



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

RESOLUCIÓN No. 3 6 4 7 5

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

16 JUL. 2010

Radicación: 06-086483

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, mediante Resolución No. 51320 del 1º de octubre de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio declaró que TELMEX COLOMBIA S.A., en adelante TELMEX, y SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., en adelante SUPERVIEW, incumplieron el deber previo de informar una operación de integración, contenido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959¹ y, en consecuencia, le impuso a cada una de las empresas una multa 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).

Así mismo, sancionó a LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, en su calidad de representante legal de la empresa SUPERVIEW, y a LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de la empresa TELMEX, por una suma equivalente a 225 salarios mínimos mensuales legales vigentes a cada uno, esto es, CIENTO ONCE MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$111.802.500.00).

SEGUNDO: Que una vez notificada la citada resolución y corrido el traslado de ley, mediante escrito, el apoderado del señor LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE presentó recurso de reposición el 15 de octubre de 2009 en contra de la resolución. Igualmente, el apoderado de TELMEX y de LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ presentó recurso de reposición el día 20 de octubre de 2009 y, en escrito separado del mismo día, presentó otro recurso de reposición contra la Resolución en su calidad de apoderado de SUPERVIEW.

TERCERO: Que el apoderado de TELMEX solicitó en su escrito i.) la revocatoria de la Resolución No. 51320 de 2009; ii.) el cierre de la investigación en curso y iii.) el archivo del expediente 06-086483, originado en la supuesta omisión de información consagrada en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959. Subsidiariamente solicitó i.) "Revocar o en su defecto reducir la sanción pecuniaria impuesta en el presente trámite a [sus] representadas" y ii.) "Revocar la sanción de publicación impuesta a [sus] representadas".

En documento aparte, el mismo apoderado, actuando en nombre de SUPERVIEW, manifestó que "[se acogía] íntegramente a los argumentos manifestados por Telmex Colombia S.A. en su recurso de reposición contra la resolución número 5130 de 2009, así como [se unía] a las solicitudes por ella formuladas" y, para finalizar, expresó idénticas solicitudes, esto es, i.) la revocatoria de la Resolución No. 51320 de 2009; ii.) el cierre de la investigación en curso y iii.) el archivo del expediente 06-086483, originado en la supuesta omisión de información consagrada en el artículo 4º de la Ley 155 de

¹ Artículo vigente para la época de la ocurrencia de los hechos.

Rad. 06-086483

1959. Subsidiariamente solicitó i.) "Revocar o en su defecto reducir la sanción pecuniaria impuesta en el presente trámite a [sus] representadas" y ii.) "Revocar la sanción de publicación impuesta a [sus] representadas".

Por su parte, el apoderado del señor LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE solicitó que se revocara la decisión adoptada mediante la Resolución No. 51320 del 1º de octubre de 2009 y, en su lugar, se abstuviera de imponer sanción; en caso contrario, solicitó que se redujera la multa impuesta a su representado, en proporciones que tengan en cuenta sus condiciones patrimoniales."

CUARTO: Que los apoderados sustentaron sus recursos de reposición de la siguiente manera:

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

Los apoderados señalan que en las investigaciones que adelanta la Superintendencia, sin importar su naturaleza, siempre es necesario hacer un análisis de mercado relevante. Al respecto, en su recurso de reposición, TELMEX afirmó:

*"no se puede perder de vista que para efectos de realizar un análisis adecuado de las normas en materia de protección de la competencia, y por ende para su aplicación adecuada, es preciso hacer una determinación precisa y rigurosa de "mercado relevante" pues de allí parte el presupuesto fundamental del que parte cualquier norma y por ende cualquier sanción en materia de derecho de la competencia."*²

Consideran que el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, cuando ordena que las empresas dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio, deberán informar las operaciones que pretendan realizar, lo que llama es a la elaboración de un estudio de mercado relevante, para determinar si están dentro de la misma actividad.

Por lo tanto, según los recurrentes, si las empresas sujeto de la integración consideran que los servicios ofrecidos no son prestados en el mismo mercado relevante, entonces debe concluirse que las mismas no se dedican a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio y, en consecuencia, no surge para ellos la obligación de informar a la autoridad de competencia la operación de integración empresarial.

Así lo consideran los recurrentes, pues, a su juicio, TELMEX se dedicaba a ofrecer servicios de acceso a Internet en el segmento corporativo, mientras SUPERVIEW hacía lo propio en el segmento residencial, de manera que los servicios se prestaban en mercados relevantes diferentes, en razón de sus características técnicas, sus fines y usos y el hecho que las actividades a que se dedicaba cada firma no eran las mismas, de modo que la obligación de información de la operación nunca surgió.

² Recurso de reposición TELMEX. Pág. 5.

Rad. 06-086483

Por otra parte, los apoderados afirman que la Superintendencia se limitó a establecer el concepto de *misma actividad*, con una simple comparación del objeto social de una y otra sociedad.

Sobre esto el apoderado de Luis Alfredo Baena manifestó:

*"Las mayúsculas diferencias arriba destacadas, se desconocieron por la SIC, quien terminó resumiéndolas en que ambas empresas se dedicaban a la misma actividad, por cuanto ambas reflejaban en su objeto social la prestación de servicios de telecomunicaciones de valor agregado y telemáticos."*³

Por su parte el apoderado de TELMEX y de SUPERVIEW sostuvo:

*"resulta sorprendente que en la Resolución recurrida, la SIC imponga una sanción a Telmex y a Superview basado principalmente en la mera comparación del contenido del certificado de Cámara de Comercio, cuando en materia de derecho de la competencia debe primar la realidad económica sobre cualquier formalismo."*⁴

Finalmente, los dos apoderados reiteran que las empresas no hacían parte del mismo mercado relevante y, por tanto, no existía la obligación de información previa de las operaciones de integración ante la Superintendencia. Lo anterior lo sustentan con base en que los servicios prestados por cada una de ellas, Internet corporativo e Internet residencial, no son sustitutos el uno de otro por sus características, usos, precios y tecnologías.

4.2. Argumentos del apoderado de TELMEX, Luz Jeannette Rovira González y SUPERVIEW.

En primer lugar, el apoderado señala que hay falsa motivación en la Resolución por cuanto la multa impuesta se fundamenta en un supuesto equivocado según el cual se dio una enajenación de las acciones de SUPERVIEW a favor de TELMEX, lo cual en su criterio es desacertado, por cuanto TELMEX nunca adquirió directamente acciones de la empresa SUPERVIEW. *"La anterior consideración incluida en el considerando tercero de la resolución recurrida es falsa toda vez que Telmex Colombia S.A. no adquirió acción alguna de Superview Telecomunicaciones S.A. Telmex Colombia S.A. no ha tenido ni tuvo acciones de Superview S.A. Esto está claramente probado dentro del expediente."*⁵

Adicionalmente, el apoderado argumenta que, reiteradamente, esta Superintendencia ha considerado que las operaciones de integración entre empresas que no pertenecen al mismo mercado relevante no deberán ser informadas y que, al afirmar lo contrario, la Entidad se está apartando de sus propios antecedentes doctrinarios.

Al respecto el apoderado manifestó:

"En este orden de ideas, es claro que el concepto de "actividad" para efectos de la determinación de la existencia del deber de información, se encuentra íntimamente ligado al concepto de "mercado" al que pertenecen las empresas objeto de la integración.

³ Recurso del apoderado de Luis Alfredo Baena Pág. 6

⁴ Recurso de reposición TELMEX. Pág. 7

⁵ Recurso de reposición TELMEX. Pág. 4.

Rad. 06-086483

(...)

En este orden de ideas, y como se mostrará a continuación, la SIC se aparta de sus antecedentes doctrinales sobre determinación de la existencia del deber legal de informar una operación en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959.⁶

A juicio del recurrente, esta es la doctrina reiterada de la Superintendencia, para lo cual trae a colación los conceptos 01107902 del 30 de enero de 2002 y 03003014 de 28 febrero de 2003, así como el acto administrativo 1243 de 2003⁷, que es invocado como precedente administrativo que vincularía a la Superintendencia para decidir la presente investigación.

Se refiere específicamente al caso de Empresas Públicas de Medellín y de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, en el que la Superintendencia decidió archivar una investigación por el presunto incumplimiento a la obligación de informar establecida en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959. El apoderado ilustra su argumento con una tabla comparativa entre las dos operaciones, para determinar que en la presente, se debió realizar un estudio de mercado relevante que concluyera que las empresas no estaban sujetas a la obligación de información por cuanto no pertenecían al mismo mercado relevante.

Por otra parte, con fundamento en el principio de proporcionalidad de la sanción, el apoderado solicita que, de no concederse la revocatoria de la sanción, la Superintendencia reduzca el monto de la misma. Lo anterior con fundamento en que: i.) la Superintendencia tuvo conocimiento de la de la operación antes de su realización; ii.) que previa a la misma TELMEX y SUPERVIEW no eran competidores entre sí; iii.) que con posterioridad a esta operación la Entidad autorizó otras integraciones en las que las dos empresas participaron por no encontrar que se produjeran efectos negativos en el mercado y iv.) que la misma operación entre TELMEX y SUPERVIEW no generó efectos nocivos en el mercado.

Finalmente el apoderado manifiesta que la publicación de la sanción, ordenada en el Artículo Noveno de la Resolución recurrida, viola el principio de legalidad de la sanción. Fundamenta su argumento en que la publicación prevista en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 constituye una sanción y que conforme al principio de legalidad, las sanciones tienen que ser preexistentes a los hechos que las generan, so pena de vulnerar el debido proceso, y que la norma vigente para la época de los hechos no contemplaba una sanción de esta naturaleza.

4.3. Argumentos del apoderado de Luis Alfredo Baena Riviere

El apoderado argumenta que hay falsa motivación de la Resolución por cuanto las empresas sí informaron la operación y la Superintendencia sí tuvo conocimiento de la misma, siendo la respuesta al requerimiento el medio a través del cual se puso en conocimiento. En efecto, el apoderado manifiesta:

⁶ Recurso de reposición TELMEX. Pág. 7

⁷ El acto administrativo 1243 de 2003 proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio, se denomina en el texto, en forma incorrecta, "Auto".

Rad. 06-086483

“Es muy distinto decir que no se cumplió con la obligación legal de informar la operación y que se debe aplicar una sanción por ello, a afirmar que la SIC desconocía la operación realizada porque se le informó en términos distintos a los presupuestados por la entidad, para llegar a la misma consecuencia.”⁸

El apoderado también considera que hay falsa motivación porque la Superintendencia afirma que él, como apoderado, reconoció la omisión del deber de información de la operación. Al respecto manifiesta:

“En mi escrito de oposición al informe motivado, dije lo siguiente:

“Ahora, esta conducta de las empresas involucradas no merecen siquiera una valoración en el informe motivado el cual 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 de Dios y los hombres. En este caso, la SIC se concentra en el aspecto objetivo, pero pretermite valorar los elementos subjetivos ampliamente demostrados en el proceso, que impiden imponer sanciones a los aquí encartados.”

Y reitero lo expresado entonces, pero no con el alcance amañado que pretendí darle la SIC. La SIC pretermitió todos los antecedentes de las conductas desplegadas por las sociedades SUPERVIEW y TELMEX para informarle los detalles de la operación que pretendían llevar a cabo entre ellas, y jamás controversió o hizo mención formal alguna sobre los argumentos que le fueron expuestas en su momento [...]”⁹

Adicionalmente, el apoderado reitera el argumento expuesto en sus observaciones al informe motivado donde manifiesta que, con base en el artículo 12 del Código Contencioso Administrativo, era obligación de la Superintendencia controvertir la posición asumida por las hoy investigadas, en caso que tuviera el convencimiento de que la operación debía ser informada, y requerirlas para que complementaran la información o modificaran su concepto, pero la Entidad violó tal precepto.

Sostiene también que hay falsa motivación por cuanto se desconoce el principio de confianza legítima generado por esta Superintendencia, pero expone que la confianza legítima radicó en el hecho de haberle expuesto a la autoridad *“cuáles eran los mercados en que participaban una y otra empresa, haber puesto toda la operación en el tapete, para que luego la entidad aduzca que nunca se le informó.”¹⁰*

Para finalizar, aduce la violación al debido proceso de Luis Alfredo Baena, debido a que la única prueba técnica que demostraba la diferencia en los mercados relevantes, fue desconocida por la Superintendencia. Así lo expuso el apoderado:

“Pero ahora, la SIC afirma que la participación en una misma actividad productora, abastecedora distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio, no debe probarse y peor aún, no merece siquiera evaluarse.

Todo ello, con el propósito evidente de justificar el desconocimiento flagrante de la violación del debido proceso de todos los investigados, al cercenar la única prueba técnica que habría permitido demostrar las diferencias existentes entre una y otra empresa.”¹¹

⁸ Recurso del apoderado de Luis Alfredo Baena Pág. 2.

⁹ Recurso del apoderado de Luis Alfredo Baena Pág. 4

¹⁰ Recurso del apoderado de Luis Alfredo Baena Pág. 8

¹¹ Recurso del apoderado de Luis Alfredo Baena Pág. 12.

V

Rad. 06-086483

QUINTO: Que frente a los argumentos presentados por los apoderados de las empresas sancionadas, la SIC procede a pronunciarse así:

5.1. Necesidad de realizar un estudio de mercado relevante.

Como ya se mencionó, los apoderados argumentan que esta Superintendencia debió realizar un análisis del mercado relevante para determinar si las empresas se dedicaban o no a la misma actividad y, en consecuencia, si estaban o no en la obligación de informar la operación de integración realizada entre ellas.

Al respecto se reitera que, de conformidad con el objeto preventivo de la norma, el análisis de mercado relevante no aplica para determinar si las empresas se dedican o no a la misma actividad, por cuanto lo que se busca en la misma es verificar el cumplimiento de un deber legal, y no el efecto que tuvo la operación en el mercado relevante.

El artículo 4° de la Ley 155 de 1959, vigente para la época de los hechos, establecía una obligación de información previa de operaciones de integración para 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 (...)"

Se debe tomar como base para verificar el cumplimiento de la norma, que ésta trae tres supuestos ya explicados, estos son: i.) el supuesto subjetivo; ii.) el objetivo y iii.) el cronológico:

- i. El supuesto subjetivo implica que las empresas que se pretendan integrar estén dedicadas 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 de dicho bien o servicio. Así, dentro de este supuesto se destacan dos preceptos: que exista una pluralidad de empresas a integrarse y que esas empresas desarrollen la misma actividad.
- ii. El supuesto objetivo, por su parte, también está dividido en dos criterios. En primer lugar, según lo establecido por la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, vigente para la época de los hechos, las empresas que individualmente o en conjunto posean activos o ingresos operacionales superiores al equivalente a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 smmlv), están obligadas a informar previamente a esta Entidad las operaciones de integración jurídico económica que pretendan adelantar.

En segundo lugar, el supuesto objetivo establece que las empresas que pretendan fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, están en el deber de dar informe previo de la operación a esta Entidad, sin importar la forma ni la vía jurídica que adopte dicha operación.

- iii. El supuesto cronológico implica que las empresas que se pretendan integrar y cuya situación se enmarque en los supuestos ya referidos, deberán, previamente a la realización de la operación, contar con el pronunciamiento de esta Superintendencia. Bajo este entendido, el aviso no es posterior a la operación, sino que debe realizarse

2

Rad. 06-086483

con antelación a la misma¹², pues de no ser así se perdería el carácter preventivo de la norma.

Así entonces, es claro que la exigencia legal aplica para las empresas que se dediquen prima facie a una misma actividad, cualquiera ella sea, pero sin entrar a considerar si esa misma actividad se realiza dentro del marco de un mismo mercado relevante.

Tal alcance se desprende de la misma norma, fundamentado en distintos métodos de interpretación. En efecto, bajo el método de interpretación gramatical, es evidente que el artículo 4° de la Ley 155 no señala i.) que la misma actividad deba realizarse en el mismo mercado relevante, ni ii.) que la obligación de informar la operación de integración dependa del mercado relevante, ni iii.) que la autoridad de la competencia debe llevar a cabo, a efectos de determinar si la operación debía ser informada o no, un análisis previo de mercado relevante.

Asimismo, una perspectiva lógico-jurídica conduce a igual conclusión. Si como consecuencia del deber de informar una integración empresarial, y para efectos de evitar consecuencias nocivas para la competencia en un mercado, la Superintendencia debe i.) determinar el mercado relevante y ii.) analizar si la integración informada produce efectos indeseables para la competencia en el mismo, entonces no tiene lógica señalar que la obligación de informar la integración depende del análisis del mercado relevante efectuada de manera previa y autónoma por los participantes de la integración.

Bajo el método sistemático la conclusión no es distinta. En efecto, el alcance del artículo 4° no puede determinarse sin consideración a lo previsto en la Circular Única expedida por la Superintendencia, precisamente para instruir a sus destinatarios acerca de la manera en que se aplica la normativa sobre competencia.

Si tal Circular establece la información que debe acompañar la notificación de la integración empresarial, y en ella incluye la relativa a características, usos, y aplicaciones de los bienes o servicios involucrados en la operación, la población objetivo, la segmentación de clientes, y demás aspectos pertinentes para que la Superintendencia determine el mercado relevante impactado por la integración y proceda a autorizarla u objetarla, entonces mal puede interpretarse que el artículo 4° mencionado permite a los particulares informar o no una operación, dependiendo de lo que su propio, previo y autónomo análisis del mercado relevante y los elementos que lo integran, les dicte, apartándose de lo previsto en la Circular.

Así las cosas, la resolución recurrida le dio el alcance correcto al artículo 4° de la Ley 155, en función del principio de coherencia dinámica, reconocido por la Corte Constitucional¹³, la cual ha señalado:

"Ahora bien, la búsqueda de integridad y coherencia tiene una enorme importancia en el razonamiento jurídico, tal y como lo han destacado numerosos sectores de la doctrina jurídica contemporánea, pues favorecen la seguridad jurídica y fortalecen la legitimidad de

¹² Artículo 6° del Decreto 1302 de 1964: "Para los efectos de la autorización presunta que se establece en el párrafo segundo del artículo 4 de la ley 155 de 1959, el término de treinta días empezará a contarse desde [...]" A su vez, el párrafo 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."

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-1260 de 2001, reiterada en la sentencias C-415 y 417 de 2002, entre otras.

✓

Rad. 06-086483

la actividad judicial, en la medida en que aseguran una mayor imparcialidad en las decisiones de los jueces. En tales condiciones, es razonable suponer que en general es preferible aquella interpretación que logra satisfacer todos los criterios hermenéuticos suscitados en un debate jurídico, de tal manera que esos distintos puntos de vista se refuerzan mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su validez, por medio de una suerte de "equilibrio reflexivo" o "coherencia dinámica"¹⁴. Por el contrario, las argumentaciones jurídicas que mantienen las tensiones y contradicciones entre esos criterios hermenéuticos son más cuestionables." -Negrilla fuera de texto-

5.2. La Superintendencia no fue en contra de su doctrina sobre la materia

El apoderado de TELMEX argumenta que la doctrina reiterada de esta Superintendencia ha determinado que si las empresas no se encuentran dentro del mismo mercado relevante, las operaciones que realicen entre sí no deberán ser informadas.

Vale la pena resaltar que el apoderado se apoya principalmente en los conceptos 01107902 del 30 de enero de 2002 y 03003014 de 28 febrero de 2003, así como en el acto administrativo 1243 de 2003, que es invocado como precedente administrativo que vincularía a la Superintendencia para decidir la presente investigación.

Esta Superintendencia se referirá primeramente a los dos conceptos invocados y enseguida al acto administrativo 1243 de 2003 como precedente administrativo.

1. En cuanto a los conceptos en que se ampara el recurrente, el numerado como 01107902 del 30 de enero de 2002 indica lo siguiente:

"En nuestro criterio, la norma presupone que las intervinientes participen de la actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio dentro de un mismo mercado, es decir, que no es necesario que las sociedades intervinientes en la integración se encuentren ubicadas en el mismo nivel productor, abastecedor, distribuidor o consumidor sino que deben pertenecer al mismo mercado, por lo que, mientras una de las empresas no participe, ni directa ni indirectamente del mismo mercado de la otra empresa, la operación planteada no tendrá efectos de concentración en el mercado y por lo tanto no deberá ser informada."

En cuanto al concepto 03003014 de 28 febrero de 2003, éste señala:

"Ahora bien, la norma presupone que, las intervinientes participen de la actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio dentro de un mismo mercado, es decir que, no es necesario que las empresas involucradas se encuentren ubicadas en el mismo nivel productor, abastecedor, distribuidor o consumidor sino que deben pertenecer al mismo mercado. (...)"

¹⁴ [Pie de Página No 8 en la sentencia citada] Sobre la importancia de la noción de integridad y coherencia en el razonamiento jurídico, ver en especial Neil MacCormick, N., (1978), Legal Reasoning and Legal Theory, Clarendon Press, Oxford; Dworkin, R., (1986), Law's Empire, Fontana Press, London, y Klaus Gunther. (1995) "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica" en Doxa, No 17-18. Sobre las nociones de "equilibrio reflexivo" y "coherencia dinámica" como criterios de corrección en el razonamiento normativo, ver John Rawls (1971). A Theory of Justice. Cambridge, Harvard University Press, pp 14-22 y 46-51. Ver igualmente Richard Fallon (1986). "A constructivist coherence theory of constitutional interpretation" en Harvard Law Review, No 6.

Rad. 06-086483

Conforme a lo anterior pueden tener lugar las siguientes situaciones:

- Que las empresas participes del mismo mercado, cuyos activos individual o conjuntamente considerados no sobrepasen los 50.000 salarios mínimos, pretendan realizar una operación de integración empresarial, en cuyo caso no necesitaran remitir a esta Entidad ningún documento, ni esperar respuesta o pronunciamiento alguno. Bastará simplemente con que el representante legal de cada involucrado en la operación la ponga en conocimiento del órgano social competente para decidir la operación y que éste de su aprobación de manera documentada y justificada. En los demás casos que, quien tenga autoridad para tomar la decisión deje constancia escrita del cumplimiento de las condiciones indicadas. (Régimen de autorización general)
- Que dos o más empresas participes de un mismo mercado, cuyos activos individual o conjuntamente considerados excedan de los 50.000 salarios mínimos, pretendan realizar una operación de integración empresarial, o que, las empresas conjuntamente consideradas representen más del 20% del mercado respectivo, medido en términos de ventas durante el año inmediatamente anterior a aquel en que se realizará la integración. En estos eventos existe la obligación de informar la operación para que esta Entidad emita el pronunciamiento respectivo, para lo cual, las empresas intervinientes deberán acompañar la documentación que, de acuerdo con la circular única corresponda, y que en términos generales es la siguiente: (...)"

Para el recurrente, en los conceptos emitidos por las entonces Jefes de la Oficina Jurídica, Mariana Calderón Medina y Piedad Constanza Fuentes Rodríguez¹⁵, queda claro que el deber de informar una integración empresarial surge sólo si los participantes desarrollan la misma actividad en el mismo mercado; luego, si participan en mercados distintos, no surgiría la obligación de informar.

Al respecto cabe señalar varias cosas. En primer lugar, tal interpretación del recurrente sobre el deber de informar una integración empresarial va en contravía del alcance y significado del artículo 4° de la ley 155, descritos en el numeral anterior, por lo cual mal puede este Despacho considerarla procedente.

En segundo lugar, es importante precisar que los conceptos emitidos por las autoridades públicas de conformidad con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, cumplen una función meramente orientadora y pedagógica y, por lo mismo, al no comportar ninguna decisión capaz de afectar los derechos e intereses de los administrados, no pueden comprometer en modo alguno el criterio de la entidad que los emite, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni para el particular, ni para la Administración.

Sobre la naturaleza no vinculante de los conceptos administrativos, se ha pronunciado la Corte Constitucional en diversas oportunidades. En particular, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones "no" y "ni" del inciso 3° del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo¹⁶ por la vulneración de los artículos 2, 6, y 90 de la Constitución, la Corte señaló lo siguiente:

¹⁵ La primera de ellas en calidad de encargada.

¹⁶ ART. 25 .Consultas. El derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales. Estas consultas deberán tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días.

Rad. 06-086483

“Los conceptos desempeñan una función orientadora y didáctica que debe realizar la autoridad pública bajo el cumplimiento de los supuestos exigidos por la Constitución y las leyes. El contenido mismo del concepto, sin embargo, no comprometerá la responsabilidad de las entidades que lo emiten ni será tampoco de obligatorio cumplimiento. Se entiende, más bien, como una manera de mantener fluida la comunicación entre el pueblo y la administración para absolver de manera eficiente y de acuerdo con los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, las dudas que puedan tener las ciudadanas y los ciudadanos y el pueblo en general sobre asuntos relacionados con la administración que puedan afectarlos. Tal como quedó plasmado en el Código Contencioso Administrativo, el derecho de petición de consulta tiene, entonces, una connotación de simple consejo, opinión o dictamen no formal de la administración cuyo propósito no es ser fuente de obligaciones ni resolver un punto objeto de litigio.

(...)

2.3.1.- El demandante considera que los conceptos emitidos por las autoridades públicas en virtud del desarrollo de un derecho de petición de consultas deben ser obligatorios, es decir, deben vincular a los administrados. Esto, como se vio, no puede convertirse en la regla general. Primero, significaría conferir a todas las autoridades públicas la posibilidad de legislar y atentaría contra el principio de legalidad establecido en el artículo 121 de la Constitución. Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no.”¹⁷

En tercer lugar, en la medida en que al administrado se le advierte que, en virtud de la ley, los conceptos no comprometen la responsabilidad de las entidades que los atienden, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, quien deposita en su confianza en su infalibilidad, actúa de manera imprudente, como lo señala Valbuena Hernández:

“En el fondo se trata de simples consejos, opiniones o dictámenes de la administración, cuyo propósito no consiste propiamente en decidir sobre el fondo de ninguna controversia, ni mucho menos convertirse en fuente de obligaciones.

Las anteriores explicaciones permiten comprender por qué los conceptos emitidos por la administración no pueden dar lugar, por lo general, al surgimiento de ninguna obligación de confianza legítima, pues es claro que la simple manifestación del criterio personal de un servidor público en un caso particular no puede enervar la posibilidad de que sus opiniones sean objeto de modificación o reconsideración posterior por parte de la entidad estatal. En tal sentido, el administrado que deposita su confianza en la invariabilidad o infalibilidad del concepto emitido está actuando de manera imprudente, pues el sentido de las respuestas emitidas por la administración no produce efectos vinculantes para la administración ni para los administrados. Por esta razón las expectativas que pueda abrigar el administrado y que tengan como sustento jurídico el contenido de los conceptos emitidos jamás podrán ser consideradas como legítimas ni mucho menos como razonables (...).

Así las cosas, estando previamente anunciado el carácter optativo del concepto, y en tratándose de simples pareceres que no obligan a su destinatario, mal podría confiarse en

Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 2005.

Rad. 06-086483

su estabilidad y en su proyección futura. En tal sentido, quien ha confiado y a la postre resulta defraudado, mal puede reclamar en estos casos ninguna reparación, de acuerdo con el sabio aforismo romano "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", que prescribe que nadie puede alegar en su favor su propia culpa ni su propia torpeza."¹⁸

En consecuencia, dado el carácter meramente optativo de los conceptos jurídicos, quien pretende encausar su conducta bajo el amparo de conceptos administrativos, máxime cuando han sido emitidos con bastante anterioridad, tiene un deber especial de diligencia consistente en verificar si el contenido de tales conceptos ha sido acogido por la práctica administrativa, respecto de la entidad que los emitió, pues de lo contrario su imprudencia quedaría en evidencia.

Es así como TELMEX y SUPERVIEW, al ampararse en los conceptos invocados en su defensa, desconocieron la existencia de actos administrativos en los cuales se adoptaba un entendimiento distinto del que, aduce el recurrente, se incorpora en los conceptos.

Así, como se citó en la Resolución recurrida, en la Resolución 29313 de 2000, confirmada mediante Resolución 00669 del 29 de enero de 2001, se analizó el deber de informar una integración empresarial, sin consideración alguna al mercado relevante. Igual cosa había ocurrido con la Resolución 21819 del 1º de septiembre de 2004, confirmada por la Resolución 29191 del 29 de noviembre de ese mismo año, entre otras, lo que ponía de presente la aplicación generalizada en el tiempo del criterio según el cual para determinar el surgimiento del deber de informar una integración empresarial, no se requería que la actividad fuera desarrollada en el mismo mercado relevante por ambas empresas.

2. En cuanto a la Resolución 1243 de 2003¹⁹ proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el cual se ordenó el archivo de la investigación contra las empresas EPPM y ETB, debe señalarse que mal puede reconocérsele la calidad de precedente administrativo vinculante para la SIC, al no cumplir los requisitos indispensables para ello.

En primer lugar, porque no existe identidad o coincidencia objetiva entre ambos casos. Este requisito *"se refiere a la coincidencia fáctica entre el supuesto de hecho precedente y el actual. En caso de no concurrir este requisito, el precedente no se tiene en cuenta, no existe. Sólo se está ante un precedente (capaz de producir efectos jurídicos) cuando el acto cumple, al menos, esta condición. De lo contrario se estaría ante un acto anterior, pero no "precedente."²⁰*

Como se ha señalado, el caso de EPPM-ETB partió de una situación fáctica diferente a la que nos ocupa, pues se trataba de dos empresas que, como era conocido, se dedicaban a la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada local, sin consideración a segmentación alguna, pero que conformaron una sociedad anónima para prestar el Servicio de Comunicación Personal PCS, lo cual constituía, en

¹⁸ VALBUENA FERNÁNDEZ, G. La Defraudación de la Confianza Legítima. Aproximación Crítica desde la Teoría del Estado. Universidad Externado de Colombia (2008) Pág. 415-416

¹⁹ Erróneamente llamado auto.

²⁰ DIEZ SASTRE, S. El Precedente Administrativo. Fundamentos y Eficacia Vinculante. Marcial Pons. (2008) Pág. 248.

✓

Rad. 06-086483

consideración del quejoso, una integración vertical susceptible de ser informada, a la vez que un acuerdo de precios²¹.

Por el contrario, en el presente caso se trata de la integración de dos empresas que, prima facie, se dedicaban a la misma actividad, esto es, la prestación del servicio de valor agregado de acceso a Internet, y no pretendían conformar una tercera empresa para el desarrollo de una actividad distinta de la prestación de dicho servicio.

Así, en el caso de EEPPM-ETB, y dada la particular circunstancia que constituía la integración, esto es, la conformación de una tercera empresa, no resultaba claro si la operación objeto de denuncia era una integración vertical u horizontal, o si incluso, como se ha referido, constituía un acuerdo restrictivo. En el presente caso, no existe tal duda por la naturaleza de la operación en la que SUPERVIEW pasó a ser parte del grupo TELMEX.

Es a partir de la necesidad de verificar si la operación proyectada implicaba o no, en virtud de la nueva empresa y el servicio para el cual se constituía, una operación de integración jurídico económica entre EEPPM y ETB, que se procedió a hacer un estudio de mercado relevante, a través del cual se pudiera establecer si la empresa que se crearía en común, podría adecuarse a una operación de integración vertical u horizontal, según lo manifestado por el denunciante de la operación.

Nótese que en el precitado caso, dentro de las investigadas no se encontraba la empresa resultante, Colombia Móvil, sino las empresas que realizaban la operación; así, este Despacho quiere llamar la atención acerca de que la definición de mercado relevante no fue llevada a cabo teniendo en cuenta los mercados de las empresas investigadas, sino tomando en consideración el mercado de las investigadas y el mercado a atenderse por parte de la tercera empresa resultante, para poder determinar si la operación comportaba o no una integración en los términos ya expuestos.

La conclusión de la investigación preliminar arrojó que la nueva empresa creada por las denunciadas EEPPM y ETB, no constituía integración vertical ni horizontal²², y que por ende, la operación no estaba sujeta al deber de informar, por incumplir con el supuesto objetivo de la norma, esto es, porque dichas empresas no se estaban unificando operativamente a nivel vertical ni horizontal, ni la constitución de una sociedad para que desarrollara una actividad distinta de la de ellas les suponía, en relación con la actividad de TPBCL, beneficio alguno de aquellos que a nivel económico están llamados a producir las integraciones económicas, como el aumento en la participación del mercado de telefonía local, o economías de escala, o reducción de los costos operativos, etc.

En síntesis, en el caso EEPPM-ETB la Superintendencia no realizó un análisis de mercado relevante para estudiar si, dedicándose ambas empresas a una misma actividad, habría surgido su deber de informar la integración, sino para resolver una cuestión distinta: si el hecho de que hubieran constituido una sociedad anónima para que

²¹ La solicitud del denunciante apuntaba a: "continuar la investigación en cuanto acuerdos restrictivos que requieren autorización bajo el parágrafo 1 de la ley 155 y/o bajo la inobservancia de integración no avisada". Escrito radicado el 18 de febrero de 2003 y archivado en el correspondiente expediente.

²² Resolución 1243 de 2003. Pág. 10. "la operación en cuestión no puede ser considerada como una integración horizontal". Pág. 11. "en este sentido, no le son predicables a las comunicaciones de PCS con usuarios de telefonía fija, las consecuencias que se le atribuyen a las integraciones verticales".

✓

Rad. 06-086483

ésta prestara un servicio distinto de la actividad desarrollada por aquellas, involucraba una integración vertical susceptible de ser informada, concluyendo que así no era.

En ese sentido, debe concluirse que los hechos distan considerablemente entre uno y otro caso.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara lo sugerido por el recurrente, esto es, que la posición que se desprende del acto administrativo 1243 de 2003, lleve a que es necesario analizar el mercado relevante para establecer la obligación de informar la integración empresarial, tal acto administrativo no podría, aun así, ser considerado precedente vinculante para esta Superintendencia, por cuanto carece de otro de los requisitos necesarios para ello, esto es, que se acompañe de una reiteración de actos que ofrezcan una solución similar en presencia de identidad objetiva para constituir un precedente administrativo²³. Al respecto, señala el profesor Juan Carlos Cassagne:

"El precedente Administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por parte de los órganos del Estado, constituye, a nuestro juicio, una fuente de Derecho, ya que se configura una forma peculiar en que se manifiesta la costumbre en el derecho administrativo". ²⁴ (Subraya fuera de texto)

Como se demostró en la resolución recurrida, antes y después del año 2003, fecha en la que se expidió dicho acto administrativo, la práctica administrativa reiterada ha sido la de considerar que para determinar el surgimiento del deber de informar una integración empresarial, no se requiere que la actividad sea desarrollada en el mismo mercado por las empresas involucradas²⁵.

Es más, mal podían las investigadas basarse en su particular entendimiento de un sólo antecedente del año 2003 para actuar como lo hicieron, porque la Resolución 22195 de Agosto 25 de 2006, expedida antes de que la integración se llevara a cabo²⁶, y mediante la cual se modificó en materia de integraciones empresariales la Circular Única expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, señalaba que, con el fin de que la autoridad de competencia determinara si la integración generaba una indebida restricción a la competencia, la información que debía adjuntarse al cumplir con el deber de informar la operación, contenía la relativa a los productos (bienes o servicios) incluidos en la actividad económica y al mercado geográfico, lo cual confirma que antes de la operación de integración de TELMEX y SUPERVIEW, la práctica administrativa y los actos administrativos de carácter general consideraban que el análisis de mercado relevante era una fase posterior y consecuencia del deber de informar.

²³ Véase al respecto, ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, S. Tratado General de Derecho Administrativo Tomo I. Bosch (1958) Pág. 245; GARRIDO FALLA, F. Tratado de Derecho Administrativo Vol I Tecnos (2005) Pág 303; PAREJO ALFONSO, L, JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A, y ORTEGA ÁLVAREZ, L. Manual de Derecho Administrativo. Marcial Pons (1998) Pág. 172.

²⁴ CASSAGNE, J. El Derecho Administrativo Argentino. En El Derecho Administrativo Iberoamericano. Instituto de Investigación Urbana y Territorial. Director Santiago González Varas-Ibáñez (2005) Pág. 40.

²⁵ En la Resolución 21819 del 1º de septiembre de 2004, confirmada por la resolución 29191 del 29 de noviembre de ese mismo año, se analizó el deber de informar una integración empresarial, sin consideración alguna al mercado relevante. Igual cosa había ocurrido con la resolución 29313 de 2000, confirmada mediante resolución 00669 del 29 de enero de 2001, La resolución 21838 del 1 de septiembre de 2004 adoptó la misma postura. Asimismo, en conceptos 06004985 del 17 de Noviembre de 2006 y 06099205 del 04 de Diciembre de 2006, se analizó la obligación del deber de informar sin consideración alguna al elemento "mismo mercado".

²⁶ La operación de compra de acciones de Superview por parte del Grupo Telmex se perfeccionó el 26 de octubre de 2006.

Rad. 06-086483

Pero, aun admitiendo que un sólo acto administrativo pudiera constituir un precedente administrativo, el acto administrativo 1243 tampoco podría ser considerado vinculante bajo el alcance que le dan los recurrentes, en la medida en que, al ir en contravía del correcto entendimiento del artículo 4º de la Ley 155, precisado en el numeral 5.1 de la presente Resolución, tendría que ser considerado ilegal, y, como lo pone de presente Díez Picazo, es evidente que no cabe alegar el precedente cuando éste es ilegal, pues una ilegalidad no justifica una cadena de ilegalidades, ni el ordenamiento puede amparar que se perpetúen situaciones antijurídicas²⁷.

Así lo ha indicado el Consejo de Estado también en materia de signos distintivos, al señalar que el acto ilegalmente proferido no obliga a la Administración a persistir en la ilegalidad en relación con actos posteriores:

"De todas maneras, la Sala aclara que de ser cierto el hecho de que en otras oportunidades la entidad demandada hubiese registrado signos que no debieron serlo, ello no es fundamento para afirmar que se violaron los principios de igualdad e imparcialidad, pues es deber de las autoridades examinar cada caso en particular, sin que, so pretexto de no desconocer los citados principios, pueda la Administración continuar incurriendo en errores. Además, es evidente que no se trata de casos o situaciones idénticas que permitan aducir la violación del citado principio de igualdad."²⁸

En posterior oportunidad, el alto Tribunal reiteró:

"En oportunidades anteriores la Sala ha desestimado este razonamiento advirtiendo que el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiese registrado como marcas expresiones o emblemas que no debieron serlo, no significa que deba continuar haciéndolo. Por el contrario, es su deber velar por que se dé cumplimiento a las normas comunitarias que consagran las causales de irregistrabilidad."²⁹

Así las cosas, se reitera que para determinar el supuesto subjetivo de la norma, esto es, que las empresas realicen una misma actividad, no es necesario realizar un análisis de mercado relevante.

Adicionalmente, y frente al argumento del apoderado de Luis Alfredo Baena, vale la pena resaltar que no cabe la invocación de violación al principio de confianza legítima, dado que no se configuran los supuestos que puedan servirle de sustento, por varias razones.

En primer lugar, porque sobre las expectativas legítimas, el Consejo de Estado³⁰ ha indicado que no se consideran como tales aquellas basadas en elementos subjetivos, por cuanto para su configuración se requiere que aquella tenga sustento en actos inequívocos del Estado que tuvieran la capacidad de ofrecer validez por parte de éste, pues la confianza debe ser "fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes"³¹. Es evidente que el acto administrativo 1243, en tanto acto administrativo aislado y que da lugar, en sí mismo, a diferentes alcances, no

²⁷ Díez-Picazo, L. La Doctrina del Precedente Administrativo. RAP Número 98 (1982) Pág. 25.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez, quince (15) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), Radicación número: 3610 Actor: Sociedad Rentar S.A.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade, trece (13) de febrero de dos mil tres (2003) Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6240-01(6240).

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Diciembre 5 de 2005. Consejero Ponente: Ariel Eduardo Hernández.

³¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Septiembre 2 de 2004. Consejera ponente: Maria Nohemi Hernández.

Rad. 06-086483

constituye hecho concluyente de la Administración susceptible de crear confianza en los administrados.

En segundo lugar, porque, como lo expresa Viana Cleves³², elemento imprescindible para el surgimiento y consolidación de confianza legítima, es la confirmación de la palabra dada por la Administración con actos posteriores armónicos y coherentes, esto es, con una cadena de conductas posteriores asumidas por la administración que estén orientadas a fortalecer y desarrollar la promesa emitida previamente.

Es evidente que ni del acto administrativo 1243 surgió promesa alguna en favor de las investigadas³³, ni han existido actos posteriores armónicos y coherentes que permitan invocar el nacimiento de una confianza creada que deba ser honrada por esta Superintendencia. Por el contrario, lo que se ha demostrado es que tanto antes de 2003 como después, la práctica reiterada no consideró el mercado relevante para definir la obligación de informar.

En tercer lugar, porque el principio de confianza legítima se condiciona a que el particular haya obrado de manera diligente, en proporción al rol y características propias del particular afectado³⁴. Al respecto, ha quedado en evidencia que en el presente caso ninguno de los participantes de la integración, pese a su condición de profesionales y actores de una industria en competencia, que por la misma razón debían conocer las reglas que la rigen, actuó con una diligencia tal que les permitiera tener en cuenta la existencia de una doctrina administrativa reiterada que les hubiese indicado que su actuación, al abstenerse de informar la operación de integración, estaría en contravía del Derecho. Sobre esa falta de diligencia, no puede reconocerse confianza legítima alguna.

Así las cosas, como lo afirmó este Despacho en la Resolución de sanción, no se encuentra de qué manera puede entenderse configurada la confianza legítima³⁵ alegada, teniendo en cuenta las pautas y la estructura teórica en la que debe sustentarse.

5.3. La Superintendencia no limita el análisis de misma actividad, a lo consignado en el objeto social.

Los apoderados argumentaron que la Superintendencia se limitó a hacer una comparación del objeto social de las empresas para de esta manera concluir que TELMEX y SUPERVIEW participaban en el mismo mercado relevante, este es la prestación de servicios de valor agregado y telemáticos, así como que la Superintendencia *"pretende demostrar que acudir exclusivamente al objeto social de las compañías es un procedimiento utilizado frecuentemente por dicha entidad"*.

³² Viana Cleves, M. El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombiano. Universidad Externado de Colombia. (2007) Pág. 184.

³³ Señala la autora citada que, para que el principio de confianza legítima resulte aplicable, además de la promesa o palabra dada, es necesario que el destinatario de la palabra dada, en virtud de la cual se consolida una confianza legítima, sea el mismo destinatario de la palabra posteriormente emitida. (VIANA CLEVES, M. Ob. Citada. Pág. 183.

³⁴ Viana Cleves, M. Ob. Citada Pág.191.

³⁵ Ibidem. *"el 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."* En la misma sentencia se aclara: *"la confianza o la buena fe de los administrados no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado."*

g

Rad. 06-086483

Cabe invitar a los apoderados a revisar nuevamente el contenido de la Resolución recurrida, puesto que lo afirmado por ellos no corresponde a la realidad. Ni el informe motivado, ni la Resolución de sanción emitida por este Despacho realizan tal limitación.

Esto puede apreciarse claramente en la Resolución recurrida:

"Además de la comprobación documental sobre el objeto social de cada una de las compañías, obran en el expediente documentos de TELMEX³⁶ 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 agregado."³⁷

Adicionalmente a la comprobación de las actividades que comportaban los ingresos operacionales de las empresas, se verificó que las empresas tenían cada una licencia del Ministerio de Comunicaciones para la prestación de los servicios de valor agregado, sin que el Ministerio hubiera hecho diferencia alguna entre los servicios de valor agregado licenciados de una y otra empresa, cosa que se complementó con manifestaciones de las mismas empresas que admitieron que cada una de ellas contaba con dicha licencia para prestar sus servicios³⁸.

El apoderado de TELMEX sostiene que "(...) en materia de derecho de la competencia debe primar la realidad económica, sobre el formalismo"³⁹ y más adelante considera que limitar a la comparación del objeto social, "...pasa inadvertida la existencia de los nuevos tipos societarios que ni siquiera requieren designación expresa del objeto social al momento de constitución, pues la ley supone que podrán desarrollar "cualquier" actividad lícita".⁴⁰

Vale la pena resaltar que este Despacho coincide en su integridad con este aparte expuesto por el apoderado. La Superintendencia parte desde el análisis del objeto social de las empresas para determinar las actividades que la misma realiza, pero en ningún momento tal aspecto se convierte en la única prueba que es utilizada para este fin. Es así como en el presente caso, además de la actividad que establecía el objeto social de las empresas, se analizaron seguidamente los estados financieros de las mismas para, de esta manera, verificar la realidad económica de las actividades desarrolladas por las investigadas.

Así las cosas, es claro que esta Superintendencia no limita el análisis de las actividades desarrolladas por las empresas a una comparación de los objetos sociales, pues

³⁶ Folio 158 del Cuaderno 1 reservado del expediente.

³⁷ Resolución 51320 de octubre 1 de 2009. Pág. 12.

³⁸ "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.

³⁹ Recurso de reposición TELMEX. Pág. 7.

⁴⁰ Recurso de reposición TELMEX. Pág. 20.

✓

Rad. 06-086483

considera que las actividades allí contempladas estén siendo real y efectivamente ejecutadas; sino que también se pudo comprobar, mediante los estados financieros, que había ingresos operacionales por concepto de tales actividades. En ese sentido, en este punto, el análisis no pretende la identificación, en el desarrollo de la actividad, de uno o varios mercados relevantes, como lo serían, a manera de ejemplo, mercados mayoristas o minoristas, corporativos o masivos, locales o nacionales, o cualquiera otra que implique segmentación de mercado.

En ese orden de ideas, este proceder no desconoce de manera alguna la existencia de las sociedades por acciones simplificadas mencionadas por uno de los apoderados, que permiten abarcar indeterminadamente cualquier actividad, dado que llegado el evento, y en ausencia de una descripción de la actividad a desempeñar en su objeto, puede continuarse con la revisión de los otros medios de prueba empleados incluso en este caso. Por lo demás, mal puede invocarse la existencia de sociedades por acciones simplificadas SAS como elemento de invalidez de la actuación de esta Superintendencia cuando para la época de los hechos, aquel tipo de sociedades no existía, en tanto tal tipo societario fue creado mediante Ley 1258 publicada en el Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008.

De lo anterior se puede concluir que, contrario a lo que opina el apoderado de Telmex, la Superintendencia no fue en contra de sus antecedentes, debido a que el análisis de la actividad que se realizó en la presente investigación y que se ve reflejado en la Resolución recurrida, concuerda con el análisis de actividad realizado por la Entidad en casos anteriores como los citados por el mismo recurrente.

En efecto, se debe tener en cuenta que los casos citados referentes a la integración de POSTOBÓN S.A. y PRODUCTOS QUAKER LTDA., PAVCO – MEXICHEM, CLOROX COLOMBIA S.A. y COLGATE PALMOLIVE, son, a diferencia del caso que nos ocupa, trámites derivados de solicitudes de autorización de integración ante la Superintendencia, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, por lo que, por falta de identidad objetiva, como se ha expuesto, no son precedentes que resulten pertinentes para el caso. En otras palabras, en dichas actuaciones no fue objeto de análisis el cumplimiento o no del deber de informar una integración empresarial, sino si la operación de integración informada producía o no restricciones indebidas a la competencia en el respectivo mercado relevante.

Esto implica que la acción requerida de la Superintendencia en estos casos, es la revisión de la operación informada con el lleno de los requisitos previstos en la Circular Única, para que se estudien los efectos que podría traer dicha operación en el mercado y se decida por parte de la Entidad, si hay lugar o no a la objeción. Claramente en estos casos, en los que se trata de analizar los efectos de la operación, se procede al análisis de mercado relevante, como ha sido suficientemente expuesto, tanto en la resolución que se recurre, como en la presente.

Más allá de ello, este despacho quiere destacar que en dichas actuaciones administrativas, el análisis de la actividad de las empresas, realizado por la Superintendencia, tuvo como punto de partida la comparación del objeto social de las mismas.

El hecho de que en los antecedentes mencionados dicha comparación continúa luego con la segmentación del mercado relevante, no resulta de utilidad para dar soporte a la

✓

Rad. 06-086483

tesis de los recurrentes, puesto que dicha segmentación no se llevó a cabo para establecer si las compañías desempeñaban o no igual actividad, sino para analizar los efectos que en el mercado tenía la operación proyectada entre empresas que compartían la misma actividad y, en consecuencia, determinar si había lugar o no a la objeción.

Respecto del caso citado de las empresas UOL COLOMBIA-ANDINET, el cual sí corresponde a una investigación por violación al deber previo de informar, el apoderado argumenta:

"En relación con esta decisión, la Resolución recurrida afirma que ésta confirma "la aplicación generalizada según el cual para determinar el supuesto subjetivo contenido en el mencionado precepto no se requiere un estudio de mercado relevante."

Ahora, si bien en dicha resolución no se hace un estudio de mercado exhaustivo, es claro que la definición de si las empresas involucradas participan en la misma actividad no se limitó a una lectura de su objeto social. Por el contrario, la decisión mencionada fue más allá al remitirse a los testimonios obtenidos dentro del proceso con el fin de determinar la actividad que desempeñaban las empresas para el momento de los hechos."⁴¹

En el mismo sentido, en la referencia que se hace a la investigación por integración no informada entre las empresas CHEVRON PETROLEUM CO. OF COLOMBIA - TEXAS PETROLEUM CO. (CHEVRON-TEXACO) y respecto de la investigación en contra de AGRIAVÍCOLA, SUPERPOLLO PAISA, INDUPOLLO y POLLOS EL BUCANERO por igual infracción, el apoderado argumenta que:

"(...) la SIC realizó el estudio de las pruebas obrantes en el expediente más allá del certificado de cámara de comercio se tuvieron en cuenta testimonios, documentos contables, actas y otras pruebas."⁴²

"(...) la SIC realiza un análisis de las pruebas obrantes en el expediente para ese caso adicionales al mero Certificado Cámara de Comercio, tales como testimonios, certificaciones expedidas por los revisores fiscales, y demás pruebas que hacían parte de dicho proceso."⁴³

Como ya se explicó, y evidenció arriba, en la presente investigación la identificación de la actividad se apoyó, como en estas investigaciones, en más de una prueba, tal como se puede ver plasmado tanto en el informe motivado como en la Resolución de sanción.

Si bien para determinar la existencia o no de la obligación de informar, se analizó si las empresas realizaban una misma actividad -para lo cual se partió de la comparación de su objeto social-, evidentemente la actuación no se restringió exclusivamente a dicha comparación, puesto que sirvieron de sustento para la identificación de la actividad, además del objeto social, los estados financieros, las licencias otorgadas por el Ministerio e incluso los testimonios de los investigados.

En los casos citados, tanto en la Resolución de sanción como en los traídos a colación por el apoderado, se evidencia que la Entidad recurre corriente pero no exclusivamente, a la comparación de los objetos sociales de las empresas como primera aproximación

⁴¹ Recurso de reposición TELMEX. Pág. 15.

⁴² Recurso de reposición TELMEX. Pág. 16.

⁴³ Recurso de reposición TELMEX. Pág. 18 y 19.

Rad. 06-086483

para determinar las actividades que realizan las empresas que se investigan, e incluso cuando no se trata de una investigación por incumplimiento de información sino de un trámite de autorización de integración, que como ya se dijo, tienen trámite y análisis diferentes.

5.4. Si las empresas desarrollaban o no la actividad en el mismo mercado, es irrelevante para efectos de determinar la existencia del deber de informar la operación de integración.

Los apoderados insisten en el argumento de que las empresas TELMEX y SUPERVIEW no pertenecían al mismo mercado relevante, por cuanto TELMEX se encontraba en el mercado relevante del Internet corporativo, mientras que SUPERVIEW se encontraba en el mercado del Internet residencial y, que por tal razón, no desarrollaban la misma actividad y, en consecuencia, no estaban en la obligación de informar la operación de integración entre ellas planeada.

Como ha quedado claro tanto en la Resolución recurrida como en la presente, el análisis de mercado relevante no aplica para determinar si las empresas se dedican o no a la misma actividad en este tipo de investigaciones, por cuanto lo que en la misma se busca verificar es el cumplimiento de un deber legal, y no el efecto que tuvo la operación en el mercado relevante.

Así entonces, es claro que la exigencia legal prevista en el artículo 4º aplica para las empresas que se dediquen prima facie a una misma actividad, cualquiera ella sea, pero sin entrar a determinar que esa misma actividad se realice dentro de un mismo mercado relevante, pues el análisis correspondiente al mercado relevante se surtirá en la etapa posterior, en la que la autoridad analiza el impacto que la operación de integración tendría en el mercado respectivo, a efectos de autorizarla u objetarla.

Así las cosas, comoquiera que: i.) es un hecho CIERTO E INDISCUTIBLE que ambas empresas se dedicaban al desarrollo de la misma actividad, esto es, la prestación de servicios de valor agregado de acceso a Internet; ii.) no informaron a esta Superintendencia la integración empresarial y iii.) la actuación administrativa que nos ocupa versa sobre el incumplimiento de la obligación de informar, y no sobre los efectos en el mercado relevante que tendría la integración, no es en absoluto pertinente insistir, en esta actuación administrativa, en que el servicio corporativo de acceso a Internet ofrecido por Telmex pertenece a un mercado relevante distinto del servicio masivo de acceso a Internet ofrecido por Superview.

5.5. Telmex Colombia S.A. sí puede ser sujeto de la sanción

El apoderado de TELMEX argumenta que hay falsa motivación de la Resolución por cuanto se fundamenta en el supuesto equivocado de que las acciones de SUPERVIEW fueron enajenadas en favor de TELMEX. Manifiesta, además, que TELMEX no adquirió ni ha tenido acciones en SUPERVIEW.

Al respecto, debe ser señalado que, si bien en el considerando tercero de la Resolución recurrida se invoca la conclusión del informe motivado, según la cual la enajenación accionaria de SUPERVIEW a TELMEX configuró una integración empresarial, es lo cierto que tal afirmación corresponde a un *lapsus linguae*, en el que se debió haber

2

Rad. 06-086483

utilizado el término "Grupo Telmex", y no Telmex Colombia S.A, como a lo largo del informe motivado y de la Resolución recurrida, aparece.

Sin embargo, tal percance gramatical, dada su nimiedad, no implica vicio alguno en la Resolución recurrida. En efecto, tanto a lo largo del informe motivado como en aquella, se ha sostenido que la operación de integración consistió en la venta por parte de los accionistas de SUPERVIEW de más del 99 por ciento de sus acciones en dicha empresa, a favor de los accionistas de TELMEX o al Grupo Telmex.

Es así como en la Resolución recurrida se indicó en diferentes oportunidades lo siguiente:

"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. 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".

(...)

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 SUPERVIEW.

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."⁴⁴

Esta consideración en nada afecta el hecho de que TELMEX, al ser para la época de los hechos una controlada en Colombia de la sociedad Teléfonos de México S.A. de C.V., beneficiaria de la compra de acciones, fuera una de las personas jurídicas que se encontraba en la obligación de informar a esta Superintendencia de la operación que pretendían realizar, en la medida en que su matriz adquiriría el control de otra sociedad que se dedicaba a desarrollar la misma actividad que ella, y ello configuraba una integración empresarial que debía ser informada por TELMEX.

⁴⁴ Resolución 51320 de octubre 1 de 2009. Pág. 15

Rad. 06-086483

Por esta razón no existe falsa motivación de la Resolución, puesto que no se fundamentó en un supuesto equivocado ni falso, y siempre se reconoció y afirmó que las acciones serían adquiridas por diferentes empresas en el exterior, subordinadas de la empresa Teléfonos de México S.A. de C.V.

5.6. A la Superintendencia no se le informó la operación de integración

El apoderado de Luis Alfredo Baena argumenta que hay una falsa motivación de la Resolución por cuanto la Superintendencia sí tuvo conocimiento de la operación, a través de la respuesta a un requerimiento formulado por esta Entidad, en la que se manifestaron las razones por las cuales consideraban que la operación entre ellas proyectada, no debía ser informada. Adicionalmente sostiene el apoderado que no existe fundamento en la resolución recurrida para que "(...) no se pueda o deba tomar dicha respuesta al requerimiento como informe de la operación porque ocurrió como respuesta a un requerimiento y no fue presentada en los términos que la SIC esperaba."⁴⁵

Adicionalmente, el apoderado sostiene que hay falsa motivación cuando la Superintendencia desconoce el principio de confianza legítima al conocer previamente de la operación de integración y, en vez de pedirle a los intervinientes de la operación aportar más información o cambiar su posición, decidió iniciar un trámite sancionatorio. Adicionalmente en este aspecto considera que la Superintendencia desconoce el término informar, y pasa a aportar la definición de dicho término que trae el diccionario.

Al respecto solicita:

"Si lo que TELMEX y SUPERVIEW de buena fe hicieron al reportar a la SIC la operación, no corresponde al verbo definido, respetuosamente le pido al despacho que establezca la gran diferencia existente entre comunicar los detalles de una operación como respuesta a un requerimiento de informar la operación."⁴⁶

En primer lugar, debe señalarse que lo expuesto por el apoderado, cuando cuestiona el fundamento jurídico de la Superintendencia para no tomar la respuesta al requerimiento como una información de la operación de integración, desconoce el régimen básico de protección de la competencia, en especial el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 y el Título VII Capítulo II de la Circular Única de esta Superintendencia.

De esta manera, debido a que el apoderado solicita se le explique la diferencia entre comunicar los detalles de una operación de integración como respuesta a un requerimiento y el informe de una operación, este Despacho procede a hacer tal aclaración.

En primer lugar, se aclara que el cumplimiento de un deber legal se configura cuando una norma impone a quienes se encuentran 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 administrativas⁴⁷.

⁴⁵ Recurso del apoderado de Luis Alfredo Baena

⁴⁶ Recurso del apoderado de Luis Alfredo Baena Pág. 8

⁴⁷ Berrocal Guerrero, L. "Manual del Acto Administrativo". Segunda Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Página 221.

✓

Rad. 06-086483

Así las cosas, se debe entender que el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 impone una obligación de informar en el siguiente sentido:

"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." (Subraya fuera de texto)

Posteriormente, el artículo 14 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 le confirió al Superintendente de Industria y Comercio la facultad de "Pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas". De esta manera, es evidente que esta la norma complementa lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959⁴⁸, ya que determina el funcionario encargado de conocer y pronunciarse sobre las operaciones de integración, cualquiera sea su forma.

Ahora bien, para facilitar, por una parte a los interesados el cumplimiento de este deber legal de información, y por otra el ejercicio de la función de control previo a la Superintendencia, la Circular Única, Capítulo II del Título VII de esta Entidad definió un régimen de autorización general y uno de información particular, de acuerdo con la Resolución 22195 de Agosto 25 de 2006, expedida antes de que la integración se llevara a cabo, y mediante la cual se modificó en materia de integraciones empresariales la Circular Única expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio:

"2.1 Régimen de autorización general

Con el alcance previsto en el numeral 21 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, entiéndase, de manera general y para todos los efectos, que pertenecen al régimen de autorización general las operaciones de integración realizadas entre empresas que cumplan con las siguientes condiciones:

- a) Que tengan ingresos operacionales anuales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y,*
- b) Que tengan activos totales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

[...]

2.2 Régimen de información particular

En desarrollo de lo previsto en el literal h) del artículo 9° del Decreto 1302 de 1964 y en el numeral 21 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 y 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 numeral.

2.2.1 De la operación proyectada

[...]

2.2.2 De las empresas intervinientes¹

[...]

2.2.3 Del mercado producto

⁴⁸ Vigente para la época de los hechos

Rad. 06-086483

[...]

2.2.4 Del mercado geográfico

[...]

2.2.5 De los competidores

[...]

2.2.6 De las condiciones de entrada

[...]

2.2.7 De los clientes

[...]

2.2.8 De las materias primas e insumos

[...]

2.2.9 De los distribuidores

[...]

2.2.10 De los comercializadores

[...]

2.2.11 De las importaciones y exportaciones"

Del contenido que exige el régimen de información particular se concluye a simple vista que la operación en cuestión jamás fue informada a esta Superintendencia, pues antes de llevarse a cabo la integración, las investigadas no pusieron en conocimiento de esta entidad, ninguno de los aspectos relacionados en la Circular Única, en las condiciones de tiempo, modo y lugar que ella establece.

Mucho menos puede tenerse por cumplida la obligación, cuando dicho cumplimiento se basa precisamente en la manifestación reiterada de que se considera no estar obligado a informar.

Incorre en contradicción insalvable quien manifiesta no haber informado la operación de integración por considerar no estar obligado a ello, y al mismo tiempo aduce haber cumplido con la obligación de informar, que supuestamente no existía.

La Superintendencia entonces sí contó con fundamento jurídico suficiente para sostener que no se debía tomar la respuesta al requerimiento como informe de la operación, debido a que las empresas no presentaron una solicitud de autorización para realizar una operación de integración en los términos que contemplan la Ley 155 de 1959 y el Título VII Capítulo II de la Circular Única de esta Superintendencia, sino que se limitó a manifestar que consideraba que no estaba obligada a ello.

Finalmente, cabe advertir que los recurrentes sustentan el cumplimiento de una obligación legal en la realización de una conducta que se apartó abiertamente de la Circular a través de la cual, precisamente, la autoridad instruye a sus destinatarios, sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar para cumplirla.

Adicionalmente, debe señalarse que no es procedente la aplicación del artículo 12 Código Contencioso Administrativo que invoca el recurrente, según el cual "si las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa no son suficientes para decidir, se le requerirá, por una sola vez, con toda precisión y en la misma forma verbal o escrita en que haya actuado, el aporte de lo que haga falta".

En efecto, ese artículo 12 parte de la premisa según la cual el particular ha propiciado el inicio de una actuación administrativa, pero no proporcionó de manera suficiente

Rad. 06-086483

informaciones o documentos relacionados con la misma, de forma tal que la administración debe requerirlo por una sola vez para que aporte lo que haga falta.

De conformidad con el artículo 4º del mismo Código, las actuaciones administrativas se inician, entre otras personas, *“por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal”*, entonces, si precisamente la sanción impuesta a través del acto que se recurre está motivada en el incumplimiento del deber legal de informar la operación de integración, esto es, no haber iniciado la actuación administrativa en cumplimiento de tal deber, entonces mal puede imputarse a la administración el incumplimiento del artículo 12 del CCA.

5.7. No hay violación del debido proceso de Luis Alfredo Baena

El apoderado de Luis Alfredo Baena sostiene que hay una violación al debido proceso de su poderdante por cuanto se rechazó la única prueba técnica que aclaraba que las empresas participaban de dos mercados relevantes diferentes y que con esto, *“Al desconocer la prueba pericial, incurrió la SIC en una vía de hecho pues dejó de valorar la prueba pericial argumentando la presunta comisión de un delito en el cual los investigados no tienen participación (...)”*⁴⁹

En consideración de este Despacho, las reflexiones del apoderado acerca de las razones por las cuales esta Superintendencia desechó la prueba, son equivocadas.

La Delegatura concluyó que la prueba pericial presentaba serias dudas en su imparcialidad, razón por la cual la consideró insuficiente⁵⁰. Al respecto el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil establece que cuando el dictamen pericial se considera insuficiente, uno nuevo deberá ser decretado de oficio, siempre y cuando se considere necesario para la toma de la decisión.

Por los motivos expuestos a lo largo de la presente decisión, son claras las razones por las cuales la Superintendencia consideró que la prueba no era necesaria, dado que apuntaba a determinar el mercado relevante, concepto innecesario en la determinación de si las empresas incumplieron el deber de informar.

Así las cosas, independientemente de las conclusiones que sobre mercado relevante se hubieran podido desprender del dictamen, lo procedente era establecer si las empresas se dedicaban o no a la misma actividad, situación que se acreditó con base en las distintas pruebas que obran en el expediente. De esta manera, la prueba era innecesaria, independientemente de que se hubiera decretado nuevamente o no, por estar orientada a probar hechos impertinentes al asunto materia de investigación.

En otras palabras, si bien inicialmente se consideró pertinente decretar un dictamen pericial, la evolución de la investigación, la acreditación de los hechos relevantes de la misma, y la valoración que de los mismos efectuó la Delegatura, le permitieron concluir que un segundo dictamen pericial resultaba innecesario, por no constituir tema de

⁴⁹ Recurso del apoderado de Luis Alfredo Baena Pág. 12 y 13

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1034 del 5 de diciembre de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. *“En buena medida el valor de la prueba pericial reposa en la imparcialidad del perito y en sus conocimientos técnicos y científicos especializados [...]”*.

Rad. 06-086483

prueba en la actuación administrativa, la existencia o no de mercados relevantes distintos, posición que comparte íntegramente este Despacho.

Como lo señala Devis Echandía, *"Es tema de prueba o implica necesidad de prueba sólo aquello que interesa al respectivo proceso, por constituir los hechos sobre los cuales versa el debate o la investigación penal o la cuestión de jurisdicción voluntaria planteada, y que la ley exige probar para que pueda pronunciarse la sentencia y las decisiones interlocutorias que la preceden."*⁵¹

En ese orden de ideas, en el presente caso, en la medida en que la acreditación del cumplimiento de la obligación de informar una integración empresarial no dependía del análisis de mercados relevantes, y lo que buscaba determinar la investigación era el cumplimiento o no de tal obligación, y no los efectos de la integración en el mercado, los aspectos relacionados con la existencia o no de mercados relevantes distintos no podía ser considerado tema de prueba, por lo que el segundo dictamen resultaba innecesario. En ese sentido, el Despacho considera que, en cualquier caso, el primer peritazgo tampoco era tema de prueba y bien pudo no haberse decretado, sin que ello hubiera afectado el proceso probatorio y, por ende, el debido proceso del poderdante del recurrente, de manera que no se ha configurado la vía de hecho que éste pretende demostrar.

5.8. La publicación establecida en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 no constituye sanción

El apoderado de TELMEX y de la señora Rovira González argumenta que i.) la publicación ordenada por la SIC *"constituye una sanción adicional para [sus] representadas"* porque en virtud del principio de legalidad de la sanción *"ésta debe ser previa al hecho que la genera so pena de vulnerar el debido proceso"* según afirma, con apoyo en la sentencia C-1161 de 2000 de la Corte Constitucional y ii.) la ley aplicable para decidir la investigación es la que se encontraba vigente al momento de ocurrencia de los hechos que dieron origen a la misma, esto, con apoyo en la sentencia del 10 de marzo de 1993 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, reiterada, según el recurrente, en la sentencia del 3 de mayo de 2007 de la misma Corporación. En consecuencia, solicita la revocatoria de dicha "sanción", teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 permite a la SIC *"ordenar la publicación de una sanción 'dependiendo de las circunstancias'"*.

Al respecto se considera lo siguiente:

i.) El Despacho concuerda con la apreciación del apoderado sobre el principio de legalidad de la sanción, pero en ningún momento evidencia la aludida vulneración del debido proceso, pues la publicación de las actuaciones administrativas de que trata el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009⁵², no constituye de manera alguna una sanción por

⁵¹ Devis Echandía, H. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales Tomo II Biblioteca Jurídica Diké (1994) Pág. 51

⁵² **"Artículo 17. Publicación de Actuaciones Administrativas.** La Superintendencia de Industria y Comercio deberá, atendiendo a las condiciones particulares del mercado de que se trate y el interés de los consumidores, ordenar la publicación de un aviso en un diario de circulación regional o nacional, dependiendo las circunstancias, y a costa de los investigados o de los interesados, según corresponda, en el que se informe acerca de:

(...)

2

Rad. 06-086483

prácticas restrictivas de la competencia; se trata de un requisito procedimental de publicidad exigible a los investigados y sancionados, y que apunta a brindar información exacta, veraz y oportuna de lo que ocurre en los mercados, tanto a los competidores como a los consumidores de los bienes o servicios que éstos ofrecen, con el fin de que todos los participantes en el mismo concurren con la autoridad de la competencia, a controlar el cumplimiento de lo ordenado en el acto administrativo que impone la sanción.

Esto se desprende también de la verificación de la estructura de la misma Ley 1340 de 2009, en el Título IV sobre las "Disposiciones Procedimentales", Artículos 17 a 24, donde se establece entre otras, la publicación de las actuaciones administrativas en el artículo 17, las medidas cautelares en el artículo 18, la intervención de terceros en el 19, y en fin, una serie de actuaciones que se dan en el nuevo procedimiento que trajo la nueva ley de competencia.

Posteriormente, en el Título V de la misma, se establece el régimen sancionatorio. Este se encuentra comprendido en los artículos 25 y 27, en donde se establecen modificaciones a los montos de las multas a personas jurídicas y naturales.

Que la naturaleza de la orden de publicación no es sancionatoria, se confirma al observar que el legislador también decidió otorgar competencia a la Superintendencia, en el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, para ordenar tal publicación en relación con etapa de apertura de investigación, en la que opera plenamente el principio de presunción de inocencia.

Nótese que en el mismo numeral se determina la orden de publicación en el caso de la decisión de imponer una sanción, lo que evidentemente sugiere que no se está en presencia de una sanción adicional, sino de un mandato que permite materializar el objeto previsto en el artículo 1° de la Ley 1340, este es, además de actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.

Como puede verse, la Ley 1340 de 2009 no estableció el deber de publicación con carácter sancionatorio, sino como un instrumento de publicidad; principio generalmente aplicable a las actuaciones administrativas, que, de un lado, permite a la comunidad el adecuado seguimiento a las condiciones de los mercados, y de otro, optimiza las herramientas de la autoridad de competencia para proteger la libre competencia económica.

En ese orden de ideas, para este Despacho es claro que la publicación que se ordenó, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, se repite, es una medida administrativa⁵³, no sancionatoria, prevista por el legislador como un instrumento

3. La apertura de una investigación por infracción a las normas sobre protección de la competencia, así como la decisión de imponer una sanción, una vez en firme el acto administrativo correspondiente."

⁵³ La Corte Constitucional se pronunció en la sentencia T-1073 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, sobre la naturaleza administrativa y no sancionatoria de las medidas adoptadas por el Consejo de Bogotá en el Acuerdo Distrital No. 280 de 2007, cuyo propósito era la protección y garantía de los menores en Bogotá a través de la divulgación

Rad. 06-086483

de publicidad que busca permitir a la comunidad el adecuado seguimiento a las condiciones de los mercados, al tiempo que optimiza las herramientas de la Superintendencia para proteger la libre competencia económica.

De otra parte, sobre la sentencia C-1161 de 2000 de la Corte Constitucional citada por el apoderado, para sostener su argumento sobre la eventual vulneración del debido proceso por la aplicación de la norma sobre publicación establecida en el artículo 17 de la Ley 1340 que él considera como una sanción, basta decir que como dicha norma no tiene carácter sancionatorio sino administrativo procedimental, no se han irrespetado "los principios de legalidad y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado" que la Corte menciona al señalar que el debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales y administrativas y reiterar que el principio de legalidad implica que la sanción sea predeterminada. Este Despacho comparte plenamente esas consideraciones de la Corte, pero se aparta del argumento del recurrente, por las razones arriba explicadas ampliamente.

ii.) En cuanto a que la norma aplicable al caso es la vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que, aunque se refiere a las actuaciones judiciales, se aplica por analogía, a las actuaciones administrativas sancionatorias, y dice así:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."

Al respecto, la Corte Constitucional manifestó en la Sentencia C-619 de 2001 lo siguiente:

"5. En lo que tiene que ver concretamente con las leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme."

En el mismo sentido se pronunció la Corte en la Sentencia C-200 de 2002 así:

pública de la identidad de quienes fueran condenados penalmente como agresores sexuales de los niños. Para resolver, la Corte tuvo en cuenta que aunque esas medidas no tenían carácter sancionatorio, si eran desproporcionadas respecto del fin perseguido y por lo tanto concedió la protección invocada. Posteriormente, en la sentencia C-061 de 2008, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, que servía de base al Acuerdo antes mencionado. Sin embargo, la posición expuesta en la sentencia de tutela, sobre la naturaleza administrativa y no sancionatoria de esas medidas, fue reiterada en la sentencia T-306 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, que resolvió un tema idéntico al de la sentencia T-1073 de 2007, y en esta oportunidad dijo: "Específicamente, sobre la razón de ser de la medida adoptada por el Concejo de Bogotá, la citada sentencia [se refiere a la T-1073 de 2007] aclaró que no tiene la naturaleza de una sanción adicional a la impuesta por el juez penal, por cuanto esta fue concebida como una medida administrativa, orientada a divulgar una determinada información con fines preventivos." -Subraya fuera de texto-

Rad. 06-086483

“A manera de resumen de lo dicho por la Corte en la citada Sentencia puede concluirse que en materia de regulación de los efectos del tránsito de legislación, la Constitución sólo impone como límite el respeto de los derechos adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y de favorabilidad penal. Por fuera de ellos, opera una amplia potestad de configuración legislativa.

En armonía con esta concepción, el legislador ha desarrollado una reglamentación específica sobre el efecto de las leyes en el tiempo, que data de la Ley 153 de 1887, según la cual como regla general las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso, que por tanto no se han consolidado bajo la vigencia de la ley anterior, ni han constituido derechos adquiridos sino simples expectativas. Este es el caso de las leyes procesales, que regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.

En este sentido, dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Al respecto debe tenerse en cuenta que todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme. Tal es precisamente el sentido del artículo 40 de la ley 153 de 1887 objeto de esta Sentencia.”

Por ende, es perfectamente viable que una disposición adjetiva procedimental -no sancionatoria- contenida en la nueva ley, tenga efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso, que por tanto no se han consolidado bajo la vigencia de la ley anterior, ni han constituido derechos adquiridos.

En consecuencia, tal norma resulta aplicable si la respectiva etapa procesal aún está abierta e inaplicable cuando la misma está cerrada. Así, por ejemplo, hubiera resultado inaplicable el artículo 17 para ordenar la publicación de la apertura de investigación, en la medida en que esta etapa concluyó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, pero era perfectamente aplicable para ordenar la publicación de la sanción, que fue posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1340.

Como la presente actuación involucraba una situación jurídica en curso, la aplicación de una nueva disposición procedimental al proceso administrativo adelantado no viola el principio de legalidad.

Finalmente, en cuanto a las sentencias del Consejo de Estado citadas por el recurrente como apoyo a su argumento, es necesario precisar que fueron proferidas dentro de procesos en los que se discutía la aplicación de normas “sancionatorias”, de manera que este Despacho comparte la posición del alto Tribunal al respecto, pero difiere del recurrente en que puedan ser aplicadas al presente asunto porque, como ya se explicó, la norma cuya aplicación él cuestiona no tiene naturaleza sancionatoria sino procedimental y es de aplicación inmediata.

Por tales razones, este Despacho no acoge el argumento de violación al principio de legalidad alegado por el apoderado.

✓

Rad. 06-086483

SEXTO. Que frente a la solicitud de pruebas de los apoderados de las empresas sancionadas, esta Superintendencia procede a pronunciarse así:

6.1. Pruebas solicitadas por el apoderado de TELMEX, Luz Jeanette Rovira González y SUPERVIEW.

Los recurrentes solicitaron que se tuviera como prueba documental, el "*dictamen pericial realizado por Norberto Rodríguez Téllez y Jorge Enrique Ramírez y Hoja de vida de cada uno de los expertos mencionados.*"

El artículo 56 del Código Contencioso Administrativo señala, con respecto a la oportunidad de aporte de pruebas en los recursos, que "[...] *los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio.*"

Así, la regla general en materia de pruebas en vía gubernativa es que no se deben practicar, salvo que sean solicitadas en el recurso de apelación (y el funcionario las considere pertinentes, conducentes y útiles), o que su decreto de oficio sea considerado necesario por el servidor público que debe resolverlo. De hecho, el Consejo de Estado ha considerado que es viable que en sede de reposición el funcionario decrete de oficio las pruebas que se le han solicitado en el recurso de reposición, o las que él considere pertinentes, en especial aquellos documentos relacionados con la misma actuación o con otras que tengan el mismo efecto y que, por lo tanto, deberían formar parte del mismo expediente⁵⁴.

El Despacho considera que se encuentra suficientemente explicada la razón por la cual la prueba encaminada a determinar si las empresas TELMEX y SUPERVIEW participaban en mercados relevantes diferentes no tiene incidencia sobre la decisión adoptada, y por ende no resulta en absoluto pertinente. Para establecer si las empresas estaban en la obligación o no de informar la operación de integración entre ellas realizada, es irrelevante si se encontraban o no dentro del mismo mercado relevante, como se ha dicho.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Despacho considera improcedente decretar de oficio la prueba a que se ha hecho referencia.

SÉPTIMO. Reducción de la sanción.

El apoderado de Telmex solicita que, en aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción, debido a que i.) la Superintendencia tuvo conocimiento de la de la operación antes de su realización; ii.) previa a la misma TELMEX y SUPERVIEW no eran competidores entre sí; iii.) con posterioridad a esta operación la Entidad autorizó otras integraciones en las que las dos empresas participaron por no encontrar que se produjeran efectos negativos en el mercado, y iv.) la misma operación entre TELMEX y SUPERVIEW no generó efectos nocivos en el mercado, de no concederse la revocatoria de la sanción, la Superintendencia reduzca el monto de la misma.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 13919 de mayo 29 de 2003 MP Ricardo Hoyos Duque.

Rad. 06-086483

A su turno, el apoderado de Luis Alfredo Baena señaló que, de acuerdo con su declaración de renta para el año 2008, la multa impuesta equivale a un 33% de su patrimonio, lo cual resulta desproporcionado al ocasionar un daño irreparable en nada comparable al bien jurídico que se pretende tutelar, solicitando, de no concederse la revocatoria de la sanción, la reducción del monto de la misma.

La determinación de la cuantía por parte de la administración, dentro del tope fijado por el legislador, se halla regida por el artículo 36 del CCA, según el cual *"En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa."*

En consecuencia, en la determinación de la cuantía de una multa, y por mandato legal, esta Superintendencia debe atenerse tanto a que dicha cuantía sea adecuada a los fines de la norma que autoriza multar, como a que resulte proporcionada a los hechos que le sirvieron de causa a la sanción.

En cuanto a lo primero, debe señalarse que, en términos generales, la sanción administrativa tiene como fines primordiales i.) castigar un comportamiento ilegal del sujeto a quien se impone⁵⁵; ii.) disuadir a los administrados de violar el orden jurídico y iii.) restablecer el orden jurídico cuando ha sido vulnerado⁵⁶.

Contrario a lo sugerido por el recurrente, el deber de informar una integración empresarial tiene una inmensa importancia, en la medida en que las integraciones empresariales, al disminuir el número de participantes en el mercado, tienen la potencialidad de producir efectos indeseados para la competencia, por lo cual dicho deber es elemento preponderante para que la autoridad de la competencia efectúe el control respectivo e impida, si es del caso, integraciones que causen daño al mercado.

El control de integraciones empresariales tiene por objeto evitar restricciones significativas a la competencia que se podrían generar en modificaciones considerables de la estructura de un determinado mercado. Su propósito es entonces velar por estructuras de mercado competitivas que conduzcan a incrementar el bienestar de los consumidores y usuarios⁵⁷, en este caso los del servicio de acceso a Internet. De ahí que el deber de informar la intención de llevar a cabo una integración empresarial entre dos firmas que se dedican a la prestación de servicios de acceso a Internet en Colombia, ostente una relevancia categórica, y su incumplimiento amerite una sanción efectiva.

Ahora bien, que la integración objeto de la presente actuación, se produjera en relación con la actividad del servicio de acceso a Internet en el territorio nacional, tiene una inmensa trascendencia por el impacto que dicho servicio genera en la sociedad de la información y el conocimiento en Colombia, y para el desarrollo competitivo de los países⁵⁸, en razón de lo cual el deber de información de la integración cobraba una

⁵⁵ HUERGO LORA, A. Las Sanciones Administrativas. Iustel (2007) Pág. 225

⁵⁶ OSSA ARBELAEZ, J. Derecho Administrativo Sancionador. Hacia una Teoría General y una Aproximación para su Autonomía. Legis (2000) Pág 583-884

⁵⁷ WHISH, R. Competition Law. Oxford University Press 6th edition (2009) Pg. 806.

⁵⁸ Al respect ver: SAMARAJIVA, R. How the Developing World May Participate in the Global Internet Economy: Innovation driven by competition, September (2009) disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/39/15/44003919.pdf>; FERGUSON, C. The Broadband Problem. Anatomy of a Market Failure and a Policy Dilemma. Brookings Institution Press (2005); OCDE, Internet Access for Development. OECD Publishing (2009)

2

Rad. 06-086483

especial relevancia, tanto en función de la materia, como en función de los actores involucrados, TELMEX y SUPERVIEW.

En efecto, el hecho de tratarse de un servicio clave dentro de la estructura competitiva del país, la sensible actividad comercial desplegada por las investigadas, su destacada presencia en el mercado, su estructura organizacional, el monto de la operación efectuada, y los activos de cada una de ellas, hace que la gravedad del incumplimiento del deber de informar dicha integración sea considerable, así como la responsabilidad de quienes, en su calidad de representantes legales de ambas compañías, ejecutaron una conducta contraria a la ley, pese a que su elevada idoneidad profesional, su experiencia en un sector en competencia, y su acreditada trayectoria, les imponía un deber especial de cuidado en materia de la integración.

Es a la luz de dichas consideraciones que este Despacho analizará la solicitud de reducción de la sanción. En concreto, esta Superintendencia debe manifestar, en primer lugar, que no comparte la afirmación según la cual el monto de la sanción debe ser reducido con base en que esta entidad tuvo conocimiento de la operación antes de su realización.

Si bien es cierto que la Superintendencia conoció de la intención llevar a cabo una integración, ello fue producto de la comunicación radicada con el número 06066483-0 del 31 de agosto de 2006, mediante la cual la Delegatura para la Promoción de la Competencia solicitó a TELMEX COLOMBIA y SUPERVIEW informar sobre el alcance y particularidades de la operación de integración anunciada por diversos medios de comunicación, y no obedeció, en consecuencia, a la disposición de las investigadas de cumplir con lo previsto en la ley.

En otras palabras, el conocimiento que la Superintendencia pudo haber obtenido de la integración a realizarse, fue, primeramente, producto de publicaciones noticiosas de prensa y, con posterioridad, fruto de la solicitud a las investigadas de información al respecto, de manera que no puede ser esa circunstancia invocada como motivo para reducir la sanción, en la medida en que el conocimiento que la autoridad de competencia pudo haber tenido de la operación de integración, lo obtuvo *a pesar* de las sancionadas, y no *por* su concurso inicial.

En segundo término, debe anotarse además que la posición que ambas empresas mantuvieron y siguen sosteniendo dentro del presente procedimiento administrativo, es que *no tenían* el deber de informar la operación de integración, de acuerdo con el particular alcance que le dieron al artículo 4° de la Ley 155 de 1959, por lo que mal pueden ahora invocar como justificación para la reducción del monto de la sanción, que la Superintendencia conoció de la integración antes de su realización, como si ello hubiese sido resultado de su conducta voluntaria.

Tampoco considera procedente este Despacho señalar que la sanción debe ser reducida en razón a que, previamente a la integración, TELMEX y SUPERVIEW no eran competidores entre sí, como lo sostiene uno de los recurrentes.

A lo largo de procedimiento administrativo, esta Superintendencia ha sido clara y contundente al advertir que el deber legal de informar una operación de integración empresarial en los términos del, en ese momento, vigente artículo 4° de la Ley 155, no dependía de que las involucradas en la integración participaran en el mismo mercado

Rad. 06-086483

relevante, y que la determinación de éste, al igual que el impacto de la integración en el mismo, era una etapa posterior y consecuencia del deber de informar.

Tanto es ello así, que este Despacho, como se explicó en el numeral 5.7 de esta resolución, se abstendrá de decretar de oficio la realización de un segundo dictamen pericial tendiente a determinar si el servicio de acceso a Internet masivo pertenece al mismo mercado del servicio de acceso a Internet corporativo, por considerar que dicho asunto no constituye tema de prueba.

Mal podría entonces este Despacho acceder, en razón a la circunstancia alegada, a la solicitud de reducción de la sanción por el incumplimiento del deber de informar la integración, cuando toda la actuación administrativa ha reflejado que dicha circunstancia es irrelevante, a efectos de determinar si se violó o no dicho deber.

No obstante, esta Superintendencia considera que existen dos circunstancias que ameritan, en aplicación del principio de proporcionalidad, la reducción del monto de la sanción impuesta, tanto para ambas empresas como para sus representantes legales.

En primer lugar, el hecho de que con posterioridad a la integración entre TELMEX y SUPERVIEW, ambas compañías cumplieran con el deber de informar su integración con las sociedades TV CABLE S.A. y TV CABLE TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., en los servicios de acceso a Internet, Datos y Telefonía Pública Básica Conmutada.

Dicho comportamiento le permite concluir a este Despacho que el incumplimiento del deber de informar la operación de integración entre TELMEX y SUPERVIEW, no obedeció a una estrategia sistemática para apartarse del régimen jurídico, que no existió un ánimo persistente de pasar por alto el deber de información previa, y que los correctivos necesarios para que la conducta no volviera a presentarse, habían sido ya implementados.

En segundo lugar, constituye motivo para reducir el monto de la sanción, el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio se abstuvo de objetar la integración previamente informada entre TELMEX COLOMBIA S.A., TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y SUPERVIEW S.A., y las sociedades TV CABLE S.A. y TV CABLE TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.⁵⁹.

Para este Despacho, la circunstancia de que la Superintendencia hubiere autorizado con posterioridad, operaciones de integración entre las recurrentes y otras sociedades, en relación con las mismas actividades, tal como en el caso del servicio de acceso a Internet, atenúa la responsabilidad derivada del incumplimiento de informar la primera operación, en la medida en que sugiere que dicha serie de integraciones no comprometieron indebidamente la situación de competencia en el mercado, y no generaron restricciones indebidas a la competencia en perjuicio de los usuarios.

De la misma manera, es claro entonces, que no se vulnera en igual grado el bien jurídicamente protegido por el artículo 4º de la Ley 155, esto es, la libre competencia en el mercado, cuando se incumple el deber de informar una operación que restringió

⁵⁹ Comunicación radicada con el número 06-130057-00003/00004 del 31 de enero de 2007.

Rad. 06-086483

indebidamente la competencia, que cuando se incumple tal deber en relación con una integración que no genera efectos nocivos para el mercado.

Por tales razones, este Despacho reducirá el monto de la sanción impuesta, tanto para las empresas sancionadas, como para sus representantes legales, como se dispondrá en la parte resolutive del presente acto administrativo.

En mérito de los expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar los artículos PRIMERO, TERCERO, QUINTO, OCTAVO, NOVENO, y DÉCIMO de la Resolución No. 51320 de 1 de octubre de 2009.

ARTÍCULO SEGUNDO: Modificar el artículo SEGUNDO de la Resolución No. 51320 de 1 de octubre de 2009, el cual quedará así:

"ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a cada una de las sociedades que se indican a continuación, por la suma equivalente a 1.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, esto es, CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$496'900.000. oo.):

TELMEX COLOMBIA S.A., identificada con NIT 830068957-7

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 No 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, piso 3º, mediante presentación del original de dicha consignación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de la resolución."

ARTÍCULO TERCERO: Modificar el artículo CUARTO de la Resolución No. 51320 de 1 de octubre de 2009, el cual quedará así:

"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 sociedad TELMEX COLOMBIA S.A, por la suma equivalente a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes, esto es, SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$74'535.000. oo.).

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 No 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, piso 3º, mediante presentación del original de dicha consignación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de la resolución."

3

Rad. 06-086483

ARTÍCULO CUARTO: Modificar el artículo SEXTO de la Resolución No. 51320 de 1 de octubre de 2009, el cual quedará así:

"ARTÍCULO SEXTO: Imponer una sanción pecuniaria a LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, quien se desempeñaba para la época de los hechos como Representante Legal de la sociedad SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A, por la suma equivalente a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes, esto es, SETENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$74'535.000. oo.).

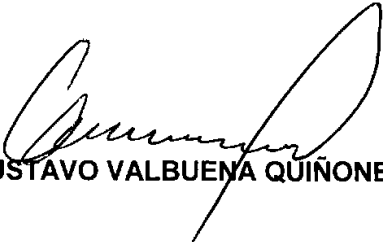
PARÁGRAFO. El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, cuenta corriente No 062-754387, formato de recaudo nacional, código de referencia para el pago 03, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, y acreditarse ante la ventanilla de recaudos de esta Superintendencia, 3º piso, mediante presentación del original de dicha consignación dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de la resolución."

ARTÍCULO QUINTO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a los doctores Gustavo Tamayo Arango, apoderado especial de TELMEX COLOMBIA S.A., LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ, y SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., y José Gregorio Flórez Fernández, apoderado de LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra ella no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C., a los **16 JUL. 2010**

El Superintendente de Industria y Comercio,


GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Notificar:

Doctor
GUSTAVO TAMAYO ARANGO
C.C. 79.152.549
T.P. 37.172 C.S. de la J.
Apoderado Especial
TELMEX COLOMBIA S.A.
SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A.
LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ
Calle 72 No. 5-83, Piso 5º
Bogotá D.C.

Doctor
JOSÉ GREGORIO FLÓREZ FERNÁNDEZ
C.C. 79.591.339
T.P. 107.606 C.S. de la J.
Apoderado Especial
LUIS ALFREDO BAENA RIVIERE
Carrera 12 No. 84-12 Oficina 502
Bogotá D.C.