



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 21838 DE 2004
(02 SET. 2004)

"Por la cual se impone una sanción"

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

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1° del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio mediante resolución 10475 del 25 de abril de 2003, abrió investigación en contra de Anditel Network On Line S.A., con sigla Andinet On Line (en adelante Andinet) y Uol Colombia S.A. (en adelante Uol), con el fin de determinar si dichas empresas actuaron en contravención de la obligación contenida en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

En el mismo sentido se ordenó investigar a las personas que ejercen la representación legal de las empresas mencionadas, para determinar si autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a las normas sobre promoción de la competencia, de conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO. Que en aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de la investigación y corrido el traslado de ley, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas y una vez culminada la etapa probatoria, elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO. Que conforme a lo ordenado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 03016957-10023/24/25 del 30 de julio de 2004, fue trasladado el informe motivado a los involucrados en la investigación, con el fin de que manifestaran sus opiniones, las que quedaron consignadas en los oficios radicados bajo los números 03016957-10027/28 del 12 de agosto de 2004, las cuales se resumen de la siguiente manera:

- **Observaciones al informe motivado presentadas por Andinet y su representante legal.**

A juicio del representante legal de Andinet, en la investigación adelantada no se respetó el debido proceso, por cuanto *"[e]l análisis probatorio se restringe tan sólo a UOL COLOMBIA S.A., sin consideración alguna de las pruebas presentadas por ANDINET ONLINE S.A., (a menos que se haya aceptado tácitamente los descargos) ni su alcance e implicaciones, de cara al hecho investigado; como tampoco se confronta la conducta asumida por el suscrito representante legal y no exigibilidad de otra conducta, frente a lo manifestado, sobre balances y estados financieros, por cuenta de la liquidadora y el revisor fiscal de UOL S.A., los cuales reitero no fueron conocidos por Andinet on Line S.A., ni previa, ni coetáneamente a la adquisición que esta hizo a la primera de equipos de computo y telefonía y de la base de usuarios, servidores de acceso remoto y Licencias de Software"*.

En su criterio, "[q]ue el ente vigilante e investigador, aduzca razones para no creer en la existencia de activos intangibles en UOL S.A., al momento de la negociación, dada la preexistencia de admisión de nuevos socios, aumento de capital, transformación de la sociedad, aprobación de balances, etc., no implica, ni permite inferir que ANDINET ON LINE S.A. haya tenido conocimiento de esos hechos y pormenores, pues son la misma liquidadora y el revisor Fiscal quienes demuestran el desconocimiento de la compradora de tales situaciones, de las que hasta ahora tan sólo tuve su conocimiento, por intermedio de la presente investigación (...).

Afirma con posterioridad, que "[l]as empresas negociadoras conjuntamente no representan el manejo del veinte por ciento 20% del mercado de proveedores de servicios de Internet, ya que, aún sumada la compra ANDINET ON LINE S.A. quedó con un promedio, por debajo del 10%". Al respecto, aduce que "...al momento de la negociación y partiendo del principio de la buena fe y credibilidad en los negocios, para la época de la transacción que es hoy objeto de investigación, nuestros activos y los conocidos por nosotros de UOL S.A. no superaban el valor de los CINCUENTA MIL SALARIOS MÍNIMOS, para el año en que adelantamos la operación de adquisición".

Agregando luego, que "[a]ún aceptando en gracia de discusión que involuntariamente se omitió un deber legal, tal omisión no vulneró, ni puso en peligro el bien jurídico que la norma protege, la lealtad, la buena fe, la libre competencia y la estabilidad en el tráfico jurídico; no hubo en el actuar de ANDINET ON LINE S.A. mala fe o propósito de deslealtad alguno; no hay consecuencias para el normal funcionamiento del mercado y la libre competencia en la prestación del servicio de Internet; no hubo la menor incidencia en el mercado de los servicios que presta ANDINET ON LINE; no hubo afectación al consumidor; no hubo monopolización de los servicios; por el contrario, la compradora se hizo más eficiente en la prestación del servicio, sin que ello implicara reducción de la oferta en el mercado, tales circunstancias, fuerzan a ordenar la CLAUSURA DE LA INVESTIGACIÓN y exoneración total de responsabilidad..."

"Las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y violatorias de la promoción de la competencia, entiendo buscan evitar una competencia desleal; propiciar y prever la protección al consumidor; evitar limitantes a la libre competencia; evitar precios inequitativos sobre bienes y servicios; evitar que se limite la producción, el abastecimiento y el consumo de servicios; evitar la monopolización de los precios, de los servicios o las condiciones de venta; evitar la repartición de mercados y la limitación de fuentes de abastecimiento o de desarrollo técnico; evitar que se infrinjan las normas de publicidad, se incremente los precios y se produzca discriminación en las ventas, etc.

"Lo cierto es que ninguna de tales situaciones de hecho se produjo con la compra hecha por ANDINET S.A. a UOL S.A., pero sí mejoró la calidad y la eficiencia, hubo mayor capacidad de empleo (hoy es un sector representativo de la generación de empleo), sin causar reducción de la oferta en el mercado, ni limitar la producción, abastecimiento y consumo de sus servicios, justificándose la clausura de la investigación. (...).

- o **Observaciones al informe motivado presentadas por la liquidadora y representante legal de UOL.**

Uol coincide en que "[l]a venta de los activos vinculados a la actividad como ISP instrumentada mediante contrato fechado el 19 de diciembre de 2002, constituye una operación de integración en la medida en que, como lo concluye el Informe "... la compraventa de activos realizada entre las empresas ANDINET y UOL, constituyó o dio lugar a una integración económica en el servicio de acceso a Internet -ISP-."

No obstante, manifiesta su desacuerdo frente a que Uol haya omitido el deber de información previa, pues en su parecer, "[l]a operación no se encontraba bajo el régimen de autorización particular consagrado en la Circular Única No. 10 de 2001 de esa Superintendencia, vigente para la fecha de la integración, en la medida en que (i) la participación conjunta de Uol y Andinet en el mercado de ISP no representó más del 20%, medido en términos de ventas durante el año inmediatamente anterior, y (ii) los activos de Uol y Andinet, conjuntamente considerados, no superaban, para la época de la integración, el equivalente a 50.000 SMLMV".

Según señala en su escrito, la Circular Única establece que no podrán objetarse las operaciones en las cuales los activos de las intervinientes, conjuntamente considerados, no superen del equivalente de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales, al momento de aprobarse la operación por quien sea competente. Respecto a lo cual considera, que "[l]a disposición transcrita se refiere al valor de los activos sin que se haga referencia al valor en libros de los mismos. Lo anterior abre la puerta a interpretaciones diversas, pudiéndose entender que dicho equivalente se refiere al valor en libros o al valor comercial o al valor de reposición, todos valores válidos a la hora de establecer la equivalencia".

De otra parte, afirma que si bien los estados financieros son el medio principal para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente económico, "[t]ambién es cierto que no son el único medio y sí, por cualquier causa, los estados financieros no son confiables en cuanto a su fiabilidad y razonabilidad, se debe acudir a cualquier otro medio que brinde certeza en cuanto al verdadero valor de uno o varios de los activos".

Mas adelante señala, que Uol nunca "[h]a pretendido desconocer el avalúo al aporte en especie efectuado en la reunión de la Junta de Socios de Uol el 20 de marzo de 2000. Efectivamente todos los socios aprobaron por unanimidad el avalúo y el aporte en especie, pues entendieron que para la fecha del aporte el avalúo era el adecuado en relación con su valor de mercado. Visto lo anterior, mal podrían haberlo objetado. Dicho aporte en especie efectuado el 20 de marzo de 2000 se compuso básicamente de dos grupos de bienes y derechos: (i) por un lado, todos los contratos con los usuarios de LATIN NET S.A. para la prestación de los servicios como ISP y, (ii) por el otro lado, el llamado "formato de contenido" correspondiente a las compañías de medios del Grupo Empresarial Bavaria, a saber: Caracol Radio, Cadena Hispanoamericana de Radio, Caracol TV, Cromos y el Espectador. El 'formato de contenido' no es cosa diferente al contenido en cada uno de los portales de Internet de las mencionadas compañías para su explotación comercial. Se repite, entonces, que aquí no se cuestiona el valor en que dichos activos fueron capitalizados en Uol por las compañías del Grupo Empresarial Bavaria".

"Justo después de efectuada la capitalización a que se alude en el numeral anterior, la llamada 'burbuja de Internet' se reventó, pues el mercado se dio cuenta que el valor otorgado a los activos de dichas compañías, las vinculadas al negocio de Internet, jamás se iba a recuperar con los ingresos que dichos activos producían. Uol no fue la excepción: el plan de negocios para el portal de contenido jamás se cumplió ni cercanamente y el aumento de la demanda del ISP nunca creció al ritmo previsto.

"En ese momento, la administración de la compañía, la Superintendencia de Sociedades y, por supuesto, la revisoría fiscal empezaron a cuestionar el valor contable de los activos

de Uol y, particularmente, el valor otorgado al intangible correspondiente al 'formato de contenido' aportado meses antes al capital de Uol por las compañías del Grupo Empresaria Bavaria.

"Visto lo anterior, la administración de Uol desde finales del 2001 y durante todo el 2002 inició un afanoso proceso tratando de encontrar una compañía de reconocido prestigio que avaluara el activo intangible 'formato de contenido', presuntamente sobrevalorado, para adecuar su valor al real valor del activo. Ninguna compañía evaluadora aceptó, por diferentes razones, hacerse cargo de tal valoración.(...).

En su criterio, es un hecho incontrovertible que dicho activo estaba sobrevalorado, y que "[e]staba desfigurando los estados financieros y que no tenía ningún valor real en razón a que no tenía ninguna posibilidad de generar ingresos", por lo cual considera que no debe "[v]alarse de los estados financieros de Uol como medio principal para determinar el valor de sus activos, [pues] como ha quedado ampliamente demostrado, los estados financieros de Uol, por diferentes razones, no arrojaban una información razonable y fiable en relación con su principal activo el cual, como lo ha afirmado reiteradamente el revisor fiscal de Uol, estaba sobrevalorado...".

Concluyendo a este respecto, que "[n]o puede esa Superintendencia cuestionar la operación objeto de la investigación e imponer una sanción con base en estados financieros por completo 'desfigurados' en razón a la sobrevaloración del activo más importante de Uol, [y que esta Entidad] debe proceder a abstenerse de imponer cualquier sanción en la medida en que el valor de los activos de Uol para la fecha de la operación no ha podido ser establecido en esta investigación (recuérdese que se negó la prueba pericial por considerarse improcedente). Sin embargo, sí se ha establecido que el valor era muchísimo menor al incluido en los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2002. En desarrollo del principio constitucional de la buena fe, del principio general del derecho in dubiis favorabilior par et eligenda (en la duda ha de elegirse lo más favorable) y del principio del derecho sancionatorio, originario en el derecho penal pero aplicable en materia administrativa, in dubio pro reo (en la duda, a favor del reo), la Superintendencia de Industria y Comercio debe abstenerse de imponer cualquier sanción en contra de las investigadas como quiera que NO se ha demostrado en esta investigación si, a ciencia cierta, al momento de aprobarse la operación de integración y llevarla a cabo los activos conjuntamente considerados de las compañías que se integraron superaban o no el equivalente de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales". (...).

De igual modo, afirma que "[n]o es cierta tampoco la conclusión contenida en el literal c) del Informe Motivado (página 10) según la cual, para la fecha del informe del revisor fiscal, ya había tenido lugar la venta de los activos y que 'por tanto, la operación de la empresa UOL en el servicio de ISP no continuaría como negocio en marcha, después de la venta de sus activos a la empresa ANDINET, por lo cual no se producirían los flujos de caja que permitirían recuperar el valor contabilizado del activo intangible.' y continúa luego diciendo que 'el motivo por el cual la recuperación de la inversión en especie no habría de producirse, era porque la actividad misma del ISP no seguiría siendo desarrollada, y no porque se hubiera producido una sobrevaloración en el monto del valor aportado en el año 2000'".

Tras hacer algunas consideraciones, concluye: "Visto lo anterior, mal puede concluirse que "el motivo por el cual la recuperación de la inversión en especie no habría de producirse, era porque la actividad misma del ISP no seguiría siendo desarrollada..." pues

nada tiene que ver el hecho de que la actividad como ISP no seguiría siendo desarrollada por Uol con el hecho, completamente diferente y confirmado por el revisor fiscal, de que el activo intangible, 'formato de contenido', estaba sobrevalorado (producto de su desvalorización económica y no porque hubiera sido sobrevalorado al momento del aporte) y qué, considerado en sí mismo como un negocio autónomo y diferente al de ISP, no generaría ingresos suficientes para recuperar su valor. Para confirmar lo anterior basta revisar el Estado de Pérdidas y Ganancias de Uol del 2001, del 2002 o de parte del 2003 (hasta su disolución) para confirmar que los ingresos generados por el portal de contenido eran, por decirlo de alguna manera, prácticamente irrisorios.

"II. Consideraciones en relación con la aplicación al caso presente del principio de la favorabilidad".

Después de citar el artículo 29 de la Constitución, señala que "Aunque la aplicación de los principios del derecho penal en materia sancionatoria administrativa ha tenido algunos detractores, lo cierto es cualquier discusión al respecto ya ha sido zanjada por la Corte Constitucional la que, en varias sentencias, ha manifestado que tal aplicación es obligatoria para los funcionarios públicos, ya que el derecho sancionatorio administrativo es expresión de la facultad punitiva del Estado".

En este sentido, transcribe apartes de la Sentencia No. C-599 de la Corte Constitucional, en la cual se señaló:

"El establecer por vía de la regulación legal correspondiente, que las infracciones cambiarias no admiten la exclusión de la responsabilidad por ausencia de culpabilidad o de imputabilidad del infractor, o lo que es lo mismo, señalar que la responsabilidad por la comisión de la infracción cambiaria es de índole objetiva, como lo disponen en las partes acusadas los artículos 19 y 21 del Decreto 1746 de 1991, no desconoce ninguna norma constitucional. Claro está que al sujeto de esta acción ha de rodeársele de todas las garantías constitucionales de la libertad y del derecho de defensa, como son la preexistencia normativa de la conducta, del procedimiento y de la sanción, las formas propias de cada juicio, la controversia probatoria, la favorabilidad y el NON BIS IN IDEM en su genuino sentido, que proscriben la doble sanción de la misma naturaleza ante un mismo hecho. (...)."

En el mismo sentido, cita apartes de la Sentencia T-121 de 1992, para finalmente concluir:

"Los anteriores pronunciamientos judiciales han sido reiterados por la misma Corte en Sentencia C-690/96 del 5 de diciembre de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero y en Sentencia C-10 de 2003 del 23 de enero de 2003, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández, y por el Consejo de Estado en fallo del 12 de diciembre de 2002, Consejero Ponente Germán Ayala Mantilla (Exp. No. 12150). (...).

"Ahora bien, en el caso presente la aplicación del principio de la favorabilidad está también fuera de toda discusión. En efecto, entre la operación de integración de Uol y Andinet y la fecha actual, la Superintendencia expidió la Circular Externa No. 02 del 28 de marzo de 2003 en la que se dispuso:

"2.2 Régimen de no objeción general

"Teniendo en cuenta que las operaciones de integración entre empresas con niveles de ventas y activos reducidos, no tienden a generar una indebida restricción a la competencia, en ejercicio de las facultades previstas en el número 14 del artículo 4 y 21 del artículo 2, ambos del decreto 2153 de 1992, entiéndase, de manera general y para todos los efectos, que la Superintendencia de Industria y Comercio no ejercerá la facultad prevista en el parágrafo 1 del artículo 4 de la ley 155 de 1959 en las operaciones de integración que cumplan las dos condiciones que siguen:

"a) Que las partes involucradas tengan ventas nacionales que conjuntamente consideradas sean inferiores a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; medidas en términos de las ventas registradas en los últimos estados financieros aprobados de acuerdo con su naturaleza y estatutos; y

"b) Que los activos conjuntamente considerados, según tales estados financieros, no superen el equivalente a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

"En aquellas operaciones en que se integra solo una fracción del negocio de las partes que enajenan o ceden el control, sólo se considerarán las ventas y activos correspondientes a dicha fracción. De las adquirentes o controlantes se considerará la totalidad de sus ventas y activos.

"En consecuencia, en las operaciones que se encuentren en la situación prevista en este numeral, no se necesitará remitir a esta entidad ningún documento, ni esperar respuesta o pronunciamiento alguno.

"2.3 Régimen de información particular

"Las operaciones de integración que no estén dentro del régimen de no objeción general previsto en el numeral anterior, deberán ser informadas previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con lo previsto en la ley 155 de 1959, el decreto 1302 de 1964 y el decreto 2153 de 1992." (El subrayado es mío)

Al respecto, considera que "[d]icha norma consagra un régimen de autorización particular menos restrictivo. Es decir, esta norma resulta de manera evidente permisiva o favorable en relación con las disposiciones contenidas en la Circular Única No. 10 de 2001, vigente para la época de la integración, y que fueron las que esa Superintendencia aplicó para la elaboración del Informe Motivado y obtener la conclusión en el sentido de recomendar la imposición de una sanción.

"El Informe Motivado recomienda la imposición a Uol de una sanción por la infracción de una disposición que fue posteriormente derogada es decir retirada del ordenamiento legal. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el régimen de autorización particular contenido en la Circular Única vigente para la época de la integración fue posteriormente derogado por la Circular Externa No. 02 del 28 de marzo de 2003, es evidente que resulta improcedente imponerle una sanción a Uol con base o fundamento las disposiciones derogadas. Lo anterior, teniendo en cuenta, se reitera, el principio de la favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, aplicable al presente caso, y según el cual, si una actuación no se encuentra consolidada, la norma permisiva o favorable, aunque sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, con lo cual se pretende garantizar el debido proceso y el derecho de defensa." (...).

"Ahora bien, el hecho de que la Circular Externa No. 02 del 28 de marzo de 2003 haya sido, a su vez, derogada por la Circular Externa No. 05 del 05 de Mayo de 2003 en nada afecta la aplicación del principio de la favorabilidad pues es bien sabido que basta que la ley permisiva o favorable haya estado en vigencia un instante para que el investigado pueda invocar su aplicación. En ese orden de ideas, el hecho de que la norma permisiva haya sido posteriormente derogada por una más restrictiva, que es la hoy vigente, lo único que hace es reiterar la obligación del funcionario público en el sentido de aplicar la norma permisiva. En efecto, esa Superintendencia no puede aplicar a la operación de integración entre Uol y Andinet la Circular Externa No. 05 del 05 de Mayo de 2003, norma hoy vigente, pues ella no se encontraba vigente para la época de la integración. No puede aplicar, tampoco, las disposiciones de la Circular Única No. 10 de 2001, vigente al momento de la integración, por cuenta de que ellas fueron derogadas con posterioridad mediante la Circular Externa No. 02 del 28 de marzo de 2003. En consecuencia, la equidad indica que al caso de la integración presente es necesario aplicar, en desarrollo del principio de favorabilidad, las normas de la Circular Externa No. 02 del 28 de marzo de 2003 por ser más permisivas o favorables frente a las vigentes con anterioridad con lo cual, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Nacional, se deben aplicar de preferencia a las restrictivas o desfavorables.

Para finalmente concluir, *"Visto todo lo anterior, es forzoso concluir que en el caso presente no procede la imposición de sanción alguna en contra Uol por cuanto, dando aplicación al principio constitucional de favorabilidad, su despacho deberá dar aplicación a la norma más favorable al investigado y, por ende, menos restrictiva, que es la contenida en la Circular Externa No. 02 del 28 de marzo de 2003. Dando aplicación a tal disposición, se tiene que, para el caso presente, no existió, por parte de Uol, violación alguna a la normatividad aplicable y, por lo tanto, no procede la imposición de sanción alguna"*.

- **Ary Bautista Amighetti, representante legal de UOL para la época de los hechos investigados.**

Una vez transcurrido el término concedido para la presentación de las observaciones al informe motivado, el señor Ary Bautista Amighetti, representante legal de la sociedad Uol Colombia S.A., no presentó escrito alguno.

CUARTO: Que habiéndose surtido adecuadamente las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

1 El deber de información previa

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, concordante con el numeral 14 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) o más, estarán obligadas a informar a esta Entidad de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

Este deber de información, como se ha reconocido, constituye el punto de partida del control *ex ante*, en el cual la autoridad de competencia, previo al perfeccionamiento de

una integración, analiza su probable impacto sobre las condiciones del mercado, tratando de evitar las restricciones indebidas de la competencia que pueda llegar a suscitar, en una labor eminentemente preventiva, acorde con los postulados de la Constitución Política.¹

En consecuencia, las empresas que pretendan integrarse y que se hallen bajo los supuestos previstos en la Ley 155 de 1959, están sujetas al cumplimiento de un deber legal, que consiste en informar previamente las operaciones que pretendan llevar a cabo, acompañando la información necesaria para su correspondiente estudio. Veamos ahora, si las empresas que se investigan estaban sujetas a la obligación mencionada.

2 Adecuación normativa

2.1 Las empresas intervinientes

El término empresa ha sido definido como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios.² Abarca cualquier tipo de organización capaz de establecer de manera autónoma su comportamiento sobre el mercado.

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, este Despacho puede concluir que las investigadas se ajustan a la fisonomía jurídica de empresa, en tanto para la época de los hechos investigados, desarrollaban una serie de actividades de naturaleza económica, en forma organizada y habitual, labor para la cual tenían destinados a su interior un conjunto de activos.³

Para finales del año 2002 la empresa UOL se encontraba dedicada a la prestación de servicios como proveedor de acceso a Internet – ISP – y al manejo de un portal de contenido en el territorio nacional.⁴ Para esa misma época, la empresa ANDINET estaba dedicada a la prestación de servicios como proveedor de acceso a internet – ISP-.⁵

¹ En este sentido previene el artículo 333 Superior, que "[l]a libre competencia económica es un derecho de todos -agregando que- el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional". (Subrayado nuestro)

² Código de Comercio; artículo 25.

³ Ver estados financieros de UOL Colombia S.A. a 31 de diciembre de 2002 y 2001, obrantes a folios 208 a 230 del expediente, y estados financieros de la empresa Andinet On line, a diciembre de 2002, obrantes a folios 51 a 70 del expediente.

⁴ Testimonio de Diana Patricia Gutiérrez en su calidad de liquidadora de Uol Colombia S.A. Folios 185 a 193 del cuaderno 1 del expediente.

"Pregunta 4: Indique al Despacho las actividades que desarrollaba Uol antes de 2002 y las que adelantaba hasta antes de octubre de 2003.

Respuesta: Uol Colombia desarrollaba actividades con relación a dos unidades de negocios hasta finales del 2002, las cuales son: venta de publicidad en internet y acceso a internet pagado o ISP.

⁵ Interrogatorio rendido por el señor Andrés Felipe Afanador, en su calidad de representante legal de ANDINET. Folios 201 a 205 del cuaderno 1 del expediente.

"Pregunta 3: Indique al Despacho, cuál es la actividad que desarrolla Andinet On Line.

Respondió: Somos un proveedor de servicios de internet, lo que se conoce en el mercado como un ISP. Bajo esta actividad prestamos servicios de conexión a internet a través de líneas telefónicas, canales dedicados, diseño y alojamiento de páginas web.

Así las cosas, UOL y ANDINET para finales del año 2002, ejercían de manera independiente actividades relacionadas con la prestación de servicios como proveedor de acceso a internet –ISP–.

2.2 La operación adelantada

La venta de activos de capital⁶ o de activos intangibles⁷ entre empresas dedicadas a una misma actividad económica, genera una integración cuando a través de este medio se obtenga posibilidad de prestar la línea de servicios que tenía una empresa competidora, aumentando con ello la concentración en el mercado, que como consecuencia de la operación ve disminuir el número de oferentes.⁸

En el caso concreto, se pudo establecer que el 27 de noviembre de 2002 las empresas UOL y ANDINET, suscribieron una carta de intención de venta de los activos de la primera, vinculados al negocio de prestación de los servicios como proveedor de acceso a internet, incluyendo todos los contratos con los suscriptores del servicio, equipos, líneas telefónicas y software, relacionados con la prestación del servicio.⁹ En desarrollo de lo anterior, el 19 de diciembre de ese mismo año se firmó el contrato de compraventa de activos y el contrato de licencia de uso de marcas y dominios, cuya fecha de cierre fue el 2 de enero de 2003.

Según se estableciera en el contrato de compraventa, “[t]odos los Activos –contratos con suscriptores, los Equipos, las Líneas, el Software y la Cartera que, a la fecha de Cierre,

⁶ Los activos de capital son ordinariamente los que se adquieren para ser usados en la producción durante periodos de tiempo relativamente largos, más que para su venta o conversión en efectivo en una sola operación. En la terminología contable, este término puede ser sinónimo de activo fijo, indicando usualmente cualquier partida de activo tangible; como, por ejemplo la planta y el equipo, y algunas veces un intangible, como una patente. Tomado de Diccionario para Contadores. Eric L. Kohler. Editorial Uteha. Página 15.

⁷ Contablemente la marca es un activo intangible, es decir, que no tiene una existencia física, limitándose su valor a los derechos y beneficios esperados que su posesión confiere al propietario. Tomado de Diccionario para Contadores. Eric L. Kohler. Editorial Uteha, página 312.

⁸ El numeral 4° del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, define en sentido amplio el término **control**, para significar “[l]a posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”.

Acorde con lo anterior, encontramos que la Comisión de la Comunidad Europea ha definido las concentraciones, como todo cambio duradero del control, ya sea como consecuencia de una fusión o de una adquisición (la compra de elementos del activo). En este sentido, se establece que “[e]l control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por si mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

“a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

“b) derecho o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la una empresa”. (Reglamento CE No. 139 de 2004; artículo 3°, numerales 1-3).

⁹ Acta No. 019 del Asamblea General de Accionistas de la Empresa UOL, Informe de Gestión, punto 1.2, obrante a folio 239 del expediente.

tenga un vencimiento de 21 días o más- se consideraran entregados por UOL a Andinet con el simple acaecimiento de la fecha de Cierre, bajo la modalidad de 'donde están y como están'. A partir de la fecha de Cierre Andinet, de conformidad con lo establecido con anterioridad, Andinet asume los riesgos y eventual pérdida relacionados con los Activos, así como cualquier gasto o costo de transporte. La tradición de todos los Activos se entiende efectuada con la puesta a disposición de los Activos por parte de UOL a favor de Andinet".¹⁰

En desarrollo de lo anterior, se estipuló en el referido contrato, que "con el fin de facilitar la cesión de los contratos con Suscriptores, UOL otorga a Andinet una licencia gratuita, de uso exclusivo para ser usada únicamente en la prestación de servicios de acceso a Internet sobre las Marcas y los Dominios. Para tal efecto las partes suscriben simultáneamente con este Contrato un contrato de licencia de uso sobre las Marcas y los Dominios cuyo texto hace parte del presente como Anexo 12."¹¹

Ciertamente, la operación que se realizó trajo aparejada un aumento en la participación en el mercado de la empresa ANDINET, a quien le fueron cedidos los suscriptores que tenía la empresa UOL, quien dejó de participar en este segmento específico, dando lugar a una concentración en este mercado.

De modo, pues, que existen elementos suficientes para afirmar que al haber adquirido Andinet todos los activos de UOL relacionados con la prestación de servicios ISP, así como haber obtenido la licencia de uso de marcas y dominios, tuvo lugar una integración empresarial, circunstancia que en ningún momento ha sido desconocida por los investigados.

2.3 El monto de los activos

En lo atinente a la suma de los activos a que se hace referencia en la norma, dejamos en claro que este dato **debe provenir de los últimos estados financieros aprobados**, en los cuales se refleje la realidad económica. **Estos documentos serán la fuente para tipificar el elemento.**¹²

Conforme a los balances generales aportados al expediente, para el año 2002 los activos totales de la empresa ANDINET estaban valorados en la suma de \$3.988.404.581,¹³ al paso que los activos de la empresa UOL estaban valorados, para ese mismo año, en la suma de \$14.061.799.000.¹⁴

De tal manera que los activos conjuntamente considerados de las empresas ANDINET y UOL, estaban valorados en \$18.050.203.581, que equivalían a 58.415 salarios mínimos

¹⁰ Ver copia del contrato obrante a folios 7 a 22 del expediente 03016957, cláusula tercera.

¹¹ Ibidem, cláusula séptima.

¹² Al tenor de lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, entiéndase por activos, individual o conjuntamente considerados, los activos brutos de las empresas que pretendan fusionarse o integrarse. Decreto 1302 de 1964, artículo 5°, párrafo.

¹³ Ver folio 69 del expediente 03016957.

¹⁴ Ver folio 92 del expediente 03016957

legales de aquel entonces,¹⁵ ubicándose, por consiguiente, dentro de los umbrales establecidos para el deber de información previa.

Para este Despacho no resultan de recibo las manifestaciones esgrimidas por parte de la liquidadora de la empresa UOL, en torno a que los estados financieros de dicha empresa no pueden ser tenidos en cuenta para determinar el valor de sus activos, aduciendo que los mismos “[n]o arrojaban una información razonable y fiable en relación con su principal activo el cual, como lo ha afirmado reiteradamente el revisor fiscal de Uol, estaba sobrevalorado...”. Discrepa este Despacho del anterior planteamiento, por las siguientes razones:

a) De acuerdo con el Decreto 2649 de 1993, “Los estados financieros, cuya preparación y responsabilidad es de los administradores del ente, **son el medio principal para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros de un ente económico. (...)**”,¹⁶ agregando que “[a]ntes de emitir estados financieros, la administración del ente económico debe cerciorarse que se cumplen satisfactoriamente las afirmaciones, explícitas e implícitas, en cada uno de sus elementos.

“Las afirmaciones que se derivan de las normas básicas y de las normas técnicas son las siguientes:

“Existencia: Los activos y pasivos del ente económico existen en la fecha de corte y las transacciones realizadas se han realizado durante el periodo. (...).

“Valuación. Todos los elementos han sido reconocidos por importes apropiados.

“Presentación y revelación. Los hechos económicos han sido correctamente clasificados, descritos y revelados”.¹⁷

Ahora bien, en relación al caso que nos ocupa, tenemos que los estados financieros de la empresa UOL del año 2002, fueron debidamente certificados por el representante legal de la empresa y el contador público de la misma,¹⁸ y posteriormente aprobados de manera unánime por la Asamblea General de Accionistas de la sociedad,¹⁹ en reunión celebrada el 28 de marzo de 2003, **previa lectura del Informe del Revisor Fiscal.**²⁰ Según se ha

¹⁵ Salario Mínimo para el año 2002: \$309.000.00.

¹⁶ Ibidem; artículo 19.

¹⁷ Ibidem; artículo 57.

¹⁸ Artículo 37 de la Ley 222 de 1995. “Estados financieros certificados. El representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros.”

¹⁹ De conformidad con lo establecido en el artículo 187 del Código de Comercio, son funciones de la junta o asamblea de socios y administradores, entre otras, “examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deban rendir los administradores.”

²⁰ En el Acta No. 019 de la Asamblea Ordinaria de Accionistas de la empresa UOL COLOMBIA S.A., correspondiente a la reunión llevada a cabo el 28 de marzo de 2003, quedó constancia de lo siguiente:

podido verificar, ni el representante legal de la empresa, ni el contador público, como tampoco la Asamblea General de Accionistas, formularon ni expresaron reparos u objeciones frente a los datos y cifras que reflejaban.

En ese sentido, y dado que no existe prueba que permita suponer lo contrario, debemos colegir que los referidos balances fueron elaborados y aprobados cumpliendo con las formalidades previstas por la ley, estando revestidos de la confiabilidad que la ley les otorga, al disponer en el Estatuto Mercantil que los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles.²¹

b) De acuerdo con la liquidadora de UOL, la desvaloración del activo intangible de la empresa, correspondiente al formato de contenido, viene del año 2001, a raíz de que la burbuja de internet se reventó, “[p]ues el mercado se dio cuenta que el valor otorgado a los activos de dichas compañías, las vinculadas al negocio de internet, jamás se iba a recuperar con los ingresos que dichos activos producían [agregando que] Uol no fue la excepción: el plan de negocios para el portal de contenido jamás se cumplió ni cercanamente y el aumento de la demanda del ISP nunca creció al ritmo previsto”.

Sin embargo, tras verificar el Informe del revisor fiscal dirigido a la asamblea general de accionistas el 28 de enero de 2003, en el cual sustenta buena parte de sus argumentos la liquidadora de la empresa, se constata que en ninguna parte alude a la ruptura de la burbuja de internet. Lo que manifestó el revisor fiscal, en los párrafos 2 y 3 del Informe, es que “[l]a magnitud de las pérdidas operativas continuadas, la deficiencia patrimonial, la falta de éxito de la administración en sus esfuerzos para disminuir las pérdidas y la venta de la unidad del negocio ISP, indican que la compañía puede quedar incapacitada para continuar funcionando en su forma actual [agregando luego], las circunstancias actuales de la compañía indican que no se generan los ingresos necesarios para recuperar el aporte en especie contabilizado como activo intangible, que a 31 de diciembre ascendía a \$ 9.573.310”.

“6.3 Lectura del Informe del Revisor Fiscal

“Como preámbulo al siguiente punto del orden del día, el presidente de la reunión instruyó al secretario para que diera lectura al dictamen preparado por el revisor fiscal sobre la suficiencia y fidelidad de los estados financieros que se presentan para estudio y aprobación de los accionistas, copia del cual se anexa a esta acta. Copia del informe del revisor fiscal hace parte de la presente acta en cuadernillo separado.

“6.4 Estudio y aprobación de los Estados Financieros a 31 de diciembre de 2002.

“6.4.1 La representante legal de la sociedad, en nombre y representación de la administración de UOL COLOMBIA S.A., pone en consideración de la Asamblea General de Accionistas los estados financieros de la compañía con corte al treinta y uno (31) de diciembre de 2002.

“6.4.2 Se deja constancia en el Acta que los señores accionistas tienen a su disposición copias completas de los estados financieros junto con sus notas, los cuales se anexan a la presente acta fin de que sean archivados en los archivos sociales y hagan parte de la misma.

“6.4.3 Sometidos a consideración de los Accionistas, los estados financieros presentados, fueron aprobados de forma unánime con el voto favorable de 6.767.712.249 acciones que componen el 100% de las acciones presentadas en la reunión. (...).”

²¹ Artículo 68 del código de comercio. “Los libros y papeles del comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles ...”

Como se puede ver, el revisor fiscal en ningún momento hace alusión a la "ruptura de la burbuja de internet", como tampoco a que se haya registrado una "desvalorización" del activo intangible del "formato de contenido". Lo que dice, y que es diferente a lo manifestado por la liquidadora de la empresa, es que las circunstancias que afrontaba la empresa para ese momento, permitían vislumbrar que **no se generarían hacia futuro los ingresos necesarios para recuperar el aporte en especie contabilizado como activo intangible.**

c) Según manifestara el revisor fiscal en el mismo informe, "*Debido a esta situación [la señalada en el párrafo anterior] y a que la compañía no ha efectuado la valuación de este activo, no me fue posible realizar procedimientos de auditoria necesarios para satisfacerme de la razonabilidad de los activos y patrimonio de los accionistas al 31 de diciembre de 2002*". (Resaltado nuestro)

Agregando en el punto siguiente, "*Debido a la significancia de los asuntos mencionados en los párrafos 2 y 3 anteriores, no me es posible expresar, y no expreso, opinión sobre los estados financieros correspondientes al año terminado en 31 de diciembre de 2002*". (Resaltado nuestro)

Siendo que el revisor fiscal de la empresa el 28 del 2003, en su informe a la asamblea general de accionistas, se abstuvo de expresar opinión sobre los asuntos relacionados con los activos intangibles, por no disponer de los elementos necesarios para ello, sorprende que en certificación posterior, expedida el 14 de abril de 2003, y después de reiterar que el activo intangible "[n]o había sido avalúo y sobre el cual existían circunstancias que indicaban que no se generarían los ingresos necesarios para su recuperación", advierta, "*[e]sta situación afecta la razonabilidad del valor de los activos de UOL Colombia S.A. y por lo tanto el valor de \$13.782.770.113, esta sobrevalorado*", pues si no tenía los elementos necesarios para pronunciarse, cómo puede en menos de 3 meses señalar que los activos estaban sobrevalorados. (Resaltado nuestro)

Valga señalar que el término "**sobrevalorado**" no fue utilizado en el Informe presentado por el revisor fiscal a la asamblea general de accionistas, pues como él mismo reconociera "*no me es posible expresar, y no expreso, opinión*". Por ello, como decíamos antes, sorprende que en tan poco tiempo haya reunido los elementos de prueba y muestreo necesarios para expresarse frente al punto, y afirme que los activos están "*sobrevalorados*", pues ello llevaría a pensar que sabiendo de esta circunstancia no la advirtió en su Informe, como era su deber, o que después de haber elaborado el Informe, tuvo a su alcance los elementos para realizar procedimientos de auditoria necesarios para satisfacerse de la razonabilidad de los activos, en cuyo caso, no los dejó saber en su declaración, como hechos subsecuentes al cierre del ejercicio en las siguientes asambleas extraordinarias.

Las anteriores razones, llevan a este Despacho a desestimar las argumentaciones esgrimidas por la liquidadora de UOL, y a tomar como ciertos los datos contables expresados en sus estados financieros, que dicho sea de paso, al día de hoy no han sido objeto de modificación por la sociedad.

Siendo así, queda claro que los activos de las empresas investigadas se situaban por encima de los veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) y, en todo caso, por encima del umbral de los 50.000 SMLMV previsto por la Circular Única de esta Entidad.

2.4 La inobservancia al deber legal

La Ley 155 de 1959 impone un mandato de conducta,²² al disponer que las empresas que se encuentren dentro de los parámetros establecidos en el artículo 4°, deberán informar previamente las operaciones que pretendan realizar. Así, dado que el control de integraciones corresponde a una atribución preventiva del Estado, el aviso de las mismas debe surtirse en forma previa a su realización, dentro de un esquema en el cual la ley, y no la discrecionalidad de los particulares, define cuándo y con qué elementos debe informarse una operación.

Como quiera que el aludido precepto comporta un deber de conducta, su infracción tiene lugar cuando dicho deber es omitido. No se requiere, por tanto, que la operación adelantada en prescindencia del aviso previo, genere un resultado específico, para que su no aviso sea merecedor de reproche.

Por tal razón, este Despacho difiere de lo manifestado por el representante legal de Andinet, cuando argumenta que la integración no vulneró o puso en peligro el bien jurídico que la norma protege, y que en cambio, hizo más eficiente la prestación del servicio de ISP pues, como ya fue puesto de presente, no son esas las circunstancias que dan lugar a la infracción, sino el incumplimiento del deber legal de información que consagra el artículo 4° de la Ley 155 de 1959.

Como conclusión de lo hasta aquí señalado, tenemos que pese a que la operación adelantada por UOL y Andinet se enmarcaba dentro de los linderos definidos en la Ley 155 de 1959, la misma no fue informada previamente, generándose de inmediato la responsabilidad de las empresas por el desconocimiento de dicha norma.

3 La improcedencia del principio de favorabilidad

Según considera la liquidadora de Uol, el principio de favorabilidad en materia penal, establecido por el artículo 29 constitucional, es aplicable al derecho sancionatorio administrativo. A partir de lo anterior, afirma que al ser la Circular Externa 02 de 2003, menos restrictiva que la Circular Externa 10 de 2002, en tanto establece como presupuesto para la información previa activos conjuntos valorados en 100.000 S.M.L.M.V. y no 50.000 S.M.L.M.V. como su antecesora, debía aplicarse de manera preferente al caso que nos ocupa, de lo cual concluye que las empresas investigadas no estaban sujetas al deber de información previa.

Este Despacho no comparte el argumento esgrimido por la liquidadora de Uol, por cuanto el principio de favorabilidad no es propio de la naturaleza de las investigaciones como la que se adelanta.

En efecto, si bien el debido proceso resulta aplicable no solo a actuaciones de naturaleza penal sino también administrativa, no es menos cierto que algunas garantías, como la defensa técnica y el principio de favorabilidad, han sido reservadas exclusivamente para actuaciones de naturaleza penal.

²² El Código Civil ha establecido que el carácter general de la ley consiste en mandar, prohibir, permitir o castigar. Código Civil; artículo 4.

Así, en lo que concierne al principio de favorabilidad, la propia Carta limita expresamente su alcance, al disponer en el tercer inciso del artículo 29, que "**En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, sea aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable**".

La Corte Constitucional, en la misma sentencia que cita la liquidadora de Uol, reconoce que ciertas garantías del artículo 29 de la Constitución se encuentran ligadas de manera exclusiva a las actuaciones de carácter penal, al reconocer que:

*"Existen razones que distinguen entre uno y otro ordenamiento [refiriéndose al penal y el cambiario], con base en los principios instrumentales de rango constitucional que **permiten reconocer la existencia de ordenes jurídicos parciales, con sus propias reglas, que no se aplican por extensión a todo el sistema jurídico, como es el caso de los principios orientadores y rectores de la normatividad sustantiva y procedimental del Derecho Penal**. En este sentido, debe advertirse que lo que supone el artículo 29 de la Carta, en su primer inciso, no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impide e irradique la arbitrariedad y el autoritarismo; que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas".²³*

Incluso, en lo que hace al principio de favorabilidad, la misma Corte en forma expresa ha reconocido que:

*"...lo dicho no significa que se trasladen al terreno administrativo aspectos del debido proceso que, por su misma naturaleza, son aplicables tan solo a la materia penal propiamente dicha, como el relativo a la asistencia del abogado de oficio o el **principio de favorabilidad**, pues ello no tiene respaldo en la Constitución Política como claramente se desprende del artículo 29 ya comentado".²⁴*

En la misma línea ideológica, es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado en que se advierte la inaplicabilidad del principio de favorabilidad en actuaciones de carácter administrativo. Así, pues, encontramos:

- Sentencia del 9 de marzo de 1987, exp. No. 0290, C.P. Dr. Hernán Guillermo Aldana, actor: Singer Sewing Machine Company,

"Las normas administrativas, su manera de ejecutarse y los procedimientos, son diferentes del ramo penal en tal virtud no pueden aplicarse a aquellas, por el mecanismo novedoso de la extensión, principios propios de otras tutelas jurídicas.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1992.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-460 de 1992.

"(...).

"Resulta de ello, que todas las teorías jurídicas valederas en derecho penal no son aplicables a este caso, y se ve por ejemplo, que el juez fiscal descarta el principio, no obstante ser clásico, de la aplicación de la ley penal más benigna, o de no acumulación de penas, porque las 'reglas particulares especialmente aplicables a la represión de contravenciones a las leyes y reglamentos propios de las contribuciones indirectas constituyen excepción en este punto a los principios generales del derecho' (Poltiers, 20 dc. 1929, D.H. 1930,122). Es lo que explica que la competencia en materia de aplicación de esas sanciones se atribuye a veces al juez fiscal, quien decide, 'como en materia de contravenciones'". (Resaltado nuestro)

- Igualmente, en sentencia del 26 de junio de 1987, exp. No. 1028, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas, la Sala reiteró su posición y precisó que:

"[E]l sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella; en el campo administrativo se trata de lograr un objetivo político del Estado, en casos como el que se estudia de simple orden público económico.

"(...).

"No puede confundirse el llamado principio de favorabilidad de la ley penal posterior al hecho que se castiga, con los que regulan la vigencia de la ley en el tiempo.

*"En materias financieras son frecuentes las modificaciones de las regulaciones porque éstas dependen de las circunstancias económicas del momento, pero la disminución y aún la supresión de un determinado deber no tiene efectos retroactivos a épocas anteriores, porque no se trata de normas de índole penal. **Cuando se rebaja un encaje o una inversión obligatoria no puede alegarse ésto como ley posterior favorable que exonere del cumplimiento de la norma que con anterioridad regía el encaje o la inversión.***

"Y menos aún, los plazos que nuevas normas den para cumplir obligaciones similares en años posteriores, que la demandante alega para justificar el incumplimiento de las dictadas años atrás." (Resaltado nuestro)

- En sentencia del 23 de octubre de 1987, exp. No. 0292, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, Actor: Adolfo Urdaneta Laverde, la Sala expresó:

"No se acepta el criterio del Tribunal a- quo, de dar aplicación al artículo 44 de la Ley 153 de 1887, toda vez que dicha norma se refiere a la aplicación de la ley favorable en materia penal, y ya ha quedado establecido cómo no se puede confundir el ámbito penal con el puramente administrativo". (Resaltado nuestro)

- Sent. Sec. 4°. Exp. 4747. de oct. 11/93. Consejero Ponente Dr. Delio Gómez Leyva

1

"A juicio de la Sala, el hecho de la derogatoria posterior de las normas que sirvieron de fundamento a la imposición de la sanción administrativa, en manera alguna implica que la conducta irregular haya sido inexistente y menos que, por pérdida de vigencia de la ley los hechos cometidos queden sin sanción, pues si bien es cierto que tanto el artículo 26 de la Constitución Política de 1886 como el artículo 29 de la Constitución vigente consagran en materia penal, la aplicación preferente de la ley permisiva o favorable, tal principio en primer lugar no es aplicable a las sanciones administrativas cuyas maneras de ejecutarse, los procedimientos y los objetivos e intereses tutelados son diferentes del derecho penal, pues mientras éste, como en repetidas ocasiones ha precisado la Sala, se trata de castigar una falta o de corregir una conducta antisocial, previamente tipificada en la ley para quien en ella incurra, en el campo del derecho administrativo se trata de cumplir el objetivo político del Estado.

"En segundo lugar tampoco puede deducirse que en virtud de este principio de favorabilidad el hecho punible o infractor quede sin sanción por haber sido derogada la norma que lo tipifica de manera expresa o tácita por otra que regule íntegramente tal conducta irregular, por que tal inferencia ni siquiera, puede deducirse de la disposición constitucional en el campo del derecho penal.

"Lo que la norma claramente indica es que en materia penal, si la ley posterior frente a la misma conducta sancionada es más benigna en la pena, debe aplicarse preferentemente, pero en manera alguna afirma que queda sin sanción, salvo el caso de que el nuevo ordenamiento jurídico penal así lo disponga al considerar no punible la conducta.

"En consecuencia las teorías jurídicas valederas en el derecho penal sobre el principio de favorabilidad frente a la irretroactividad de la ley no son aplicables en este caso y en tal virtud el hecho de que al momento de proferirse el acto administrativo sancionatorio o al producirse el fallo en la vía gubernativa no existiere la norma que tipifica la sanción, no da lugar a invocar la favorabilidad existente en materia penal". Resaltado nuestro)

- Del mismo modo, en sentencia del 21 de enero de 1994, exp. No. 5049, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, la Sala expresó:

"Las situaciones y actuaciones administrativas se regulan de manera general por las normas para ellas establecidas en el Decreto 01 de 1984, como lo ordena su artículo 1º., a menos que exista una disposición expresa que las regule de manera especial. No existiendo dicha reglamentación especial, se aplica el mismo estatuto que en su artículo 3o., consagra en materia administrativa las garantías establecidas por el artículo 26 de la Constitución Nacional (hoy artículo 29). Sin que pueda inferirse entonces, que el artículo 375 del Código Penal, deba aplicarse obligatoriamente por extensión, al derecho sancionatorio de carácter administrativo financiero por ausencia de normatividad que garantice para las sanciones administrativas el derecho de defensa y del debido proceso consagrado en la Constitución Nacional.

"Además, no se advierte de las actas de la comisión redactora del Código Penal, que haya sido voluntad del legislador someter las sanciones administrativas al régimen previsto en este código, desconociendo el elemento prontitud que se requiere para manejar el derecho económico que exigen normas de control y coerción de efectos inmediatos. Por el contrario, de las actas de la propia comisión redactora del Código Penal, se advierte, que la referencia que hace al artículo 375 del Código Penal, se refiere en forma restrictiva a las contravenciones penales, que dada la conducta humana que involucran, requieren sujeción a los principios y normas establecidas en el Código Penal, pero no a las sanciones administrativas aplicables a las personas jurídicas por transgresión a la normatividad propia del sector financiero u otros, en los cuales no resultan aplicables aquellos." (Resaltado nuestro).

- Más recientemente, advirtió la citada Corporación, en sentencia del 25 de marzo de 2004, radicación: 25000-23-24-000-2000-0595-01 13495, actor: Corporación Gran Colombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar, lo siguiente:

"En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al derecho financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tiene aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad o la favorabilidad, dado que la naturaleza y finalidades de cada una de estas disciplinas con diferentes". (Resaltado nuestro)

Tal ha sido en general, la línea jurisprudencial predominante en la Sección y reiterada en innumerables providencias, tales como las fechadas el 29 de mayo de 1992, exp. 3871, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, actor: Caja Agraria; 31 de julio de 1992, exp. 3395, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Guillermo León Victoria; diciembre 11 de 1992, exp. 4355, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, actor: Román de Jesús Gómez García; abril 2 de 1993, exp. 4617, C.P. Dr. Guillermo Chahín Lizcano, actor: Sociedad Española de Pesca; abril 30 de 1993, exp. 4469, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Granahorrar; agosto 6 de 1993, exp. 4479, C.P. Dra. Consuelo Sarria Olcos, actor: Granahorrar; agosto 6 de 1993, exp. 4111, C.P. Dr. Carmelo Martínez Conn, actor: Hacienda del Valle Paz Bautista; julio 1º de 1994, exp. 5433, C.P. Dr. Jaime Abella Zárate, actor: Corporación Social de Ahorro y Vivienda, Colmena y septiembre 9 de 1994, exp. 5233, C.P. Dr. Delio Gómez Leyva, actor: Jorge Luis Martínez.

De acuerdo con lo expuesto es claro, como lo ha sostenido tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, que el principio de favorabilidad está circunscrito a las actuaciones penales y a aquellas otras que, sin serlo, la ley lo ha reconocido expresamente como garantía procesal. Con todo, no es el caso que nos corresponde analizar, toda vez que la actuación que se adelanta es de naturaleza administrativa y en el procedimiento establecido para su trámite no ha sido consagrada esta garantía.

En todo caso, es preciso señalar que para la época de los hechos que se investigan, estaba vigente la Circular 10 de 2002 de esta Superintendencia, con lo cual las empresas investigadas estaban obligadas a comportarse dentro los lineamientos definidos en dicho acto, en el sentido de informar la operación que pretendían llevar a cabo. Por tal razón

como ha expresado el Consejo de Estado, "el hecho de la derogatoria posterior de las normas que sirvieron de fundamento a la imposición de la sanción administrativa, en manera alguna implica que la conducta irregular haya sido inexistente y menos que, por pérdida de vigencia de la ley los hechos cometidos queden sin sanción".

Por lo expuesto, este Despacho considera improcedente el argumento esgrimido por la liquidadora de la empresa Uol, en torno a la aplicación del principio de favorabilidad en el caso concreto.

4 La responsabilidad de los representantes legales

Según el contenido del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer sanciones a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto, multas de hasta por 300 SMLMV en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional.

Así, para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen. En otras palabras, la responsabilidad de los administradores presupone la de la empresa.

Ahora bien, tratándose de la infracción al artículo 4° de la Ley 155 de 1959, la responsabilidad de los representantes legales se configura al tiempo que la de la empresa, es decir, en el preciso instante en que la operación se consuma, sin que haya sido informada previamente.

En el caso concreto, la responsabilidad de los representantes legales se determinó teniendo en cuenta su participación activa en la celebración del contrato que dio lugar a la integración objeto de la presente investigación.

De esta forma, Andrés Afanador Restrepo, en su calidad de representante legal de la sociedad Andinet On Line S.A., suscribió dicha negociación con la empresa Uol Colombia S.A.²⁵, circunstancia fáctica que el mismo reconociera en su declaración del 31 de marzo de 2004, en los siguientes términos:

"Pregunta 2: Indique al Despacho, qué cargo desempeña y qué funciones desarrolla con ocasión del mismo.

Respuesta: Desempeño el cargo de gerente general de Andinet On Line y realizó todas las funciones referentes a este cargo, las cuales se resumen en la planeación, ejecución, administración y control de los negocios de la empresa. Estoy en el cargo desde el mes de agosto de 1998".

"(...).

²⁵ Ver Contrato de compra de activos de Andinet a Uol, el cual obra a folio 7 del expediente.

"Pregunta 8: Haga una breve descripción del negocio realizado entre Andinet Online y Uol Colombia S.A. Respuesta: El negocio en mención consistió en la compra por parte de nuestra empresa de la base de usuarios y la infraestructura (líneas telefónicas a nivel nacional, servidores de acceso remoto y licencias de software) que tenía Uol Colombia para atender su negocio de acceso a internet (ISP)"

Similar situación fue constatada para el caso del señor Ary Baptista, representante legal de la compañía Uol Colombia S.A., quien suscribió el contrato de concentración del 19 de diciembre de 2002. En este aspecto, es de destacar lo declarado el 29 de marzo de 2004, por la doctora Diana Patricia Gutiérrez Barrero, liquidadora de Uol Colombia S.A., al evaluar la respuesta a la pregunta 14 de la diligencia, que reza:

"En respuesta a la pregunta No. 12 de la presente acta manifestó usted al despacho que el valor de la venta de los activos efectuada de Uol Colombia a Andinet tuvo un valor de 450 mil dólares. Indique al Despacho, cuáles fueron los criterios o parámetros con los que se fijo dicho valor?"

Respuesta: No conozco los criterios o parámetros para la fijación de dicho precio, debido a que la negociación fue manejada directamente por la anterior administración, es decir, por el señor Ari Baptista.²⁶

Es claro, entonces, que los doctores Andrés Afanador Restrepo y Ary Baptista, en su condición de representantes de las empresas investigadas, conocieron y además se encargaron de ejecutar la operación que se investiga, sin informar previamente a esta Entidad, dando lugar a su responsabilidad en los términos establecidos por el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2152 de 1992.

5 El monto de la sanción

5.1 Para las empresas infractoras

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

Ahora bien, según se ha establecido, las empresas investigadas trasgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, pues a pesar de estar dentro de los supuestos establecidos en la referida norma, llevaron a cabo un proceso de integración empresarial sin informarlo previamente a esta Entidad, lo que la imposibilitó de realizar en forma oportuna el control *ex ante* de la mencionada operación.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho considera la necesidad de imponer a las empresas investigadas y que fueron encontradas responsables de la infracción al artículo 4 de la Ley 155 de 1959, una multa que de acuerdo con el tamaño y la capacidad financiera de cada empresa, deberá ser de treinta millones de pesos MCT (\$30.000.000.00) para Andinet y de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) para Uol.

²⁶ Declaración de la doctora Diana Patricia Gutiérrez Barrero, que obra a folio 189 del expediente.

5.2 Para los representantes legales

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra procedente imponer una multa por valor de tres millones de pesos MCT (\$3.000.000.00) al señor Andrés Afanador Restrepo, representante legal de la empresa Andinet On Line, y de tres millones de pesos MCT (\$3.000.000.00) para el señor Ary Baptista, representante legal de la empresa Uol para la época de los hechos investigados, por haber ejecutado la integración prescindiendo del deber de información establecido en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959.

QUINTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, el primero de septiembre de 2004 se escuchó al Consejo Asesor.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por ANDINET ON LINE S.A. y UOL COLOMBIA S.A., es ilegal por contravenir lo previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

ARTICULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de treinta millones de pesos MCT (\$30.000.000.00) a la sociedad ANDINET ON LINE S.A. y una sanción pecuniaria por la suma de veinte millones del pesos (\$20.000.000.00) a UOL COLOMBIA S.A., como consecuencia del artículo anterior.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00110-6 DTN Superintendencia de Industria y Comercio o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario Cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que ANDRÉS FELIPE AFANADOR RESTREPO y ARY BAUTISTA AMIGHETTI, actuando como representantes legales de ANDINET ON LINE S.A. y UOL COLOMBIA S.A., respectivamente, autorizaron y ejecutaron la conducta establecida en el artículo primero de la presente resolución, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO Imponer a ANDRÉS FELIPE AFANADOR RESTREPO y ARY BAUTISTA AMIGHETTI multas por valor de tres millones de pesos MCT (\$3.000.000.00), a cada uno, como consecuencia del artículo anterior.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00110-6 DTN Superintendencia de Industria y Comercio o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario Cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTICULO QUINTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor ANDRÉS FELIPE AFANADOR RESTREPO, en su doble calidad de representante legal de Andinet On Line S.A. y de persona investigada, o a quien haga sus veces, a la doctora DIANA PATRICIA GUTIÉRREZ BARRERO, en su calidad de liquidadora de Uol Colombia S.A. en liquidación, o a quien haga sus veces, y al señor ARY BAUTISTA AMIGUETTI, como persona investigada, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 02 SET. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificar a:

Doctor
ANDRÉS FELIPE AFANADOR RESTREPO
Representante legal
ANDINET ON LINE S.A.
Nit No. 830.025.333-7
Avenida 13 No. 114 A -32
Ciudad

Doctor
ANDRÉS FELIPE AFANADOR RESTREPO
C.C. 79.625.105
Avenida 13 No. 114 A -32
Ciudad

Doctora
DIANA PATRICIA GUTIÉRREZ BARRERO
Liquidadora
UOL COLOMBIA S.A.
Nit No. 830.065.704-7
Carrera 9 No. 123-46/50
Ciudad

Doctor
ARY BAUTISTA AMIGUETTI
Visa No. 00032297243
Carrera 9 No. 123-46/50
Ciudad