A. de C.V., encontrándose sujetos a un mismo direccionamiento.

En estos términos, se concluye que la enajenación de acciones de SUPERVIEW al Grupo TELMEX constituyó una operación de integración económica con lo cual se pone en evidencia el supuesto objetivo de la norma en comento.

²⁹ Testimonio Alfredo Deluque Zuleta. Folio 546, cuaderno 1 del expediente.

³⁰ Testimonio Alfredo Deluque Zuleta. Folio 539 del cuaderno 1 del expediente.

³¹ Código de Comercio. "Artículo 260. Subordinación. Una sociedad será subordinada o controlada a cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria."

4/11/09

(iii) *Supuesto cronológico:*

El artículo 4° de la Ley 155 de 1959 dispone que las empresas que se pretendan integrar y cuya situación se enmarque en los supuestos ya referidos, deberán, previa la realización de la operación, informar de la operación para obtener bien expresa o tácitamente la no objeción de esta Superintendencia. En tal sentido, el informe no puede ser posterior a la operación, sino que debe realizarse con antelación a la misma³², pues de no ser así perdería toda razonabilidad el carácter preventivo de la norma.

Para el cumplimiento del supuesto cronológico, la operación llevada a cabo entre las investigadas debió haber sido informada y no objetada, tácita o expresamente por esta Superintendencia antes del 26 de octubre de 2006, fecha en la cual, según las notas a los estados financieros de la sociedad SUPERVIEW, fue perfeccionada la venta de las acciones mediante su registro en el libro de accionistas.

En el presente proceso ha quedado claro que las empresas investigadas se hallaban sujetas al régimen de información particular contenido en la Circular Única de esta Superintendencia, pese a lo cual, no se encontró en los archivos que obran en esta Entidad, que las empresas investigadas hubiesen dado cumplimiento a esta obligación. Por tanto, resulta necesario concluir que las investigadas no cumplieron con el deber legal de informar de la operación.

La solicitud de autorización de integración como forma de inicio de la actuación administrativa

El cumplimiento de un deber legal se configura cuando una norma impone a las personas que se encuentren en determinadas circunstancias la carga de presentar una solicitud, una declaración tributaria o de otra clase, o una liquidación privada, o el de realizar cualquier otro acto ante las autoridades administrativas³³.

Es importante recordar que para la época de los hechos investigados, el trámite de integraciones se encontraba regulado, fundamentalmente en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 1302 de 1964, donde se establecía que la Administración podría pronunciarse frente a una solicitud de integración, en forma expresa o tácita y en la Circular Única, Título VII, capítulo II.

En el presente caso es claro que no fue presentada una solicitud de autorización de integración por parte de las investigadas. Pretender lo contrario con base en una supuesta

³² Artículo 6° del Decreto 1302 de 1964: "Para los efectos de la autorización presunta que se establece en el parágrafo segundo del artículo 4 de la ley 155 de 1959, el término de treinta días empezará a contarse desde ..." A su vez, el parágrafo 2 del artículo 4 de la ley 155 de 1959 establece: "Si pasados treinta días de haberse presentado el informe de que trata este artículo no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla."

³³ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. "Manual del Acto Administrativo". Segunda Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Página 221.

Handwritten mark

convicción personal de no tener la obligación de hacerlo y a partir de la respuesta a un requerimiento de información resulta inadmisibile.

Sobre el particular, resulta necesario advertir que la comunicación a la que se hace referencia, fue respondida por las involucradas con la manifestación sustentada de que no les correspondía informar. En este contexto, no cabe esperar que, como si se estuviera dentro del trámite de solicitud de información de integración, la Superintendencia requiriera documentación adicional, puesto que las empresas no dieron inicio a la mencionada actuación.

Por otro lado, pretender suplir el inicio de la actuación administrativa, que como claramente está expuesto, se da con la presentación de la solicitud con el lleno de los requisitos ante la Entidad, amparándose en la presunta realización de reuniones con funcionarios de la misma, aún fuera con el Superintendente, es desconocer el principio de igualdad de los administrados dado que no puede suplirse mediante trámite informal el cumplimiento de un deber legal.

La manifestación que hicieron las empresas a esta Entidad, de su autoconvencimiento respecto a que no les correspondía informar la operación, no es un asunto que tenga por efecto trasladar a la Superintendencia el deber de controvertir dicho convencimiento, y enfáticamente se debe afirmar que de manera alguna es éste el mecanismo para evadir el cumplimiento de obligaciones o para excusar válidamente una infracción.

No se puede pretender alegar un supuesto silencio³⁴ para justificar que las investigadas "asumieron" que la Superintendencia compartía el convencimiento de las empresas y que ese silencio les sirva de excusa frente a la investigación que se adelantó, ni tampoco que el infundado convencimiento al que arriaron pueda explicar válidamente el incumplimiento de una obligación legal.

Para el momento en que los investigados, en forma previa a la realización de la operación, presentaron a la Superintendencia las razones en que fundamentaban su conclusión según la cual no les correspondía el deber de informarla, esta Entidad no había dado, como posteriormente se hizo, inicio al trámite correspondiente que le permitiera establecer, tal como ahora se concluye, que sí les correspondía a las empresas cumplir con tal deber.

En este sentido, debe llamarse la atención en que es dentro de una actuación administrativa como esta, que cabe a la Superintendencia pronunciarse sobre este aspecto y no en la forma de una réplica informal a la comunicación enviada en la que se plantearon sus erradas conclusiones, como aparentemente lo esperaban los investigados.

³⁴ Declaración Luz Jeannette Rovira González. "Pregunta 18: ¿Pero la pregunta es, radicaron documentos en los cuales indicaron qué? Respuesta: Radicamos documentos, en la primera fase radicamos un documento en la fase de Superview, radicamos un documento en el que explicábamos las razones por las cuales no teníamos que venir a la Superintendencia a solicitar autorización de integración. Ese documento fue radicado más o menos en septiembre y posteriormente, pues no hubo ningún pronunciamiento por parte de esta Superintendencia diciendo no mire, si tiene que venir, osea no, entonces nosotros asumimos que el trámite estaba bien hecho y que podíamos seguir adelante porque en ningún momento se nos dijo, no mire cambie, venga ponga una carta, porque además dijimos cómo era todo el proceso, siempre hemos contado cómo ha sido todo el proceso. Entonces nosotros seguimos con las otras adquisiciones y ahí obviamente... (Subraya fuera de texto)

AMS

Respecto de las reuniones que alegan haber sostenido las investigadas con el Superintendente de Industria y Comercio, este Despacho aclara que las mismas no constituyen un mecanismo legal para obtener un pronunciamiento por parte de la autoridad. A esta Entidad corresponde investigar posibles inobservancias al deber de informar, y por esta razón existe un procedimiento reglado para investigar tales inobservancias, así como para cumplir el deber de informar. El deber de información a que se refiere el artículo 4 de la ley 155 de 1959 se satisface de conformidad con el procedimiento al efecto reglado, no de otra manera.

En el presente caso, para que hubiera un pronunciamiento previo de la Administración, e incluso, pudiera tomarse el silencio como autorización, era imprescindible que las empresas TELMEX y SUPERVIEW hubiesen procedido a dar el respectivo aviso de la operación que pretendían adelantar, allegando de manera completa, toda la información necesaria para el estudio correspondiente por parte de esta Superintendencia, conforme a lo dispuesto en la Circular Única.

De conformidad con lo anterior, comoquiera que no hubo aviso de la operación indicada, de manera que se diera inicio a la actuación administrativa de control previo para los fines previstos en la Ley 155 de 1959 y demás normas concordantes, no podía existir pronunciamiento previo o silencio que pudiera asumirse como positivo.

Por último, llama la atención de este Despacho la afirmación de uno de los apoderados según la cual el informe motivado que obra en el expediente "(...) sólo echa de menos la falta de un informe expreso a la SIC que le indicara que SUPERVIEW y TELMEX se iban a integrar mediante la compra de acciones de la segunda en la primera como si tal operación se hubiese ocultado a los ojos de Dios y los hombres"³⁵. Es precisamente la ausencia de ese "informe expreso" lo que constituye el incumplimiento del deber legal por el cual se investiga a las empresas y a sus representantes, de manera que tal afirmación no es nada distinto al reconocimiento de que se omitió.

Parece necesario recordar que el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 establece expresamente una "obligación" de informar, es decir, que la decisión de informar no es potestativa de las personas que desean realizar una operación de concentración empresarial y que se encuentran dentro de los supuestos de la norma, y que no se hace como a bien tengan, en forma oral o por escrito.

Así las cosas, este Despacho concluye que las sociedades TELMEX y SUPERVIEW infringieron el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 al haber adelantado un proceso de integración empresarial, que pese a hallarse bajo los lineamientos definidos en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, no fue informado a esta Entidad.

7. Confianza legítima

Sea lo primero señalar que la confianza legítima ha sido definida por la Corte Constitucional como pasa a citarse:

³⁵ Supra 11

AmB

"El principio de confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede alterar, de manera súbita, unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica³⁶".

En sentencia C-478 de 1998, también se afirmó:

"Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política".

En sentencia SU - 360 de 1999, sobre los presupuestos de dicho principio la Corte puntualizó:

"[E]l principio de confianza legítima tendrá tres presupuestos. En primer lugar, la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; en segundo lugar, una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; por último, la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad."

Así mismo, en Sentencia T-020 de 2000 la misma Corporación indicó:

"El ejemplo que ha utilizado la jurisprudencia para ilustrar los alcances del principio enunciado es justamente el que, con perfiles similares al presente, muestra la circunstancia de una persona ante la Administración cuando ésta decide sorpresivamente prohibir una actividad o práctica que era permitida, lícita y aun auspiciada por la autoridad, según sus actuaciones anteriores. En tales eventos es deber del estado facilitar a todos aquellos que ejecutaban la práctica o desempeñaban la actividad respecto de la cual se ha producido el cambio en las políticas administrativas una adaptación razonable, en términos tales que la implantación abrupta de los nuevos criterios no signifique daño o perturbación para el ejercicio de sus derechos."

Con fundamento en las sentencias precitadas, encuentra este Despacho que el principio de confianza legítima no parece adecuarse en modo alguno a la situación que nos ocupa. En efecto, frente a esta definición de confianza legítima no ha habido una

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

2/11/09

alteración súbita de las reglas de juego que regulaban las relaciones con los particulares, ni cambios bruscos ni intempestivos de regulación, por las razones ya anotadas en los apartes correspondientes de esta resolución y, por supuesto, en el contexto de este caso no hay manera de que pueda procederse a conceder períodos de transición a nuevas situaciones jurídicas, pues no existe una tal nueva situación.

Frente a los presupuestos del principio, no identifica este Despacho que se adecúen a los hechos investigados, y el ejemplo que en palabras de la Corte ha sido utilizado por la Jurisprudencia para ilustrar los alcances del principio, no se halla coincidente en lo sustancial con la situación que se discute en el presente caso.

Por otra parte, parece pertinente citar la sentencia T-398 de 1997 que aborda el tema de la confianza legítima y su vinculación con el principio de la buena fe, conforme a la cual:

"El principio de la buena fe se presenta en el campo de las relaciones administrado y administración, en donde juega un papel no sólo señalado en el ámbito del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona³⁷."

"La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. En razón a esto tanto la administración como los administrados deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin olvidar 'Que el derecho nunca debe ser manejado de espaldas a su fundamento ético que debe ser el factor informante y espiritualizador³⁸'. Lo anterior implica que, así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas." (Negrillas fuera de texto)

Manifiestan los apoderados que las empresas amparadas en lo que estructuran como confianza legítima (la cual dicen, se sustentó en las no objeciones de la Superintendencia frente al documento de respuesta al requerimiento, en el no pronunciamiento verbal del Superintendente, en los antecedentes doctrinarios, y finalmente en la aprobación de operaciones presentadas con posterioridad a la operación TELMEX – SUPERVIEW), se abstuvieron de informar la operación a la Entidad.

No obstante este Despacho se aparta de la posibilidad de que en el presente caso pueda darse cabida a la aplicación del principio de confianza legítima. Así, una vez más nos referiremos a aquellas manifestaciones que en palabras de las empresas, les dio lugar a que *"podían realizar la compra de acciones y continuar actuando como un solo agente en el mercado, sin que les aplicara el deber legal de informar de que trata el artículo 4³⁹."*

a. Respecto de la respuesta al requerimiento y a las supuestas reuniones sostenidas con el Superintendente:

³⁷ González Pérez Jesús, El Principio General de la buena fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Pág. 43.

³⁸ *Ibidem*. Página 59.

³⁹ *Supra* 1. Folio 1685.

Ames

Como ya se ha dicho, en la respuesta al requerimiento efectuado por esta Entidad, previo al perfeccionamiento de la operación, solo se manifestó por parte de las empresas de manera sustentada, que no les correspondía informar. Para ese momento, la Superintendencia no había adelantado la averiguación preliminar que le permitiera concluir que pudiera haber lugar a una posible infracción a las normas de integraciones, de tal suerte, que hubiera podido suceder que tras la averiguación preliminar no se encontrara posibilidad de infracción como ocurre en muchos casos, justamente es este el objetivo de las averiguaciones preliminares.

En este contexto no cabía esperar tampoco, como si se estuviera dentro del trámite de solicitud de autorización de integración, que en esa oportunidad la Superintendencia les requiriera información adicional, puesto que a dicha actuación las empresas no dieron inicio, y por tanto tampoco resultaba aplicable lo previsto en el artículo 12 del CCA por la misma razón.

Como se ha reiterado anteriormente, a partir de las reuniones que alegan haber sostenido las investigadas con el Superintendente de Industria y Comercio, no puede pretenderse suplir el procedimiento formal de remisión de información a que se refiere la Circular antecitada.

Para que se produjera un pronunciamiento de la administración era necesario que las empresas TELMEX y SUPERVIEW hubiesen concurrido al respectivo aviso de la operación que pretendían adelantar conforme a lo previsto en la regulación vigente.

b. Respecto de los antecedentes doctrinarios sobre lo que se debe entender por "misma actividad".

Frente a la aplicación del criterio subjetivo contenido en el artículo 4 de la ley 155 de 1959, las investigadas alegan la violación del principio de la confianza legítima por cuanto, a su parecer, existen reiterados pronunciamientos de esta Superintendencia en los que al referirse a "misma actividad" debe tratarse de empresas que se encuentren dentro del mismo mercado. Sobre el particular ya se ha precisado el alcance de los conceptos citados, y aclarado cómo no solo no es idéntico, sino totalmente diferente el antecedente de EEPPM y ETB.

Sin embargo, este Despacho procederá a ilustrar a los investigados respecto de los antecedentes, éstos sí reiterados de la Superintendencia en los que puede apreciarse la postura frente al tema de actividad.

A continuación se presentan algunos de los pronunciamientos más cercanos en el tiempo a la fecha de la ocurrencia del hecho que se discute, e incluso ratificados en instancias judiciales. Estas decisiones dan cuenta de la postura frente al concepto de "misma actividad", siendo además posteriores a los conceptos esgrimidos por los apoderados,

En primer lugar, la Resolución 21819 del 1º de septiembre de 2004 –mediante la cual se examinaba si unas empresas habían incumplido el deber de informar una operación de integración- confirmada mediante Resolución 29191 del 29 de noviembre de 2004 y Sentencia del 23 de agosto de 2007 por el Tribunal Superior de Cundinamarca sostuvo:

AME

"En el caso concreto, tenemos que Haceb S.A. es una sociedad con domicilio en Medellín (...), cuyo objeto social es la fabricación, ensamble, comercio y, en general, la distribución de toda clase de artefactos, productos, artículos o enseres eléctricos y de gas para uso doméstico o industrial.

Icasa, por su parte, según el certificado de existencia y representación legal (...), es una sociedad con domicilio en Bogotá D.C., (...), cuyo objeto social es la fabricación, instalación, reparación, compra, venta, importación, exportación, arrendamiento y, en general, el comercio de toda clase de productos metálicos y metal mecánicos, eléctricos y electrónicos para usos domésticos, comercial e industrial.

En cuanto a la actividad desarrollada por Haceb, ésta coincide con la desarrollada por Icasa, pues las dos empresas se dedicaban al momento de realizarse los hechos objeto de este proceso, a la comercialización de electrodomésticos y al suministro de repuestos para su mantenimiento".

De igual manera, mediante Resolución 29313 de 2000 –que también resolvía un problema jurídico similar- confirmada a través de la Resolución 00669 del 29 de enero de 2001, este Despacho indicó:

"b) Misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio

En esta investigación el elemento se cumple, por cuanto las empresas se dedican a lo siguiente:

- Global Servicios Integrados y Computadores, antes Global Datatel S.A., desarrollo de actividades relacionadas con el manejo de información, asesoría y consultaría en ingeniería de sistemas, compra y venta de productos y equipos de programación y computación y la prestación de servicios de procesamiento de datos, entre otras.*
- Global Datatel de Colombia S.A., antes Casa Informática S.A., actividades relacionadas con el manejo de información, asesoría y consultaría en ingeniería de sistemas, el desarrollo y venta de productos y equipos de programación y computación y la prestación de servicios de procesamiento de datos, entre otros.*
- Micro Star Ltda., fabricación, distribución y comercialización de programas de computación, distribución y comercialización de programas de computador y sistemas en general, accesorios y partes para computadores, etc.*
- Mantenimiento Electrónico - Mes Ltda.- mantenimiento de máquinas de procesamiento de datos y otras actividades con tal fin como la compraventa de mercancías.*
- Daniel López Ríos y Cia. Ltda., comprar, vender, tomar o dar en arrendamiento o explotar en otra forma equipos de procesamiento de la palabra, maquinas de computación y otros."⁴⁰*

⁴⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 29313 de 2000 mediante la cual se estableció que las empresas Global Datatel de Colombia S.A., Global Servicios Integrados y Computadores S.A., Micro Star

4/11/09

Así mismo, otros pronunciamientos de esta Superintendencia como la Resolución 21838 del 1º de septiembre de 2004 confirmada por la Resolución 28183 del mismo año mediante la cual se resolvió que las empresas UOL COLOMBIA S.A. y ANDINET ON LINE S.A. infringieron lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, al haber adelantado una operación de integración empresarial pretermitiendo el deber de información previa que dispone la aludida norma, confirman la aplicación generalizada del criterio según el cual para determinar el supuesto subjetivo contenido en el mencionado precepto no se requiere un estudio de mercado relevante.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que la tendencia doctrinaria de esta Superintendencia respecto del concepto de "misma actividad", se aparta del análisis del mercado relevante para su determinación.

Por otra parte, es importante señalar que la Circular Única de la SIC en su capítulo VII, no exige que se tenga en cuenta un análisis de mercado relevante a la hora de determinar si se tiene o no la obligación de informar una integración económica, como lo sugiere uno de los apoderados. El Título VII de la Circular Única en su Capítulo Segundo reglamenta el trámite de integraciones estableciendo un régimen de autorización general y uno de información particular. En este caso, el único análisis que se hace en el régimen de autorización general para determinar si se debe o no hacer la solicitud de autorización, es el ya mencionado análisis de los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico.

La Circular Única establece el régimen de información particular conforme al cual "[...] con el fin de que la Superintendencia de Industria y Comercio determine si la operación genera una indebida restricción a la competencia, las operaciones de integración que no estén dentro del régimen de autorización general deberán ser informadas a esta Superintendencia, adjuntando la información señalada en el presente numeral⁴¹".

Si bien es cierto que el texto de la Circular Única exige de las interesadas en el trámite allegar cierta información necesaria para la determinación del mercado relevante, se trata de una exigencia que habrán de satisfacer luego de resolver sobre si están o no obligadas a informar la operación y, en consecuencia, no se entiende cómo puede interpretarse que el cumplimiento de tales exigencias incida en el juicio que debe hacerse para determinar si acuden o no a la autoridad para obtener el pronunciamiento de esta. Así, las empresas proceden a recopilar dicha información para que con este insumo pueda la Superintendencia aproximarse al tema y cumplir su obligación de pronunciarse, tras la determinación del mercado relevante y de los efectos de la operación.

Lo anterior confirma que resultan impertinentes para este Despacho, las pruebas o argumentos encaminados a sustentar que las empresas pertenecen a mercados relevantes diferentes, pues esta afirmación que realizan insistentemente los investigados, no está siendo cuestionada en esta actuación, ni de ella depende la conclusión sobre si las empresas estaban o no obligadas a informar previamente la operación.

Ltda., Mantenimiento Electrónico de Sistemas M.E.S. Ltda. y Daniel López Ríos y Cia. Ltda. DLR & Cia Ltda. actuaron en contravención a lo previsto en el artículo 4 de la ley 155 de 1959.

⁴¹ Artículo 2.2 Capítulo II, Título VII. Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Amas

c. Respecto de las integraciones en las que hicieron parte TELMEX-SUPERVIEW, aprobadas con posterioridad a la operación de venta de acciones.

Frente a las operaciones de integraciones con TV Cable y TV Cable del Pacífico que las empresas investigadas presentaron ante esta Entidad⁴² siendo dichas operaciones aprobadas, es necesario señalar que mal podían constituir una causa idónea que hubiera podido generar confianza en los administrados respecto a la legalidad de abstenerse de iniciar el trámite de aprobación de TELMEX - SUPERVIEW, por cuanto las aprobaciones de las operaciones informadas se dieron con posterioridad a la formalización de la operación no informada, hecho que generó la presente actuación. Este Despacho no advierte posible que los investigados hayan fundado su confianza en hechos que ocurrieron con posterioridad a la decisión que adoptaron de no informar la operación.

Es errado afirmar que la no objeción frente a estas operaciones informadas tuvo como efecto obviar el incumplimiento sobre una operación anterior, menos aún cuando no es esa la oportunidad ni el escenario procesal para que la Superintendencia reproche el incumplimiento de esa obligación, como si lo es el presente trámite.

En conclusión, respecto del alegato de confianza legítima, debe concluirse que las razones expuestas por los apoderados al efecto están basadas en premisas equivocadas y en interpretaciones acomodadas de la conducta de la autoridad, motivo por el cual no encuentra esta Superintendencia que pueda configurarse la aplicación de este principio al presente caso.

8. Responsabilidad de los representantes legales

Según el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer multas a favor del Tesoro Nacional, de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas⁴³.

Vale la pena recordar que la responsabilidad personal a que alude el numeral 16 del artículo 4º en mención, emana de un hecho –acción u omisión– del administrador. La precisión efectuada reviste especial importancia si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16 ya mencionado, no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito, ejecuten directamente el acto.

⁴² "se presentó ante la SIC la solicitud de integración económica de Telmex y Superview por una parte, con TV Cable, radicada el 30 de enero de 2007 y aprobada en febrero de 2007. Igualmente, fue presentada también una solicitud de integración entre Telmex y Superview por una parte, y TV Cable del Pacífico por la otra, operación que tampoco fue objetada por la SIC" (Subrayas fuera de texto)

⁴³ Código de Comercio. "Artículo 117. Inciso 2º. Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la Cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso".

4/11/09

En este punto resulta necesario señalar que de conformidad con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deberán obrar de buena fe, con lealtad y diligencia en interés de la sociedad para lo cual se les impone velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias.

En este orden, corresponde establecer si los representantes legales de las sociedades investigadas ejecutaron, toleraron o autorizaron la conducta investigada, con el fin de determinar su grado de responsabilidad.

8.1 Luz Jeannette Rovira González

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente se estableció que la señora Luz Jeannette Rovira González desempeñaba el cargo de Gerente General de TELMEX COLOMBIA S.A. desde el día 14 de noviembre de 2003, periodo que comprende no solo los actos preparatorios a la operación que se investiga sino el momento mismo de su realización.

En su declaración de parte, la señora Rovira González afirmó:

"Pregunta 18: ¿Pero la pregunta es, radicaron documentos en los cuales indicaron qué?"

Respuesta: Radicamos documentos, en la primera fase radicamos un documento en la fase de Superview, radicamos un documento en el que explicábamos las razones por las cuales no teníamos que venir a la Superintendencia a solicitar autorización de integración. Ese documento fue radicado más o menos en septiembre y posteriormente, pues no hubo ningún pronunciamiento por parte de esta Superintendencia diciendo no mire, si tiene que venir, osea no, entonces nosotros asumimos que el trámite estaba bien hecho y que podíamos seguir adelante porque en ningún momento se nos dijo, no mire cambie, venga ponga una carta, porque además dijimos cómo era todo el proceso, siempre hemos contado cómo ha sido todo el proceso. Entonces nosotros seguimos con las otras adquisiciones y ahí obviamente...⁴⁴" (Subraya fuera de texto)

En este punto es importante señalar que en el régimen colombiano, no corresponde a la autoridad de competencia pronunciarse previamente en un caso concreto sobre si procede o no el deber de informar la operación proyectada por unas determinadas empresas.

Tampoco vía formulación de consulta o exposición de razones, pueden las empresas entender satisfecho esta Superintendencia el deber de información previa.

De conformidad con lo anterior, resulta claro para este Despacho que la Gerente General de la sociedad en mención, fue la responsable de ejecutar la operación de integración realizada entre las empresas SUPERVIEW S.A. y TELMEX COLOMBIA S.A. sin cumplir con el deber previsto en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959.

8.2 Luis Alfredo Baena Riviere

⁴⁴ Folio 988 del cuaderno 2 del expediente.

RMS

Revisado el certificado de existencia y representación legal que reposa en el expediente se pudo establecer que el señor Luis Alfredo Baena Riviere, desempeñaba el cargo de Gerente de SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A. desde el 14 de octubre de 2005 hasta noviembre de 2006⁴⁵.

Frente a su participación en la enajenación de acciones de dicha empresa a las empresas filiales de Teléfonos de México S.A. de C.V., el mencionado señor Baena Riviere señaló que:

"Pregunta 4: De manera general indique qué funciones desempeñó en su cargo de presidente de la empresa Superiview.

Respuesta: Como presidente de la compañía era el encargado de todo el tema de la administración de la compañía, encargado de las relaciones con la Comisión Nacional de Televisión, básicamente yo llegué a ese cargo para lograr la venta de las acciones de dicha compañía a los diferentes actores del mercado que existían en ese momento [...]. (Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido, manifestó:

"Pregunta 6: ¿Puede usted explicar al despacho cuál fue su participación en el proceso de adquisición de acciones de Superview, de la empresa Superview que hace la empresa Telmex Colombia?

Respuesta: Claro con mucho gusto, durante mi periodo que fue más o menos durante un año el presidente de la compañía, como dije anteriormente una de mis funciones era salir a vender la compañía. [...] Pasó más o menos como un año, ellos no lograron comprar a Telecom entonces hubo algún acercamiento entre las partes y resolvimos realizar un negocio. Los accionistas de la compañía se sintieron satisfechos con la oferta, que hizo digamos no Telmex Colombia sino Telmex Internacional porque la compañía fue comprada por Telmex en México y en ese proceso pues digamos que estábamos muy bien asesorados [...] y entramos a mirar cuáles eran los requisitos, qué requisitos se necesitaban para la venta de las acciones, todos los documentos que ustedes saben que conlleva un cierre de este tipo de negocio, entrando particularmente al asunto que nos compete con la Superintendencia. Como presidente le pregunté a los abogados de las partes si era necesario presentar algo en la Superintendencia, todo el mundo llegó a la conclusión de que no era necesario, sin embargo, contratamos a dos personas muy importantes, muy versadas en el tema [...], entonces nos dieron un concepto muy sólido a nuestro parecer, en el cual no era necesario presentar digamos la solicitud de integración a la Superintendencia de Industria y Comercio y no era necesario porque definitivamente el mercado, ni los clientes eran los mismos para las dos compañías [...]. (Subraya fuera de texto)

⁴⁵ Folio 1136. Cuaderno 3 del expediente. Declaración del señor Luis Alfredo Baena Riviere. Pregunta 12: ¿En qué fecha terminó su relación laboral con la empresa Superview? Respuesta: Como el 20 de noviembre del 2006 y cuando hicimos el cierre del negocio yo salí de la compañía.

AMM

Así las cosas, teniendo en cuenta que el señor Luis Alfredo Baena Riviere tuvo la calidad de Gerente de la sociedad SUPERVIEW a lo largo del proceso de negociación y venta de las acciones de dicha empresa a las filiales de la sociedad Teléfonos de México S.A. de C.V., se concluye que fue el responsable de ejecutar la mencionada operación de integración sin cumplir con el deber establecido en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959.

8.3 Elkon Roy Burstin Graucirps.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente se estableció que el señor Elkon Roy Burstin Graucirps desempeñó el cargo de Gerente General de SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., a partir del día 23 de abril de 2007.

Revisado el expediente, no se encuentra prueba alguna que acredite que para la fecha de perfeccionamiento de la operación no informada, el señor Burstin Graucirps hubiera ejercido como representante legal o que en la condición de administrador hubiere participado en la ejecución, autorización o tolerancia de la misma.

9. Prueba pericial

No siempre dentro de una investigación, la autoridad se encuentra en condiciones de conocer o apreciar un hecho por sus propios medios, es por ello que para suplir estas deficiencias, debe acudir a personas especializadas en determinadas disciplinas ajenas a sus conocimientos jurídicos, para que expongan su criterio respecto de la situación cuya existencia se controvierte.

En el presente caso, revisado el expediente se observa que mediante oficio radicado con el número 06086483-00014-002 del 14 de septiembre de 2007, modificado por la Resolución 037975 del 20 de noviembre de 2007, la Delegatura decretó de oficio la práctica de un dictamen pericial con el fin de obtener información específica de las actividades desarrolladas por las empresas investigadas.

Ahora bien, debe señalarse que según el principio de apreciación racional de la prueba, contenido en el artículo 187 del C.P.C., es deber del juez y no mera facultad suya, evaluar en conjunto las pruebas para obtener de todos los elementos aducidos, un resultado homogéneo o único sobre el cual habrá de fundar su decisión final⁴⁶.

Frente a la afirmación del apoderado de Luis Alfredo Baena según la cual "(...) *mientras los jueces penales no hayan decidido en el proceso penal derivado de los cuestionamientos al perito, la prueba pericial tiene plena validez y debe ser objeto de incorporación al plenario de la investigación*⁴⁷", debe decirse que, a partir de la denuncia presentada ante la Fiscalía en la que se cuestiona la imparcialidad del perito, cabía legitimamente al funcionario que valoró la prueba, dudar de la imparcialidad⁴⁸ del dictamen y considerarla entonces

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de junio de 1982. M.P. Humberto Murcia Ballén.

⁴⁷ Supra 2. Folio 1934 del cuaderno 5 del expediente.

⁴⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002. Pág. 553 "El juez debe analizar el dictamen de los peritos, y si lo convence, puede tenerlo en cuenta para edificar sobre él, en todo o en parte, la decisión que tome; así mismo debe examinar los fundamentos y las conclusiones, y si les halla mérito lo tiene como base para fallar: caso contrario, debe desecharlo".

4/11/09

insuficiente, lo cual no implicó un pronunciamiento sobre la validez de la prueba ni su exclusión del "plenario de la investigación".

Cabe añadir que, tal como se ha desarrollado en el presente acto, este Despacho considera que el dictamen pericial no resulta pertinente para determinar si había o no violación a la norma en cuestión, hecho materia del proceso. El dictamen podría haber servido de prueba para determinar características del servicio ofrecido por las empresas, pero no para determinar si estaban o no obligadas a informar a esta Entidad la operación.

De lo anterior se desprende que contrario a lo afirmado por el apoderado del señor Luis Alfredo Baena, no existió violación al debido proceso, pues, a partir de lo que se dice en el informe motivado, el dictamen pericial no se invalidó, sino que fue precisamente la consideración del mismo dictamen y las circunstancias y condiciones en que se rindió, lo que permitió al funcionario competente llegar a la conclusión de que resultaba insuficiente, con el alcance que atrás se explicó.

Independientemente de lo anterior, en criterio de este Despacho, independientemente de las conclusiones que sobre mercado relevante se hubieran podido desprender del dictamen, para el caso que nos ocupa lo procedente era establecer si las empresas se dedicaban a la misma actividad, situación que se encuentra acreditada con base en las distintas pruebas que obran en el expediente. Por lo anterior, dicha prueba técnica no resultaba necesaria.

10. SANCIÓN

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá "*imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto*".

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para "*imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción (...)*".

En el caso concreto, se ha establecido que TELMEX y SUPERVIEW infringieron lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 al no haber informado la operación de integración llevada a cabo entre las mismas. Así pues y comoquiera que el aludido precepto comporta un deber de conducta, su infracción tiene lugar cuando dicho deber es omitido. De esta suerte, no se requiere que la operación adelantada con prescindencia del aviso previo, genere un resultado específico, para que dicha omisión sea merecedora de reproche⁴⁹.

En este orden, tomando en consideración la sensible actividad comercial desplegada por las investigadas, que les exigía contar con licencias previas expedidas por las autoridades

⁴⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución número 21838 del 1° de septiembre de 2004.

4/MS

competentes, su destacada presencia en el país y la estructura organizada con que contaban para la época de los hechos, la situación les imponía un especial cuidado y diligencia en la atención de sus negocios y en el cumplimiento de la ley.

Adicionalmente, estimado el nada despreciable monto de la operación efectuada por los investigados⁵⁰, el tiempo que la misma tomó para su perfeccionamiento –lo que dejaba suficiente margen para haber informado a la Superintendencia independientemente de las consideraciones de los ahora investigados sobre mercado relevante-, así como los activos de cada una de ellas, este Despacho impone una multa correspondiente al 75% de la sanción máxima prevista en el numeral 15 artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, esto es, 1500 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES, TRECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$745.350.000.00) a las empresas TELMEX y SUPERVIEW.

Revisado el Registro Público Mercantil de la sociedad investigada TELMEX COLOMBIA S.A., identificada con Nit 830068957-7, se pudo determinar que fue absorbida (disolviéndose pero sin liquidarse) mediante escritura pública número 4934 de la Notaría 6ª de Bogotá del 21 de septiembre de 2009 por la sociedad TELMEX HOGAR S.A. identificada con Nit 830053800-4. En esta fecha, la sociedad absorbente cambió su nombre por el de TELMEX COLOMBIA S.A. En consideración a lo anterior, en la parte resolutive se ordenará notificar personalmente también a la empresa absorbente.

Ahora bien, en cuanto al monto de la sanción prevista para cada uno de los representantes legales investigados, este Despacho impone una multa correspondiente al 75% de la sanción máxima establecida en el numeral 16 del precitado artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, teniendo en cuenta que el grado de idoneidad de cada uno de ellos⁵¹, les exigía un mayor deber de cuidado en la toma de sus decisiones y en el cumplimiento de esta y todas las normas necesarias para realizar la operación.

⁵⁰ Ver notas a los estados financieros de la empresa Superview Telecomunicaciones S.A. a 31 de diciembre de 2003, obrante a folios 133 y siguientes.

⁵¹ Ver declaración Luis Alfredo Baena. Folio 1136. Cuaderno 3 del expediente.

"Pregunta 3: ¿Cuál es su experiencia profesional? Responde: Como médico y como administrador de empresas. Despacho: Sí, ... referencia su experiencia profesional. Responde: terminé medicina en 1986, fui nombrado Secretario de Salud de Bogotá en 1990, estuve de Secretario de Salud de Bogotá del 90 al 92, también fui nombrado Secretario de Gobierno del, 4 meses en el 92, posteriormente fui presidente de una compañía de lotería que se llamaba inversiones (...), posteriormente fui Superintendente del subsidio familiar, encargado de vigilar las cajas de compensación del país, posteriormente fui presidente de la junta directiva de Superview, y después me nombraron presidente de la compañía que fue cuando adelante este proceso, después cree una compañía que se llama Canacol Energy, que es una compañía de petróleo, de exploración y explotación y actualmente soy uno de los miembros de la junta directiva de la compañía y vicepresidente ejecutivo de la compañía".

Así mismo, ver declaración de Luz Jeannette Rovira González. Folio 988. Cuaderno 2 del expediente. *"Preguntado 4. ¿Cual es su experiencia profesional? Responde: Pues ahora estoy al frente de la compañía, anteriormente estuve a cargo de la Vicepresidencia comercial y de ventas y en primera instancia los primeros años laborales siempre estuve en la parte técnica como directora de ingeniería en diferentes compañías, como Vicepresidente de operaciones, después como Vicepresidente comercial y después Gerente General de ésta compañía".*

ANNE

Así las cosas, se impone una multa por 225 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a CIENTO ONCE MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$111.802.500.00) a la representante legal de TELMEX, Luz Jeannette Rovira González, responsable de haber ejecutado el comportamiento merecedor de reproche.

De la misma manera, se impone una multa por 225 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a CIENTO ONCE MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$111.802.500) al representante legal de SUPERVIEW, Luis Alfredo Baena Riviere responsable de haber ejecutado el comportamiento merecedor de reproche.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que TELMEX COLOMBIA S.A. (sociedad absorbida por TELMEX HOGAR, ahora TELMEX COLOMBIA S.A.) y SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A. incumplieron el deber previo de informar una operación de integración contenido en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a cada una de las sociedades que se indican a continuación, por la suma equivalente a 1.500 salarios mínimos mensuales legales vigentes, esto es, SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES, TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$745.350.000.00).

- TELMEX COLOMBIA S.A. identificada con NIT 830068957-7 (sociedad absorbida por TELMEX HOGAR, ahora TELMEX COLOMBIA S.A.)
- SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., identificada con NIT 800208345-2

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, cuenta corriente N° 062-754387, formato de recaudo nacional, código de referencia para el pago 03, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, y acreditarse ante la ventanilla de recaudos de esta Superintendencia, mezzanine 2° piso, mediante presentación del original de dicha consignación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de la empresa TELMEX COLOMBIA S.A. (sociedad absorbida por TELMEX COLOMBIA S.A., antes TELMEX HOGAR S.A.), actuó en contravención de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de la empresa TELMEX COLOMBIA S.A. (sociedad absorbida por TELMEX COLOMBIA S.A., antes TELMEX HOGAR S.A.), por la suma equivalente a 225 salarios

4MB

mínimos mensuales legales vigentes, esto es, CIENTO ONCE MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$111.802.500.00).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, cuenta corriente N° 062-754387, formato de recaudo nacional, código de referencia para el pago 03, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, y acreditarse ante la ventanilla de recaudos de esta Superintendencia, mezzanine 2° piso mediante presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Declarar que LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, en su calidad de representante legal de la empresa SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., actuó en contravención de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEXTO: Imponer una sanción pecuniaria a LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, en su calidad de representante legal de la empresa SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., por la suma equivalente a 225 salarios mínimos mensuales legales vigentes, esto es, CIENTO ONCE MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$111.802.500.00).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, cuenta corriente N° 062-754387, formato de recaudo nacional, código de referencia para el pago 03, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, y acreditarse ante la ventanilla de recaudos de esta Superintendencia, mezzanine 2° piso mediante presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO OCTAVO: Archivar el presente trámite respecto del señor ELKON ROY BURSTIN GRAUCIRPS, quien para la fecha de apertura de la presente investigación, se desempeñaba como representante legal de SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO NOVENO: Ordenar a las investigadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que, ejecutoriada la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, TELMEX COLOMBIA S.A. (sociedad absorbida por TELMEX HOGAR, ahora TELMEX COLOMBIA S.A.) y SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A, informan que:

Mediante Resolución **51320** expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de TELMEX COLOMBIA S.A (sociedad absorbida por TELMEX HOGAR S.A., ahora TELMEX COLOMBIA S.A.) y SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A, por haber incumplido el deber previo de informar la operación de integración llevada a cabo entre ellas (Ley 155 de 1959 artículo 4°).

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

ARTÍCULO DECIMO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a los doctores ENRIQUE ÁLVAREZ POSADA, apoderado especial de TELMEX COLOMBIA S.A. (sociedad absorbida por TELMEX HOGAR, ahora TELMEX COLOMBIA S.A.), SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ y ELKON ROY BURSTIN; a JOSÉ GREGORIO FLÓRES FERNÁNDEZ, apoderado especial de LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, y a LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ, representante legal de TELMEX COLOMBIA S.A. antes TELMEX HOGAR S.A., entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **01 OCT 2009**

El Superintendente de Industria y Comercio (E)


GIANCARLO MARCENARO JIMENEZ

Notificar:

Doctor
ENRIQUE ALVAREZ POSADA
Apoderado Especial
TELMEX COLOMBIA S.A.
SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A.
LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ
ELKON ROY BURSTIN
Calle 72 No. 5 – 83, Piso 5°
Bogotá D.C.

Doctor
JOSÉ GREGORIO FLÓRES FERNÁNDEZ
Apoderado Especial
LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE
Carrera 12 No. 84-12 Oficina 502
Bogotá D.C.

Doctora
LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ
Representante Legal
TELMEX COLOMBIA S.A.
Carrera 11A No. 94-76
Bogotá D.C.