



## **SOBRE LA DOCTRINA DE FACILIDADES ESENCIALES Y SU APLICACIÓN POR LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA COLOMBIANA**

MARÍA FERNANDA ARCINIEGAS CERQUERA<sup>1</sup>  
PABLO ENRIQUE ONOFRE ARIAS<sup>2</sup>

### RESUMEN

El presente documento analiza la aplicación de la *doctrina de las facilidades esenciales* por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), tomando como referencia primordial, resoluciones atinentes a prácticas comerciales restrictivas (actos, acuerdos y abuso de posición de dominio), además de hacer alusión a algunos casos de integraciones empresariales y conceptos emitidos en ejercicio de la función de abogacía de la competencia. Con tal propósito, se realiza una aproximación teórica a la

- 
- 1 Abogada egresada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Actualmente se desempeña como abogada asociada en la firma Márquez Barrera Castañeda Ramírez Consultores. Es además profesora de la cátedra de Derecho de la Competencia ofrecida a los estudiantes de pregrado en la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.
  - 2 Abogado egresado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Actualmente se desempeña como abogado asociado en la firma Márquez Barrera Castañeda Ramírez Consultores.

figura, en la que se concluye: (i) la misma aplica frente a activos indispensables para poder rivalizar en mercados descendentes; (ii) tales activos no son susceptibles de duplicación desde una perspectiva técnica, económica o jurídica; (iii) la negativa a conferir acceso en términos razonables y no discriminatorios no se encuentra cimentada en una justificación objetiva; y (iv) tal negativa supone la eliminación de la competencia en mercados aguas abajo, lo que resalta su carácter excepcional. Finalmente, se colige que en pocas decisiones la SIC ha abordado la temática de facilidades esenciales. Cuando lo ha hecho, generalmente ha sido de una manera tangencial, poco profunda y, en ocasiones, un tanto vacía y confusa. Del escaso desarrollo doctrinal por parte de la SIC, se tiene que esta Autoridad ha reconocido que la aplicación de la *doctrina de facilidades esenciales* no solo es de naturaleza excepcional, sino que posee hondas implicaciones y riesgos en materia de incentivos a la innovación y la inversión. Comoquiera que la declaratoria de un activo, producto o servicio como facilidad esencial involucra, en cierta medida, la regulación de un mercado, pueda ser por ello que el empleo de esta doctrina haya sido marginal por parte de la SIC y prácticamente reservado para las autoridades regulatorias.

**Palabras clave:** doctrina de facilidades esenciales; facilidad(es) esencial(es); negativa injustificada a contratar; obstrucción; discriminación; abuso de posición dominante; “monopolización”; Superintendencia de Industria y Comercio.

**ON THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE  
AND ITS APPLICATION BY THE COLOMBIAN  
COMPETITION AUTHORITY**

*ABSTRACT*

*This paper discusses the application of the essential facilities doctrine by the Superintendence of Industry and Commerce (SIC), using as a primary reference those investigations related to restrictive commercial practices (acts, agreements and abuse of dominant position), as well making reference to some cases of economic concentrations, and concepts ushered while exercising competition advocacy functions. For this purpose, a theoretical approach to the figure is performed, which concludes that: (i) the doctrine applies concerning assets that are essential in order to compete in downstream markets; (ii) such assets cannot be duplicated from a technical, economic or legal perspective; (iii) the refusal to grant access on reasonable and nondiscriminatory terms is not grounded in an objective justification; and (iv) such refusal entails eliminating competition in downstream markets, highlighting its exceptional character. Finally, the paper concludes that, in few decisions, the Superintendence of Industry and Commerce has addressed the issue of essential facilities. When it has done so, it has generally been in a tangential, shallow and, in times, in an empty and confused manner. From the limited doctrinal development carried out by the SIC, we find that this Authority has recognized that the application of the essential facilities doctrine is not only exceptional, but has profound implications and risks with regards to innovation and investment incentives on businesses. Owing to the fact that the declaration of an asset, product or service as an essential facility involves, to some extent, a market regulation, this may explain the marginal use of this*

*doctrine by the SIC and the reason why it has been practically reserved for sector regulators*<sup>3</sup>.

**Key words:** *essential facilities doctrine; essential facilities; refusal to deal; foreclosure; discrimination; abuse of dominant position; monopolization; Superintendence of Industry and Commerce.*

## I. INTRODUCCIÓN

La denominada *doctrina de las facilidades esenciales*, originada en los Estados Unidos a comienzos del siglo XX, y aplicada en el ámbito europeo desde la década de 1970, representa una de las temáticas que, en el contexto del ordenamiento de protección de la competencia, ha suscitado mayores debates, tanto en la práctica de los operadores jurídicos, como en la literatura que al respecto se ha expedido.

Ciertamente, la posibilidad de conminar a un agente de mercado a compartir con sus competidores, un activo –tangible o intangible– respecto del cual –las más de las veces– ha debido realizar importantes inversiones y/o esfuerzos a nivel de investigación y desarrollo, pugna con uno de los postulados básicos del régimen de competencia, a saber, la libertad que deben tener los agentes económicos, de definir de manera autónoma su política empresarial, y por ende, decidir con quiénes contratan<sup>4</sup>. La

3 Traducción libre por parte de los autores.

4 Uno de los principales expositores de las críticas frente a la doctrina de las facilidades esenciales ha sido Philip Areeda, quien ha expresado que no puede existir un deber absoluto que fuerce a las empresas que se desenvuelven en el mercado, a contratar con sus competidores, máxime cuando se han realizado cuantiosas inversiones y se han asumido riesgos significativos en el despliegue de una actividad (v.gr. régimen de patentes de invención). Areeda, P. “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust Law Journal*: Vol. 58 (1990), pp. 841-853.

discusión ha sido particularmente álgida en lo que respecta a la protección de derechos de propiedad intelectual como marcas y patentes de invención, pues como acertadamente lo han sostenido algunos autores, entre mayor sea el grado de originalidad de una invención determinada y más difícil devenga su duplicación por un competidor, mayor será el deber legal de cumplir con obligaciones de acceso abierto<sup>5</sup>.

Tales circunstancias han llevado a los detractores de la teoría a sostener que el recurso a la misma, aun cuando posiblemente incremente el bienestar de los consumidores en el corto plazo (debido a la existencia de mayores presiones competitivas en el mercado), puede afectar la eficiencia en el largo plazo, al mermar los incentivos de las empresas a invertir e innovar en bienes y servicios de calidad, que satisfagan de manera óptima las cambiantes necesidades de los consumidores, lo que a la postre reducirá así mismo, el bienestar de éstos<sup>6</sup>.

En efecto, las autoridades de competencia, tanto a nivel estadounidense como europeo, han esbozado una teoría que, en resumidas cuentas, permite a los competidores del agente económico que controla una facilidad que constituye un insumo indispensable a efectos de poder competir en mercados descendentes o *downstream*, y cuya duplicación no es factible en la práctica por razones jurídicas, financieras o técnicas, acceder a la misma bajo términos razonables y no discriminatorios. Bajo esta línea de pensamiento, la doctrina de las facilidades esenciales ha habilitado a las autoridades de competencia, no solamen-

---

5 Ibid. También puede consultarse: Lipsky, A.B. & Sidak, J.G. “Essential Facilities”, *Stanford Law Review*: Vol. 51, No. 5 (May, 1999), p. 1219; y Piropato, M. “Open Access and the Essential Facilities Doctrine: Promoting Competition and Innovation”, *University of Chicago Legal Forum*: Vol. 2000, Iss. 1, Article 13, p. 405.

6 OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010), p. 12.

te a sancionar las conductas de estos agentes que controlan un insumo productivo primordial en mercados aguas arriba, como violatorias de las normas que proscriben el abuso de la posición de dominio en el mercado<sup>7</sup>, sino en ciertos casos, imponer obligaciones de acceso abierto, bajo una remuneración y condiciones razonables y no discriminatorias. Así las cosas, en términos generales, la figura suele enmarcarse dentro del género de las negativas injustificadas a contratar (*refusal to deal*)<sup>8</sup>, aun cuando puede extenderse a supuestos en los que, si bien se confiere el acceso al activo esencial, éste se realiza bajo condiciones abusivas (v.gr. cobros excesivos o explotativos) o discriminatorias.

En este sentido, es evidente que las tensiones entre la libre competencia –que, por lo demás, en nuestro medio representa un derecho constitucional colectivo susceptible de tutelarse mediante acciones populares y de grupo–, la libertad de empresa y la protección gubernamental a ciertas invenciones mediante la concesión de monopolios legales (también conocidos como *monopolios de privilegio*), se acentúan de manera significativa en tratándose de la doctrina en mención.

Con todo, aun cuando la figura se ha desarrollado en mayor medida a través de la práctica de las cortes estadounidenses, así como de las determinaciones de la Comisión Europea y los órganos judiciales de la Unión Europea, se aprecia una tendencia creciente en otras jurisdicciones en acoger la doctrina en

---

7 Aun cuando en casos excepcionales, se haya proferido la sanción con fundamento en las prohibiciones a los acuerdos restrictivos de la competencia, como es el caso del primer fallo judicial en el que se aplicó la mentada teoría, si bien no se hizo alusión a la denominación específica de “facilidad esencial”: el *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* de 1912, proferido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. También representa un caso de práctica concertada, la decisión *Associated Press v. United States* de 1945, expedida por la corporación judicial señalada.

8 Massadeh, A.A. *The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*. University of East Anglia Law School, Working Paper Series, pp. 1-2.

comento para el análisis antimonopolios realizado por sus autoridades de competencia<sup>9</sup>, encontrándose entre éstas, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante, SIC). En efecto, en años recientes, la SIC ha empleado la teoría en reseña para analizar posibles prácticas anticompetitivas, en sectores tan diversos como: el transporte de crudo a través de oleoductos; servicios de operación de infraestructura portuaria; la disposición final de residuos sólidos; la suscripción de convenios de facturación conjunta en servicios de recolección y transporte de desechos sólidos; la distribución y comercialización de agua potable, y la distribución de combustibles líquidos para aviación en infraestructuras aeroportuarias. Así mismo, la Autoridad de Competencia ha recurrido a la figura a efectos de proferir su concepto previo en materia de abogacía de la competencia, relacionadas con el sector de telecomunicaciones.

En este orden de ideas, el presente documento tiene por objeto analizar la manera en que la autoridad nacional de competencia ha aplicado la doctrina de las facilidades esenciales, con base, por un lado, en las más recientes decisiones relacionadas con el régimen de protección de la competencia —el cual abarca lo relativo a actos, acuerdos y abusos de la posición dominante (prácticas comerciales restrictivas) e integraciones empresariales—, además de considerar algunos conceptos que la misma ha expedido en ejercicio de su función de abogacía de la competencia. De esta forma, en el Capítulo 2 se efectuará una aproximación teórica a la doctrina de las facilidades esenciales, en la que se expondrán los elementos que necesariamente deben concurrir

---

9 A modo ilustrativo, a nivel de América Latina, se ha aplicado la doctrina en países como Argentina, Colombia, Chile, México y Perú. Al respecto, véase: OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010), pp. 9-10 y 31. En lo que respecta al empleo de la figura en la jurisdicción chilena en particular, puede consultarse: Ugarte Soto, A. “Facilidades esenciales y abuso de posición dominante”, *Revista de Derecho*: Universidad Católica del Norte, Año 20, No. 2 (2013), pp. 233-268.

a fin de aplicarla ante una potencial violación de la normativa de competencia, efectuando en el transcurso de dicha exposición, una breve referencia a algunas de las críticas que los opositores de esta teoría han aducido frente a su empleo en procedimientos *antitrust*. Enseguida, el Capítulo 3 se encargará de examinar las más recientes decisiones de la SIC en las que ésta ha empleado el carácter de facilidad esencial como uno de los argumentos preeminentes en su determinación final. Para culminar, en el Capítulo 4 se llevarán a cabo unas reflexiones finales en torno a la utilización de la figura en nuestro medio.

## 2. APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA DOCTRINA LAS FACILIDADES ESENCIALES

### 2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA

Como punto de partida del presente estudio, es fundamental hacer alusión al desarrollo que ha tenido la doctrina de las facilidades esenciales, desde sus orígenes en los Estados Unidos a comienzos del siglo XX, hasta las más recientes manifestaciones de la misma, que la han hecho extensiva no sólo a elementos de infraestructura física –como lo fue en su formulación inicial–, sino a servicios y activos intangibles, en el marco de mercados tan dinámicos como el de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). Lo anterior, bajo el cometido de: (i) contextualizar al lector sobre los postulados primordiales que subyacen a la aplicación de esta teoría; y (ii) permitir una comprensión adecuada del empleo que de la misma ha efectuado la Autoridad de Competencia colombiana. Cabe empero advertir que, la referencia histórica no pretende ser exhaustiva, en tanto únicamente se enfocará en los casos más relevantes que han surgido sobre la cuestión.

### 2.2.1 Desarrollo en Estados Unidos

Se ha reconocido ampliamente en la literatura que la teoría de las facilidades esenciales fue aplicada por primera vez en el año 1912, en el caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*<sup>10</sup>, fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En dicha oportunidad, la corporación judicial señalada encontró que, habida cuenta de la imposibilidad en la que se hallaban las empresas ferroviarias no pertenecientes a la asociación ferroviaria de la ciudad de St. Louis de ingresar a ésta y a sus zonas aledañas sin utilizar las facilidades controladas por dicha asociación<sup>11</sup>, era imperativo que las empresas agremiadas otorgaran acceso no discriminatorio a terceras compañías que requirieran del mismo a efectos de llevar a cabo su actividad económica. Sin embargo, cabe denotar que, en el fallo referenciado, no se hace alusión explícita a la denominación *facilidad esencial*, lo que será frecuente en la práctica de las cortes estadounidenses hasta bien entrado el siglo XX.

Transcurridos treinta años desde la formulación inicial de la teoría bajo estudio, la Corte Suprema de los Estados Unidos vuelve a incoarla en *Associated Press v. United States* (1945)<sup>12</sup>, organización gremial conformada por 1.200 periódicos con el propósito de compartir información noticiosa entre sus miembros, en aras de explotar importantes economías de escala en la

---

10 *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 US 383, 410 (1912).

11 Dichas facilidades comprendían puentes, transbordadores y terminales, entre otros elementos de infraestructura.

12 *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945).

labor de difusión de noticias a los lectores<sup>13</sup>. En dicha ocasión, la Corte consideró que la posibilidad –derivada de las disposiciones consagradas en los Estatutos de la agremiación– con la que contaban los miembros actuales (incumbentes) de *Associated Press* de impedir el ingreso a la misma de sus competidores, constituía una discriminación violatoria de la Ley Sherman.

Amerita destacar, sobre las sentencias mencionadas en precedencia, que las mismas se cimentaron en la Sección 1 de dicho Estatuto federal, la cual proscribe las acciones coordinadas entre empresas –i.e. multilaterales– que restrinjan el comercio de manera irrazonable<sup>14</sup>. No obstante, y como se verá a lo largo de esta sección, la mayoría de casos relacionados con la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales se ha relacionado con abusos de posición dominante, o más precisamente, como opera en el contexto estadounidense, el alcanzar o mantener un “poder monopólico” de manera inapropiada (usualmente mediante prácticas exclusorias frente a los rivales de la firma), conducta

---

13 Anota Areeda (1990) sobre el particular: “*The combination achieved important economies of scale. The members collectively could support a reporter in Istanbul or a staff of economic experts to analyze antitrust decisions for the benefit of readers. The basic rationale for the venture was to achieve economies of scale, which goal the addition of members served*”. En: AREEDA, P. “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust Law Journal*: Vol. 58 (1990), p. 842.

14 Reza la disposición: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court*”.

proscrita por la Sección 2 de la Ley Sherman<sup>15 16</sup>.

La primera vez que se hace alusión en forma expresa a la noción de *facilidad esencial*<sup>17</sup>, sucede en el caso *Otter Tail Power Co. v. United States* (1973), en donde la Corte Suprema dictaminó que, la empresa *Otter Tail* –la cual actuaba en los mercados de generación y transmisión de energía eléctrica– habría violado la Sección 2 de la Ley Sherman, al negarse, en primera instancia, a vender dicho insumo productivo a ciertos municipios que buscaban proveer servicios de distribución de energía eléctrica a sus residentes, y en segunda medida, al negarse a proveer capacidad de transmisión de energía adquirida de otros proveedores mayoristas, a dichos municipios.

15 Como con claridad lo denota Areeda (1990): “*The essential facilities concept, applied to a single firm, must heed the conduct requirement –not just market power– necessary to constitute monopolization under Section 2 of the Sherman Act (...)*”

*[T]he concept of monopolization requires some element of impropriety; it has to be monopoly power coupled not with building the better mousetrap, but monopoly power coupled with some impropriety in its achievement or maintenance. The impropriety is usually found in conduct that excludes rivals (...)*

*It is important to contrast the concept of impropriety in acquiring or maintaining monopoly power with the concept of abusing monopoly power (...) Section 2, as applied, focuses on the manner in which a firm acquires, expands, or maintains monopoly power: It is no violation of Section 2 for a monopolist to charge a monopoly price. If the monopoly was not improperly obtained or maintained, then exploiting the monopoly-to charge whatever monopoly price the market will bear-does not violate the statute (...)*. En: AREEDA, P. “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust Law Journal*: Vol. 58 (1990), pp. 845-847.

16 La Sección 2 de la Ley Sherman prescribe: “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court*”.

17 Según se apunta en: MASSADEH, A.A. *The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*. University of East Anglia Law School, Working Paper Series, p. 12.

Si bien existen fallos ulteriores en los que se aportan criterios que permitirán delinear la doctrina bajo análisis<sup>18</sup>, deviene fundamental traer a colación la sentencia de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito en el caso in *MCI Communic. Corp. v. AT&T* (1983), en donde se consagran los cuatro elementos que necesariamente deben concurrir a efectos de aplicar la figura en un caso particular. Así, la denominada *Prueba MCI*, exige:

- (i) Control del activo por parte del monopolista;
- (ii) Los competidores no deben tener la posibilidad de duplicar la facilidad esencial a un costo razonable;
- (iii) Debe negarse a un competidor el acceso a la facilidad; y
- (iv) Para el monopolista, el ofrecimiento de la facilidad a sus competidores debe ser factible.

En dicha providencia, la Corte de Apelaciones ponderó que la negativa de AT&T de proveer a sus competidores en el servicio de telefonía de larga distancia, acceso a su red local, transgredía el ordenamiento *antitrust*, en tanto la posibilidad de acceder a dicha red local era indispensable para el suministro del mentado servicio, deviniendo en exceso costosa la duplicación de la red del incumbente para sus competidores<sup>19</sup>.

---

18 Ejemplo de ello es el caso *Hecht v. Pro-Football Inc.* (1977) fallado por la corte del Circuito del Distrito de Columbia, en donde se conminó al arrendatario de un estadio de fútbol americano en la ciudad de Washington (quien era el propietario del equipo *Redskins*), a permitir a otro equipo el acceso al mismo, para efectos de entrenar en él, así como para la realización de partidos. En dicha oportunidad, se consideró que el uso del estadio era indispensable para la operación de un equipo profesional de fútbol en la referida ciudad, que el mismo no podía ser replicado en la práctica por competidores potenciales, y que otros equipos podrían acceder a él sin interferir indebidamente en el uso del arrendatario (dueño del equipo *Redskins*). En: *Ibid*, p. 13.

19 OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010), p. 6.

Al respecto, es esencial considerar que, en determinaciones posteriores se ha delimitado el alcance de los componentes de la *Prueba MCI*, dimensionándose la importancia de la definición del mercado relevante en estos casos, puesto que, de acuerdo al primer punto, será indispensable que quien controla la facilidad goce de poder monopólico –dominante, en nuestro medio– en el mismo<sup>20</sup>. De igual forma, se ha sostenido que, la inviabilidad de duplicación no se acredita con el hecho de que el activo cuyo acceso se pretende, sea la alternativa de menor costo; así las cosas, deberá probarse que las supuestas alternativas no son viables en la práctica, o que las mismas no existen<sup>21</sup>. Ahora bien, en lo relacionado con la negativa a proporcionar el acceso, cabe precisar que ésta puede configurarse, no sólo cuando el mismo se impide, sino cuando se imponen condiciones en exceso onerosas para el efecto<sup>22</sup>. En lo atinente al último elemento, la jurisprudencia estadounidense ha puntualizado que pueden existir objetivos legítimos de parte de las empresas para negar el acceso (*legitimate business purpose*), los cuales pueden relacionarse con aspectos como la carencia de viabilidad física (v.gr. limitaciones de capacidad) o el deterioro en la calidad del servicio prestada a los clientes propios, de conferirse el acceso solicitado<sup>23</sup>.

*A fortiori*, en el caso *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* (1985)<sup>24</sup>, la empresa *Aspen Skiing*, propietaria de tres centros de esquí (montañas) en Aspen, se rehusó a renovar un acuerdo de venta de tiquetes multizonales de seis días con el dueño de un cuarto centro de esquí (*Highlands*), que permitían a los clientes disfrutar de un importante descuento por acceder a los

---

20 *Ibíd.*

21 *Ibíd.*

22 *Ibíd.*

23 *Ibíd.*

24 *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

cuatro centros mediante el sistema de telesillas, en un mercado en el que lo usual era que los visitantes estuvieran en Aspen durante una semana, acentuando el atractivo de la oferta multizonal. En dicha ocasión, el Tribunal de Apelaciones del Décimo Circuito estimó que el tiquete multizonal constituía una facilidad esencial que *Aspen Skiing* debía comercializar de manera conjunta con su competidor, *Highlands*, siendo su negativa a renovar el contrato, prueba suficiente de la intención de la primera de crear o mantener un monopolio en el mercado relevante definido.

Finalmente, una de las sentencias “hito” en el contexto estadounidense fue la proferida por la Corte Suprema en el caso *Verizon Communications Inc v. Law Offices of Curtis Trinko* (2004)<sup>25</sup>, en donde, con ponencia del magistrado Antonin Scalia, se limita la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales, en aquellos casos en que existe regulación sectorial específica en donde se dota al regulador de poderes efectivos de sanción frente al incumplimiento de la misma, por lo que la intervención de la autoridad antimonopolio devendría inocua<sup>26</sup>. En dicho caso, *Verizon*, proveedor monopolístico de servicios de telefonía local en el área de Nueva York, fue acusado de incumplir con las obligaciones de proporcionar acceso al bucle local, que le habían sido impuestas por la Ley de Telecomunicaciones de 1996, por cuanto, pese a haber suministrado dicho acceso a sus competidores, lo había hecho bajo condiciones inferiores de calidad del servicio (*QoS*), lo que impedía a estos últimos rivalizar efectivamente en los mercados descendentes de provisión de servicios de telefonía a los consumidores finales.

---

25 *Verizon Communications Inc v. Law Offices of Curtis Trinko*, 540 US 398(2004).

26 OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010), p. 7.

### 2.1.2 Desarrollo en la Unión Europea

La génesis de la doctrina de las facilidades esenciales en la Unión Europea se da medio siglo después de su formulación inicial en los Estados Unidos, en concreto, en el caso *Commercial Solvents Corp v. Commission of the European Communities* (1974)<sup>27</sup>. En dicha oportunidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) aseveró que la negativa de la empresa *Commercial Solvents*, de proveer materias primas a sus competidores en mercados aguas abajo en los que la misma también competía, con miras a suprimir la competencia en dichos mercados descendentes, transgredía el régimen de competencia europeo, al constituir un abuso de la posición de dominio<sup>28</sup>.

Ahora bien, aun cuando existieron casos posteriores en los que se aplicó la doctrina<sup>29</sup>, fue hasta 1992 en el caso *Sea Containers v. Stena Sealink*<sup>30</sup>, que se acuñó en forma explícita la expresión *facilidad esencial*<sup>31</sup>. En dicha oportunidad, *Stena Sealink*, operador de una facilidad portuaria, que a su vez era propietario de un

27 Casos 6/73&7/73 *Commercial Solvents v. Commission* [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR.

28 Haciendo referencia a la *ratio decidendi* del fallo en comento: “An undertaking which has a dominant position in the market in raw materials and which, with the object of reserving such raw material for manufacturing its own derivatives, refuses to supply a customer, which is itself a manufacturer of these derivatives, and therefore risks eliminating all competition on the part of this customer, is abusing its dominant position within the meaning of Article 86”. Citado en: MASSADEH, A.A. *The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*. University of East Anglia Law School, Working Paper Series, p. 15.

29 Ejemplos de ello son los casos *United Brands* (1978), *Centre Belge d’Etudes de Marche-Tele-Marketing (CBEM) v SA Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion* (1985), y el caso *Port of Roedby* (1994).

30 Caso IV/34.689-*Sea Containers v Stena Sealink* [1994] OJ L15/8.

31 OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010), p. 7; MASSADEH, A.A. *The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*. University of East Anglia Law School, Working Paper Series, p. 15.

servicio de transbordador que competía con otros prestadores del servicio, fue cuestionado por asignar a sus competidores en este mercado *downstream*, acceso bajo condiciones discriminatorias y menos favorables que las otorgadas a sí mismo.

Más adelante, en el caso *Magill* (1995)<sup>32</sup>, se aplicó la teoría en comento a derechos de propiedad intelectual, en donde la Comisión Europea –y posteriormente, el TJUE– consideraron que la negativa por parte de empresas de radiodifusión televisiva, de remitir a la compañía publicitaria *Magill TV Guide Ltd* información sobre su programación semanal, impidió a esta última acceder a un insumo esencial para el desarrollo de un nuevo producto, a saber, una guía de televisión. Cabe resaltar que este producto no era ofrecido por las empresas que incurrieron en la negativa, y que, además, frente al mismo existía demanda potencial de los consumidores que por ende no estaba siendo atendida.

Prosiguiendo con el estudio, es oportuno traer a colación el caso *IMS Health* (2004)<sup>33</sup>, en donde se estatuyeron las condiciones para efectos de aplicar la doctrina frente a derechos de propiedad intelectual, cuyo licenciamiento resulta crucial para efectos que sus competidores puedan competir con el titular de los mismos. En el caso en reseña, se coligió que, IMS, una empresa farmacéutica alemana, debía licenciar la estructura *Brick 1860* –metodología desarrollada por IMS, protegida bajo el régimen de propiedad intelectual, con el propósito de recopilar y analizar información de mercado de la industria farmacéutica alemana, ampliamente aceptada por los clientes en dicho país– a sus competidores, a efectos de que los mismos pudieran ingresar y concurrir efectivamente al mercado farmacéutico alemán. Así entonces, los requisitos se esbozaron en los siguientes términos:

---

32 *Magill* C-241/91 P & C-242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) v. Commission of the European Communities* [1995] E.C.R. I-743.

33 *IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG* [2004] E.C.R. I-5039.

1. *“La negativa debe prevenir el surgimiento de un nuevo producto para el cual existe demanda potencial de los consumidores;*
2. *La negativa no se encuentra cimentada en consideraciones objetivas; y*
3. *La negativa excluirá o eliminará una parte o toda la competencia en un mercado secundario”<sup>34</sup>.*

Una sentencia trascendental es la relacionada con el caso Oscar Bronner GmbH & Co KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG (1998)<sup>35</sup>, en donde el TJUE restringió el ámbito de aplicación de la doctrina, al considerar que un esquema de envío de periódicos a domicilio al que la compañía Oscar Bronner deseaba acceder—estando dicho esquema operador por su competidor, Mediaprint, empresa con una cuota de mercado de casi el 50% del mercado nacional de diarios en Austria—, no era indispensable para el desarrollo de su actividad, comoquiera que existían otras alternativas de distribución del producto (correo, tiendas, quioscos), aun cuando pudieren ser menos eficaces en términos comerciales<sup>36</sup>. Aunado a lo anterior, se estimó que la duplicación del esquema de envío a domicilio no era técnica, legal ni económicamente inviable para Oscar Bronner.

En el fallo *Bronner*, el TJUE estableció una prueba de tres etapas—todas ellas de satisfacción imperiosa—, que determinan la

34 Massadeh, A.A. *The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*. University of East Anglia Law School, Working Paper Series, p. 7. Traducción libre de los autores.

35 Caso C-7/97 *Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*. [1998] E.C.R. I-7791.

36 Massadeh, A.A. *The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*. University of East Anglia Law School, Working Paper Series, p. 17.

aplicabilidad de la doctrina de las facilidades esenciales ante una negativa de acceso a un activo específico:

- (i) *“La negativa a otorgar acceso probablemente eliminará toda la competencia en el mercado final por parte de la persona que solicita el acceso;*
- (ii) *La negativa no puede ser justificada objetivamente; y*
- (iii) *El acceso a la facilidad es indispensable para llevar a cabo los negocios mercado abajo mientras no exista un sustituto potencial o real de la facilidad”<sup>37</sup>.*

En sentido similar, en el caso *Microsoft (2007)*<sup>38</sup>, la Comisión Europea encontró, entre otros aspectos, que esta empresa habría abusado de su posición de dominio en el mercado de sistemas operativos para computadores personales, al rehusarse a proporcionar la información de interfaz necesaria para efectos de la interoperabilidad del software desplegado por los desarrolladores de software. En la decisión, se destacó que se trata de un mercado en el que, dada la amplia aceptación del sistema operativo Windows a nivel de computadores personales, existen importantes externalidades de red que acarrearán que, a medida que incrementa el número de consumidores que utilizan dicho sistema operativo, mayor será el número de desarrolladores interesados en desarrollar software que sea compatible para el mismo<sup>39</sup>. Sin embargo, la negativa de Microsoft a proveer tal información, escudándose en la noción de *secreto industrial*, priva a estos últimos, quienes actúan en mercados descendentes, de un insumo productivo fundamental para crear productos completamente interoperables,

---

37 OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010), p. 8.

38 Caso T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, [2007] ECR II-3601.

39 ANSARI, D. *The EC Essential Facilities Doctrine, the Microsoft Case and the Treatment of Trade Secrets*. Masters Thesis. University of Linköping (2009).

de modo que satisfagan adecuadamente las necesidades de los consumidores.

Finalmente, en *Deutsche Telekom (2008)*<sup>40</sup>, se determinó que esta empresa, proveedora de servicios de telefonía fija, habría cobrado precios inequitativos para la provisión de acceso al bucle local a sus competidores, en tanto los precios mayoristas por ella aplicados, excedían los precios minoristas que la compañía aplicaba en mercados aguas abajo, lo que impedía a sus competidores concurrir en igualdad de condiciones con la misma. Es pertinente anotar que, a diferencia de lo manifestado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Trinko*, el fallo en comento ponderó que las reglas de competencia sí pueden aplicar pese a que exista regulación sectorial ex ante, en tanto ésta puede no ser efectiva en disuadir a los agentes de mercado de incurrir en prácticas que prevengan, restrinjan o distorsionen la competencia<sup>41</sup>.

En concreto, se encontró que la empresa incurrió en la práctica de estrangulamiento de márgenes (*margin squeeze*), que no es más que una modalidad de conducta discriminatoria, que ocurre cuando el proveedor del insumo productivo se otorga a sí mismo, en su actividad aguas abajo, descuentos o beneficios que no confiere a sus demás clientes que compiten con él de manera directa en dicho eslabón. Ello conlleva que estos últimos no puedan gozar de los mismos márgenes de ganancia de que goza el agente verticalmente integrado, lo cual les genera una desventaja competitiva que les impide competir en el mercado en igualdad de condiciones.

---

40 Caso T-271/03 *Deutsche Telekom AG v. Commission of the European Communities* [2008].

41 Massadeh, A.A. *The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*. University of East Anglia Law School, Working Paper Series, p. 18.

### 2.1.3 *Condiciones de aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales*

La OECD (2010), al realizar un estudio comprensivo de la figura en diversas jurisdicciones, ha afirmado que, “*la infraestructura esencial significa que prestar un servicio es sustancialmente más difícil sin acceso a ésta (...), y que el propietario monopolista de esta infraestructura encontraría rentable imponer al menos un aumento de precio reducido pero significativo y no transitorio sobre el nivel competitivo para acceder a esta infraestructura*”<sup>42</sup>; en otras palabras, la noción de facilidad esencial guarda íntima conexión con la figura del abuso de la posición de dominio en el mercado.

Si bien el tratamiento de la doctrina de las facilidades esenciales no es unívoco en el ámbito europeo y estadounidense, de la anterior exposición pueden extraerse los siguientes elementos que necesariamente deben concurrir para efectos de aplicar la doctrina:

- (i) *La facilidad debe constituir un insumo productivo indispensable, a efectos de poder competir efectivamente en mercados aguas abajo:*

La indispensabilidad se relaciona con la sustituibilidad que puede llegar a tener un activo en una determinada cadena de valor, debiéndose en este punto recordar que, el análisis de sustituibilidad entraña considerar aquellos productos que el consumidor estima intercambiables entre sí, en razón de sus características, sus precios y su supuesto uso. En otras palabras, en la medida en que existan alternativas –reales o potenciales– hacia las cuales

---

42 OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010), p. 4.

podrían migrar los demandantes del insumo, ante un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en los precios de acceso al mismo, será un factor indicativo de que el mismo no posee los atributos para ser considerado una facilidad esencial.

Sobre el particular, hay quienes han expresado que, el imponer obligaciones de acceso únicamente debería proceder en caso de (i) ausencia de sustitutos adecuados, que permitan prestar el servicio en condiciones semejantes –más no idénticas– de calidad y precio a las ofrecidas por el agente que controla la facilidad; o (ii) cuando, pese a existir sustitutos, éstos no permiten la provisión de servicios en condiciones de calidad y de precio que permitan al solicitante del acceso concurrir en igualdad de condiciones con el incumbente<sup>43</sup>.

*(ii) La facilidad no debe ser susceptible de duplicación en el plano fáctico, por razones técnicas, legales o económicas:*

Es diáfano que, de ser posible para el agente que pretende acceder a la facilidad esencial, incursionar en dicho mercado *upstream*, mediante el despliegue de infraestructura, creación de activos semejantes etc., sería un contrasentido aplicar la doctrina de las facilidades esenciales. De lo contrario, y como lo han sostenido los detractores de la figura, se desincentivaría al agente que controla el activo, a realizar las inversiones e innovaciones necesarias –pues se expondría a la contingencia de no poder percibir un retorno apropiado de las inversiones y riesgos asumidos–, al paso que estimularía a las demás empresas a aprovecharse de los esfuerzos competitivos de sus rivales, al saber que la autoridad de competencia –o regulatoria, eventualmente– le pueden imponer a

---

43 PIROPATO, M. “Open Access and the Essential Facilities Doctrine: Promoting Competition and Innovation”, *University of Chicago Legal Forum*: Vol. 2000, Iss. 1, Article 13, p. 399.

éstos obligaciones de acceso (lo que se conoce como el problema del parasitismo, o *free riding*)<sup>44</sup>.

La posibilidad de duplicación depende de las características inherentes a cada mercado relevante, pudiendo aseverarse que, en términos generales, en mercados más dinámicos (v.gr. sector TIC), el carácter esencial de la facilidad podría llegar a ser cuestionado, en la medida en que surjan tecnologías novedosas y disruptivas que permitan satisfacer las necesidades de los consumidores de manera óptima<sup>45</sup>. Naturalmente, el que un mercado se caracterice por la presencia de importantes barreras a la entrada y/o salida, reflejadas v.gr. en la existencia de elevados costos hundidos a fin de poder establecerse en el mismo, que involucren un mayor riesgo en su despliegue, será un indicativo importante de la probable existencia de una facilidad esencial<sup>46</sup>.

Lo propio podría predicarse de aquellos mercados caracterizados por la presencia de externalidades de red significativas, y en donde el activo presuntamente esencial, ha sido adoptado como un estándar de la industria dado su amplio grado de aceptación entre los consumidores (v.gr. Caso *Microsoft*). En igual sentido, la existencia de monopolios naturales, en donde, dada la exis-

---

44 Ibid, p. 406. En alusión a la cuestión de la imposición de obligaciones de acceso en el sector de telecomunicaciones, manifiesta la autora: “*Wrongly applied, open access requirements will create a classic free rider problem (...) If competitive carriers can easily obtain access, companies may take a wait-and-see approach, effectively avoiding risk-taking altogether (...) Companies adopting such an approach intend to free ride on the investment and energy of their competitors. Such an approach neither encourages the rapid deployment of advanced services nor promotes competition*”.

45 Ibid.

46 Ibid, p. 400.

tencia de economías de escala<sup>47</sup>, de alcance<sup>48</sup> y/o de densidad<sup>49</sup>, deviene más eficiente para el bienestar social –desde la óptica de la eficiencia productiva, esto es, relacionada con la producción al menor costo posible–, que exista un único competidor que pueda operar a la mínima escala eficiente, podría erigirse en un factor constitutivo de una facilidad esencial. De hecho, la OECD ha afirmado que, las más de las veces, las facilidades esenciales coinciden con infraestructuras o activos que evidencian características de monopolio natural<sup>50</sup>.

Finalmente, es palmario que, en tanto existan restricciones de índole legal que impidan que a un mercado concurren otros agentes (v.gr. operador de un puerto o aeropuerto que actúa como concesionario exclusivo en la prestación de servicios de transporte de pasajeros y de carga), ello podrá ponderarse a su vez como indicativo de la presencia de una facilidad esencial.

---

47 Las economías de escala se caracterizan por tener un costo medio de producción decreciente a medida que aumenta la cantidad de output o producto. En: TRAIN, K. *Optimal Regulation: The Economic Theory of Natural Monopoly*, Cambridge: The MIT Press (1991), p. 5.

48 Las economías de alcance surgen cuando dada una cantidad de producto de dos o más bienes, resulta menor el costo total de producir esos bienes por una única firma que el costo agregado de producirlos por más de una firma. En: *Ibid*, p. 8.

49 Las economías de densidad se generan cuando los costos medios disminuyen en la medida que los clientes potenciales estén más próximos. Éstas caracterizan generalmente a aquellos mercados intensivos en transporte. En: Bel, G.; Mildred, W. *Does privatization of solid waste and water services reduce costs? A review of empirical studies*, Resources, Conservation and Recycling (2008), p. 1338.

50 OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010), p. 28.

(iii) *La negativa a proporcionar el acceso, o el proveerlo bajo condiciones discriminatorias o irrazonables, debe estar desprovista de toda justificación objetiva:*

Como se anticipó, pueden existir circunstancias que conlleven que el agente que funge como dueño, o controla la facilidad esencial, no se encuentre en condiciones de ofrecer el acceso a sus competidores y, de este modo, compartir su infraestructura o activos. Esto puede obedecer a factores físicos (v.gr. limitaciones de capacidad en la asignación de espacios para servicios de asistencia en tierra a aeronaves en un aeropuerto), como también a factores técnicos que supongan que, de proveerse el acceso a terceras empresas, la calidad del servicio que proporciona el incumbente a sus clientes se exponga a verse mermada<sup>51</sup>.

A su turno, la ausencia de justificación objetiva se encontrará en aquellos eventos en donde la negativa a contratar obedezca al propósito del agente que controla la facilidad esencial, de restringir la competencia, bien sea en el mercado aguas arriba o aguas abajo. Lo anterior, mediante la perpetuación de su posición prevalente en el eslabón mayorista en el que se provee el insumo, o también –siendo esto bastante frecuente– el apalancarse de dicha posición dominante para extenderla a mercados descendentes en los cuales también actúa, sea directamente o a través de firmas a las que controla. Con todo, la doctrina europea ha sido diáfana en identificar estos riesgos de apalancamiento en aquellos mercados en donde el agente que controla el activo fundamental se

---

51 *Ibíd*, p. 6.

Expresa Massadeh: “(...) [T]he general rule is that even a monopolist is free to decide with whom to deal, and this element of the MCI test proves that antitrust law does not entail that the essential facility must be shared if such a sharing would be impractical or would weaken the ability of the monopolist to serve its customers satisfactorily, and would negatively affect its performance in the market”. En: Massadeh, A.A. *The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*. University of East Anglia Law School, Working Paper Series, pp. 5-6.

encuentra verticalmente integrado con compañías que participan en eslabones *downstream* de la cadena de valor.

(iv) *La negativa supone una merma en la competencia en mercados aguas abajo:*

Para concluir, y en atención a que esta doctrina acarrea la restricción de principios tan básicos como la autonomía empresarial de los agentes en decidir libremente con quién contratar, además del interés estatal en fomentar las invenciones mediante el otorgamiento de monopolios de privilegio, su aplicación debe efectuarse únicamente en situaciones excepcionales.

Por este motivo, de encontrarse que la concesión del acceso no mejora de manera sustancial las condiciones de concurrencia en los mercados descendentes que se valen de dicho insumo productivo, no existe fundamento para permitir que otras empresas se valgan de los esfuerzos competitivos y riesgos asumidos por el incumbente que controla la facilidad, en aras de consolidar su posición en el mercado<sup>52</sup>.

De igual modo, no debe dejarse de lado que, las más de las veces, quienes se encuentran en condiciones más óptimas en términos de conocimiento de la industria regulada, son los reguladores sectoriales<sup>53</sup>. En este sentido, deberían focalizarse los esfuerzos

---

52 AREEDA, P. “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust Law Journal*: Vol. 58 (1990), p. 852. Asevera el autor: “No one should be forced to deal unless doing so is likely substantially to improve competition in the marketplace by reducing price or by increasing output or innovation. Such an improvement is unlikely (a) when it would chill desirable activity; (b) the plaintiff is not an actual or potential competitor; (c) when the plaintiff merely substitutes itself for the monopolist or shares the monopolist’s gains; or (d) when the monopolist already has the usual privilege of charging the monopoly price for its resources (...)”.

53 Esta idea se expresa en el caso *Trinko* (2004). En: OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010).

consistentes en imponer deberes de acceso abierto y no discriminatorio en tales agencias reguladoras, y sólo de manera restringida –en esencia, cuando se evidencie que la regulación *ex ante* no ha sido efectiva en disuadir potenciales conductas exclusorias de parte de los agentes de mercado– deberían actuar las autoridades de competencia<sup>54</sup>, ejerciendo una función complementaria<sup>55</sup>. No sin fundamento hay quienes sostienen que la aplicación irrestricta de la teoría en comento por las autoridades antimonopolio, podría acarrear que éstas terminen por regular el mercado, lo que, desde la perspectiva del bienestar social, es indeseable<sup>56</sup>.

### 3. APLICACIÓN RECIENTE DE LA DOCTRINA DE FACILIDADES ESENCIALES POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En pocas decisiones la Superintendencia de Industria y Comercio ha abordado la temática de facilidades esenciales. Cuando lo ha hecho, salvo en el caso de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, generalmente ha sido de una manera tangencial, poco profunda y en ocasiones un tanto vacía y confusa (v.gr. caso OCENSA). A continuación, se hace un breve recuento de las más recientes decisiones que involucran la materia.

En el año 2012 la SIC, con ocasión de una comunicación enviada por la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANC), inicia de oficio una averiguación preliminar para establecer la necesidad de iniciar una investigación por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia (con base en el artículo 1° Ley 155

---

54 Areeda, P. “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust Law Journal*: Vol. 58 (1990).

55 OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010), pp. 31 y 35.

56 *Ibid.*, p. 11.

de 1959) por parte del Oleoducto Central S.A.- OCENSA<sup>57</sup>, derivada de su actividad de adquisición de crudo con descuento a productores no propietarios antes del ingreso del crudo al oleoducto para su transporte; ello, en lugar de permitir a los productores no propietarios el uso de la capacidad a tarifas reguladas por el Ministerio de Minas y Energía. En **Resolución No. 23039 de 2013**, la SIC procede al análisis de la supuesta conducta obstructiva, estableciendo que el Oleoducto Central puede considerarse como una *infraestructura esencial* de acuerdo con los lineamientos y requisitos establecidos por la OECD<sup>58</sup> y la jurisprudencia de los EE.UU.<sup>59</sup>, comoquiera que a través de éste se transporta aproximadamente el 57.5% del crudo del país, siendo una infraestructura difícilmente replicable por los significativos costos hundidos y el prolongado periodo de tiempo que para ello se requeriría. No obstante, la SIC consideró que la no asignación de cupo a otros productores no propietarios para el transporte de crudo a través del oleoducto de OCENSA (nada concluye sobre la adquisición con descuento del crudo antes del transporte) estaría objetivamente justificada dadas las limitaciones de capacidad y lo establecido por la regulación del Ministerio de Minas y Energía (que a su vez se plasma en el Manual del Transportador de todas las empresas transportadoras, incluida OCENSA), que le darían prioridad a los socios del oleoducto, de manera seguida a quienes tengan un contrato de transporte vigente y, por último, a los terceros no propietarios y sin contrato. Lo anterior, aunado al hecho de la

---

57 ONCESA es el único oleoducto en Colombia dedicado exclusivamente al transporte de crudo. A éste confluyen otros importantes oleoductos que provienen del Alto Magdalena, los Llanos Orientales y el Meta. Este oleoducto es controlado por la empresa ECOPETROL (con el 68% sobre propiedad del oleoducto) y transporta (en tiempos de la averiguación) aproximadamente el 57.5% del crudo del país.

58 Latin American Competition Forum (Spanish Version) Foro Latinoamericano de Competencia – Sesión I: Principios de Competencia en facilidades esenciales.

59 Caso MCI v. AT&T (1983).

existencia de sustitutos como el transporte de crudo por carro tanques, impediría que la negativa de OCENSA pueda producir el efecto potencial de eliminar la competencia. En consecuencia, la SIC ordena el archivo de la averiguación preliminar.

En la **Resolución No. 56488 de 2013**, la SIC analizó la presunta conducta de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. (SPRB) según la cual ésta estaría obstruyendo el acceso al mercado de servicios de operación e infraestructura portuaria para el manejo de carbón en la zona portuaria de Barranquilla a la Sociedad Portuaria Atlantic Coal S.A. (SPAC) -denunciante-. Lo anterior lo estaría logrando al impedirle a la última el acceso terrestre al inmueble de su propiedad denominado “Patio de Chatarra” donde SPAC debía desarrollar la actividad portuaria para el manejo de carbón objeto del Contrato de Concesión suscrito con la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (CORMAGDALENA); todo lo cual podría constituirse en una violación del artículo 1° de la Ley 155 de 1959. En efecto, sucedía que el patio de chatarra de SPAC no poseía una vía de acceso terrestre directa -situación reconocida en su momento por SPAC en la escritura pública de compraventa del inmueble- por cuanto sus linderos colindaban con otros dos inmuebles que lo “encerraban”. Desde 1994, la SPAC lograba acceder a su inmueble mediante el pago de un canon de arrendamiento al antiguo propietario de uno de los inmuebles colindantes: predio de ALMADELCO S.A. (adquirido en 2003 por la SPRB); no obstante, por serias dificultades financieras, la SPAC termina celebrando un Contrato de Operación Portuaria con la SPRB en el año 1998 para la operación y explotación de su Contrato de Concesión. Durante la vigencia de dicho contrato la SPRB habilitó un acceso al patio de chatarra a través de su inmueble denominado Zona del Terminal de la SPRB, lo que tornó innecesario el pago por el acceso que se hacía a ALMADELCO. El Contrato de Operación termina en enero de 2007 por incumplimiento por parte de la SPRB, decla-

rando por Tribunal de Arbitramento y que ordena la restitución del inmueble de SPAC con todos los elementos e instalaciones que lo conforman. En 2008, la SPRB procede al cerramiento de sus predios (i.e. Zona del Terminal de la SPRB y antiguo predio de ALMADELCO) levantando muros en los inmuebles que rodean el patio de chatarra, haciendo imposible el acceso terrestre al mismo; el inmueble es restituido por la SPRB a SPAC en el año 2009. En vista de la imposibilidad de acceso a su inmueble, la SPAC inicia una serie de acciones ante distintas autoridades administrativas para lograr un acceso terrestre gratuito al mismo, que no le dan resultados por falta de competencia de dichas autoridades para declarar una servidumbre de paso. Finalmente, el patio de chatarra es adquirido por la SPRB en el año 2011, junto con la celebración de un contrato de transacción en el cual la SPAC se compromete a ceder la posición contractual de su Contrato de Concesión Portuaria en favor de la SPRB. De acuerdo con los hechos antes descritos, la SIC procede al análisis de la supuesta conducta obstructiva de la SPRB, dentro del cual aborda de una manera detallada la aplicación de la *doctrina de facilidades esenciales* al caso concreto. Afirma la SIC que el derecho de paso a través de las instalaciones de la SPRB resulta indispensable/esencial para la SPAC, al ser físicamente imposible que ésta pueda duplicar el acceso denegado por la SPRB, de tal forma que pudiera desarrollar su actividad y competir efectivamente en el mercado relevante afectado. Si bien la SIC concluye que la negativa de acceso por parte de la SPRB estaba objetivamente justificada -por lo cual ordena el cierre de la investigación-, derivado de la inexistencia de vías de acceso terrestres al patio de chatarra, así como de servidumbres o vías públicas que conectaran al predio -aún más cuando el derecho de paso que solicitaba la SPAC era a título gratuito-, en adición a que se consideró que no habría eliminación de la competencia por cuanto la SPAC nunca fue un competidor inmediato de la SPRB, sino un competidor potencial; lo intere-

sante de esta Resolución son las precisiones que en materia de facilidades esenciales realiza la SIC. En este sentido, la autoridad de competencia colombiana precisó:

*“La conducta a la que comúnmente aplica la doctrina de las facilidades esenciales comprende aquellos eventos en que la compañía que está integrada verticalmente, la cual es dominante en el mercado “aguas arriba” y compite en el mercado “aguas abajo”, se niega a proveer acceso a una facilidad esencial a un consumidor existente o futuro en el mercado “aguas abajo”. El mercado relevante “aguas arriba” es aquel donde se encuentra la facilidad esencial e incluso puede comprender un mercado potencial o hipotético, es decir, no es necesario que la empresa en cuestión esté operando en el mercado “aguas arriba”.*

*Sin embargo, no es un elemento esencial de la doctrina de facilidades esenciales la existencia de dos mercados relevantes de productos independientes que hagan parte de la misma cadena de producción (...) dicha doctrina también aplica en el caso de competidores en el mismo mercado relevante, el cual incluye la facilidad esencial en cuestión.*

*(...)*

*Adicionalmente, el concepto de facilidad esencial puede comprender cualquier tipo de producto o servicio, así como cualquier tipo de activo, tanto tangible como intangible. Así, no existe ninguna limitación preestablecida en relación con la naturaleza de los activos, productos o servicios que eventualmente pueden ser considerados facilidades esenciales.*

*(...)*

*La denegación del acceso a la facilidad esencial tiene que ser susceptible de eliminar la competencia efectiva en el mercado relevante. El daño a la estructura competitiva del mercado debe ser tal que el acto debe eliminar -o potencialmente eliminar- la competencia efectiva en el mercado relevante. Así, no cualquier afectación económica a un competidor como consecuencia de denegar el acceso a una facilidad esencial constituye una práctica restrictiva que amerite la intervención de la autoridad de competencia”<sup>60</sup>.*

---

60 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 56488 de 2013, pp. 37 – 41.

Resulta interesante y pertinente el reconocimiento que hace SIC de las implicaciones y riesgos que trae la aplicación de la *doctrina de facilidades esenciales*:

*“[L]a doctrina de facilidades esenciales es una limitación a la regla general de que toda compañía -incluso dominante- es libre de elegir su contraparte en un contrato, e incluso de abstenerse de contratar con sus competidores. Por consiguiente, en la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales existe una tensión entre, por una parte, el derecho de toda empresa de elegir su contraparte en un contrato y, por el otro, la protección de la libre competencia económica. En este contexto, no toda negativa a otorgar acceso a una facilidad esencial por parte de un agente del mercado constituye un acto anticompetitivo. Es más, la negativa de un competidor de otorgar acceso a otro competidor a una facilidad esencial constituye una práctica anticompetitiva solo en aquellos casos en que se verifican una serie de circunstancias excepcionales.*

(...)

*En el evento en que la facilidad esencial pueda ser razonablemente duplicada por un competidor o se pueda acceder a la facilidad de otras fuentes, es totalmente legítimo que la compañía que controla la facilidad deniegue el acceso a un competidor. Es inherente a la competencia que las compañías se quieran reservar para sí mismas el uso de una facilidad que han desarrollado y que les otorga una ventaja sobre sus competidores.*

*Por lo anterior la doctrina de las facilidades esenciales no aplica a aquellos casos donde el acceso a una facilidad simplemente otorga una ventaja sustancial en el mercado relevante, pero no es esencial. No es la función de esta Superintendencia asegurar condiciones equivalentes de competencia para todas las compañías y, por el contrario, tal actitud podría desincentivar la innovación e inversión por parte de los competidores en el mercado.*

(...)

*La denegación de acceso a la facilidad esencial puede estar justificada en factores objetivos (...)*

*En el examen de justificaciones objetivas, esta Superintendencia deberá tener en cuenta aquellas justificaciones que se basen en los efectos adversos sobre la innovación y los niveles de inversión que generaría el acceso de un competidor a la facilidad esencial. La autoridad de competencia no debería ordenar el acceso a una facilidad esencial cuando este acceso*

***reduce sustancialmente los incentivos de los competidores para innovar e invertir en futuros proyectos.***

(...)

*Por último, la obligación de los operadores de otorgar acceso a una facilidad esencial, cuando se verifican la circunstancias excepciones (sic) explicadas en esta sección, no puede ser interpretada en el sentido que el mencionado acceso ha de ser a título gratuito. Por el contrario, la compañía controlante de la facilidad esencial tiene el derecho de cobrar una tarifa como contraprestación por el uso de la misma y, en general, de otorgar el acceso solamente en los términos y condiciones que le permitan al competidor competir de manera efectiva en el mercado. Así, la eventual orden de esta Superintendencia de otorgar a un competidor acceso a una facilidad esencial debe ser entendida en los mismos términos”.*  
(Resaltado fuera del texto)

No sólo a través de decisiones ha reconocido la SIC las profundas implicaciones que trae la aplicación de la *doctrina de facilidades esenciales*. En efecto, mediante conceptos en materia de abogacía de la competencia, la SIC ha expresado, ante las autoridades regulatorias que pretenden declarar como esenciales ciertas infraestructuras, sus preocupaciones en la materia y ha insistido en la necesidad de hacerlo de tal forma que no genere desincentivos para la innovación e inversión en mercados regulados o incentivos para el surgimiento de prácticas obstructivas por parte de los agentes obligados a otorgar acceso a sus infraestructuras:

*“[E]sta Superintendencia reconoce que la decisión de la CRC de declarar instalaciones esenciales las redes de transporte de fibra óptica se encuentra justificada en una política pública de ampliación de cobertura y uso más eficiente de la capacidad ociosa. Adicionalmente, la ausencia de una intervención en la tarifa por el servicio de interconexión y acceso, mitiga posibles desincentivos a la inversión que pueda ocasionar la medida al trasladar el problema a conflictos de carácter particular que deberán resolverse de acuerdo con las especificidades del caso concreto.”<sup>61</sup>*

*“[L]a SIC encontró observaciones que sugieren la inconveniencia de*

61 Superintendencia de Industria y Comercio. Radicación No. 14-264625- - 3-0

*exigirle a los propietarios de las infraestructuras asumir las inversiones para poder compartir la infraestructura. Los argumentos presentados por los terceros en este sentido son los siguientes:*

*El desvío de la actividad comercial y el endeudamiento a causa de inversiones ajenas, reduciría los recursos disponibles por el propietario de la infraestructura para avanzar en su plan de expansión, incrementaría el riesgo ocasionado por la incertidumbre de recuperar la inversión e impondría costos transaccionales relacionados con el trámite de permisos.  
(...)*

*Esta situación despierta preocupaciones a la SIC relativas al potencial surgimiento de obstrucciones por parte de los propietarios de la infraestructura, que se erigirían como barreras a la entrada para los operadores solicitantes”.<sup>62</sup>*

Por su parte, mediante la **Resolución 25035 de 2014**, la SIC declaró que la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP), la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y la filial de la última, Aguas de Bogotá, incurrieron en una violación a la prohibición general estipulada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, imponiéndoles una de las multas más elevadas aplicada por la SIC en años recientes. Específicamente, la SIC consideró que los agentes económicos aludidos, a través de la implementación del nuevo esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá, tendieron a limitar la libre competencia tanto: (i) en el mercado de recolección y transporte de residuos sólidos, barrido y limpieza de áreas y vías públicas, corte de céspedes y poda de árboles y transporte de los residuos al sitio de disposición final dicha ciudad; y (ii) en el mercado de disposición final de residuos en la misma<sup>63</sup>.

---

62 Superintendencia de Industria y Comercio. Radicación No. 15-253667- - 1-0

63 Como comentario final, aseveró la SIC que, las anteriores obstrucciones tuvieron como efecto que los agentes de mercado – que concurrían desde hace más de quince (15) años al mismo, y contaban, en consecuencia, con la experiencia necesaria– dejaran de participar directamente en el mercado. En la práctica, tres de ellos se vieron obligados a participar como subcontratistas de un operador controlado por

En este orden de ideas, de manera previa a la entrada en vigor del nuevo sistema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá, las actividades de recolección y transporte se habían realizado bajo el esquema de Áreas de Servicio Exclusivo (ASE), que se otorgaba bajo concesión y que venía operando por hacía más de quince años, el que no obstante perdió vigencia en el año 2011. Este esquema era consonante con las previsiones del régimen especial de servicios públicos, el cual estatuye, como regla general, la libre competencia entre operadores en el sector, a menos que resulte más eficiente –en términos de reducción de costos y de calidad del servicio– el modelo de prestación exclusiva, circunstancia ésta que debe ser acreditada por el Superintendente de Servicios Públicos<sup>64</sup>.

Pues bien, una vez expiraron los contratos de concesión que el distrito había suscrito con los operadores privados, entró a regir la prestación bajo un régimen de libre competencia, por lo que la SIC encontró que la nueva modalidad que había sido implementada, que centralizaba (monopolizaba) las actividades de recolección y transporte en la EAAB, a través de su filial Aguas de Bogotá (de propiedad distrital), era una modalidad de prestación de servicio que se basaba en la exclusividad, sin haberse cumplido con los requerimientos establecidos en la regulación especial (Ley 142 de 1994). En este sentido, concluyó que el esquema estaba diseñado para que las entidades del Distrito tuvieran bajo su control toda la prestación del servicio de aseo, imponiendo barreras a las demás empresas operadoras más allá de lo establecido legalmente, como lo era el hecho de exigir autorizaciones para poder participar en el mercado.

---

el Distrito, y lo que es aún más grave, y uno de ellos se vio abocado a abandonar por completo el mercado.

64 Por ejemplo, en las actividades de recolección y transporte, suele justificarse bajo argumentos relacionados con la existencia de economías de densidad.

Adicionalmente, debido a que, para efectos de poder acceder al relleno sanitario Doña Juana, se conminaba a las empresas a suscribir contratos previos con la UAESP, se encontró que las entidades investigadas **obstruyeron el acceso a una facilidad esencial para la disposición de residuos recolectados por los agentes que prestan el servicio de aseo en Bogotá**. Subraya la SIC que el **acceso a una facilidad de disposición –final o transitoria– que pueda recibir los desechos recolectados constituye un prerequisite para poder competir en el mercado conexo de recolección y transporte**; por consiguiente, se trata de una facilidad esencial cuya privación de acceso puede conducir a una grave desventaja competitiva para la compañía frente a quien se realiza la negativa<sup>65</sup>. Expresa la Resolución en reseña, con relación a la conexidad entre el eslabón de recolección y transporte, y el de disposición final:

*“(...) la relación de conexidad (...) es tal que la disposición final no tendría razón de ser sin la existencia de las actividades del mercado principal, esto es, la recolección y el transporte de aseo. A su vez, cualquier tipo de restricción a los sitios de disposición final dejaría sin efecto la esencia del mercado principal, en la medida en que no se podría atender la necesidad de los generadores de residuos de deshacerse de estos al no contar con un sitio para este fin”<sup>66</sup>.*

Acota la SIC que, precisamente en reconocimiento de esta circunstancia, la propia normativa reglamentaria proscribía el que los operadores de los lugares de disposición final de residuos sólidos, las entidades territoriales y/o las autoridades ambientales, impongan restricciones injustificadas para el acceso a los rellenos

---

65 OECD. *Policy Roundtables: Waste Management Services*. Documento de base DAF/COMP(2013)26 (2013), p. 23; también puede verse: Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 25036 de 2014, pp. 43 y 80-81.

66 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 25036 de 2014, p. 43.

sanitarios y/o estaciones de transferencia de residuos sólidos<sup>67</sup>. En esencia, la misma dispone que las únicas restricciones de acceso a estas instalaciones deben derivar de circunstancias objetivamente justificables, siendo en el caso puntual de los rellenos sanitarios, y conforme con el ordenamiento colombiano, las **limitaciones técnicas** de las instalaciones<sup>68</sup>.

Por último, la SIC encuentra que otra conducta tendiente a generar exclusión en el mercado es la negativa a las solicitudes de facturación conjunta por parte de la EAAB y la UAESP, dada la naturaleza del servicio de aseo. Contrario a otros servicios públicos domiciliarios, el servicio de aseo no puede suspenderse frente a la mora en el pago dado el impacto que ello tendría sobre la salubridad pública y protección ambiental, por **lo que la facturación conjunta es una manera de generar incentivos al cumplimiento del pago en el servicio de aseo, y se erige entonces, en una facilidad esencial para efectos de su eficaz provisión**, bajo parámetros adecuados de regularidad y continuidad.

Ahora bien, mediante **Resolución No. 23621 de 2015**, la SIC retoma lo preceptuado en materia de facilidades esenciales en el caso de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, esta vez para analizar y sancionar, con base en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de posición de dominio por obstrucción), la conduc-

---

67 Conforme con el artículo 116 del Decreto 2891 de 2013.

68 Dichas limitaciones técnicas se encuentran reguladas en el artículo 6° de la Resolución 1390 de 2005 del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, norma que admite el establecimiento de restricciones de acceso al relleno sanitario cuando el promedio mensual de las cantidades adicionales de residuos sólidos a disponer por la empresa que solicite el acceso, supere el 50% del volumen promedio mensual de toneladas dispuestas por la misma en los seis (6) meses anteriores a la vigencia de la Resolución antedicha, situación que en todo caso, debe ser acreditada ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En: Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 25036 de 2014, p. 80.

ta de la empresa Serviciudad Empresa Industrial y Comercial del Estado Empresa de Servicios Públicos (SERVICIUDAD)<sup>69</sup>, en contra de la Compañía de Servicios Públicos Domiciliarios S.A. (ACUASEO), en el mercado de distribución y comercialización del servicio público domiciliario de agua potable en la zona de Dosquebradas (Risaralda). La conducta consistió en la imposición por parte de SERVICIUDAD a ACUASEO de una serie de requisitos de imposible cumplimiento para la ejecución de un contrato de interconexión, *so pena* de suspensión o terminación unilateral del mismo, ordenado en su momento por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA). En efecto, a raíz de una solicitud hecha por ACUASEO, la CRA impuso en 2011 una servidumbre de interconexión sobre las redes de distribución de SERVICIUDAD ante eventos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor que hicieran que la fuente hídrica de ACUASEO no fuera suficiente para atender a sus usuarios y, en consecuencia, requiriera del empleo y transporte de agua desde otras fuentes hídricas. Para implementar dicha servidumbre SERVICIUDAD exigió de una certificación expedida por un Autoridad Pública competente -que no hay ninguna- y de un aviso oportuno – lo que desdibuja los conceptos de caso fortuito o fuerza mayor-, mediante lo cual se demostrara la existencia del evento constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito que justificara la interconexión. Ante la denuncia presentada por ACUASEO, la SIC consideró que *“en los mercados de distribución por redes, como lo es el acueducto, suelen presentarse unas importantes barreras de entrada al mercado que dificultan la competencia en*

---

69 SERVICIUDAD tiene una participación de mercado del 68,9%. Adicionalmente, el numeral 14.13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 de Servicios Públicos Domiciliarios, determina que existe posición de dominio cuando un agente económico sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23621 de 2015, pp. 29 y 35.

*el mismo, toda vez que la duplicación o réplica de dichas redes puede ser muy costoso desde un punto de vista financiero, económico (economías de escala) y en ocasiones imposible debido a restricciones de carácter legal*”<sup>70</sup>. En el caso concreto, afirma que la red de SERVICIUDAD se constituye en una *facilidad esencial*, por cuanto se trata de una infraestructura necesaria para que otros competidores – ACUASEO en particular- puedan competir de forma efectiva en el mercado, manteniendo en niveles óptimos la prestación del servicio a sus usuarios. Esta situación se erige en una barrera económica de entrada fundamental, por cuanto, aun en el evento de que se dispusiera de los recursos para duplicar la infraestructura de SERVICIUDAD, ello sería económicamente ineficiente, ya que ACUASEO no posee los suficientes consumidores que den retorno y justifiquen la inversión en una red similar, lo que hace la duplicación irracional desde un punto de vista económico. Para la SIC fue claro que *“el comportamiento desplegado intencionalmente por SERVICIUDAD dista mucho del cumplimiento de las normas de sobre prácticas restrictivas de la competencia, ya que si bien en principio los competidores no tienen la obligación de colaborar con sus competidores, también es cierto que en determinados mercados las leyes de competencia imponen unas cargas a los agentes que gozan de una posición privilegiada en los mercados, como aquellos que ostentan posición de dominio o monopólica*”<sup>71</sup>. Por lo anterior, la autoridad concluye que SERVICIUDAD incurrió, de manera consciente e intencional, en conductas constitutivas de abuso de posición de dominio por obstruir el acceso de terceros al mercado relevante afectado, mediante la imposición de requisitos de inviable ejecución para la implementación de la interconexión ordenada por la CRA. En consecuencia, ordena a SERVICIUDAD que otorgue a

---

70 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23621 de 2015, p. 31

71 *Ibid.* p. 41

ACUASEO el acceso a su infraestructura en los términos establecidos en la decisión.

Ya por último, vale la pena traer a colación las **Resoluciones No. 100658 de 2015 y 19511 de 2016**, por cuanto la SIC emplea el concepto de facilidad esencial como parte de sus argumentos para objetar una integración empresarial; distinto a lo que venía sucediendo de aplicación de la *doctrina de facilidades esenciales* en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Se analiza allí la integración empresarial proyectada entre la Organización Terpel S.A. y la Sociedad Operadora de Aeropuertos Centro Norte S.A. -AIRPLAN- para la administración y operación de la red de hidrantes para el suministro minorista de combustible JET-A1 en el aeropuerto José María Córdova de Rionegro, Antioquia (JMC). La SIC concluye que, a través de dicha integración empresarial, se estaría reforzando la posición de dominio que según ésta posee TERPEL en el mercado de distribución minorista de combustibles JET-A1 -agente que, por lo demás, se encuentra verticalmente integrado, al participar en el mercado aguas arriba de distribución mayorista de combustible-, al otorgarle el dominio exclusivo/control sobre una *facilidad esencial* para el suministro de combustible en ala de avión en el JMC. Así lo ve, por cuanto considera que, al estipular el Contrato de Concesión la obligación de suministrar el combustible exclusivamente a través de una red de hidrantes que se construya para el efecto, hace de ésta una infraestructura necesaria/indispensable y de imposible duplicación para el suministro minorista de combustible en el JMC.

A manera de conclusión del presente acápite, es posible afirmar que la SIC ha reconocido que la aplicación de la *doctrina de facilidades esenciales*, no solo es de naturaleza excepcional, sino que posee hondas implicaciones y riesgos en materia de incentivos a la innovación y la inversión. Es por ello, tal vez, que su empleo ha sido marginal y un argumento poco utilizado para la sanción por prácticas restrictivas de la competencia, o el análisis

de trámites de integración empresarial; siendo, según deriva, una doctrina más propia de las autoridades reguladoras que de las autoridades de competencia.

#### 4. CONCLUSIONES

La aplicación de la doctrina de facilidades esenciales por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido escasa y poco profunda. A raíz del caso de 2013 que involucra a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, donde se hizo el primer análisis detallado de la materia, se encuentra que la Autoridad de Competencia ha dejado de lado la timidez para emplear esta doctrina en investigaciones posteriores como el caso de BASURAS y el de SERVICIUDAD, que han dado lugar a sendas sanciones. No obstante, se observa que la SIC es consciente de las repercusiones y riesgos que podría ocasionar un empleo desprevenido de la *doctrina de facilidades esenciales*, en especial aquellos relacionados con el desincentivo de la innovación e inversión en los mercados afectados, lo cual puede ocasionar una desaceleración del sector particular afectado con una declaratoria de facilidad esencial.

Que la SIC emplee y siga desarrollando el alcance del concepto de facilidades esenciales en sus investigaciones y decisiones, no es óbice para reconocer que ésta es una temática más propia de las autoridades regulatorias, quienes son las verdaderas llamadas a analizar cómo, cuándo y dónde —a fin de generar mayores eficiencias en ciertos mercados—, debe emplearse de manera excepcional la *doctrina de facilidades esenciales*. No obstante, como en el caso de SERVICIUDAD, la intervención de la SIC puede ayudar a darle efectividad a las órdenes de acceso a terceros a bienes o servicios impartidas por las autoridades regulatorias, que han sido desatendidas, a través de conductas obstructivas o exclusorias, por los agentes económicos obligados.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANSARI, D. *The EC Essential Facilities Doctrine, the Microsoft Case and the Treatment of Trade Secrets*. Masters Thesis. University of Linköping (2009).
- AREEDA, P. “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, *Antitrust Law Journal*: Vol. 58 (1990).
- LIPSKY, A.B. & SIDAK, J.G. “Essential Facilities”, *Stanford Law Review*: Vol. 51, No. 5 (May, 1999).
- HOVENKAMP, H. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. West Publishing Co. (2005).
- MASSADEH, A.A. *The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*. University of East Anglia Law School, Working Paper Series.
- OECD. *Principios de competencia en facilidades esenciales*. Documento de base DAF/COMP/LACF(2010)10 (Agosto de 2010).
- OECD. *Policy Roundtables: Waste Management Services*. Documento de base DAF/COMP(2013)26 (2013).
- PITOFISKY, R.; PATTERSON, D. & HOOKS, J. “The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law”, *Georgetown University Antitrust Law Journal*: Vol. 70 (April 2010).
- PIROPATO, M. “Open Access and the Essential Facilities Doctrine: Promoting Competition and Innovation”, *University of Chicago Legal Forum*: Vol. 2000, Iss. 1, Article 13.
- SCHOEN, F.X. “Exclusionary Conduct After Trinko”, *New York University Law Review*: Vol. 80:1625 (2005).
- TRAIN, K. *Optimal Regulation: The Economic Theory of Natural Monopoly*, Cambridge: The MIT Press (1991).
- UGARTE SOTO, A. “Facilidades esenciales y abuso de posición dominante”, *Revista de Derecho*: Universidad Católica del Norte, Año 20, No. 2 (2013).

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23039 de 2013.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 56488 de 2013.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 25036 de 2014.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23621 de 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 100658 de 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19511 de 2016.

Superintendencia de Industria y Comercio. Radicación No. 14-264625-3-0.

Superintendencia de Industria y Comercio. Radicación No. 15-253667-1-0.