



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 93346 DE 2013

(30 DIC 2013)

VERSIÓN ÚNICA

“Por la cual se ordena el cierre de una actuación administrativa”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009, y el numeral 15 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 9 de la Ley 1340 del 24 de julio de 2009 establece:

“(...) 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”.*

SEGUNDO: Que mediante comunicación radicada con el No. 13-269270 del 15 de noviembre de 2013, complementada el 9 de diciembre de 2013, COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. (en adelante, **TIGO**) y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (en adelante, **TELEFÓNICA**), solicitaron ante esta Entidad la pre-evaluación de una operación de integración entre ellas, la cual se llevaría a cabo en los siguientes términos:

“(...) las intervinientes manifiestan que tienen la intención de llevar a cabo un proyecto conjunto que promueva la eficiencia, reduzca, al mínimo posible, las inversiones en infraestructura (CAPEX) y los costos operativos (OPEX) de la implementación de la Red para la tecnología 4G, los tiempos de despliegue de dicha red, ampliando en lo posible las áreas de cobertura de dichos servicios, para lo cual celebrarán un negocio jurídico de naturaleza compleja, toda vez que implica la celebración de convenciones o acuerdos que se enmarcan dentro del marco de la operación con la cual se pretende realizar para el despliegue de la red de 4G”¹.

¹ Información aportada por los intervinientes, folio 49. Cuaderno reservado No. 1.

TERCERO: Que en virtud de lo previsto en el artículo 156 del Decreto Ley No. 19 de 2012, y en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, el 11 de diciembre de 2013 la Coordinadora del Grupo de Integraciones Empresariales solicitó publicar en la página web de esta Entidad el inicio del procedimiento de autorización de la operación presentada, publicación que fue realizada el 12 de diciembre de 2013².

CUARTO: Que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación del inicio del procedimiento de autorización de la operación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, ningún tercero presentó ante esta Entidad información que pudiera aportar elementos para el análisis de la operación, todo de conformidad con el numeral 2 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009.

QUINTO: Que una vez realizadas las anteriores consideraciones, esta Superintendencia procede a pronunciarse respecto de la operación proyectada entre **TELEFÓNICA** y **TIGO**.

5.1. AGENTES PARTICIPANTES

5.1.1. TELEFÓNICA

Es una sociedad creada bajo las leyes de la República de Colombia, la cual se dedica principalmente a prestar los siguientes servicios de telecomunicaciones:

- Telefonía Pública Básica Conmutada Local
- Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida
- Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia
- Acceso a internet de Banda Ancha
- Acceso a Internet Móvil
- Telefonía Móvil Celular
- Televisión por suscripción en la modalidad Satelital
- Servicios de Valor Agregado
- Servicio Portador
- Servicios de telefonía móvil celular, servicios de acceso a internet móvil, valor agregado como mensajes de texto y multimedia
- Venta de terminales y alquiler de infraestructura de telecomunicaciones

Su actividad principal es la siguiente:

"(...) la organización, operación, prestación, provisión, explotación de las actividades, redes y los servicios de telecomunicaciones (...)"³.

² Información aportada por las intervinientes, folio 23. Cuaderno público No.1.

³ Información aportada por las intervinientes, folio 22. Cuaderno público No.1.

5.1.2. TIGO

Es una sociedad creada y registrada bajo las leyes de la República de Colombia, la cual se dedica principalmente a prestar los siguientes servicios de telecomunicaciones:

- Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia
- Acceso a Internet Móvil
- Telefonía Móvil Celular
- Servicios de Valor Agregado
- Servicios de telefonía móvil celular, servicios de acceso a internet móvil, valor agregado como mensajes de texto y mensajes multimedia
- Venta de terminales y alquiler de infraestructura de telecomunicaciones

5.2. OPERACIÓN PROYECTADA

Las intervinientes plantearon la operación en los siguientes términos:

"(...) las intervinientes manifiestan que tienen la intención de llevar a cabo un proyecto conjunto que promueva la eficiencia, reduzca, al mínimo posible, las inversiones en infraestructura (CAPEX) y los costos operativos (OPEX) de la implementación de la Red para la tecnología 4G, los tiempos de despliegue de dicha red, ampliando en lo posible las áreas de cobertura de dichos servicios, para lo cual celebrarán un negocio jurídico de naturaleza compleja, toda vez que implica la celebración de convenciones o acuerdos que se enmarcan dentro del marco de la operación con la cual se pretende realizar para el despliegue de la red de 4G.

(...)

Dicho Patrimonio autónomo, que en adelante denominaremos NETCO 4G, tendrá a su cargo la administración de los bienes necesarios para el despliegue de la red 4G y la provisión de capacidad de dicha red para los intervinientes y entre estos. Para lo cual, Colombia Móvil y Telefónica se comprometen a adquirir la infraestructura de red de acceso y gestión consistente en nodos LTE (antenas) que permitan la transmisión, originación y recepción conjunta pero independiente del espectro radioeléctrico asignado a cada uno de las empresas, para el despliegue conjunto de una Red 4G LTE, en el territorio colombiano, conservando cada agente la propiedad de la parte que adquiera, pero cediendo los derechos de usufructo y uso de los bienes que cada una deberá adquirir en el mercado de manera independiente(...)"⁴.

Una vez establecido el marco de la operación proyectada entre **TELEFÓNICA** y **TIGO**, se procede con el estudio de los presupuestos del deber de informar una operación de integración empresarial que se encuentra consagrado en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

⁴ Información obrante en el expediente, cuaderno reservado No. 1 folio 49 y 51.

5.3. DEBER DE INFORMACIÓN DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 1340 DE 2009

El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, establece que cuando determinada transacción deriva en una integración empresarial entre compañías que se dedican a la misma actividad económica o participan en la misma cadena de valor, deberá ser informada *ex ante* a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), siempre y cuando las empresas involucradas -individualmente o conjuntamente consideradas-, hayan tenido dentro del año anterior a la operación un mínimo de ingresos operacionales o activos totales superiores a un monto determinado previamente por la SIC.

De esta forma, para determinar si una operación entre empresas está sujeta al deber de informar o notificar *ex ante* a la SIC, se deberá verificar: (i) si la transacción constituye o no una integración; y (ii) si la transacción cumple con los supuestos subjetivo y objetivo, que son necesarios para que surja el deber de informar. A continuación se analizan dichos elementos:

5.3.1. Integración

La SIC define integración empresarial como cualquier "*mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas o para adquirir el control de una empresa en otra ya existente o para crear una nueva empresa con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente*"⁵. Por su parte, el Decreto 2153 de 1992 define control como: "*[l]a 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 posición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa*"⁶.

Así, aquellas transacciones en virtud de las cuales una compañía adquiera el control de otra constituirán integraciones empresariales y, por consiguiente, caerán bajo el régimen de información previa ante la SIC siempre y cuando cumplan con los supuestos subjetivo y objetivo establecidos en la ley. Esto quiere decir que no todas las operaciones que resultan en adquisición de control por parte de una empresa sobre otra deben ser informadas *ex ante* a la SIC. Para que esto ocurra, la integración deberá tener lugar entre competidores o entre quienes participan en una misma cadena de valor y, además, involucrar un mínimo de ingresos operacionales o activos totales.

5.3.2. Supuestos

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, los agentes participantes de una integración empresarial estarán obligados a informar sobre las operaciones que proyecten

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, GUÍA DE ANÁLISIS DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES, Numeral 26.

⁶ Numeral 4, artículo 45, Decreto 2153 de 1992.

llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada, cuando la operación cumpla con los siguientes supuestos:

- **Supuesto subjetivo:** implica que las empresas involucradas en la operación se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor.
- **Supuesto objetivo:** cuando en conjunto o individualmente consideradas, las empresas hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales o activos superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la SIC.

Puede presentarse el caso en que las empresas intervinientes en una operación desarrollen la misma actividad económica o se encuentren ubicados en la misma cadena de valor y que en conjunto cuenten con ingresos operacionales o activos totales superiores a 100.000 SMLMV, pero cuya operación no constituya una integración empresarial, sino simplemente un **acuerdo de colaboración** entre competidores. En este último caso a pesar de que la operación cumple con el supuesto subjetivo y con el supuesto objetivo (mínimo de ingresos operacionales o activos totales), la operación planteada no constituye una integración o concentración y por consiguiente, no debe ser informada a esta Superintendencia *ex ante*.

5.4. Criterios para diferenciar un acuerdo de una integración empresarial

Para determinar si la operación presentada por los intervinientes es una integración empresarial y debe ser notificada *ex ante* a esta entidad o, por el contrario, ser analizada como un Acuerdo de Colaboración Empresarial; el cual sería analizado *ex post* en caso en que se considerase que de la aplicación del mismo se derivaron prácticas restrictivas de la competencia, utilizaremos los criterios que ha desarrollado esta Superintendencia en casos anteriores⁷ para el análisis de este caso en particular.

5.4.1. La operación es diseñada como permanente y resulta en la eliminación de un competidor del mercado

De acuerdo con lo planteado por las intervinientes, este negocio jurídico tiene una duración de 10 años contados a partir de la suscripción de esta alianza⁸. Al respecto se señala: “[l]a duración del Joint Venture es indeterminada. El Acuerdo de Joint Venture prevé la creación de un Joint Venture por un término indefinido”⁹.

⁷ Resolución SIC 4851 del 15 de febrero de 2013.

⁸ Información obrante en el expediente, cuaderno reservado No.4 folio 568.

⁹ Información obrante en el expediente, cuaderno reservado No.1 folio 286.

No obstante lo anterior, de acuerdo con la información obrante en el expediente, el propósito de esta alianza consiste en llevar a cabo el despliegue de la Red de Telecomunicaciones bajo la tecnología 4G para **TELEFÓNICA** y **TIGO**, bajo condiciones de libertad y competencia, sin compartir ni ceder espectro. Así mismo, cada sociedad aportará la infraestructura necesaria para dicho despliegue sustentado en el espectro que a cada una le fue asignado y el área geográfica que le corresponda. Sin embargo, la comercialización y las demás actividades seguirán manejándose en forma independiente por cada una de las compañías. Sobre el particular, las partes señalan:

"(...) el presente proyecto de integración, no será extensivo a aspectos que tengan impacto directo sobre sus ofertas de servicios al mercado; a la estrategia comercial ni a los precios a cobrar por los servicios de telecomunicaciones (...)"¹⁰.

Por lo anterior, se concluye que aun cuando esta alianza de compartición de infraestructura tendría una duración de 10 años, esto no cambia el hecho de la misma no constituye una integración, sino un acuerdo de colaboración de compartición de infraestructura, el cual no resulta en la eliminación de un competidor, ni en la reducción de la competencia, ya que las sociedades continuarán manteniendo sus actividades de comercialización en forma independiente en el mercado.

5.4.2. La operación no consiste simplemente en la unificación de una función concreta de las empresas participantes, sino que debería implicar la unificación de una línea de negocios o de un mercado

La creación de este negocio jurídico se realizará con el fin de llevar a cabo una compartición de infraestructura y redes de servicios de 4G, por lo que la entidad que se propone crear, en sí misma, no constituiría un negocio, ni tendría presencia independiente en el mercado relevante. Las empresas señalan al respecto:

"(...) Tigo y Telefónica se comprometen a adquirir y desplegar individualmente la infraestructura de red de acceso y gestión consistente en nodos LTE (antenas) que permitan la transmisión, originación y recepción conjunto pero independiente del espectro radioeléctrico asignado a cada uno de las empresas, teniendo en cuenta que cada interviniente es personalmente adjudicatario de 30 MHz de espectro de la banda AWS en frecuencias diferentes, para el despliegue conjunto de una Red 4G LTE, en el territorio colombiano y conservando cada agente la propiedad de la parte que adquiriera(...)"¹¹.

De acuerdo con lo anterior, con la presente operación no se proyecta prestación conjunta de servicios a terceros agentes en un mercado, por el contrario, cada una de las intervinientes mantendrá su independencia en la comercialización. Así las cosas, se concluye que la transacción no configura la unificación de una línea de negocio, ni de un mercado en particular, además la actividad conjunta realizada en la compartición de

¹⁰ Información obrante en el expediente, cuaderno reservado No. 1 folio 1.

¹¹ Información obrante en el expediente, cuaderno reservado No. 1 folio 5.

infraestructura no puede entenderse como una integración sino como un acuerdo de colaboración para la compartición de las redes de telecomunicaciones propias de las intervinientes y no implica un despliegue para la prestación de un servicio conjunto frente a terceros.

5.4.3. El negocio que resulta de la operación debe tener plenas funciones en el mercado

La entidad resultante de esta operación no tendría plenas funciones en el mercado, ya que el negocio jurídico denominado **NETCO 4G**, tendrá como fin el aprovechamiento de las facilidades comunes con las que cuentan las intervinientes, a través de la reducción de los costos operativos y las inversiones en infraestructura, sin que se presente extensión alguna de dicha actividad a ningún otro operador.

Vale la pena indicar que, respecto de la prestación de servicios sustentados en la red de 4G a terceros, las intervinientes señalaron lo siguiente:

"(...) en el evento que un tercero ajeno a los intervinientes requiera de servicios sustentados en la red de 4G, cada interviniente atenderá dichas solicitudes de servicio de manera autónoma e independiente, de acuerdo con sus políticas comerciales y los servicios que ofrezca en el mercado, y por ende cada cual respondiendo por las obligaciones regulatorias que tienen a su cargo los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (...)"¹².

5.4.4. Conclusiones

Conforme a lo planteado, esta Superintendencia encuentra que la operación propuesta por las intervinientes no cumple con los requisitos estipulados por esta Entidad para ser considerada una integración empresarial, sino un acuerdo de colaboración entre competidores. En tales términos la presente operación, tal y como está planteada, no se encuentra sometida al control *ex ante* a cargo de la SIC.

Así el hecho de que esta transacción no sea considerada una integración empresarial no implica que la misma quede por fuera de la órbita del derecho de la competencia ni del cumplimiento de las leyes propias del sector de telecomunicaciones. En efecto, si la transacción es utilizada para realizar una conducta anticompetitiva o de cualquier forma restringir la competencia, deberá ser investigada y sancionada por esta Superintendencia.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que la operación proyectada puesta en conocimiento de esta Entidad por parte de **TELEFÓNICA** y **TIGO** no se encuentra sujeta al deber de información previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, acorde con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

¹² Información obrante en el expediente, cuaderno reservado No. 1 folio 6.

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR el archivo de la actuación administrativa con número de radicación 13-269270, por considerar que no se trata de una integración empresarial sino de un acuerdo de colaboración empresarial no sometido al régimen de información *ex ante*.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **TELFÓNICA** y **TIGO**, entregándoles copia de la misma e indicándoles que contra la presente Resolución procede el recurso de reposición, el cual deberá presentarse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los **30 DIC 2013**

El Superintendente de Industria y Comercio


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Diana Restrepo
Revisó: Melba Castro, Carolina Liévano
Aprobó: Germán Bacca

NOTIFICACIONES:

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Nit 830122566-1

Apoderada

Doctora

ANGELA NATALIA GUERRA CAICEDO

C.C. 52.045.099

Transversal (Avenida Suba) No. 114 A-55

BOGOTÁ D.C.

COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.

Nit 830114921-1

Apoderada

Doctora

MAGDA XIMENA FERNÁNDEZ CAMPOS

C.C. 52.224.493

Carrera 9 A No. 99-02, Piso 5, Edificio City Bank

BOGOTÁ D.C.