



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **78708** DE 2021

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante Resolución No. 59371 del 17 de septiembre de 2021, esta Superintendencia objetó la operación de integración empresarial propuesta entre **UFINET COLOMBIA PARTICIPACIONES S.A.S.**, (**UFINET**) y **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (ETB)**¹.

SEGUNDO: Mediante documentos radicados con los Nos. 21-69461-151, 21-69461-152 y 21-69461-153 del 5 de octubre de 2021², **UFINET** y **ETB** presentaron un recurso de reposición contra el acto administrativo referido con la finalidad de que sea revocado. Como sustento de la impugnación, las **INTERVINIENTES** formularon argumentos formales y sustanciales y, además, presentaron una nueva propuesta de condicionamientos orientados a solucionar los riesgos que justificaron la decisión impugnada. En los considerandos siguientes esta Superintendencia resolverá los argumentos formales (considerando tercero) y los sustanciales (considerando cuarto). En adición, se pronunciará sobre la nueva propuesta de condicionamientos (considerando quinto).

TERCERO: Este considerando estará dedicado a resolver los dos argumentos formales que las **INTERVINIENTES** formularon como sustento de su impugnación. Para efectos expositivos, se describirá el contenido de cada argumento y, a continuación, esta Superintendencia presentará sus consideraciones sobre cada uno.

3.1. Argumento consistente en que esta Superintendencia habría vulnerado los derechos fundamentales de las **INTERVINIENTES** debido a que no habría seguido el procedimiento aplicable

3.1.1. El argumento de impugnación

El artículo 10 –numeral 4– de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 2.5.4 de la Resolución No. 2751 de 2021 establecen un deber a cargo de esta Superintendencia y unas garantías procesales en beneficio de las **INTERVINIENTES**. El deber tiene un contenido específico: si la entidad considera que la operación proyectada podría generar efectos anticompetitivos, debe informar a las **INTERVINIENTES** sobre la totalidad de esas preocupaciones en el momento procesal establecido en las normas analizadas. Las garantías procesales, por su parte, se materializan como resultado

¹ Documento de "Pre-evaluación SIC **UFINET LATAM S.L.U.**, y **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. - ETB**. "No Confidencial", del consecutivo 0, de la Carpeta Reservada del Expediente No. 21-69461, página 1 (Documento PDF). Entiéndase que cuando se hace referencia al "Expediente", este corresponde al anterior radicado.

² Documentos "21069461--0015100002", "21069461--0015200002" y "21069461--0015300002" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivos 151, 152 y 153 respectivamente (Documentos PDF).

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

del cumplimiento del deber. Consisten en que las **INTERVINIENTES** tienen el derecho de proponer condicionamientos para neutralizar las posibles restricciones a la competencia que esta Superintendencia les hubiera informado oportunamente. Por lo tanto, esta Superintendencia violaría el derecho al debido proceso y las garantías de defensa y contradicción de las **INTERVINIENTES** si objeta la operación proyectada con base en preocupaciones que no les hubiera informado.

En este caso habría ocurrido el defecto procesal comentado. En la oportunidad establecida en el numeral 2.5.4 de la Resolución No. 2751 de 2021 esta Superintendencia solo informó a las **INTERVINIENTES** sobre dos preocupaciones en materia de libre competencia. Sin embargo, en la decisión impugnada objetó la operación proyectada con base en una nueva preocupación que no fue mencionada durante la actuación administrativa. "Como consecuencia de lo anterior, hizo imposible que las Intervinientes ejercieran su derecho y facultad de proponer acciones o comportamientos para neutralizar las posibles restricciones de la competencia derivadas de la operación" (pág. 15).

3.1.2. Consideraciones

A. El argumento de las **INTERVINIENTES** corresponde a una solicitud de declaración de una nulidad procesal y, por lo tanto, está sujeta a los principios de ese medio de impugnación

Las **INTERVINIENTES** afirmaron que en el curso del procedimiento administrativo esta Superintendencia incurrió en irregularidades procesales que tienen el alcance de invalidar las actuaciones surtidas, en particular el acto administrativo impugnado. Como es evidente, esa alegación corresponde a la definición de una nulidad procesal, pues las **INTERVINIENTES** pretenden una sanción de invalidez establecida para las actuaciones administrativas que se realizan sin respetar las formas dispuestas para proteger las garantías constitutivas del derecho al debido proceso³. En consecuencia, la prosperidad de esa pretensión está condicionada a que la irregularidad alegada se adecúe a los principios que gobiernan la institución de las nulidades procesales, en particular los principios de trascendencia y de saneamiento. Es importante anotar, con fundamento en los artículos 2 y 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), que la normativa aplicable para ese análisis es el Código General del Proceso (CGP). Sobre la base de lo anterior, a continuación se precisarán tres aspectos fundamentales para resolver la solicitud descrita: el alcance del derecho al debido proceso en el procedimiento administrativo y el contenido de los principios de trascendencia y saneamiento de las nulidades procesales.

a. El debido proceso en el procedimiento administrativo

La jurisprudencia constitucional tiene claro que el debido proceso en el marco del procedimiento administrativo no tiene un alcance idéntico al que se le atribuye en otros ámbitos, especialmente en el de la administración de justicia. Los matices que las garantías asociadas a ese derecho adquieren en el procedimiento administrativo están orientados a lograr que "sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública"⁴. Sobre esa base, la definición del debido proceso administrativo requiere una adecuada ponderación entre las garantías asociadas a ese derecho y los principios de la función administrativa. Al respecto, la Corte Constitucional ha afirmado lo siguiente:

"En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo

³ Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 19 de 2018, rad. 2018-01294-01 (A). C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C - 640 de 2002.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

209 de la Carta Política. Ello explica, como lo ha señalado la Corte, que el debido proceso administrativo deba armonizar los mandatos del artículo 29 Superior con los principios del artículo 209, ibídem. Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función pública”⁵.

Estas precisiones son fundamentales en este caso, pues no podría acogerse la solicitud de nulidad procesal analizada si la actuación de esta Superintendencia se adecuó a los principios de la función administrativa y no afectó las garantías de las **INTERVINIENTES**.

b. El principio de trascendencia de las nulidades procesales

La jurisprudencia, con fundamento en la normativa que gobierna la institución de las nulidades procesales, tiene claro que este mecanismo no es un instrumento sancionatorio que está orientado a castigar con la invalidez cualquier irregularidad que se presente en el proceso al margen del impacto que pueda generar en los derechos de los sujetos procesales. Se trata, en realidad, de un instrumento cuyo propósito es remediar alguna situación de anormalidad siempre que tenga la entidad suficiente para perjudicar las garantías asociadas al debido proceso de esos sujetos, pues admitir que cualquier irregularidad conduce a la configuración de una nulidad “contraría el carácter instrumental de las formas procesales”⁶. Sobre esa base, la jurisprudencia ha dejado establecido lo siguiente en relación con el principio de trascendencia:

“(…) en esta materia no basta por regla general la sola constatación externa de la imperfección procesal para dar lugar a la declaración de nulidad, si al propio tiempo no queda establecida de modo inconcuso esa disminución de garantías constitucionales real, efectiva y sustancialmente influyente a la que acaba de aludirse, originada en la irregularidad denunciada, habida consideración que aun en la hipótesis extrema de configurarse las que específicamente sanciona la ley con nulidad, su declaración no tiene cabida ‘... cuando a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa ...’”⁷.

Sobre la base de lo expuesto, la existencia de una irregularidad procesal en la actuación administrativa no es suficiente para promover la declaración de una nulidad procesal. Para eso es indispensable que la irregularidad hubiera tenido la idoneidad suficiente para afectar las garantías asociadas al derecho al debido proceso de las **INTERVINIENTES**.

c. El principio de saneamiento de las nulidades procesales

Este principio, que está materializado en varias reglas del régimen de nulidades procesales, excluye la configuración de una nulidad cuando se presenta alguna de las circunstancias establecidas en la normativa aplicable como formas de saneamiento. Como lo ha dejado claro la jurisprudencia constitucional, este principio está fundado en la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales prevista en el artículo 228 de la Constitución. Al respecto, la Corte precisó lo siguiente en relación con las normas que establecen formas de saneamiento de las irregularidades procesales:

“Este conjunto de disposiciones reflejan la exigencia constitucional de dar prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal, de garantizar un acceso efectivo a la justicia y de hacer efectivas las garantías del debido proceso para que el rigor extremo de la aplicación de los trámites procesales, no vaya en desmedro de un proceso que cumpla su finalidad, en un plazo razonable, al tiempo que garantiza una actuación procesal de calidad y garantista (...)”⁸.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 034 de 2014.

⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 537 de 2016.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de junio de 1998, exp. 4899.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 537 de 2016.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

Se concluye, entonces, que la verificación de una irregularidad en esta actuación no es una condición suficiente para acoger la pretensión de las **INTERVINIENTES**. La declaración de una nulidad procesal en este caso no será procedente si se acredita que, a pesar de la ocurrencia del vicio alegado, se presentó una circunstancia que saneó la irregularidad y permitió que las **INTERVINIENTES** ejercieran plenamente sus derechos.

d. Aunque la irregularidad alegada por las **INTERVINIENTES** hubiera existido, no fue trascendente y quedó saneada

En esta actuación no se configuró la irregularidad procesal alegada por las **INTERVINIENTES**. En la oportunidad establecida en el numeral 2.5.4. de la Resolución No. 2751 de 2021 esta Superintendencia informó sobre los posibles efectos anticompetitivos de la operación que pudo identificar con base en los aspectos que las **INTERVINIENTES** identificaron en sus diversos actos de postulación. Posteriormente, basada en un análisis adicional de la información disponible en esta actuación, identificó un posible efecto unilateral que planteó de manera suficiente en la decisión impugnada. Como se verá en este aparte, esa forma de proceder no está prohibida por la normativa aplicable a esta actuación y respetó las garantías asociadas al debido proceso de las **INTERVINIENTES**.

Sin perjuicio de lo anterior, la solicitud de declaración de una nulidad procesal no sería procedente aunque se pudiera afirmar que esta Superintendencia incurrió en la irregularidad procesal alegada por las **INTERVINIENTES**. Dos son los fundamentos de esta conclusión. De un lado, la irregularidad no habría sido idónea para impedirles que ejercieran su derecho a proponer condicionamientos. Del otro, la irregularidad habría quedado saneada porque las **INTERVINIENTES** propusieron los condicionamientos que pretendían al interponer el recurso de reposición que ahora se resuelve. Esos condicionamientos, por supuesto, serán considerados y decididos en este acto administrativo.

La irregularidad no fue trascendente

Las **INTERVINIENTES** argumentaron que la irregularidad analizada fue trascendente porque les impidió ejercer su derecho de proponer condicionamientos. Expresamente afirmaron que esta Superintendencia adoptó la decisión impugnada con base en "una preocupación adicional que nunca había puesto de presente" y que esa circunstancia "hizo imposible que las Intervinientes ejercieran su derecho y facultad de proponer acciones o comportamientos para neutralizar las posibles restricciones de la competencia derivadas de la operación" (pág. 14). Es evidente que el argumento de las **INTERVINIENTES** parte de una premisa: que no es posible proponer condicionamientos si esta Superintendencia no les informa a las **INTERVINIENTES** los posibles efectos anticompetitivos que observa en la operación analizada. Como se pasa a explicar, esa premisa es incorrecta.

No es cierto que la formulación de condicionamientos únicamente sea posible después de que esta Superintendencia informe a los sujetos procesales sobre los posibles efectos anticompetitivos que encuentra en la integración proyectada. Esa afirmación supondría que la oportunidad procesal para proponer condicionamientos únicamente podría surgir después del momento en que, con base en numeral 2.5.4. de la Resolución No. 2751 de 2021, esta Superintendencia debe informar sobre esos riesgos para la libre competencia. Nótese, sobre este particular, que no tendría sentido reconocer una oportunidad procesal para realizar una actuación que es imposible en ese momento. Pues bien, la premisa analizada es incorrecta porque con fundamento en el numeral 4 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 las **INTERVINIENTES** pueden ofrecer condicionamientos desde el inicio mismo de la segunda fase del procedimiento administrativo e incluso hasta la formulación del eventual recurso de reposición contra la decisión adoptada en la actuación. Esta conclusión, basada en la norma citada, también encuentra fundamento en la Guía de Análisis de Integraciones Empresariales de esta Superintendencia:

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

"168. Las mencionadas condiciones u obligaciones pueden ser propuestas directamente por las partes interesadas. Para ello, el numeral 4 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 estableció que las empresas intervinientes pueden presentar su propuesta de condicionamientos, en un proceso de pre-evaluación de una operación de integración, dentro de los quince (15) días siguientes al momento en que la **SIC** da inicio a la segunda fase del proceso de la aprobación de la integración, fase que debe ser informada por la Entidad, vencidos los tiempos establecidos en el numeral 3 del mismo artículo.

169. No obstante, dado el carácter opcional que el mismo legislador estableció para el ofrecimiento de condicionamientos, las intervinientes conservan la posibilidad de presentar su propuesta de acciones y/o comportamientos durante cualquier parte del proceso de aprobación de la integración, incluyendo el recurso de reposición"⁹.

Lo expuesto evidencia que las **INTERVINIENTES** pueden ofrecer condicionamientos desde el inicio mismo de la segunda fase del procedimiento y, por lo tanto, que no es cierto que ese derecho depende de que esta Superintendencia informe sobre los posibles efectos anticompetitivos de la operación proyectada. Ese deber de informar, como se aprecia en el numeral 2.5.4. de la Resolución No. 2751 de 2021, surge en un momento procesal considerablemente posterior al inicio de la segunda fase de la actuación. En consecuencia, la irregularidad que las **INTERVINIENTES** atribuyeron a esta Superintendencia no hizo imposible que ofrecieran condicionamientos. De ello se sigue que esa irregularidad no fue trascendente en el sentido expuesto que expusieron y, por lo tanto, que la nulidad procesal alegada no se configuró.

La irregularidad se habría saneado

En este punto está claro que la nulidad procesal alegada no se habría configurado si, aunque pudiera afirmarse que el vicio ocurrió, las **INTERVINIENTES** hubieran podido ejercer "su derecho y facultad de proponer acciones o comportamientos para neutralizar las posibles restricciones de la competencia derivadas de la operación" (pág. 14). En esa hipótesis la irregularidad alegada se habría saneado y, en consecuencia, no sería procedente su declaración. Eso fue precisamente lo que ocurrió en este caso. Como se indicó, el numeral 4 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 permite que las **INTERVINIENTES** propongan condicionamientos incluso con la formulación del recurso de reposición contra la decisión adoptada por esta Superintendencia respecto de la operación proyectada. En este caso las **INTERVINIENTES** propusieron los condicionamientos relacionados con los efectos unilaterales que sustentaron la decisión impugnada en esa oportunidad. Por supuesto, esa propuesta será analizada y decidida mediante este acto, con lo que quedará garantizado completamente el derecho de las **INTERVINIENTES** a proponer condicionamientos y a que esa propuesta sea valorada y decidida. Sobre esa base, es claro que, incluso si la actuación de esta Superintendencia hubiera sido irregular, no podría configurarse la nulidad alegada porque el vicio habría quedado saneado.

La actuación de esta Superintendencia se adecuó a las exigencias del debido proceso en las condiciones propias del procedimiento administrativo

Ya está claro que en el marco del procedimiento administrativo las garantías del debido proceso deben armonizarse con los principios de la función pública. Esa labor de armonización fue precisamente la que justificó la actuación discutida en esta oportunidad. En el momento previsto en el numeral 2.5.4. de la Resolución No. 2751 de 2021, esta Superintendencia informó sobre los efectos anticompetitivos que para ese momento podía apreciar en la integración analizada sobre la base de los aspectos que identificaron las **INTERVINIENTES**. Sin perjuicio de lo anterior, esta Superintendencia continuó analizando todos los aspectos relevantes del caso en cumplimiento de su función legal consistente en desarrollar el control previo de integraciones empresariales. Sobre

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Guía de Análisis de Integraciones Empresariales. Pág. 31.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

la base de ese análisis, identificó un efecto unilateral adicional que podía justificar la objeción de la operación proyectada.

En relación con el aspecto recién mencionado es importante hacer dos precisiones. En primer lugar, continuar con el análisis del caso después de la oportunidad prevista en el numeral 2.5.4. de la Resolución No. 2751 de 2021 no está prohibido por la normativa aplicable. Incluso después de ese momento esta Superintendencia puede continuar su estudio en la medida en que no supere el término establecido en el numeral 5 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009. Esta consideración es incluso más procedente en un caso en el que, como ocurrió en este, los efectos unilaterales que se identificaron después de la comentada oportunidad correspondieron a aspectos adicionales a los que las **INTERVINIENTES** habían identificado. La segunda precisión está orientada a desvirtuar un supuesto planteado en el recurso. Las **INTERVINIENTES** afirmaron que esta Superintendencia solo puede objetar una operación sobre la base de las preocupaciones que informó en la oportunidad prevista en el citado numeral 2.5.4. Ese supuesto es incorrecto porque, de un lado, ya está claro puede continuar el estudio del caso durante todo el término legal disponible para el efecto. De otro lado, ese supuesto desconoce el mandato constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, pues impide que esta Superintendencia cumpla cabalmente su función en un caso en el que los aspectos preocupantes para la libre competencia no fueron adecuadamente identificados por las **INTERVINIENTES**.

Sobre la base de lo expuesto, de manera legítima esta Superintendencia identificó un efecto anticompetitivo de la operación analizada después de la oportunidad prevista en el numeral 2.5.4. de la Resolución No. 2751 de 2021. Ante esa situación, existían al menos dos opciones para proceder. En primer lugar, esta Superintendencia habría podido promover nuevamente una oportunidad para efectos de informar a las **INTERVINIENTES** sobre la preocupación identificada. En segundo lugar, tenía la opción de continuar con la actuación, plantear en la decisión el efecto anticompetitivo identificado y conceder a las **INTERVINIENTES** la posibilidad de controvertir esas consideraciones mediante la formulación del recurso de reposición. Como ya está claro, esta Superintendencia acogió la segunda de las alternativas expuestas. El punto fundamental es que, como se pasa a explicar, esa opción armonizó adecuadamente las garantías del debido proceso y los principios de la función pública involucrados en el procedimiento administrativo.

La primera opción descrita –promover una nueva oportunidad para informar el efecto anticompetitivo identificado– habría sacrificado los principios de la función pública involucrados en el procedimiento administrativo y, por lo tanto, no habría materializado adecuadamente el equilibrio que la jurisprudencia constitucional exige en el marco de este tipo de actuaciones. Esto es evidente porque, en la práctica, esa opción habría supuesto un retroceso en el desarrollo de la actuación, que se materializaría en la nueva comunicación del efecto identificado, la eventual formulación de nuevos condicionamientos, el consiguiente análisis de la propuesta y, solo después de esas actuaciones, la expedición de la decisión final. Esa opción, como es evidente, habría sacrificado el carácter “ágil, rápido y flexible” que la jurisprudencia constitucional atribuye al procedimiento administrativo. Desde luego que ese resultado habría sido particularmente problemático en el marco del procedimiento administrativo para ejercer el control previo de integraciones empresariales, en el que la celeridad es un factor fundamental, como se aprecia por su corta duración y el silencio administrativo positivo derivado del vencimiento del término para decidir¹⁰.

La opción elegida por esta Superintendencia, en cambio, armonizó adecuadamente los principios involucrados en esta actuación. Continuar con el estudio del caso y plantear el efecto unilateral en la decisión impugnada se adecuó sin duda a los principios de la función pública que promueven la realización de actuaciones eficaces, eficientes y acordes con el principio de economía. Así mismo, fue una opción que materializó la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales en los términos del artículo 228 de la Constitución. De otra parte, la opción analizada no sacrificó

¹⁰ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 90393 de 2018 y No. 5699 de 2019.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

las garantías procesales de las **INTERVINIENTES**, pues quedaron plenamente habilitadas para conocer los efectos anticompetitivos de la operación en un momento en el que, de conformidad con el numeral 4 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, tenían oportunidad para discutir los fundamentos de esta Superintendencia y proponer los condicionamientos que consideraran procedentes. Se trató, entonces, de una opción que satisfizo los principios de la función administrativa sin poner en riesgo las garantías del debido proceso de las **INTERVINIENTES**.

Conclusión

La irregularidad alegada por las **INTERVINIENTES** no existió, pues esta Superintendencia actuó en cumplimiento de la normativa procesal aplicable y de conformidad con las pautas constitucionales establecidas por la jurisprudencia para este tipo de actuaciones. Sin perjuicio de ello, aunque pudiera afirmarse que la irregularidad alegada existió, lo cierto es que no habría dado lugar a la configuración de una nulidad procesal porque no fue trascendente y habría quedado saneada.

3.2. Argumento consistente en que la decisión impugnada es contradictoria.

3.2.1. El argumento de impugnación

Las **INTERVINIENTES** afirmaron que la decisión impugnada es contradictoria porque en su parte resolutive esta Superintendencia decidió objetar la operación analizada "sujeta al cumplimiento de los condicionamientos aquí establecidos".

3.2.2. Consideraciones

Un acto administrativo es una unidad entre motivación y decisión. Sobre esa base, en este caso es evidente que la referencia a unos condicionamientos incluida en el artículo primero de la parte resolutive de la resolución impugnada correspondió a un error simplemente formal de digitación. En efecto, en ninguna otra parte de ese acto administrativo esta Superintendencia hizo referencia a los supuestos condicionamientos. Por lo tanto, ese error simplemente formal no tiene la idoneidad para desvirtuar la validez de la decisión, sino que, en los términos del artículo 45 del CPACA, será corregido mediante este acto.

CUARTO: Pasa ahora esta Superintendencia a decidir los argumentos de fondo que sustentan el recurso de reposición formulado por las **INTERVINIENTES**. Teniendo en cuenta la naturaleza de ese medio de impugnación, las consideraciones que se presentarán a continuación no van a tener en cuenta la nueva propuesta de condicionamientos. Esto es así porque la función del recurso es someter a examen los fundamentos de la decisión impugnada con base en los elementos de juicio disponibles al momento de adoptarla, y los nuevos condicionamientos no habían sido propuestos para esa oportunidad. La nueva propuesta de condicionamientos, sin embargo, se analizará en el considerando siguiente.

4.1. Argumento relacionado con el contrato de mandato entre ENEL CODENSA y UFINET COLOMBIA.

4.1.1. El argumento de impugnación

El contrato de mandato entre **ENEL CODENSA** y **UFINET COLOMBIA**, con base en el cual esta compañía administra la infraestructura de energía eléctrica de aquella, no podría profundizar las barreras de entrada a los mercados que interesan en esta actuación. Tanto **ENEL CODENSA** como su mandataria están sujetos a la regulación que les impone garantizar el acceso en igualdad de condiciones para todos los agentes que lo requieran y, además, les prohíbe impedir de manera arbitraria dicho acceso. Esta Superintendencia interpretó la normativa aplicable en el sentido en que esa regulación deja espacios de subjetividad para determinar las circunstancias

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

que podrían justificar una negativa de acceso a la infraestructura. Sin embargo, esa interpretación no es admisible porque se trata de “una regulación bastante robusta en garantizar las condiciones de acceso sin restricciones a la infraestructura a aquellos PRST que lo requieran” (pág. 19). En adición, la interpretación impugnada es contraria al principio de buena establecido en el artículo 83 de la Constitución porque parte de la presunción de que las **INTERVINIENTES** no cumplirán la normativa aplicable.

4.1.2. Consideraciones

A. Los problemas de indeterminación de todas las normas jurídicas

El primer argumento de las **INTERVINIENTES** está fundado en una norma jurídica que expresamente reconoce que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (PRST) tienen derecho a acceder a la infraestructura necesaria para el desarrollo de su actividad económica. Sobre esa base, es importante llamar la atención acerca de un aspecto de carácter práctico: todas las normas tienen –en algún nivel– problemas de indeterminación que generan discusiones sobre su contenido y aplicación. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, que sostiene que “las normas jurídicas pueden ofrecer distintos significados debido a la indeterminación que guía el lenguaje en general y por ende el lenguaje jurídico”¹¹. Esos problemas de indeterminación devienen de la ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta del lenguaje natural, que en concepto de la Corte Constitucional deben ser entendidos de la siguiente forma:

“Se entiende que una expresión es ‘*ambigua*’ cuando ‘(...) puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que en una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos’. Tal es el caso, por ejemplo, de expresiones como ‘libertad’ o ‘autonomía’. Por otra parte, una expresión es *vaga* cuando ‘(...) el foco de significado es único y no plural ni parcelado, pero su modo de empleo hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella’. Este sería, por ejemplo, el caso de la expresión civil ‘precio serio’; en ocasiones es fácil saber cuándo un precio es serio o no, pero en muchas otras no lo será tanto, esos casos difíciles, dice la doctrina, caerían en una ‘*zona de penumbra*’. Finalmente, toda expresión, aunque no sea ambigua ni vaga, tiene una ‘*textura abierta*’, por lo que, eventualmente, puede perder sus atributos de precisión, enfrentándose a casos en el que su uso puede presentar ‘perplejidades o desconciertos legítimos’. Tal es el caso, por ejemplo, de la expresión ‘incesto’, que si bien está clara y precisamente definida en la actualidad, se enfrentará a casos en los que su uso será polémico, como consecuencia de las nuevas tecnologías de reproducción”¹².

B. La norma que sustenta la impugnación y sus problemas de indeterminación

La norma referida por las **INTERVINIENTES** es el artículo 4.11.1.4. de la Resolución No. 5890 de 2020 de la **CRC** (compilada en la Resolución No. 5050 de 2016). Para lo que interesa en esta oportunidad, esa norma dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 4.11.1.4. DERECHO AL ACCESO Y USO DE LA INFRAESTRUCTURA ELÉCTRICA SUSCEPTIBLE DE COMPARTICIÓN. Todos los proveedores de redes y/o servicios de telecomunicaciones y los operadores de televisión tienen el derecho a solicitar y a que se les otorgue el acceso y uso a la infraestructura eléctrica para el despliegue de redes y/o la prestación de servicios de telecomunicaciones y/o de televisión, de conformidad con las reglas previstas en el CAPÍTULO 11 del TÍTULO IV.

Todas las personas naturales o jurídicas que tengan el control, la propiedad, la posesión, la tenencia, o que a cualquier título ejerzan derechos sobre la infraestructura de que trata

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 878 de 2011.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C – 350 de 2009.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

el CAPÍTULO 11 del TÍTULO IV, deben permitir el acceso y uso a los proveedores de redes y/o servicios de telecomunicaciones y a los operadores de televisión, cuando estos así lo soliciten para la prestación de sus servicios, salvo que acredite debidamente la falta de disponibilidad correspondiente, no sea técnicamente viable o se degrade la calidad del servicio de energía eléctrica.

(...)

PARÁGRAFO 2. Sólo podrá negarse u oponerse a otorgar el acceso solicitado cuando se demuestre fundada y detalladamente al proveedor de redes y/o servicios de telecomunicaciones o al operador de televisión que existen restricciones técnicas y/o de disponibilidad que impiden dicho acceso. El proveedor de redes y/o servicios de telecomunicaciones y el operador de televisión podrán presentar alternativas frente a dichas restricciones para que el acceso pueda producirse. En todo caso, se deberá otorgar siempre el acceso respecto de aquella infraestructura contenida en la solicitud que no presente restricciones técnicas y/o de disponibilidad. La negación injustificada de la solicitud de acceso dará lugar a las sanciones o acciones previstas en la Ley” (se resalta).

Como se puede apreciar, es cierto que la norma reconoce expresamente que los PRST tienen derecho a acceder a la infraestructura necesaria para su actividad, que los titulares de la infraestructura no pueden obstaculizar el acceso de manera injustificada y que incluso existen mecanismos legales orientados a promover el cumplimiento de la disposición. En ese sentido –basado en una perspectiva exclusivamente formal– la norma es robusta.

Sin embargo, desde la perspectiva práctica ya referida no es posible desconocer dos aspectos de la norma. En primer lugar, que admite que el titular de la infraestructura impida el acceso para el PRST solicitante. En segundo lugar, que las circunstancias que legitiman esa decisión –falta de disponibilidad, falta de viabilidad técnica y degradación de la calidad del servicio– están construidas mediante expresiones que tienen textura abierta y que incluso pueden ser consideradas vagas y ambiguas en determinados contextos. En efecto, la norma establece las causales que justifican la negativa, pero no determina con precisión las condiciones específicas que deben darse para que se configure la causal. A manera de ejemplo, no hay duda de que una degradación en la calidad del servicio justifica negar el acceso pretendido por un PRST. Sin embargo, al menos existen dos aspectos en los que sí podría encontrarse un nivel relevante de indeterminación. De un lado, el relacionado con las condiciones que deben presentarse para considerar que se genera una degradación en la calidad. Ese no es un aspecto objetivo e indiscutible. Del otro, es evidente que la desmejora en la calidad del servicio es una cuestión de grado y, por lo tanto, que podrían existir niveles de tolerancia frente a la afectación que el ingreso del PRST podría generar. Por lo tanto, existe indeterminación acerca de si la causal se configuraría por cualquier desmejoramiento en la calidad del servicio, por mínimo que sea, o si se requeriría una afectación de determinada magnitud para configurar la causal.

Todos los expuestos son factores que generan discusiones legítimas y que deberán resolver los titulares de la infraestructura. En consecuencia, un agente que fuera titular de toda la infraestructura tendría incentivos para resolver los aspectos indeterminados de la disposición en una forma que impidiera el acceso de sus eventuales competidores y que mantuviera las ventajas asociadas a su posición. Ese riesgo, por supuesto, no se eliminaría por la robustez formal de la norma y por el hecho de que expresamente reconoce la existencia del derecho de acceso a la infraestructura para los PRST. Los aspectos prácticos relacionados con la interpretación y aplicación de la disposición son suficientes para colocar al titular único de la infraestructura en posición de consolidar las barreras de entrada a los mercados analizados en este procedimiento.

C. Los riesgos para la libre competencia no se eliminan por la existencia de mecanismos legales para exigir el cumplimiento del derecho de acceso a la infraestructura

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

Como quedó claro, la norma analizada establece expresamente que “[l]a negación injustificada de la solicitud de acceso dará lugar a las sanciones o acciones previstas en la Ley”. Sin embargo, ese no es un factor suficiente para eliminar los riesgos para la libre competencia que se derivarían de la materialización de la operación de integración analizada en esta actuación. Para consolidar las barreras de entrada a los mercados relevantes no es indispensable que el eventual titular único de la infraestructura bloquee de manera definitiva el acceso de nuevos competidores. Basta con que pueda retrasar de manera suficiente su entrada. Sobre esa base, el eventual titular único de la infraestructura tendría incentivos para resolver los aspectos indeterminados de la norma de manera conveniente para sus intereses. Y si bien el PRST interesado en acceder podría emplear los mecanismos legales disponibles, el eventual titular único podría demorar la entrada de ese nuevo competidor durante el lapso necesario para las necesarias discusiones que se generarían y para el desarrollo de las actuaciones administrativas o judiciales orientadas a hacer efectivo el derecho de acceso a la infraestructura.

D. La consideración de esta Superintendencia está respaldada por competidores que intervinieron en la actuación

Las consideraciones que sustentaron la decisión impugnada no están basadas en preocupaciones abstractas que hubiera formulado esta Superintendencia desligada de la realidad de los mercados. Además de que están soportadas en sólidos fundamentos jurídicos y económicos –ya expuestos durante esta actuación–, están corroboradas por las preocupaciones que manifestaron varios agentes que participan en algunos de los mercados relevantes.

En primer lugar, **MEDIA COMMERCE** resaltó los riesgos que han sido expuestos en este acto y, además, afirmó que **UFINET** ya habría generado algunos obstáculos para el acceso de competidores a infraestructuras que administra. El agente referido afirmó lo siguiente:

“Lo anterior, ya que por un lado UFINET podría otorgarse a sí mismo condiciones más que favorables en cuanto a la aprobación de solicitudes, que las que le otorga al resto de PRST’s, y por otro lado, esta intermediación podría ocasionar demoras en la respuesta de las solicitudes de acceso, que a su vez representan un (sic) desventaja competitiva (sic) en cuanto al tiempo de entrega al cliente final, como ya sucede con la infraestructura perteneciente a ELECTRICARIBE y EPSA administrada por UFINET (...)”¹³.

En segundo lugar, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES** resaltó la insuficiencia de la regulación en caso de que la operación de integración se autorizara sin adoptar medidas suficientes. Al respecto, afirmó que las **INTERVINIENTES** o la NewCo podrían aprovechar los aspectos indeterminados de la normativa para impedir el acceso de los PRST a la infraestructura que interesa en este caso. El agente afirmó lo siguiente:

“(...) Si bien la regulación sectorial expedida por la CRC solo permite limitar el acceso a la infraestructura ante falta de capacidad técnica, esta conducta puede ser utilizada para retrasar la entrada de alguna firma solicitante.

Si se llegase a dar la eventual integración entre ETB y UFINET sin asegurar la total independencia de la gestión de los activos de apoyo de ENEL, actualmente administrados por UFINET, y sin asegurar la total independencia de la gestión de activos de apoyo de ETB, se corren riesgos de enfrentar conflictos de interés de UFINET/ETB en el mercado de Cundinamarca y Bogotá (...) con el argumento técnico podrían negar el uso de dicha infraestructura para el uso de otros operadores que sería competidores de UFINET/ETB para favorecerse o reservar recursos que por regulación deben ofrecerse

¹³ Documento “21069461-0008000002” de la Carpeta Reservada de Terceros del Expediente, consecutivo 80, página 7. (Documento en PDF).

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

en igualdad de condiciones a todos los interesados, siendo difícil comprobar esta eventual actuación irregular”¹⁴.

En tercer lugar, **AZTECA** afirmó que la regulación analizada es insuficiente para impedir de manera definitiva que se obstaculice el acceso a la infraestructura. Al describir las barreras de entrada existentes en el mercado, el agente argumentó lo siguiente:

“Ahora bien, por regulación de la CRC, solo podrá negarse el acceso a la infraestructura cuando se demuestre fundada y detalladamente al PRST que existen restricciones técnicas o de disponibilidad que impiden dicho acceso. Sin embargo, en la práctica, en algunos casos, las negativas de acceso no son fundamentadas de manera detallada, lo que hace que se prolonguen los tiempos de instalación o en el peor de los casos, impiden que se lleve a cabo el proyecto.

Por otro lado, en los casos en que el dueño u operador de los postes y ductos objeto de compartición es competidor en el mercado del PRST solicitante, se hace más gravosa esta situación, en la medida en que pueden tardarse más las aprobaciones o sujetarse a verificaciones y/o requisitos adicionales, lo que termina impactando los tiempos de respuesta y en muchos casos, genera el quiebre técnico del proyecto (pérdida del cliente o del proyecto)”¹⁵.

E. La decisión impugnada no desconoció la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de la Constitución

Las **INTERVINIENTES** afirmaron que la decisión impugnada desconoció la presunción de buena fe porque partió de la base de que ellas no cumplirán lo dispuesto en el artículo 4.11.1.4. de la Resolución No. 5890 de 2020 de la **CRC** (compilada en la Resolución No. 5050 de 2016). Como es evidente, ese argumento parte de una premisa tácita: que en casos como este solo se puede concluir que una integración empresarial podría generar efectos unilaterales perjudiciales para la libre competencia si se encuentra demostrado que las **INTERVINIENTES** efectivamente incumplieron la normativa referida. Solo esa premisa explica el argumento analizado.

Así planteado el argumento de impugnación, es claro que tiene un enfoque inadecuado. En el marco del control previo de integraciones empresariales el análisis que desarrolla esta Superintendencia es prospectivo y –para lo que interesa en este caso– está orientado a un objetivo específico: determinar si, como resultado de la operación de integración, las **INTERVINIENTES** reforzarán su capacidad para determinar las condiciones del mercado de manera independiente, pues en ese caso se considera que la operación generará riesgos para la libre competencia –denominados “efectos unilaterales”–¹⁶. No se trata, entonces, de un análisis encaminado a determinar hechos que hubieran ocurrido en el pasado con el fin de establecer la consecuencia jurídica que podría ser aplicable. Es un análisis que pretende determinar cuáles podrán ser los efectos que una operación de integración podría generar en el futuro¹⁷. En

¹⁴ Documento “21069461-0008600014” de la Carpeta Reservada de Terceros del Expediente, consecutivo 86, página 12. (Documento en PDF).

¹⁵ Documento Azteca - respuesta RFI - versión final firmada [1152665] de la Carpeta Reservada de Terceros, consecutivo 82, páginas 31 y 32 (Documento en PDF).

¹⁶ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 83700 de 2018, 92709 de 2018 y 23568 de 2019. También en: Guía de Análisis de Integraciones Empresariales (trámites de pre-evaluación).

¹⁷ Cfr. WHISH, Richard y BAILEY, David. Competition Law. Oxford University Press. Octava Edición. Oxford. 2015. Pág. 861. Los autores explican que en estos asuntos la autoridad de competencia está llamada a considerar si una operación de integración generará efectos perjudiciales en la competencia en el futuro (“a competition authority is called upon to consider whether a merger will lead to harmful effects on competition in the future”). En adición, refieren decisiones de autoridades de competencia que resaltan que el análisis prospectivo que es necesario en ejercicio del control previo de integraciones empresariales debe ser adelantado con cautela porque no supone examinar hechos pasados o presentes, sino predecir eventos que podrán ocurrir con mayor o menor probabilidad en el futuro (“A prospective analysis of the kind necessary in merger control must be carried out with great care since it does not entail the examination of past events or of current events, but rather a prediction of events which are

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

consecuencia, el fundamento de la decisión impugnada no consistió en que estuviera demostrado que las **INTERVINIENTES** incumplieron o incumplirán una determinada norma. Consistió en que la operación de integración permitiría que las **INTERVINIENTES** reforzaran su capacidad para determinar las condiciones del mercado de manera independiente como consecuencia de que podrían fortalecer las barreras de entrada ya existentes. Así lo afirmó esta Superintendencia de manera expresa en la decisión impugnada:

"Considerando lo anterior, este Despacho concluye que las altas barreras de entrada identificadas y que se fortalecen de llevarse a cabo la operación de integración, específicamente aquellas relacionadas con los permisos necesarios para el despliegue de infraestructura pasiva, se configuran en un factor de riesgo sustancial para la materialización de potenciales efectos unilaterales" (pág. 33).

Es evidente, entonces, que esta Superintendencia simplemente evaluó las consecuencias que la operación de integración generará en la estructura del mercado y en los incentivos a los que estarán sometidas las **INTERVINIENTES**. Como la operación generará riesgos de efectos unilaterales, era procedente su objeción. Es importante anotar que este enfoque es usual en análisis prospectivos de esta naturaleza. Un buen ejemplo se encuentra en el argumento que expuso la Corte Constitucional para avalar la realización de visitas administrativas de inspección sin previo aviso en ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control de las autoridades administrativas. La Corte afirmó lo siguiente:

"(...) la práctica de visitas de inspección sin previo aviso persigue una finalidad legítima consistente en fortalecer las facultades administrativas de las superintendencias. En este sentido, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, la finalidad de las visitas administrativas es la de recaudar las pruebas necesarias para determinar si las entidades investigadas están cumpliendo con sus obligaciones legales. Naturalmente, dicha finalidad se vería obstaculizada si no se garantizara el 'factor sorpresa' pues el aviso permitiría que el sujeto investigado ocultara información relevante"¹⁸ (se resalta).

Según la lógica de las **INTERVINIENTES**, en ese caso la Corte Constitucional habría partido de la mala fe de los sujetos vigilados y, en consecuencia, la decisión sería violatoria de la presunción de buena fe. Sin embargo, la Corte empleó el mismo enfoque que esta Superintendencia utilizó al adoptar la decisión impugnada: analizó la posición en que se encontraría la persona y los incentivos a los que estaría sometida. Concluyó (i) que el aviso previo de una visita administrativa de inspección habilitaría a la persona para ocultar información relevante y (ii) que cualquier persona tendría incentivos para hacerlo. Sobre esa base, la Corte consideró legítima la realización de esas actividades investigativas sin previo aviso. Lo mismo ocurre en este caso: esta Superintendencia concluyó que después de la integración (i) la estructura del mercado fortalecería las barreras de entrada y que (ii) las **INTERVINIENTES** tendrían incentivos para limitar el acceso de nuevos competidores al mercado. Por esas razones, consideró que era procedente objetar la operación.

4.2. Argumento basado en que la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES es el único regulador en el sector de las telecomunicaciones.

4.2.1. El argumento de impugnación

El Distrito de Bogotá no tiene el doble rol de regulador-regulado que esta Superintendencia le atribuyó, pues esa autoridad no actúa como regulador en los mercados relevantes para este caso. La Ley 1341 de 2009 y la Ley 1978 de 2019 establecen de manera incontrovertible que la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (CRC)** es el regulador exclusivo para los mercados relacionados con el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

more or less likely to occur in the future if a decision prohibiting the planned concentration or laying down the conditions for it is not adopted").

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 165 de 2019.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

Por lo tanto, es la única entidad que tiene facultades normativas para ese sector. En adición, la **CRC** es una entidad independiente que, debido a su estructura administrativa, no está controlada por ninguna otra autoridad.

4.2.2. Consideraciones

El argumento de las **INTERVINIENTES** parte de una premisa equivocada: que la decisión impugnada está sustentada en que la Alcaldía de Bogotá es el regulador de los mercados relacionados con el sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Esta Superintendencia no le atribuyó a la Alcaldía de Bogotá esa calidad. Lo que afirmó expresamente –y de manera reiterada– en la decisión impugnada es que las autoridades distritales tienen un papel fundamental en la formación de la regulación que podría contribuir a determinar las condiciones de los mercados relevantes para esta actuación. Entre otras afirmaciones en ese sentido, esta Superintendencia sostuvo (i) que “dentro de los actores implicados en el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones se encuentran los entes territoriales” (pág. 29), (ii) que “el Distrito de Bogotá sería un actor fundamental en el diseño e implementación de la regulación que contribuiría a determinar las condiciones de los mercados que hacen parte de esta operación” (pág. 32) y (iii) que las autoridades distritales y municipales tienen facultades de regulación “sobre elementos determinantes para el funcionamiento de los mercados analizados en el marco de la presente operación” (pág. 43). Ahora bien, como ejemplos de los aspectos sobre los cuales las autoridades distritales tienen ese papel fundamental esta Superintendencia mencionó expresamente el caso de las normativas distritales que condicionan la autorización para la construcción de infraestructura y el Plan de Ordenamiento Territorial (**POT**) correspondiente (pág. 29). Se aprecia, entonces, que esta Superintendencia no le atribuyó a la Alcaldía de Bogotá el papel que la Ley 1341 de 2009 y la Ley 1978 de 2019 le confiaron a la **CRC**. Simplemente resaltó la realidad práctica consistente en que las autoridades distritales y municipales pueden determinar elementos normativos fundamentales para los mercados relevantes para esta actuación.

En relación con este último aspecto, la conclusión que esta Superintendencia planteó en la decisión impugnada –fundada en los aspectos normativos que expuso en ese acto administrativo– está corroborada por la misma **CRC**. En el documento “Comentarios al proyecto de Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá–POT – componente infraestructura de comunicaciones y de servicios digitales”, la **CRC** señaló que el **POT** “es el instrumento idóneo para marcar el camino hacia la conversión de Bogotá en una ciudad inteligente, con liderazgo en el país en innovación digital y con cobertura plena de los servicios de comunicaciones, principalmente de Internet” (pág. 1). Puntualmente, consideró que la Administración Distrital debe incorporar en el **POT** “la importancia que tiene para el futuro de Bogotá, contar con los instrumentos, herramientas y lineamientos que garanticen las condiciones para que las empresas públicas y privadas desplieguen la infraestructura con la que va a cubrir el servicio esencial de Internet para la ciudad, teniendo ahora la misma condición legal de otros servicios esenciales como el acueducto, la energía eléctrica o el transporte público” (pág. 4). En este sentido, la **CRC** resaltó la necesidad de incluir en el **POT** la normativa urbana que permita el acceso a los servicios de telecomunicaciones para todos los habitantes de Bogotá y presentó comentarios al proyecto **POT 2022-2035**, relacionados con aquellas disposiciones que potencialmente podrían dificultar el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones en la capital del país. Con estas observaciones la **CRC** resaltó el papel fundamental de los **POT** en materia de despliegue de infraestructura de telecomunicaciones (pág. 5), ya que en ellos se establecen lineamientos y normativas fundamentales para el despliegue de la mencionada infraestructura (pág. 4). Por lo tanto, es factible concluir que esas normas podrían llegar a generar distorsiones en el mercado de las telecomunicaciones.

4.3. Argumento consistente en que la Alcaldía de Bogotá no tiene una facultad regulatoria en relación con el POT.

4.3.1. El argumento de impugnación

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

En la decisión impugnada se desconocieron “las disposiciones constitucionales y legales que determinan la estructura del Distrito de Bogotá y que imparten competencias muy específicas a las diferentes autoridades distritales” (pág. 24). Esas normas evidencian que –para lo que interesa en esta actuación– existen dos autoridades distritales diferentes: por un lado se encuentra la Alcaldía de Bogotá, que es la controlante de **ETB**. Por el otro se encuentra el Concejo Distrital, que no tiene vínculo alguno con **ETB**. En adición, la normativa analizada establece que la Alcaldía de Bogotá no tiene una facultad regulatoria respecto del POT, pues simplemente tiene la iniciativa del proyecto correspondiente. La autoridad que expide el POT es el Concejo Distrital. Por lo tanto, la autoridad controlante de **ETB** no tiene la facultad regulatoria que se le atribuyó en la decisión impugnada. De otra parte, el procedimiento de formulación del proyecto del POT por parte de la Alcaldía exige la participación de varios actores, lo que “disiparía cualquier riesgo de que se incluyan reglamentaciones urbanísticas en pro de empresas específicas” (pág. 26).

4.3.2. Consideraciones

Nuevamente el argumento de las **INTERVINIENTES** parte de una premisa equivocada: que la decisión impugnada se sustentó en que la Alcaldía de Bogotá expide el **POT**. Esta Superintendencia no le atribuyó esa función a la Alcaldía de Bogotá. De hecho, con fundamento en los artículos 24 y 25 de la Ley 388 de 1997 afirmó expresamente que la Alcaldía tiene la función de formular el proyecto del **POT** y que la aprobación de esa propuesta corresponde al Concejo Distrital. En la decisión impugnada se encuentra lo siguiente:

“De acuerdo con los artículos 24 y 25 de la citada ley, son los alcaldes distritales o municipales, a través de las oficinas de planeación o de la dependencia que haga sus veces, los responsables de coordinar la formulación oportuna del proyecto del **POT**, y de someterlo a consideración del Concejo de Gobierno para su aprobación” (pág. 30).

Ahora bien, aunque es cierto que la aprobación del **POT** corresponde al Concejo Distrital, no puede perderse de vista el papel fundamental que la Alcaldía de Bogotá tiene en la determinación del contenido de esa normativa. Además de la obvia incidencia que esa autoridad tiene al ser la titular exclusiva de la iniciativa para la formulación del **POT**, no pueden perderse de vista dos aspectos fundamentales. En primer lugar, que cualquier modificación que se introduzca al proyecto por parte del Concejo Distrital debe contar con la anuencia de la Alcaldía de Bogotá. Al respecto, el artículo 25 de la Ley 388 de 1997 establece que “[t]oda modificación propuesta por el concejo deberá contar con la aceptación de la administración”. Esta regla fue avalada por la Corte Constitucional con fundamento en los siguientes argumentos:

“(…) en nada se invade ni obstruye la autonomía del concejo por el hecho de exigir la anuencia del Ejecutivo municipal o distrital respecto del contenido del proyecto presentado.

Debe subrayarse precisamente que, siendo el asunto de iniciativa del alcalde, es lógico pensar que si el objeto de la misma –el proyecto– se modifica, de manera que los elementos inicialmente tenidos en cuenta por la administración no serían ya los mismos, esa regla legal, referente al origen del proyecto del Plan de Ordenamiento Territorial, devendría en inoficiosa.

Por tanto, a juicio de la Corte la obtención de la aquiescencia del gobierno distrital o municipal en cuanto al proyecto, si es modificado por el concejo, es consecuencia natural de su iniciativa en la materia, y no viola precepto constitucional alguno”¹⁹.

El segundo aspecto relevante está regulado en el artículo 26 de la Ley 388 de 1997. Consiste en que la Alcaldía de Bogotá tiene la potestad de aprobar su proyecto de **POT** mediante decreto en caso de que el Concejo Distrital no adopte decisión alguna dentro del término correspondiente. Se

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 051 de 2001.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

trata, en concepto de la Corte Constitucional, de un caso en que se autoriza que de manera excepcional unas autoridades distritales cumplan las funciones de otras que no han desarrollado la actividad que les corresponde²⁰. Por supuesto que esta determinante atribución para la Alcaldía de Bogotá no se desvirtúa por la aclaración que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado realizó en el concepto citado por las **INTERVINIENTES** (pág. 26 del recurso). En ese acto la Corporación precisó que la Alcaldía no podría aprobar por decreto el proyecto de **POT** si el Concejo Distrital adopta la decisión de no aprobarlo²¹. Pero, como es evidente, esa aclaración no impide que cualquier modificación al proyecto requiera la autorización de la Alcaldía ni que esta autoridad lo apruebe en caso de que el Concejo Distrital no adopte decisión alguna dentro del término correspondiente.

4.4. Argumento basado en que la decisión impugnada se fundó en un proyecto de **POT** que no ha sido aprobado.

4.4.1. El argumento de impugnación

La referencia que se incluyó en la decisión impugnada sobre el proyecto de **POT 2022-2035** es reprochable porque no ha sido aprobado por el Concejo Distrital y, en consecuencia, no es una fuente de derecho. Esta Superintendencia no puede utilizar “un documento meramente preliminar y no vinculante para acreditar la existencia de riesgos de competencia en la Transacción” (pág. 27). De otra parte, en la práctica la decisión impugnada genera una barrera ilegal, pues “la participación de sociedades que tengan capital público del distrito en el mercado es viable bajo la Constitución y la Ley” (pág. 27). Adicionalmente, no tiene sentido afirmar que la política de priorizar las redes neutrales de fibra óptica –contenida como una propuesta en el proyecto de **POT 2022-2035**– es una estrategia para beneficiar a **ETB**. Se trata de una política pública para promover la eficiencia y la mejor prestación del servicio de comunicaciones, pues las redes neutrales precisamente pretenden que todos los **PRST** puedan acceder y que se materialice el principio de compartición de infraestructura. Sobre esa base, la decisión impugnada supone que, si en ejercicio de sus facultades constitucionales el Concejo establece una política que promueva las redes neutrales, estaría propiciando una política anticompetitiva. Esa decisión, entonces, estaría limitando las facultades constitucionales del Concejo.

4.4.2. Consideraciones

A. La referencia al proyecto de **POT 2022-2035** es pertinente y coherente con el enfoque prospectivo del control previo de integraciones empresariales

El primer argumento de las **INTERVINIENTES** sugiere que la decisión impugnada hubiera estado fundada en una norma que no puede ser considerada fuente de derecho en la medida en que no ha sido aprobada por la autoridad competente para dictarla. Esa apreciación no es exacta y desconoce el enfoque del fundamento de la decisión. Para lo que interesa en este punto, la decisión impugnada se sustentó en una tesis: que la materialización de la operación analizada podría generar una estructura de mercado que fortalecería las barreras de entrada y que generaría incentivos para que las **INTERVINIENTES** limitaran el acceso de nuevos competidores. En particular, que la Alcaldía de Bogotá –controlante de **ETB**– podría aprovechar su papel fundamental en el diseño e implementación de reglas generales relevantes para los mercados analizados con el fin de limitar la posibilidad de que nuevos competidores pudieran construir la infraestructura que interesa en este caso. Sobre esa base, la referencia al proyecto de **POT 2022-2035** constituyó solo un ejemplo de la manera en que ese riesgo de efectos unilaterales podría materializarse, pues –como se indicó en la decisión impugnada– el proyecto contiene unas reglas que podrían contribuir a generar los referidos efectos unilaterales problemáticos desde la perspectiva de la libre competencia. Es más, la decisión incluyó un ejemplo adicional relacionado con la concesión de autorizaciones para la construcción de infraestructura.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 051 de 2001.

²¹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 2162 de septiembre 2 de 2013.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

Es importante resaltar un aspecto fundamental de la tesis que se comenta. Consiste en que el enfoque empleado para sustentarla es completamente adecuado para un análisis de naturaleza prospectiva como el que está llamada a realizar esta Superintendencia en desarrollo del control previo de integraciones empresariales. Como se indicó en el numeral 4.1.2. de este acto, el análisis en estos casos está orientado a determinar cuáles podrán ser los efectos que una integración podría generar en el futuro. Por lo tanto, es legítimo –e indispensable– que esta Superintendencia tenga en cuenta elementos que todavía no han ocurrido pero que probablemente ocurrirán, como un proyecto de **POT** que aún no ha sido aprobado pero que ya fue presentado. Según la lógica de las **INTERVINIENTES**, para concluir que existe un riesgo de efectos unilaterales como el que ha sido expuesto la autoridad debería esperar hasta que (i) la integración se materializara, (ii) la Alcaldía de Bogotá presentara un proyecto de **POT** problemático para la dinámica de competencia, (iii) el Concejo Distrital lo aprobara y (iv) la regla generara los efectos perjudiciales esperados. Esa consideración es inaceptable porque es prohibitiva y, además, emplea un enfoque *ex post* para un análisis prospectivo de naturaleza *ex ante*.

B. La decisión impugnada no proscribe las redes neutrales de fibra óptica ni limita las facultades del Concejo Distrital

El segundo argumento de las **INTERVINIENTES** consiste en que la política de priorizar las redes neutrales de fibra óptica no puede ser considerada como una estrategia para beneficiar a **ETB** porque en realidad promueve la eficiencia y la mejor prestación del servicio de comunicaciones. Ese argumento está basado en un supuesto: si es posible atribuir un beneficio a la regla propuesta –contenida en el proyecto de **POT 2022-2035**– no es posible concluir que podría generar los efectos unilaterales que sustentaron la decisión impugnada. El supuesto identificado no es correcto. El análisis de naturaleza prospectiva que desarrolla esta Superintendencia en materia de integraciones empresariales normalmente exige ponderar los beneficios atribuibles a la operación y los riesgos que podría generar. Esto evidencia que en la práctica es usual que determinadas propuestas –como podría ser una integración o un proyecto normativo– simultáneamente ofrezcan beneficios y generen riesgos desde la perspectiva de la libre competencia. No hay alguna incompatibilidad lógica entre la generación de beneficios y la generación de riesgos en esta materia. En consecuencia, que la norma contenida en el proyecto de **POT 2022-2035** genere alguna eficiencia no desvirtúa necesariamente que también dé lugar a riesgos para la dinámica de competencia.

Esa fue precisamente la consideración de esta Superintendencia, que en la decisión impugnada no proscribió la priorización de las redes neutrales de fibra óptica ni condicionó en manera alguna las facultades del Concejo Distrital. Simplemente resaltó que normas como la analizada –aunque pueden tener beneficios– también dan lugar a riesgos en el contexto específico de la operación de integración que interesa en este caso. Esta consideración se sustentó en que, como ya está claro, la materialización de la integración podría generar una estructura de mercado que fortalecería las barreras de entrada y que generaría incentivos para que las **INTERVINIENTES** limitaran el acceso de nuevos competidores. Por lo tanto, la regla analizada promovería una tecnología eficiente, pero si se adopta en el contexto de la integración también contribuiría a impedir que nuevos competidores pudieran construir la infraestructura necesaria para ingresar al mercado.

4.5. Argumento consistente en que la participación pública en ETB no le otorga una ventaja competitiva.

4.5.1. El argumento de impugnación

La participación pública que el Distrito de Bogotá tiene en **ETB** no le otorga una ventaja competitiva. La compañía no es un agente con capacidad para determinar las condiciones del mercado, siempre ha participado en igualdad de condiciones con los demás particulares y jamás

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

se ha beneficiado de regulaciones especiales que hubiera dictado la Alcaldía de Bogotá. De otra parte, la decisión impugnada es contradictoria con la posición que esta Superintendencia adoptó mediante la Resolución No. 24527 de 2017. En esa oportunidad analizó la integración entre **UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** y rechazó que “las facultades regulatorias del municipio en materia de ordenamiento territorial configuraran una barrera que pudiera convertirse en un riesgo para la competencia” (pág. 29). Adicionalmente, la decisión no tuvo en cuenta otros casos en los que se autorizaron integraciones realizadas por empresas controladas por entidades públicas.

4.5.2. Consideraciones

A. Las INTERVINIENTES no formularon argumentos que discutieran los fundamentos de la decisión impugnada

En lo que atañe a las ventajas competitivas derivadas de la naturaleza pública de **ETB**, esta Superintendencia formuló un argumento específico consistente en que la compañía tendría facilidad para celebrar acuerdos de cooperación interinstitucional con los que podría limitar aún más la participación de nuevos agentes en el mercado (pág. 33). Sobre esa base, es claro que los argumentos de impugnación formulados por las **INTERVINIENTES** no atacan el fundamento de la decisión impugnada y, en consecuencia, no habría motivos para revocarla.

B. La decisión adoptada mediante la Resolución No. 24527 de 2017 no constituye un precedente para este caso y no impone la revocatoria de la decisión impugnada

En la Resolución No. 24527 de 2014 esta Superintendencia efectuó un análisis de los **POT** de Medellín y el Valle de Aburrá para determinar si existían limitaciones al acceso a la infraestructura. Basada en la revisión de las circunstancias específicas del caso, concluyó que no se apreciaron restricciones en el campo de las telecomunicaciones y que no se podía inferir que como consecuencia de las normativas referidas se llegara a generar una barrera de entrada al mercado relevante en ese caso.

Sin embargo, el argumento de las **INTERVINIENTES** desconoce el contexto específico del caso analizado. En ningún momento esta Superintendencia afirmó de manera general que ningún **POT**, bajo ningún supuesto y en ningún contexto tendría la idoneidad de generar barreras para el acceso a la infraestructura de telecomunicaciones. Su estudio estuvo concentrado en el análisis particular que realizó a los **POT** específicos de Medellín y Valle de Aburrá en relación con los mercados particulares que resultaban relevantes para la operación analizada en ese caso. Esto se evidencia porque esta Superintendencia, antes de plantear la conclusión citada por las **INTERVINIENTES**, aclaró expresamente que su análisis fue realizado “de acuerdo con los **POT** expuestos” (pág. 102). En consecuencia, es claro que las conclusiones planteadas en la Resolución No. 24527 de 2014 versaron sobre unos mercados específicos y en unas zonas geográficas puntuales, en las cuales fue necesario revisar el correspondiente **POT** aplicable en ese contexto particular. En este sentido, no es cierto que la decisión impugnada sea contradictoria con la posición que esta Superintendencia adoptó al evaluar la integración entre **UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** Sencillamente es que dicha integración no constituye un precedente para este caso respecto del punto específico que determinó la decisión impugnada, pues los análisis realizados en cada operación están sujetos a las condiciones específicas de cada caso.

De otra parte, no se puede desconocer que la conclusión consistente en que en este específico caso el **POT** podría resultar idóneo para distorsionar la competencia fue adoptada con fundamento en un análisis particular y, además, fue corroborada con el concepto de otras autoridades. Como ya se mencionó en el numeral 4.2.2. de este acto, la **CRC** también reconoce el papel fundamental del **POT** en materia del despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, lo cual es un elemento determinante para permitir la entrada de nuevos competidores a los

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

mercados relevantes para la operación analizada. Por lo tanto, es necesario analizar en cada caso las particularidades de la operación y el contexto específico en el que tiene lugar para determinar si en ese caso particular el **POT** puede generar barreras a la entrada o no.

Por lo expuesto anteriormente, la decisión adoptada mediante la Resolución No. 24527 de 2014 no constituye un precedente para este caso y no impone la revocatoria de la decisión impugnada.

C. La decisión impugnada no es incoherente con las decisiones que esta Superintendencia ha adoptado en casos en los que participaron empresas controladas por entidades públicas

El argumento de las **INTERVINIENTES** es que la decisión impugnada no tuvo en cuenta otros casos en los que se autorizaron integraciones realizadas por empresas controladas por entidades públicas. En particular, refirieron las integraciones de (i) **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.** e **ISAGÉN S.A. E.S.P.**, (ii) **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** e **ISAGÉN S.A. E.S.P.**, y (iii) **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, en los que esta Superintendencia no consideró que existiera un riesgo para la libre competencia por la facultad de regulación de la entidad pública controlante.

Como ya está claro, el argumento de las **INTERVINIENTES** desconoce que el análisis realizado en las operaciones de integración se adelanta "caso a caso", pues depende de las particularidades del mercado relevante definido, de los agentes que participan en la operación y del contexto en el que vaya a tener lugar, entre otras características puntuales que puedan presentarse en cada caso específico. Es más, el argumento de las **INTERVINIENTES** está incompleto porque asume que la única fuente de los efectos unilaterales que sustentaron la operación fue el hecho de que **ETB** está controlada por la Alcaldía de Bogotá. Sin embargo, esos riesgos se originan por esa circunstancia sumada a todos los demás aspectos del contexto específico que se aprecia en este caso, que ya fueron expuestos con suficiencia en la decisión impugnada y en este acto. Así, es evidente que el argumento analizado se limita a un aspecto de la operación –naturaleza jurídica de las intervinientes y mercado en el que se realizará la operación– y lo desliga de los demás elementos característicos de cada caso. Esto, por supuesto, no es un método adecuado. Según la lógica de las **INTERVINIENTES**, si esta Superintendencia aprueba la integración de dos particulares en un mercado específico –naturaleza jurídica de las intervinientes y mercado relevante–, el respeto por el precedente le impondrá aprobar todas las demás integraciones que se presenten en el futuro en tanto que sean realizadas por particulares para el mismo mercado. Esa es una consideración incorrecta porque, se insiste, en cada caso es necesario analizar las particularidades específicas de cada mercado, de cada una de las intervinientes y de todos los aspectos que podrían resultar relevantes para el análisis.

Por lo tanto, la decisión impugnada no es contradictoria con el precedente de esta Superintendencia. El punto es que los casos referidos por las **INTERVINIENTES** son casos diferentes, con particularidades distintas y que se materializarían en contextos específicos. En cada integración se realizó el respectivo análisis de la operación y se definieron las posibles restricciones que se podrían generar en materia de competencia. Por ejemplo, en la operación de integración entre **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.** e **ISAGÉN S.A. E.S.P.** se aprecian al menos dos factores diferenciales que impiden tener la decisión adoptada en ese caso como un precedente vinculante para los aspectos determinantes de este. En primer lugar, el mercado relevante en esa oportunidad tenía alcance nacional, pues correspondió a los mercados de generación y comercialización de energía eléctrica y de comercialización de gas natural en el mercado secundario a nivel nacional. En este caso, como ya está claro, el ámbito geográfico del mercado relevante es muy diferente. En segundo lugar, en el caso referido por las **INTERVINIENTES** existía una regulación expedida por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**, la cual prohibía que, como resultado de una integración, una empresa incrementara su participación en un porcentaje mayor al 25% en el mercado de generación y comercialización de energía eléctrica. Esta regla que limita la concentración en el mercado no

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

existe en el que interesa en esta oportunidad. En consecuencia, los casos referidos por las **INTERVINIENTES** tienen particularidades específicas que conllevan un análisis diferente, de manera que no podrían ser considerados como precedente vinculante en los aspectos relevantes para esta operación.

4.6. Argumento basado en que esta Superintendencia habría tenido una indebida aproximación al principio de neutralidad competitiva

4.6.1. El argumento de impugnación

La decisión impugnada empleó indebidamente los pronunciamientos de la **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)** en tres dimensiones. Primero, porque esas recomendaciones no están orientadas a prohibir la existencia de agentes de mercado con participación de capital público. Sin embargo, la decisión sí genera ese resultado. En segundo lugar, esta Superintendencia desconoció que los lineamientos de la **OCDE** están dirigidos a los Estados para que se abstengan de imponer medidas regulatorias que limiten la libre competencia, pero no pueden aplicarse a los agentes de mercado para limitar su libertad de empresa. Finalmente, el Distrito de Bogotá cumple las recomendaciones en lo que atañe a su relación con **ETB** porque no le otorga un trato preferencial, no la exime de cumplir la normativa en materia de protección de la competencia, no le otorga subsidios, no le da ventajas en procesos de contratación pública y no la faculta para recolectar datos sensibles que mejoren su posición competitiva.

4.6.2. Consideraciones

A. Esta Superintendencia aplicó de manera adecuada el principio de neutralidad competitiva al plantear el fundamento de la decisión impugnada

Como se indicó en la decisión impugnada, en las Directrices sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas la **OCDE** realizó una recomendación específica con el fin de evitar distorsiones en la competencia y garantizar igualdad de condiciones para todos los participantes en el mercado. Consistió en que debería existir una clara separación entre la función de propiedad del Estado y sus funciones regulatorias susceptibles de influir en las condiciones del mercado en el que participan las empresas de propiedad estatal. La Organización afirmó lo siguiente:

"A menudo, el Estado desempeña el doble papel de regulador del mercado y de propietario de empresas públicas con actividades comerciales, especialmente en industrias de servicios públicos recientemente desreguladas y frecuentemente privatizadas en forma parcial. Cuando esto sucede, el Estado es actor importante del mercado y árbitro al mismo tiempo. Por consiguiente, la plena separación administrativa de las responsabilidades de propiedad y de regulación del mercado constituye un requisito previo fundamental para la creación de condiciones iguales para las empresas públicas y para las empresas privadas y para evitar la distorsión de la competencia"²².

Se aprecia, entonces, que la **OCDE** considera que es posible que se generen distorsiones en la competencia si no se promoviera una adecuada separación entre el papel del Estado como propietario de un agente de mercado y su papel como actor fundamental para la formulación de normas relevantes para el mercado en el actúa ese agente. Sobre esa base, es evidente la pertinencia de esa consideración para corroborar que los efectos unilaterales identificados en este caso son suficientes para justificar la decisión impugnada. Como ya está claro, esta Superintendencia concluyó que la Alcaldía de Bogotá –controlante de **ETB**– podría aprovechar su papel fundamental en el diseño e implementación de reglas generales relevantes para los mercados analizados con el fin de limitar la posibilidad de que nuevos competidores pudieran construir la infraestructura que interesa en este caso. Por lo tanto, la materialización de la

²² **OCDE**. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas. 2011. Pág. 22.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

integración generaría una situación en la que una entidad pública que tiene incidencia en la formación de normas para el mercado también sería propietaria de una empresa pública que podría beneficiarse con esas normas. En esas condiciones, es claro que esta Superintendencia aplicó adecuadamente las consideraciones de la **OCDE**. En efecto, (i) la **OCDE** considera que podría distorsionarse la competencia si en una entidad pública concurren los roles de "regulador" y propietario de un agente afectado por la regulación; (ii) esta Superintendencia concluyó que como resultado de la integración en la Alcaldía de Bogotá concurrirían esos dos roles —con las precisiones ya explicadas en este acto—; por lo tanto, (iii) es evidente que la recomendación de la **OCDE** es pertinente para concluir que la integración podría distorsionar la competencia porque esa operación generaría que la Alcaldía de Bogotá tuviera el doble rol referido.

B. Ninguno de los tres argumentos específicos de las **INTERVINIENTES** es idóneo para desvirtuar los fundamentos de la decisión impugnada

Los argumentos específicos que propusieron las **INTERVINIENTES** no tiene un fundamento adecuado. En primer lugar, en la decisión impugnada esta Superintendencia no estableció una prohibición para la existencia de agentes de mercado con participación de capital público. Simplemente consideró que en este caso particular la concurrencia de roles que la integración generaría en la Alcaldía de Bogotá podría generar efectos unilaterales perjudiciales para la dinámica de competencia. En segundo lugar, mediante la decisión impugnada no se aplicó a un agente de mercado un lineamiento dirigido a los Estados. Ese argumento supone que esta Superintendencia tuvo en cuenta una recomendación con carácter normativo que fue establecida para regular la conducta de los Estados y que, de manera inadecuada, extendió su aplicación a sujetos cuyo comportamiento no se pretendía regular. Como ya quedó explicado, las consideraciones de la **OCDE** no son el fundamento normativo de la decisión impugnada. Simplemente corroboraron una situación suficientemente sustentada: si la integración permitía que en la Alcaldía de Bogotá concurrieran los roles de actor relevante en la regulación y de sujeto beneficiado por la regulación, debería concluirse que la integración podía generar distorsiones en la dinámica de competencia. Por último, en la decisión impugnada no se afirmó que la Alcaldía de Bogotá no hubiera acogido ninguna de las recomendaciones de la **OCDE** en su relación con **ETB**. Las demás recomendaciones mencionadas por las **INTERVINIENTES** no son relevantes para el fundamento de la decisión impugnada, pues el hecho de que la Alcaldía de Bogotá las atienda no es una razón para admitir una integración con la que se genera el riesgo de que no exista una clara separación entre los roles atribuibles a la autoridad pública.

4.7. Argumento consistente en que la integración no generará que los intereses de **UFINET** queden alineados con la controlante de **ETB**

4.7.1. El argumento de impugnación

Los intereses referidos no podrían quedar alineados porque **UFINET** y **ETB** desarrollan actividades de naturaleza diferente. **UFINET** es un operador mayorista en el mercado de las telecomunicaciones desde hace 20 años, mientras que **ETB** ofrece sus servicios a los clientes finales en el sector minorista. La única manera en que los intereses de las **INTERVINIENTES** quedarían alineados en el sentido expuesto en la decisión impugnada es que **UFINET** desplegara una red mayorista para el uso exclusivo de **ETB**. Sin embargo, esa hipótesis está descartada porque el mayor incentivo económico para **UFINET** es abrir la red que construirá para todos los PRST que requieran sus servicios. En adición, en el acuerdo de accionistas se encuentran medidas que evidencian que **UFINET** tendrá incentivos para hacer contrapeso a las políticas que expida la autoridad controlante de **ETB**.

4.7.2. Consideraciones

El fundamento de la decisión impugnada en este punto puede plantearse en los siguientes términos. La Alcaldía de Bogotá estaría en capacidad de promover la formulación de reglas que

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

fortalecieran las barreras de entrada en lo que atañe a la construcción de infraestructura por parte de nuevos competidores. En adición, como resultado de la integración esa autoridad pública también tendría los incentivos para hacerlo, pues lograría beneficiar a **ETB**, que tendría parte en la **NewCo**. En esa hipótesis, no sería esperable que **UFINET** desarrollara alguna actividad para evitar que la **NewCo** materializara las ventajas que le ofrecería la normativa en cuyo diseño e implementación participa la Alcaldía de Bogotá. La razón es que esas ventajas también beneficiarían a **UFINET** porque también participa en la **NewCo**. El resultado de esos factores es que la integración podría generar una estructura de mercado que fortalecería las barreras de entrada existentes y que generaría incentivos para que las **INTERVINIENTES** limitaran el acceso de nuevos competidores al obstaculizar la posibilidad de que se construyera nueva infraestructura. En la decisión impugnada esta Superintendencia indicó lo siguiente:

"Es importante resaltar que ese riesgo existiría independientemente de la participación que el Distrito de Bogotá —a través de **ETB**— tuviera en la **NewCo**. En efecto, ya está claro que el Distrito de Bogotá tendría incentivos para estructurar la regulación del mercado en condiciones que favorecieran la empresa pública de su propiedad. El aspecto fundamental en este punto es que los incentivos de **UFINET PARTICIPACIONES** estarían completamente alineados con los de la autoridad pública y, por lo tanto, no sería esperable que desarrollara actividad alguna para evitar su materialización. Esta es una conclusión evidente porque **UFINET PARTICIPACIONES** obtendría sustanciales beneficios de la implementación de una regulación que favoreciera a la **NewCo** y que la mantuviera en el mercado como la única oferente. En consecuencia, los dos accionistas de **NewCo** tendrían incentivos para materializar los riesgos que para la libre competencia se derivan de la operación materia de análisis" (pág. 32).

Así planteado el fundamento de la decisión impugnada, es claro que los dos argumentos que ofrecieron las **INTERVINIENTES** no tienen la idoneidad para desvirtuarlo. En primer lugar, ninguna relevancia tiene que las **INTERVINIENTES** participen en mercados diferentes. Como resultado de la integración sus incentivos quedarán alineados porque a las dos les beneficiaría la normativa que podría expedirse con la participación de la Alcaldía de Bogotá. En consecuencia, ambas tendrían incentivos para aprovecharla mediante el fortalecimiento de las barreras de entrada en lo que concierne a la construcción de infraestructura por parte de nuevos competidores. En segundo lugar, aunque fuera cierto que **UFINET** tiene incentivos económicos para garantizar que todo PRST interesado pueda acceder a la red que ofrecerá en el mercado, esa circunstancia no desvirtúa el fundamento de la decisión impugnada. Esto es así porque la alineación de incentivos para bloquear la construcción de nueva infraestructura obstaculiza la entrada de agentes que quisieran competir en el mercado de infraestructura pasiva de fibra óptica oscura "aguas arriba" mediante la construcción de esa infraestructura. Mientras que el incentivo económico de conceder acceso a la red de **UFINET** a todo PRST está relacionado con el mercado de servicios de acceso fijo a internet "aguas abajo". En consecuencia, aunque el segundo argumento de impugnación fuera cierto, no es pertinente para atacar el fundamento de la decisión impugnada.

4.8. Argumento consistente en que no existen indicios que sugieran que las INTERVINIENTES van a incurrir en comportamientos anticompetitivos.

4.8.1. El argumento de impugnación

La decisión impugnada parte de una presunción de mala fe que no está basada ni siquiera en indicios de que las **INTERVINIENTES** incurrirán en comportamientos restrictivos de la libre competencia con ocasión de la integración.

4.8.2. Consideraciones

El argumento analizado nuevamente se sustenta en un enfoque inadecuado para el análisis de naturaleza prospectiva propio del control previo de integraciones empresariales. Es necesario

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

insistir en que la condición para objetar una integración no consiste en que se acredite que en el futuro las empresas involucradas incumplirán el régimen de protección de la competencia. Ese es un enfoque *ex post* inapropiado para este contexto. Para lo que interesa en este caso, la operación deberá objetarse si existen elementos de juicio que permitan concluir que, como resultado de la integración, las **INTERVINIENTES** reforzarán su capacidad para determinar las condiciones del mercado de manera independiente, pues en ese caso se considera que la operación generará efectos unilaterales perjudiciales para la libre competencia. Por lo tanto, que no existan pruebas –así sea indiciarias– de que en el futuro las **INTERVINIENTES** incurrirán en conductas anticompetitivas no es relevante. Basta con que, como ya está acreditado, la integración genere una estructura de mercado que fortalecería las barreras de entrada existentes y que generaría incentivos para que las **INTERVINIENTES** limitaran el acceso de nuevos competidores.

4.9. Argumento consistente en que esta Superintendencia desconoció el pronunciamiento de la **CRC** sobre las bondades de la transacción.

4.9.1. El argumento de impugnación

Las **INTERVINIENTES** argumentaron que la **CRC** –en el informe técnico que elaboró por solicitud de esta Superintendencia– afirmó que la integración producirá beneficios en el mercado. En particular, la entidad advirtió que “permitirá una mayor penetración de fibra óptica en zonas y estratos de la ciudad que carecen de interés comercial puro”, que “permitirá el aumento de la oferta de servicio y su calidad de cara a los Usuarios Finales” y que “contribuirá a mejorar el acceso a las tecnologías más rápidas para el uso de Internet” (pág. 42).

4.9.2. Consideraciones

El argumento de las **INTERVINIENTES** parte de una premisa incorrecta: si una integración genera algún beneficio para el mercado, necesariamente no generará riesgos para la dinámica de competencia. Como es sabido, las integraciones empresariales pueden generar simultáneamente beneficios para el mercado y riesgos para la libre competencia. Ese es uno de los factores por los que el análisis que se desarrolla en el marco del control previo tiene una dificultad considerable. Sobre la base de esa realidad práctica, el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009 permite concluir que la labor de esta Superintendencia en desarrollo del referido control normalmente consiste en ponderar los beneficios atribuibles a la operación y los riesgos que podría generar. Por lo tanto, la decisión de objetar una integración no supone necesariamente que la operación carezca de beneficios para el mercado. Lo que implica es que los riesgos que genera son sustanciales y superiores a los beneficios que se le podrían atribuir, así como que no existen condicionamientos estructurales o de comportamiento que podrían asegurar la preservación efectiva de la competencia en el mercado relevante. Ese fue precisamente el contenido de la decisión impugnada:

“Así, esta Superintendencia reconoce que, si bien la operación proyectada podría beneficiar el mercado y sus agentes, también se podrían presentar restricciones verticales a lo largo de la cadena, en virtud del contrato suscrito entre **UFINET COLOMBIA** y **ENEL CODENSA**, y de la relación que tendrán **UFINET PARTICIPACIONES** y **ETB**, gracias al control conjunto que ejercerán sobre la **NewCo**” (pag. 44).

Es evidente, entonces, que esta Superintendencia no desconoció los beneficios que podrían atribuirse a la operación ni el concepto de la **CRC** sobre ese aspecto. Al contrario, de manera expresa admitió esa circunstancia. La decisión impugnada se sustentó en que los riesgos que generaría la integración superaban los beneficios que se le podrían atribuir y, además, en que los condicionamientos propuestos por las **INTERVINIENTES** apenas mitigaban parcialmente algunos elementos de riesgo y no estuvieron relacionados con los principales efectos unilaterales esperables de la operación.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

4.10. Los argumentos consistentes en que la **NewCo** no será el único oferente de fibra óptica iluminada y en que el control conjunto de las **INTERVINIENTES** sobre esa compañía no afectará la neutralidad de la red

4.10.1. Los argumentos de impugnación

La **NewCo** no será el único oferente de fibra óptica iluminada porque **TELEFÓNICA COLOMBIA** planea entrar a ese mercado en asociación con el fondo de inversión **KKK**. En consecuencia, no es correcto el argumento consistente en que la **NewCo**, al ser la única alternativa para acceder a las redes de fibra óptica iluminada, podría bloquear a los PRST competidores de **ETB** porque estaría en capacidad de determinar las condiciones del mercado. De otra parte, el Acuerdo Marco de Inversión y el Acuerdo de Accionistas establecen un conjunto de mecanismos societarios de pesos y contrapesos que garantizarán el carácter neutral de la red de fibra óptica iluminada que administrará la **NewCo**. Esos mecanismos impedirán que las **INTERVINIENTES** utilicen la **NewCo** para bloquear el acceso de los PRST competidores de **ETB**.

4.10.2. Consideraciones

El fundamento principal de la decisión impugnada partió de la existencia de barreras legales para entrar al mercado de infraestructura pasiva. Si el entrante decide acceder mediante la infraestructura de terceros, deberá celebrar con ellos los contratos correspondientes. Si prefiere construir su propia infraestructura, tendrá que obtener los permisos correspondientes de conformidad con la normativa aplicable (pág. 25). El problema es que la integración fortalece esas barreras de entrada en los dos niveles. De un lado, las **INTERVINIENTES** controlarían toda la infraestructura indispensable para acceder al mercado. Del otro, la Alcaldía de Bogotá estaría en capacidad y tendría los incentivos para promover la formulación de reglas que fortalecieran las barreras de entrada en lo que atañe a la construcción de infraestructura por parte de nuevos competidores.

Sobre esta base, es claro que los argumentos de la impugnación no son pertinentes para desvirtuar el fundamento principal de la decisión impugnada. La objeción —en lo relacionado con este punto— está basada en el reforzamiento de obstáculos para acceder al mercado de infraestructura pasiva. Los argumentos de las **INTERVINIENTES**, en cambio, están orientados a demostrar que los PRST podrán acceder a las redes de fibra óptica iluminada administradas por la **NewCo** para competir con **ETB**.

QUINTO: Este considerando estará dedicado a analizar la nueva propuesta de condicionamientos que las **INTERVINIENTES** formularon con el recurso.

5.1. Condicionamiento consistente en que **UFINET COLOMBIA S.A.S.** terminará el contrato de mandato que tiene vigente con **ENEL CODENSA**

5.1.1. La propuesta

Las **INTERVINIENTES** propusieron que, antes de que la **NewCo** inicie operaciones y ofrezca sus servicios a los PRST, **UFINET COLOMBIA S.A.S.** se compromete a dar por terminado en forma irrevocable el contrato de mandato suscrito tiene vigente con **ENEL CODENSA**. El propósito del compromiso es que la compañía vinculada con las **INTERVINIENTES** ya no sea la administradora del acceso a la infraestructura de **ENEL CODENSA**, con lo que podría reducirse uno de los riesgos identificados en la decisión impugnada.

5.1.2. Consideraciones

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

Como ya está claro en este punto, el fundamento principal de la decisión impugnada partió de la existencia de barreras legales para entrar al mercado de infraestructura pasiva desde dos niveles. En caso de que el entrante (i) decida acceder mediante la infraestructura de terceros, debería celebrar con ellos los contratos correspondientes. Si, en cambio, (ii) prefiere construir su propia infraestructura, tendría que obtener los permisos correspondientes de conformidad con la normativa aplicable (pág. 25). La integración fortalecería esas barreras en los dos niveles porque (i) las **INTERVINIENTES** controlarían toda la infraestructura indispensable para acceder y (ii) el doble rol de la Alcaldía de Bogotá podría dificultar la alternativa de la construcción de nueva infraestructura.

Para determinar la suficiencia del condicionamiento descrito es importante precisar, con fundamento en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, cuál es el requisito indispensable para que sea posible autorizar sujeta a condicionamientos una integración que tienda a producir una indebida restricción a la competencia. La norma citada establece que será posible autorizar una integración de esas características si los condicionamientos ofrecidos son idóneos para asegurar la preservación efectiva de la competencia. Ahora bien, en este caso la indebida restricción a la libre competencia deviene de dos factores. Por lo tanto, solo podrá autorizarse la operación sujeta a condicionamientos si la propuesta de las **INTERVINIENTES** soluciona los problemas derivados de los dos factores que generan la restricción. Sobre esta base, aunque el ofrecimiento analizado es sin duda importante, resulta insuficiente para cumplir el requisito legal en comento porque solo tiende a solucionar la primera de las dos consideraciones que justificaron la objeción de la operación. Por lo tanto, no tiene la aptitud y contundencia suficiente para suprimir el riesgo de efectos unilaterales en relación con lo que se ha venido señalando en esta actuación y en la Resolución recurrida sobre el doble rol que tendría la Alcaldía de Bogotá. En efecto, a pesar del condicionamiento propuesto, la Alcaldía de Bogotá mantendría su capacidad e incentivos para generar distorsiones competitivas que podrían dar lugar a la profundización de las barreras de entrada en perjuicio de potenciales agentes interesados en desplegar su propia red de fibra óptica.

5.2. Condicionamientos consistentes en otorgar votos decisivos a los miembros que UFINET designe para la junta directiva de la NewCo y en mantener transparentes las condiciones ofrecidas a por la NewCo a los PRST

5.2.1. La propuesta

Las **INTERVINIENTES** partieron de la base de que los incentivos de **UFINET** no estarán alineados con los de la controlante de **ETB**. Su sustento es que el mayor incentivo para **UFINET** es garantizar que todos los PRST que requieran los servicios de la **NewCo** puedan tener un acceso libre y equitativo a la red. Con ese fundamento, propusieron la adopción de medidas dentro del gobierno corporativo de la **NewCo**, que estarían orientadas a garantizar que **UFINET** pueda tomar decisiones definitivas frente al acceso de PRST a los servicios ofrecidos por la **NewCo** (pág. 48). En adición, las **INTERVINIENTES** ofrecieron la realización de publicaciones sobre las condiciones ofrecidas por la **NewCo**. La idea es que esté garantizado que los PRST "que se encuentren en situaciones similares, obtengan las mismas condiciones" (pág. 50).

5.2.2. Consideraciones

La propuesta descrita no es suficiente para justificar la autorización de la integración sujeta a condiciones en los términos del artículo 11 de la Ley 1340 de 2009. En primer lugar, parte de un supuesto que está desvirtuado sobre la base del análisis realizado en la decisión impugnada y en este acto administrativo. En efecto, en el numeral 4.7. de este acto se presentaron los elementos de juicio que permiten concluir que, como resultado de la operación analizada, los incentivos de **UFINET** estarán efectivamente alineados con los de la controlante de **ETB**. Como se indicó, no sería esperable que **UFINET** desarrollara alguna actividad para evitar que la **NewCo** materializara las ventajas que le ofrecería la normativa en cuyo diseño e implementación participa la Alcaldía de

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

Bogotá porque esas ventajas también beneficiarían a **UFINET** en la medida en que también participa en la **NewCo**.

En segundo lugar, las **INTERVINIENTES** admitieron expresamente que los condicionamientos analizados están orientados a garantizar que todo PRST interesado pueda acceder a la red que la **NewCo** administrará y ofrecerá en el mercado. Por lo tanto, los condicionamientos no solucionan la indebida restricción a la competencia que la integración tiene a producir. Al respecto, la operación dejaría a las **INTERVINIENTES** con la capacidad e incentivos para bloquear la entrada de agentes que quisieran competir en el mercado de infraestructura pasiva de fibra óptica oscura "aguas arriba" mediante la construcción de esa infraestructura o mediante la utilización de la ya existente. Pero los condicionamientos están relacionados con el mercado de servicios de acceso fijo a internet "aguas abajo", pues están orientados a garantizar que todo PRST acceda a los servicios de la **NewCo** en igualdad de condiciones. En consecuencia, estos condicionamientos no aseguran la preservación efectiva de la competencia porque no se dirigen a solucionar las restricciones indebidas derivadas de la operación.

5.3. Condicionamiento consistente en que las **INTERVINIENTES** mantendrán sus negocios activos

5.3.1. La propuesta

Según esta propuesta, **UFINET COLOMBIA S.A.S.** continuaría prestando servicios de redes de telecomunicaciones y servicios de infraestructura pasiva, mientras que **ETB** continuaría prestando servicios de telecomunicaciones a los hogares y clientes corporativos en Cundinamarca. En adición, ambas empresas mantendrían su independencia y la **NewCo** no ofrecería sus servicios al canal corporativo. La vigencia de este condicionamiento sería de 5 años.

5.3.2. Consideraciones

El condicionamiento propuesto no reúne las condiciones previstas en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 porque no tiene una relación directa con las indebidas restricciones a la libre competencia que se generarían como resultado de la operación. Aunque las **INTERVINIENTES** mantuvieran sus operaciones, aún existiría el reforzamiento de las barreras de entrada. De un lado, ellas controlarían toda la infraestructura indispensable para acceder al mercado y, del otro, se mantendría el doble rol de la Alcaldía de Bogotá para dificultar la alternativa de la construcción de nueva infraestructura.

En conclusión de todo lo expuesto en este considerando, los condicionamientos ofrecidos por las **INTERVINIENTES** no podrían justificar la autorización de la operación en los términos del artículo 11 de la Ley 1340 de 2009. De un lado, porque no tienen la aptitud y contundencia suficiente para suprimir el riesgo de efectos unilaterales en relación con lo que se ha venido señalando en esta actuación y en la resolución recurrida sobre el doble rol que tendría la Alcaldía de Bogotá. Del otro, porque varios de ellos están orientados a mercados que no corresponden a aquellos en los que se generaría la indebida restricción de la competencia que sustentó la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1. CORREGIR, con fundamento en el artículo 45 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 1º de la Resolución No. 59371 de 2021. Ese artículo quedará así:

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA

"ARTÍCULO 1. OBJETAR la operación de integración empresarial entre **UFINET LATAM S.L.U.**, controlante de **UFINET COLOMBIA PARTICIPACIONES S.A.S.**, y la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. – ETB**".

ARTÍCULO 2. CONFIRMAR la Resolución No. 59371 de 2021.

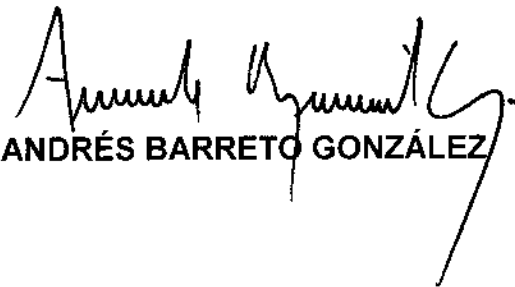
ARTÍCULO 3. NOTIFICAR este acto administrativo a **UFINET COLOMBIA PARTICIPACIONES S.A.S.** y **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, entregándoles las copias correspondientes y advirtiéndoles que contra este acto administrativo no procede ningún recurso con fundamento en el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 4. PUBLICAR esta resolución en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del párrafo primero del numeral 2.6 del Capítulo Segundo del Título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **02 DIC 2021**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 21-69461

VERSIÓN ÚNICA**NOTIFICAR:****UFINET COLOMBIA PARTICIPACIONES S.A.S.**

Nit No. 901.445.857-3

Apoderado

JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE

C.C. No. 80.417.606

T.P. No. 66.218 del C. S. de la J.

Correo electrónico: alejandro.acevedo@garrigues.com

Bogotá D.C. - Colombia

EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. - ETB

Nit No. 899.999.115-8

Apoderado

LUIS EDUARDO NIETO JARAMILLO

C.C. No. 79.488.586

T.P. No. 71.827 del C. S. de la J.

Correo electrónico: luis.nieto@nietolegal.com

Bogotá D.C. - Colombia