



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 18 219 DE 2010
(8 ABR 2010)

Radicación No. 07-050922

Por la cual se archiva una investigación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el 17 de abril de 2007, a partir de la publicación del diario Portafolio de fecha 17 de abril de 2007, según la cual *"la empresa TELMEX llevó a cabo la compra de las empresas TV CABLE, SUPERVIEW, CABLEPACÍFICO, SATELCARIBE y CABLECENTRO"*, esta Entidad inició de oficio averiguación preliminar con el fin de determinar la necesidad de iniciar investigación a las mencionadas empresas y sus representantes legales, la cual concluyó con la expedición de la Resolución No 017652 de Junio 14 de 2007 por la cual se ordenó la apertura de investigación para determinar si las sociedades TELMEX COLOMBIA S.A. y SUPERVIEW S.A., habrían omitido el deber de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio una operación de integración, actuando en contravención de lo previsto en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959.

SEGUNDO: Que una vez instruida la investigación, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia presentó al Superintendente el Informe Motivado correspondiente, en el cual se concluye que *"teniendo en cuenta que esta Superintendencia no es la autoridad competente para seguir conociendo del presente trámite, se recomienda archivar la presente actuación."*

TERCERO: 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 24 de Noviembre de 2009, a través de sus apoderados, se pronunciaron mediante escritos que obran a folios 960 al 1002, en el caso del apoderado Enrique Álvarez, y 1003 a 1005, en el caso del apoderado Samuel Chalela. A continuación se exponen los argumentos presentados por los apoderados frente al informe motivado:

3.1. Argumentos del apoderado de Telmex Colombia S.A., Superview Telecomunicaciones S.A., TV Cable S.A., TV Cable del Pacífico S.A. E.S.P., Luz Jeannette Rovira González, Elkon Roy Burstin Grausciros, Sergio Rodríguez Molleda, y Gustavo Tamayo Arango.

El apoderado coincide con lo señalado en el informe motivado sobre los argumentos para recomendar el archivo del proceso adelantado y reitera que, para la época de los hechos objeto de investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio no era la autoridad competente para conocer del proceso de integración adelantado por los actores que él

representa, por cuanto antes de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la CNTV tenía la competencia atribuida por la Constitución y la Ley 182 de 1995, artículo 5 literal d).

Indica que no es posible hacer extensiva a la televisión la competencia de la Superintendencia sobre los servicios no domiciliarios de comunicaciones, otorgada por el Decreto 1130 de 1999, ni por el artículo 10 de la Ley 555 de 2000, dado que dicha competencia excluye la competencia especial de la CNTV frente al servicio público de Televisión, reconocida entre otros, por el Consejo de Estado¹ y doctrina nacional^{2 3}.

A juicio del apoderado, de conformidad con la especialidad del régimen del servicio de televisión, la Comisión Nacional de Televisión es la entidad encargada de conocer las integraciones que adelanten los actores representados, en la medida en la que dicha entidad tiene a su cargo las funciones de regulación, inspección, vigilancia, control y sanción de acuerdo con la Ley 182 de 1995, por lo que no se da cabida a la intervención de la Superintendencia, quien para la época de los hechos contaba con competencia residual.

Afirma así mismo este apoderado, que las investigadas dieron cumplimiento al deber de información de la operación frente a la CNTV, autoridad competente.

Finalmente, el apoderado de las empresas considera que la renuncia de los contratos de concesión por parte de Superview S.A y TV Cable S.A. no puede entenderse como el mecanismo que activaría la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la medida en la que ésta opera en el marco de un proceso que cae bajo el ámbito de competencia de la Comisión Nacional de Televisión, y que en consecuencia, dicha renuncia debe entenderse como un trámite necesario y requerido para adelantar el proceso de integración.

3.2 Argumentos del apoderado de Guillermo Arturo Arias.

El apoderado hace suyas las consideraciones sobre competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio presentadas por el Superintendente Delegado para la Competencia en su informe motivado, e indica que en su momento su poderdante le manifestó a dicha Superintendencia la operación mediante la cual Telmex S.A. compraría el 100% de las acciones de TV Cable del Pacífico S.A, dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, por lo que solicita se archive la presente investigación.

CUARTO: Que analizada la totalidad del expediente, este Despacho se permite señalar lo siguiente:

¹ Sentencia del 27 de Julio del 2004, Sala Plena, C.P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa, No. de radicación 11001-03-15-000-200-0678-00, Sala de Consulta y Servicio Civil, 11 de abril de 2002, C.P. Dra. Susana Montes Echeverri

² Palacios Mejía, Hugo. *El Derecho de los Servicios Públicos*. Editorial Derecho Vigente, Bogotá, 1999. Pg. 183. Miranda Londoño, Alfonso. "Aspectos de Supervisión en el sector de telecomunicaciones" en. Memorias "Seminario supervisión y control en Colombia: ¿Colapso del Modelo?" Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005. Pg. 155. Álvarez Navarro, Javier. *Ibidem*, Pg. 137.

³ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Concepto 129 de 2002.

4.1 Consideraciones Generales

Al dar inicio a la investigación, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia consideró ser competente para conocer de la operación de integración entre las empresas investigadas como prestadoras del servicio de televisión por suscripción, así como para sancionarlas por el incumplimiento del deber de informar dicha operación, con fundamento en i) la competencia residual de la Superintendencia de Industria y Comercio, ii) el hecho de que ante la CNTV se adelantaba un trámite de información diferente al de informar operaciones de integración previsto en la Ley 155 de 1959, y iii) que la operación de integración se realizaba entre empresas que ya no tenían la condición de concesionarios de televisión, dada la renuncia al contrato de concesión para la prestación de dichos servicios. Sobre estas consideraciones este Despacho manifiesta:

4.2 Competencia de la Superintendencia en materia de operaciones de integración, al momento de los hechos materia de investigación.

El régimen de competencia se encuentra fundado en el artículo 333 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual, el Estado deberá garantizar la protección del derecho a la libre competencia y evitará o controlará el abuso que las personas hagan de su posición dominante en el mercado.

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común [...]

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

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

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

Así, la Constitución estableció garantías económicas básicas de libertad de empresa y libre competencia y al tiempo, la posibilidad de que el Estado pueda actuar para reprimir los abusos de posición dominante.

Dado que la propiedad privada tiene una finalidad social y que la libre competencia ha sido consagrada como un derecho e interés colectivo, se han establecido mecanismos preventivos y represivos tendientes a evitar cualquier circunstancia que subvierta o amenace estos cometidos, propios de un modelo de economía social de mercado como el nuestro, dada la importante significación que para la consecución del bienestar general se le ha atribuido a la libre competencia. En este sentido, la Corte ha manifestado que:

“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la

mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.”⁴

De otra parte, el artículo 334 de la Constitución consagra que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, y que en tal virtud, éste intervendrá, por mandato de la ley en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Con fundamento en lo anterior, el Estado puede intervenir con el fin de buscar el bienestar y la protección del interés general, de tal forma que con estas medidas de intervención, pueden restringirse de manera armónica las libertades consagradas en el artículo 333 de la Constitución para poder garantizarlas al conglomerado.

El artículo 4° de la Ley 155 de 1959, vigente hasta el 24 de julio de 2009⁵, establecía una obligación de información previa de operaciones de integración para las empresas “[...]”

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-535/97.

⁵ La ley 1340 de 2009 en su artículo 9° subrogó el artículo 4 de la ley 155 de 1959, así: ARTÍCULO 9o. CONTROL DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES. El artículo 4o de la Ley 155 de 1959 quedará así:

“Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

- 1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o*
- 2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.*

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la

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 [...]"

En este contexto, tratándose de integraciones empresariales, dicho artículo servía de instrumento de intervención para el cometido constitucional, en la medida en que propendía por la garantía de vigencia de los postulados constitucionales referidos. Debe destacarse que este control no tenía como cometido, ni bajo el régimen de integraciones anterior, ni bajo el nuevo, obstruir las decisiones empresariales, sino evitar los efectos indeseables que pudieran generar en el mercado.

Dado que el control de integraciones opera como medida *ex ante* en la que se verifican las condiciones en que funciona un mercado determinado y los efectos que podrían suscitarse como consecuencia de la operación, ha sido necesario que las empresas reporten la operación en forma previa a su realización⁶.

Para el momento de los hechos materia de investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio en virtud de lo previsto en el Decreto 2153 de 1992, contaba con competencia de carácter residual, así prevista su función en el artículo segundo, numeral 1:

*"Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia, y prácticas restrictivas de la competencia, **en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades**" (...)* (Negrillas fuera de texto)

A su turno, el numeral 2º del mismo artículo preveía:

obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

PARÁGRAFO 1o. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

PARÁGRAFO 3o. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁶ "En cuanto a la prevención, la defensa pública de la competencia se instrumenta en todos los países mediante el llamado -control de concentraciones-, consistente en dotar legalmente a los poderes públicos de la facultad de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas, concediéndoles la posibilidad de impedir su realización o de condicionarla". PASCUAL Y VICENTE, Julio. "Fundamentos y limitaciones de la defensa de la competencia" Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia N| 224. Abril de 2003. pág. 8.

"2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia."

En consonancia con dicha función, en el artículo 4 del mismo decreto, numeral 10, se atribuyó al Superintendente la función de vigilar el cumplimiento de las disposiciones de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas en la Ley 155 de 1959, y en el numeral 14, la de pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas.

Así las cosas, en materia de integraciones empresariales la autoridad de competencia tiene una doble facultad: i) conocer de las operaciones de integración empresarial en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, a efectos de objetarla o no; y ii) investigar y sancionar a las empresas involucradas en una operación de integración empresarial por el incumplimiento del deber de informar tal operación, conducta considerada una práctica restrictiva de la libre competencia⁷.

Como puede apreciarse, estas competencias no estaban circunscritas a un sector determinado de la economía, y sólo admitían como excepción su atribución a otras entidades. Así, en tanto no existiera una disposición que atribuyera dichas facultades a una autoridad diferente, esta Superintendencia era la entidad encargada de velar por el cumplimiento de las normas de prácticas comerciales restrictivas, dentro de las cuales se encuentran tanto la relativa al conocimiento de integraciones empresariales para efectos de objetarla o no, como la relacionada con la investigación y sanción de quienes incumplieran el deber de informar.

4.3. Competencia especial de la Comisión Nacional de Televisión para integraciones en el sector de televisión.

4.3.1 Antecedentes

Durante largos años, en Colombia la televisión fue considerada un servicio público cuya prestación estaba principalmente a cargo del Estado, a través de un establecimiento público denominado INRAVISIÓN, instaurándose en régimen de monopolio en el que la participación de los particulares estaba limitada principalmente a producir o importar material a ser transmitido por el operador estatal.

INRAVISIÓN fue creada por el Decreto 3267 de 1963, como organismo encargado de prestar el servicio público de televisión y ejecutar los planes y proyectos del Ministerio de Comunicaciones, contando para ello con personería jurídica, autonomía patrimonial y administrativa.

En 1985, el legislador se ocupó nuevamente del tema y por Ley 42 del mismo año, transformó a INRAVISIÓN en una entidad asociativa de carácter especial y creó el Consejo Nacional de Televisión, con miembros cuya elección ya no dependía del Presidente, para darle mayor autonomía al organismo respecto del ejecutivo.

⁷ Ley 155 de 1959. Art. 1º, y Decreto Ley 2153 de 1992 Art. 46

El artículo 13 de la mencionada ley, atribuyó al Consejo Nacional de Televisión todas las funciones relativas a la regulación del servicio, incluyendo la determinación de las condiciones de contratación de concesión de espacios y la adjudicación de los mismos.

En 1999 fue expedido el Decreto Ley 1900 de 1990 con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 72 de 1989 para expedir el régimen general de telecomunicaciones. Pese a que el mencionado estatuto básico de las telecomunicaciones clasificó la televisión como un servicio de difusión⁸, mantuvo su naturaleza especial, al conservar su régimen jurídico:

*"Artículo 48. REGIMEN DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSION SONORA Y DE TELEVISION. El régimen de prestación de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión, así como el otorgamiento de las correspondientes concesiones, **continuará siendo el consagrado en las normas vigentes sobre la materia.**" (Negrillas fuera de texto)*

Posteriormente fue expedida la Ley 14 de 1991, por la cual se dictan normas sobre el servicio de televisión, en cuyo artículo 3, principios de la prestación del servicio, se dispuso:

*"En virtud del principio de libertad de expresión, nadie podrá ser molestado a causa de sus ideas y todas las personas tendrán derecho a investigar, recibir y difundir opiniones e informaciones, dentro del marco de la Constitución y la ley. **Se impedirá la concentración del poder informativo, así como las prácticas monopolistas que tienden a eliminar la competencia y la igualdad de oportunidades entre todas las empresas que prestan los servicios de comunicación social.**" (...)*
(Negrillas fuera de texto)

En el artículo 39 numeral 1 de la misma ley, relativo al contrato de concesión de espacios, se dispuso:

*"El objeto de los contratos de concesión de espacios de televisión es permitir a personas naturales o jurídicas la utilización de espacios en las cadenas o canales de televisión para presentar programas de televisión. En todo caso **la ejecución de los contratos se sujetarán [sic] a los fines y principios del servicio, según lo dispuesto en la presente Ley.**"*
(Negrillas fuera de texto)

Evidentemente se consideró que la falta de competencia en la prestación del servicio, propiciaba la concentración el poder informativo, limitando la libre expresión, motivo por el cual, los contratos de concesión debían sujetarse entre otros, a los fines precitados.

Tras importantes y profundos cambios políticos y legislativos, seguidos de la creación vía Constitución de un organismo independiente a cargo de la ejecución de la política estatal de este servicio, se propició la participación privada en la prestación de la televisión, exponiéndolo a la competencia luego de más de 35 años.

⁸ Decreto 1900 de 1990 Artículo. SERVICIOS DE DIFUSIÓN. Servicios de difusión son aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción en forma simultánea. Forman parte de éstos, entre otros, las radiodifusiones sonora y de televisión.

γ

En el artículo 75 de la Constitución, puede observarse nuevamente la relación que se hace entre competencia y pluralismo informativo:

"Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético."

4.3.2 Competencia de la Comisión Nacional de Televisión en materia de vigilancia y control del régimen de competencia en el sector de la televisión

De conformidad con la Constitución de 1991, el Congreso de la República aprobó la Ley 182 de 1995, por la cual se creó la Comisión Nacional de Televisión, y dispuso en su artículo 4 que era objeto de esta nueva entidad *"ejercer, en representación del Estado, la titularidad y reserva del servicio público de televisión, dirigir la política de televisión, desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en relación con el servicio público de televisión de acuerdo con lo que determine la ley; regular el servicio de televisión; e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético utilizado para la prestación de dicho servicio, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia en la prestación del servicio, y evitar las prácticas monopolísticas en su operación y explotación, en los términos de la Constitución y la ley."*

Siguiendo el mismo esquema, en el literal d) del artículo 5 de la misma Ley 182, se estableció que en desarrollo de su objeto, "corresponde a la Comisión Nacional de Televisión":

"b. Adelantar las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control para una adecuada prestación del servicio público de televisión. Para estos efectos, podrá iniciar investigaciones y ordenar visitas a las instalaciones de los operadores, concesionarios de espacios de televisión y contratistas de televisión; exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sin que le sea oponible la reserva o inviolabilidad de los mismos; e imponer las sanciones a que haya lugar;

(...)

"d) Investigar y sancionar a los operadores, concesionarios de espacios y contratistas de televisión por violación del régimen de protección de la competencia, el pluralismo informativo y del régimen para evitar prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en la presente y en otras leyes, o por incurrir en prácticas, actividades o arreglos que sean contrarios a la libre y leal competencia y a la igualdad de oportunidades entre aquéllos, o que tiendan a la concentración de la propiedad o del poder informativo en los servicios de televisión, o a la formación indebida de una posición dominante en el mercado, o que constituyan una especie de práctica monopolística en el uso del espectro electromagnético y en la prestación del servicio." (Subrayado fuera del texto)

Es importante señalar que, si bien en el literal d) del artículo 5° de la Ley 182/95 no se hace mención expresa al control de las integraciones empresariales, lo cierto es que al mencionar "[...] el régimen para evitar prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en la presente y en otras leyes [...]", se debe entender que la normatividad a la que se

hace alusión comprendía, sin hacer excepción alguna, no sólo el régimen general previsto en el artículo 333 del ordenamiento superior y el literal d) del artículo 5° la Ley 182 de 1995, sino a la Ley 155 de 1959 por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y al Decreto 2153 de 1992 por medio del cual se dictan disposiciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Si en gracia de discusión se señalara que entre las funciones que el artículo 5° de la Ley 182 atribuía a la CNTV, no estaba la de conocer de integraciones empresariales entre operadores del servicio de televisión, la SIC tampoco habría tenido competencia para sancionar por el incumplimiento del deber de informar, en tanto tal incumplimiento es considerado una práctica restrictiva de la competencia, a la luz del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, y el artículo 46 del Decreto Ley 2153 de 1992, cuyo conocimiento le hubiere correspondido, en cualquier caso, a la CNTV.

Referencias relativas a las funciones en materia de competencia se hacen a lo largo de la misma ley, las cuales pueden encontrarse en el literal g del mismo artículo 5, el artículo 12 parágrafo, artículos 17, 37, 41, 53 y 59, y artículo 48, literal l).

A la luz de las normas precitadas, es procedente concluir que la Ley 182 de 1995 atribuyó a la Comisión Nacional de Televisión competencia en materia del régimen de competencia frente al servicio de televisión, pudiendo la ley en todo caso, haberlas asignado a una entidad diferente, como claramente lo manifestó la Corte en la sentencia 1344 de 2000 atrás citada. Es por ello, tal como lo menciona el Informe Motivado, que la CNTV no absorbió todas las competencias relacionadas con este servicio, como es el caso de las facultades otorgadas a esta Superintendencia en materia de competencia desleal en virtud de la Ley 446 de 1998.

Ahora bien, en uso de sus facultades legales, particularmente en desarrollo de lo previsto en la Ley 182⁹, la CNTV expidió la Circular 20 de 2004, *"Instructivo para trámites en asuntos del régimen de competencia y el régimen para evitar las prácticas monopolísticas"*, en la cual se señala:

"SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

El parágrafo 1 del artículo 4 de la ley 155 de 1959 se estableció que la autoridad correspondiente debe objetar las integraciones que tiendan a "...producir una indebida restricción a la libre competencia".

De acuerdo con lo establecido en la ley 155 de 1959, las empresas que cuenten con activos individualmente considerados superiores a veinte millones de pesos y que se dediquen a una misma actividad deberán informar al gobierno nacional de las fusiones, consolidaciones e integraciones que pretendan realizar entre sí.

⁹ "La ley 182 de 1995, le confiere a la CNTV las obligaciones de investigar y sancionar a los infractores del régimen de protección a la competencia y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas. Dentro de estas funciones se entiende incluida la facultad de objetar las integraciones que lleven a cabo los operadores, concesionarios y los contratistas de televisión regional. En consecuencia, la CNTV dispone de la facultad de objetar las integraciones, fusiones, consolidaciones y adquisiciones de control de empresas".
(Subrayado por fuera del texto)

La ley 182 de 1995, le confiere a la CNTV las obligaciones de investigar y sancionar a los infractores del régimen de protección a la competencia y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas. Dentro de estas funciones se entiende incluida la facultad de objetar las integraciones que lleven a cabo los operadores, concesionarios y los contratistas de televisión regional. En consecuencia, la CNTV dispone de la facultad de objetar las integraciones, fusiones, consolidaciones y adquisiciones de control de empresas.

Adicionalmente, la CNTV deberá tener en cuenta al momento de pronunciarse acerca de la integración de prestadores que no incurran en ninguna de las inhabilidades previstas en la ley 182 de 1995 y en la 335 de 1996.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la ley 155 de 1959, los decretos 1302 de 1964 y 2153 de 1992 y a efecto de que la Comisión Nacional de Televisión pueda estudiar las implicaciones de la integración empresarial en lo referente al mercado del servicio de televisión y decidir, objetar, condicionar o aprobar la operación, los concesionarios, operadores o contratistas deben solicitar autorización de la integración jurídico-económica que se pretenda llevar a cabo, la cual debe incluir la siguiente información y documentación: (...)"

Este procedimiento, tal como está previsto, reitera el deber de información que surge para los intervinientes que proyectan llevar a cabo una operación de integración, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, y está previsto en una Circular que, al generar efectos jurídicos sobre los administrados, constituye un acto administrativo que goza de presunción de legalidad mientras no haya sido suspendido ni anulado por la jurisdicción.

En ese sentido, la Oficina de Regulación de la Competencia de la CNTV contempló conjuntamente en la misma Circular, tanto el procedimiento de enajenación de acciones, como el de solicitud de autorización de concentración empresarial, necesariamente ligados al tema de las concesiones, aún cuando, en concepto de este Despacho, se trata de dos trámites diferentes y no excluyentes. En efecto, de acuerdo con el instructivo para trámites en asuntos del régimen de competencia y el régimen para evitar las prácticas monopolísticas proferido por la CNTV, existen dos procedimientos: uno relativo a la autorización de integraciones empresariales que comprende un análisis de concentración en el mercado¹⁰ y, otro, relacionado con la enajenación de acciones y/o cesión de cuotas sociales, referido a un análisis de concentración de la propiedad accionaria, que apunta directamente a la composición y titularidad del capital de las compañías que desarrollan

¹⁰ De conformidad con la circular 020 de 2004, los operadores o contratistas deben solicitar autorización de la integración jurídico-económica que se pretenda llevar a cabo, la cual debe incluir la siguiente información y documentación: (i) copia de las escrituras de constitución y reformas de las sociedades que pretendan integrarse (...), (ii) Información general de las empresas involucradas en la integración, indicando composición accionaria o societaria, constitución y representación legal, (iii) copia de las actas de asamblea general de accionistas en la cual se adopta la decisión de concentración empresarial de cada una de las empresas, (iv) copia del acta de Asamblea General o Junta Directiva (...) en la cual conste la autorización entregada al representante legal de las respectivas empresas para solicitar autorización y efectuar las diligencias conducentes a la integración empresarial, (v) Indicación de la operación jurídico-económica que se piensa realizar sea ésta fusión, integración, consolidación o adquisición de control, (vi) Informar sobre la forma jurídica que adoptará la entidad resultante (...), (vii) Copia de los estados financieros de cada uno de las empresas correspondientes del último año, (viii) Estudio del mercado relevante de producto y geográfico en el que prestan el servicio las empresas que pretenden integrarse, incluyendo sustituibilidad, competidores y tamaño del mercado, (ix) Información sobre la capacidad de operación de las empresas, cubrimiento y participación en el servicio de televisión.

actividades económicas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52, 54 y 57 de la Ley 182 de 1995¹¹.

En síntesis, el conocimiento de la CNTV respecto del régimen de competencia y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas, abarcaba no solo la concentración de la propiedad en las empresas que prestan el servicio de televisión, sino también la concentración del poder de las mismas en el mercado, la cual se estudia como parte del control previo de integraciones económicas, dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 y por asignación que de dicha competencia hace a la CNTV la Ley 182 de 1995.

4.4. La ley 555 de 2000 como fundamento de la Delegatura para abrir investigación contra las sociedades TELMEX COLOMBIA S.A. y SUPERVIEW S.A.

En el año 2000, la Ley 555 por la cual se regulan los servicios de comunicación personal, dispuso en el parágrafo de su artículo 10:

"Régimen de competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones, (así como de todos los demás sectores económicos.)¹² En tal calidad, la Superintendencia aplicará y velará por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996, contando para ello con sus facultades ordinarias y siguiendo para el efecto el procedimiento general aplicable, sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión."¹³

En este parágrafo apoyó la Delegatura su competencia en el caso que ahora nos ocupa, según se desprende de la resolución 017652 de 2007. A este respecto, este Despacho considera lo siguiente:

¹¹ Los documentos que se deberán anexar a la autorización (de enajenación de acciones y/o cesión de cuotas sociales) serán los siguientes: (i) Documento que demuestre la nacionalidad del adquirente (...), (ii) Para los concesionarios de espacios de televisión, (...) declaración juramentada donde conste que el adquirente no es socio o miembro de otra empresa concesionaria de espacios de televisión, contratista de canales regionales, ni de las empresas de canales de operación privada, ni socios o miembros de una persona jurídica que sea a su vez socia de otra empresa concesionaria de espacios de televisión (...), (iii) Para concesionarios de televisión por suscripción declaración juramentada donde conste que el adquirente no es socio o miembro de otra empresa concesionaria del servicio de televisión por suscripción, (...); (iv) Declaración de renta del adquirente correspondiente al último año gravable (...); (v) tratándose de sociedades por acciones, certificación expedida por el revisor fiscal sobre la composición accionaria de la sociedad (...); (vi) certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio correspondiente (...); (vii) Documento donde conste la intención del socio y del adquirente de ceder y de adquirir las cuotas o acciones respectivamente; (viii) Acta de la Junta de Socios o de la Asamblea de Accionistas donde conste la aprobación de la cesión de cuotas o enajenación de acciones, respectivamente; (ix) Balance general del adquirente debidamente certificado (...); (x) Declaración juramentada del adquirente persona natural, donde conste que no ha sido condenado en cualquier época a pena privativa de la libertad (...); (xi) Tratándose de inversión extranjera traducción al español de los documentos correspondientes (...); (xii) Adicionalmente, tratándose de inversión extranjera, los documentos allegados deben ser aportados con el sello de "apostille", (...).

¹² Texto declarado inexecutable en sentencia C-1344 de 2000

¹³ Ley 555 del 2000. Art. 10°.

Es claro que la atribución de competencias en materia de libre y leal competencia no está predeterminada por la Constitución, y que en materia de los servicios de televisión, la asignación de funciones en materia de vigilancia y control del régimen de competencia, corresponde al Legislador. Al respecto, ha señalado la H. Corte Constitucional:

"Dentro del marco de la Carta el legislador es libre de establecer la autoridad pública encargada de velar por el estricto cumplimiento de las normas legales en punto de la libre y leal competencia económica. La atribución de competencias, judiciales o administrativas, en esta materia, no está predeterminada por la Constitución. Puede, por tanto, el legislador concentrar un cúmulo de competencias en un organismo público - v.g. Superintendencia de Industria y Comercio -, o según su afinidad y objeto, distribuirlas entre varias autoridades.

En todo caso, la competencia económica libre y leal, como principio constitucional y legal, como objeto del derecho, tiene autonomía y admite ser tratado con independencia del régimen de los diferentes servicios o actividades económicas. Desde este punto de vista, el hecho de que corresponda a la Comisión Nacional de Televisión trazar y dirigir la política de la televisión, según lo determine la ley, en modo alguno significa que todo lo que atañe a los operadores de este servicio necesariamente comprometa el ejercicio de sus funciones. Estos sujetos son además destinatarios del resto del ordenamiento jurídico y, por serlo, se relacionan de manera distinta con múltiples procedimientos y autoridades. Como operadores económicos, actores del mercado de un servicio, no escapan a las reglas de la competencia leal y libre y, por consiguiente, a las autoridades instituidas por la ley para hacer efectivas las obligaciones y deberes de este régimen." (Negrillas fuera de texto)¹⁴

De lo aquí expuesto por la Corte debe destacarse lo siguiente:

1. El legislador es libre de establecer la autoridad encargada de vigilar el cumplimiento de las normas del régimen de competencia.
2. No todo lo que atañe al servicio de televisión necesariamente compromete el ejercicio de las funciones de la CNTV.

Ahora bien, esta Despacho no considera que el artículo 10 de la Ley 555 le hubiere otorgado a la Superintendencia de Industria y Comercio competencia alguna en materia del régimen de competencia en el sector de televisión, y en consecuencia, en virtud de lo previsto en la Ley 182 de 1995, para la época de los hechos, esta Superintendencia carecía de facultades para sancionar a operadores de dicho servicio por incumplimiento del deber de información establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

En primer lugar, la Ley 555 se refirió en forma exclusiva a los servicios no domiciliarios de telecomunicaciones, y de acuerdo con el régimen jurídico vigente para la época de los hechos, el servicio de televisión, si bien servicio de telecomunicaciones¹⁵, no fue

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1344 de 2000

¹⁵ El inciso 2º del artículo 1º de la ley 182 de 1995 señala a propósito del servicio de televisión: "Técnicamente, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general

considerado por el legislador un servicio público domiciliario ni tampoco le fue adscrita la naturaleza de servicio no domiciliario de telecomunicaciones. En su lugar, fue sometido a un régimen legal propio y especial.

En efecto, el servicio de televisión tiene una especial trascendencia para la sociedad colombiana, y así lo reconoció el Constituyente de 1991, al establecer normas especiales dirigidas específicamente a él en los artículos 75 a 77 de la Constitución Política.

El artículo 76 de la Carta señala:

"ARTICULO 76. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior."

A su turno, el artículo 77 dispone:

"ARTICULO 77. La dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al Director. Los miembros de la Junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La Ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad."

Como lo ha expuesto la Corte Constitucional, "la televisión ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que caracterice a la televisión y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política o, más grave aún, de los grupos económicos dominantes. En otro campo, la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja. Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia, unido al poder que envuelve la intervención en el principal y más penetrante medio de comunicación social, exige que su manejo se guíe en todo momento por el más alto

o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea.

*interés público y que ningún sector o grupo por sí sólo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente"*¹⁶

De la misma manera, en sentencia C-654 de 2003 la Corte expresó:

"Además el servicio público de televisión está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales, y tiene por finalidad informar veraz y objetivamente, formar, educar, y recrear de manera sana, a fin de satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, libertades, deberes y derechos fundamentales, consolidar la democracia y la paz y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local.

La televisión, es cierto, cumple un papel decisivo en la construcción de los imaginarios sociales y de las identidades culturales, pues contribuye al ejercicio cotidiano de la cultura democrática y al reconocimiento de la historia y el destino nacional, objetivos estos que indudablemente han de ser preservados por el Estado máxime en una época como la actual donde los avances tecnológicos en la materia le permiten a los usuarios del servicio televisivo acceder al conocimiento de culturas foráneas con sus propios lenguajes audiovisuales e interpretaciones de la realidad."

Así mismo, la Corte ha sostenido:

*"La televisión, como se ha dicho en forma reiterada por parte de esta Corporación, es el medio masivo de comunicación al que más poder de penetración se le atribuye en la sociedad moderna; a ella se le hace responsable de la consolidación de un nuevo paradigma de vida, un paradigma cuyo epicentro es un individuo que, determinado por la complejidad y densidad del contexto en el que se desenvuelve, necesita, para relacionarse con otros, para poder realizar actos de comunicación que afectan y determinan su vida diaria, de intermediarios, necesidad que en gran medida suplió la tecnología con la televisión; de hecho, a través de ella se han cimentado las bases de una nueva cultura, en la cual el dominio del poder político y económico lo determina, en gran medida, la capacidad de orientar la toma de decisiones de la opinión pública, decisiones que van desde aquellas relacionadas con el sistema político del que hacen parte las personas, hasta aquellas que caracterizan y definen su cotidianidad, esto es, sus hábitos de consumo"*¹⁷

Pese a la importancia y trascendencia social del servicio de televisión, el legislador no dispuso incluirlo dentro de aquellos considerados como domiciliarios por la Ley 142 de 1994, no obstante que tales servicios en principio constituyen la concreción material y

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-497 de 1995

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-350 de 1997

✓

efectiva de la cláusula del Estado Social de Derecho¹⁸, y determinan la calidad de vida y el desarrollo de la sociedad¹⁹.

Mal puede entonces interpretarse el artículo 10 de la Ley 555 en el sentido de incluir a los servicios de televisión entre aquellos calificados como no domiciliarios de telecomunicaciones, pues si, dada su importancia y trascendencia social, la televisión no fue catalogada como servicio domiciliario, resulta ilógico concluir que el legislador lo incluyó entre aquellos servicios de telecomunicaciones que, por su menor peso, importancia y trascendencia para la sociedad en aquel momento, eran considerados como no domiciliarios.

Es en consecuencia equivocado sugerir que en la Ley 555 de 2000, el legislador otorgó igual peso al servicio de televisión y a los servicios no domiciliarios de telecomunicaciones, al punto de entender aquel incluido en éstos, cuando, en razón de la importancia y trascendencia social del primero, ni siquiera decidió incluirlo dentro de los considerados domiciliarios, sino darle un tratamiento especial que en sí mismo los extraía de tales categorías.

En segundo lugar, cabe señalar que si la intención del legislador hubiere sido la de calificar el servicio de televisión como no domiciliario, así lo habría dicho expresamente, como en efecto lo hizo en relación con los demás servicios de telecomunicaciones cuyo régimen fue expedido con posterioridad a la Constitución de 1991.

En efecto, el artículo 1º de la Ley 37 de 1993, señaló expresamente que el servicio de Telefonía Móvil Celular era un servicio de telecomunicaciones no domiciliario, y la misma Ley 555 en su artículo segundo, indicó expresamente que el servicio de comunicación personal PCS, era no domiciliario. Sin embargo, tratándose del servicio de televisión, el legislador en el artículo 1º de la Ley 182 de 1995 lo definió como un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea, y que está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales, absteniéndose de calificarlo como domiciliario o no domiciliario.

En tercer lugar, la intención del legislador de no incluir los servicios de televisión dentro de los servicios no domiciliarios de telecomunicaciones a que se refiere el artículo 10 de la Ley 555, se confirma si se tiene en cuenta que su contenido es prácticamente copia idéntica de su inmediato antecedente, el inciso primero del artículo 40 del Decreto 1130 de 1999²⁰, el cual no tuvo ni por objeto ni como efecto atribuir a la Superintendencia de

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007) Expediente: AP 25000-23-25-000-2004-00413-01

¹⁹ ATEHORTÚA, C. Régimen Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios. Biblioteca Jurídica Diké. 1ª edición 1998

²⁰ El inciso primero del Decreto 1130 de 1999 señala: Artículo 40. La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de inspección, vigilancia y control de los regímenes de libre y leal competencia en los servicios no domiciliarios de comunicaciones. En tal calidad, la Superintendencia aplicará y velará por la observancia de las disposiciones contenidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996, contando para ello con sus facultades ordinarias y siguiendo para el efecto el procedimiento general aplicable, sin perjuicio de las atribuciones regulatorias de la Comisión de regulación de telecomunicaciones y la Comisión Nacional de Televisión.

2

Industria y Comercio competencia en materia de servicios de televisión, pues se limitó, como correspondía dentro del ejercicio de las facultades al Gobierno Nacional, a trasladar funciones entre entidades públicas pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

En cuarto lugar, la exclusión de los servicios de televisión de aquellos considerados por el artículo 10 como servicios no domiciliarios de telecomunicaciones, se encuentra sustentada en el propio razonamiento que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1344 de 2000, efectuó para estructurar el vínculo por conexidad y por ende la unidad de materia, entre los servicios PCS y los demás servicios no domiciliarios de telecomunicaciones.

En efecto, la Corte fundamentó tal vínculo en el hecho de que los servicios PCS eran también servicios calificados como no domiciliarios de telecomunicaciones, los cuales se caracterizaban para tal época, según la alta Corporación, por converger hacia un mismo mercado y nutrirse de los desarrollos de una tecnología en permanente evolución.

Dijo así la Corte:

“Podría sostenerse que la mención al régimen de competencia debería limitarse a las empresas que prestan los servicios de comunicación personal, sin extenderse de manera general a los “servicios no domiciliarios de comunicaciones”. Sin embargo, ello no es así, pues los servicios personales de comunicación, regulados por la ley demandada, por definición se ubican dentro del género de los servicios de comunicación no domiciliarios y, por tanto, constituyen una especie de estos últimos. Aunque la disposición legal acusada, bien habría podido contraerse a los servicios de comunicación personal, la ampliación del campo de actuación de la norma legal -respecto de los servicios no domiciliarios de comunicación-, resulta, a juicio de la Corte, vinculada por conexidad a la materia de la ley. Los servicios de comunicación personal, como se sabe, han surgido como alternativa frente a otros sistemas de comunicación no domiciliarios –v.g. la telefonía celular con tecnología digital-, que emulan por integrar en un sólo sistema de comunicación móvil un conjunto de servicios inalámbricos con el objeto de aprovechar los últimos desarrollos tecnológicos y ofrecer al cliente una opción personalizada, sin limitaciones de lugar y de tiempo, potenciando su capacidad de interacción con diversas redes. En últimas, los distintos servicios de comunicación no domiciliarios, aunque revisten ciertas particularidades, convergen hacia un mismo mercado y se nutren de los desarrollos de una tecnología en permanente evolución. De ahí que el legislador haya decidido someter a todos los operadores de los servicios de comunicación no domiciliarios a un mismo régimen de competencia. El hecho de que la disposición legal se haya incorporado dentro de las normas que componen la disciplina de una especie de estos servicios, no le resta sentido ni utilidad; tampoco, esta circunstancia permite aseverar que la ley como un todo pierda unidad, pues, se repite, conserva conexidad con el tema general, máxime si se considera que se trata de actores que compiten dentro de un mismo mercado.”
(Subraya y negrilla fuera de texto)

En ese sentido, si la Corte fundamentó el vínculo de conexidad entre los servicios PCS y los demás servicios no domiciliarios, en el hecho de que unos y otros convergen hacia un

mismo mercado, es claro que la categoría de servicios no domiciliarios de telecomunicaciones a que se refiere la ley, no incluía los servicios de televisión, pues éstos no convergían, para la época de los hechos, al mismo mercado de la telefonía móvil ni a servicios sustitutos de ésta.

La tendencia legislativa a radicar en la CNTV la competencia en materia de vigilancia y control del régimen de competencia en el sector televisión, vino a reiterarse además con la Ley 680 de 2001, mediante la cual se tomaron medidas para proteger la televisión pública, la cual en su artículo 2º atribuyó a la CNTV la facultad, hoy derogada por la Ley 1340 de 2009, de autorizar las integraciones de los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, producto de procesos de fusión, creación de consorcios o constitución de nuevas personas jurídicas²¹.

Finalmente, el Consejo de Estado ha coincidido en que los servicios de televisión no deben entenderse incluidos dentro de aquellos no domiciliarios de telecomunicaciones a que se refiere el artículo 10 de la Ley 555 de 2000²².

Debe entonces concluir este Despacho que, para la época de los hechos, no podía entenderse competente a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de la integración en materia de televisión, y en consecuencia, carece de competencia para investigar y/o sancionar operadores del servicio de televisión por el incumplimiento del deber de informar tal integración.

²¹ Ley 680 de 2001. *ARTÍCULO 2o. A partir de la promulgación de la presente ley, los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, siempre y cuando éstos o sus socios no tengan participación accionaria en los canales privados, podrán fusionarse, conformar consorcios o crear nuevas personas jurídicas que podrán absorber las concesiones de sus socios, previa autorización de la Comisión Nacional de Televisión, siempre y cuando éstos estén al día en sus obligaciones con el ente respectivo.*

PARÁGRAFO 1o. En todo caso las empresas resultantes de las fusiones, consorcios o las nuevas empresas que prevé este artículo, estarán sometidas a las limitaciones y restricciones que a continuación se enuncian:

- a) Ningún concesionario directa o indirectamente podrá ser titular de más del 33% del total de horas dadas en concesión a un canal;*
- b) Ninguna persona natural o jurídica, podrá hacer parte de manera directa o indirecta de más de una sociedad concesionaria y hacer parte de más de un canal;*
- c) Ningún concesionario podrá tener más de un informativo noticiero diario.*

PARÁGRAFO 2o. La autorización prevista en este artículo, para fusionarse, conformar consorcios o crear nuevas personas jurídicas, y su aplicación en ningún caso puede implicar que la operación, características y naturaleza propia de los contratos de concesión de espacios puedan homologarse o hacerse equivalentes a las de un canal de operación privada previstas en las Leyes 182 de 1995 y 335 de 1996.

PARÁGRAFO 3o. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

²² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Abril 11 de 2002. C.P. Rad. Número 1412. C.P. Susana Montes de Echeverri. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sentencia del veintisiete (27) de julio de dos mil cuatro (2004) Radicación número: 11001-03-15-000-200-0678-00(C) C.P. Filemón Jiménez Ochoa

2

En conclusión, aún cuando este complejo panorama normativo que suscitaba válidas dudas cambió con la promulgación de la Ley 1340 del 2009, la cual señala sin ambigüedad en su artículo 6 que la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única en materia de competencia²³, lo cierto es que para el momento de los hechos, la Superintendencia no era la entidad competente ni para conocer de la integración de los operadores del servicio de televisión, ni para adelantar la investigación por incumplimiento del deber de informar la operación.

4.5 Sobre la renuncia a los contratos de concesión para la prestación del servicio de televisión por suscripción como fundamento de la Delegatura para abrir investigación contra las sociedades TELMEX COLOMBIA S.A. y SUPERVIEW S.A.

Respecto al fundamento de la renuncia a los contratos por parte de los concesionarios para entender que en la medida en que perdían su condición de concesionarios escapaban de la órbita de competencia de la CNTV para pasar a la de la Superintendencia, considera este Despacho que, toda vez que éstas se dieron en el marco del trámite adelantado ante la CNTV en el ejercicio de sus competencias en la materia, mal podrían tenerse como fundamento para la pérdida de competencia de dicha entidad.

En otras palabras, no podía esta Superintendencia, sobre la base de que los operadores del servicio de televisión perdieron la calidad de concesionarios, considerarse competente para sancionarlos por el incumplimiento del deber de informar la operación de integración empresarial, cuando la desaparición de tal calidad fue precisamente producto del procedimiento previsto para el adecuado ejercicio de las funciones que en la materia tenía, para el momento de los hechos, la autoridad competente, en este caso la CNTV, en materia de integraciones empresariales en el sector de televisión.

4.6 Sobre el cumplimiento del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 por parte de los investigados.

Solicita el apoderado de las empresas que se declare que sus poderdantes no actuaron en contravención del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, ni autorizaron, ejecutaron o toleraron

²³ Ley 1340 del 2009. Art. 6º: *AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA*. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

La Comisión al referirse al proyecto de Ley 333/08 (que se convertiría luego en la Ley 1340 de 2009), mediante Acta de Junta Directiva No. 1522 del 2 de julio de 2009, señaló en sus conclusiones:

"(i) La CNTV pierde atribuciones de control y vigilancia en materia de protección a la libre y leal competencia, lo cual incluye la función de investigación y sanción de los operadores y concesionarios que infrinjan el régimen general de competencia, y el pronunciamiento sobre las solicitudes de fusión, consolidación, control empresarial ó integración entre operadores del servicio de televisión;

ii) La CNTV conserva la función regulatoria en materia de competencia a la vez que la regulación de la operación y explotación del servicio de televisión, todo lo cual debe propender por la promoción de la competencia;

iii) La CNTV conserva la función de control y vigilancia concretada en la función de investigación y sanción que implique la infracción del pluralismo informativo y del régimen para evitar las prácticas monopolísticas previsto en la Constitución y en las leyes de televisión, las cuales dicen relación al régimen de inhabilidades en la prestación de este servicio²³.(Subrayado por fuera del texto).

conductas contrarias a dicho artículo, y en consecuencia, el archivo de la investigación. Igualmente el apoderado de Guillermo Arturo Arias, solicita que se declare que éste no autorizó, ejecutó o toleró conductas contrarias al artículo 4 de la Ley 155 de 1959 y a renglón seguido que se ordene el archivo.

Considera el Despacho que las solicitudes referentes a la declaración relacionada con el cumplimiento del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 son improcedentes, en la medida en que mal puede una autoridad, dentro de una investigación para la que no tiene competencia, declarar que se ha dado cumplimiento a un deber que no se surtía ante ella. En ese sentido, si la autoridad competente para conocer de la integración empresarial de las investigadas era la CNTV, es sólo dicha entidad la competente para pronunciarse acerca del cumplimiento o no del deber de informarla, así como de las consideraciones sobre su eventual efecto en el mercado.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar el archivo de la presente investigación contra todos los investigados, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

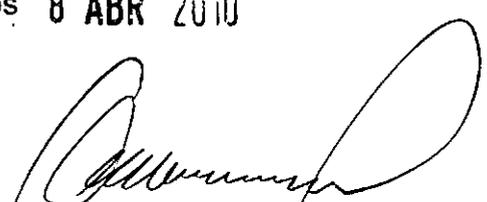
ARTÍCULO SEGUNDO: Negar por improcedentes las solicitudes de los investigados en el sentido de declarar que sus poderdantes no actuaron en contravención del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 ni autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a dicho artículo.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a los señores Enrique Álvarez Posada, en su calidad de apoderado de TELMEX COLOMBIA S.A., SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., TV CABLE S.A., TV CABLE DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. así como de Luz Jeannette Rovira González, Elkon Roy Burstin Grauscirps, Sergio Rodríguez Molleda, y Gustavo Tamayo Arango y al señor Samuel Chalela, en su calidad de apoderado del señor Guillermo Arturo Arias, entregándole copia de la misma e informándole que contra el presente acto procede el recurso de reposición, el cual deberá presentarse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los 8 ABR 2010

El Superintendente de Industria y Comercio,


GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

NOTIFICAR:

2

Doctor

SAMUEL FRANCISCO CHALELA

C.C. 91.259.706 de Bucaramanga

T.P. 60.527 del C.S.J

Apoderado

Guillermo Arturo Arias

Calle 72 No. 5- 83, Piso 4.

Bogotá

Doctor

ENRIQUE ÁLVAREZ POSADA

C.C. 79.150.571 de Usaquén.

T.P. 55.007 C.S.J

Apoderado

TELMEX COLOMBIA S.A., SUPERVIEW

TELECOMUNICACIONES S.A., TV

CABLE S.A., TV CABLE DEL PACÍFICO

S.A. E.S.P., Luz Jeannette Rovira

González, Elkon Roy Burstin Grauscirps,

Sergio Rodriguez Molleda, y Gustavo

Tamayo Arango.

Calle 72 No. 5- 83, Piso 5.

Bogotá.