



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 24088 DE 2003
(28 AGO. 2003)

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que con ocasión de la solicitud de autorización de integración presentada el día 14 de marzo de 2001, por parte del representante legal de Betania, en la cual se informaba la operación que se proyectaba realizar, consistente en una operación de integración en virtud de la cual la sociedad Betania Overseas se disuelve sin liquidarse, transfiriendo en bloque los activos y pasivos al patrimonio de la sociedad absorbida Betania S.A., la Delegatura de Promoción de la Competencia estableció que con antelación, específicamente el 11 de mayo de 1999, se habría realizado una operación de adquisición de control en el extranjero, cuyo efecto en Colombia fue la integración de dos empresas generadoras con una comercializadora de energía eléctrica.¹

SEGUNDO. Que tras haber verificado que la operación de integración, generada con ocasión de la adquisición de acciones en el exterior, no fue informada a la Superintendencia de Industria y Comercio, la Delegatura para Promoción de la Competencia decidió a través de la Resolución 18577 del 31 de mayo de 2001, adicionada por la Resolución 3788 de febrero 5 de 2002, abrir investigación en contra de CENTRAL HIDROELECTRICA DE BETANIA S.A. E.S.P., CAPITAL ENERGÍA S.A., ENDESA DE COLOMBIA S.A., LUZ DE BOGOTÁ S.A., ENERSIS ENERGIA DE COLOMBIA S.A. E.S.P., CODENSA S.A. E.S.P. y EMGESA S.A. E.S.P.; por la presunta infracción al artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

TERCERO. Que mediante escrito radicado bajo el número 01043237-30031 de 18 de julio de 2003, el doctor Carlos Lázaro Umaña Trujillo en su calidad de apoderado de las investigadas, solicitó se decretara la terminación y archivo de la investigación referida, aduciendo que ha operado el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria, a que hace referencia el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

¹ En Mayo de 1999, Enersis S.A. una subsidiaria de Endesa España y que poseía un 25.35 de las acciones de Endesa Chile, adquirió en la bolsa de valores de Santiago un 34.7% adicional, por lo que adquiere el control de esta. Con esto Endesa España adquiere el control, entre otros, sobre Endesa de Colombia S.A., Central Hidroeléctrica de Betania S.A. E.S.P., Capital Energía S.A. y Emgesa S.A.

Por la se ordena el archivo de una investigación

CUARTO. Que el escrito a que hace referencia el numeral anterior se fundamentó, en síntesis, de la siguiente forma:

"1. La SIC ha perdido competencia para adelantar y sancionar a mis poderdantes por la conducta objeto de la presente investigación, por cuanto ha transcurrido el término de tres (3) años, previsto en la ley para la operancia de la caducidad de la facultad sancionatoria, desde el incumplimiento del deber de informar la supuesta operación de integración la cual se realizó el 11 de mayo de 1999.

"2. En efecto, el numeral 1.2 del artículo Tercero de la Resolución 18557 de 31 de mayo de 2001 de la SIC (por la cual se abre una investigación), modificada por medio de la Resolución 03788 de 5 de febrero de 2002 (por la cual se corrige y aclara una resolución) establece:

'1.2 El día 11 de mayo de 1999, se realizó una operación de adquisición de control en el extranjero cuyos efectos en Colombia fue la integración de dos empresas generadoras y con una comercializadora de energía eléctrica'.

"3. De esta manera, teniendo en cuenta que en caso que nos ocupa la conducta de integración presuntamente contraria a las normas sobre promoción de la competencia" se realizó el 11 de mayo de 1999, no cabe la menor duda de que la SIC perdió la competencia para pronunciarse sobre el fondo de la presente investigación e imponer las sanciones pecuniarias a mis poderdantes y sus representantes legales, por configurarse claramente la caducidad de su facultad sancionadora.

"4. En este sentido, la administración debe establecer las sanciones en estricta conformidad con la ley, y es por esto que debe vigilar que los términos que tiene par sancionar no se hayan vencido, so pena de la pérdida de competencia para ejercer la facultad sancionatoria.

"(...)

"5. Por su parte la misma SIC, en reciente pronunciamiento sobre un caso similar al de la presente investigación de no aviso previo de integración empresarial, admitió y aceptó su pérdida de competencia ante el acaecimiento del fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria. Al respecto, mediante la Resolución 19017 de 4 de julio de 2003 (por la cual se resuelve un recurso) la SIC manifestó: (...)

"(...)

Continúa el recurrente: "En síntesis, considerando que han pasado más de tres (3) años desde la fecha en la cual se realizó la supuesta operación de integración (11 de mayo de 1999), objeto de la investigación, la facultad de la SIC se encuentra caducada para continuar el trámite e imponer sanciones a mis representados y por consiguiente la SIC ha perdido plenamente su competencia para ello (...)"

QUINTO: Que con base en lo argüido por el apoderado de las investigadas, procederá este Despacho a hacer el análisis correspondiente con el fin de verificar si ha operado, en el caso concreto, la caducidad sancionatoria a que hace referencia el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Por la se ordena el archivo de una investigación

1 El artículo 4 de la Ley 155 de 1959

1.1 El carácter preventivo de la norma

Mediante el artículo 4 de la Ley 155 de 1959,² el legislador estableció los supuestos que deben observar los particulares cuando proyectan realizar una integración en cualquiera de sus modalidades. Aunque las operaciones de integración constituyen una manifestación de la libertad de empresa, se ha establecido un control previo sobre aquellas, que por las condiciones especiales en que se realiza o por los intervinientes que comprende, podrían un momento dado conllevar una indebida restricción a la competencia, lo que justifica su control previo por parte del Estado.³ En este sentido, la autoridad de competencia deberá analizar las integraciones que pretendan adelantar, con el fin de prevenir y anticiparse a aquellas que podrían conllevar una pérdida de la competencia efectiva.

Ahora bien, según el Código Civil, se tiene que el carácter general de la ley consiste en mandar, prohibir, permitir o castigar,⁴ por lo cual, bajo dicha perspectiva, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 constituye una norma que contiene un mandato de conducta, a partir del cual, aquellas empresas que estén dentro de sus supuestos, están obligados a informar previamente las operaciones que "proyectan" llevar a cabo.

Así las cosas, al disponer el citado artículo 4º de la Ley 155 que las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios, están obligadas a informar a esta Entidad de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, lo que está haciendo la norma es crear una obligación cuyo incumplimiento genera las consecuencias y sanciones que la ley prevé.

1.2 Agotamiento de la conducta

Como quedó visto, el artículo 4 de la ley 155 de 1959 impone a los empresarios la obligación de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio las operaciones de integración que proyecten realizar, cuando quiera que se encuentren bajo los lineamientos especificados por la misma norma.

Bajo esta perspectiva, la norma independiza dos momentos: El primero, cuando la obligación de informar las integraciones que se proyecten realizar está vigente; y el segundo, cuando dicha obligación ya se ha extinguido, bien sea porque el empresario informó a la Superintendencia de Industria y Comercio la integración que proyecta realizar, o bien porque ya no es posible el

² Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, concordante con el artículo 51 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.

³ Fue bajo esta óptica que la Ley 155 de 1959, dispuso en su artículo 4º que "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 la Superintendencia de Industria y Comercio de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de adquirir control, fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración."

⁴ Código Civil; artículo 4.

Por la se ordena el archivo de una investigación

cumplimiento de ese deber, pues los intervinientes en la operación han consolidado el proceso respectivo, omitiendo su aviso previo.

Como consecuencia de lo anterior, el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 sólo se produce en el segundo momento, pues mientras la integración no se materialice, la condición que genera el incumplimiento de la misma no acaece, toda vez que hasta tanto no se materialice la integración, ésta continuará siendo un proyecto y no se podrá concluir a ciencia cierta que el empresario incumplió con su deber de informar las integraciones que proyecte realizar.

Así las cosas, dado que la infracción a la norma se presenta cuando la integración se materializa, sin que de la misma se haya dado previo aviso a esta Superintendencia, la consecuencia que se sigue, es que a partir de ese preciso instante se produce el incumplimiento de la obligación del empresario, y consecuentemente, es en ese momento en que empieza a correr el término de caducidad administrativa.

2 La operación analizada en el tiempo

El día 11 de mayo de 1999, Enersis Chile, subsidiaria de Endesa España, adquiere un 34.5% adicional de las acciones de Endesa Chile que le dan el control sobre ésta, con lo que, con esta compra de acciones, Endesa España adquiere el control sobre Chilectra Panamá, Conosur Panamá, Endecol, CHB, CBOC, Capital Energía y Emgesa.

3 Caducidad sancionatoria

3.1 Operancia del fenómeno

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, resulta imperativo tener presente que la adquisición de las acciones tuvo lugar el día 11 de mayo de 1999 y como quiera que la investigación que adelanta esta Entidad, concierne al incumplimiento del deber de información previa, se debe tener como punto de partida el de la fecha en que tuvo lugar el proceso de integración jurídico - económica.

Así pues y teniendo en cuenta que el artículo 38 del código contencioso administrativo previene un término de tres (3) años para sancionar a partir de producido el acto,⁵ es de considerar, previo lo dicho, que para la fecha, ya han transcurrido más de tres años desde que se consumó la operación y la consecuente falta, por lo cual la potestad sancionatoria de la Entidad se encuentra caduca.

En este criterio ha sostenido la doctrina al manifestar que el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo "incorporó en el ordenamiento del procedimiento administrativo un principio de seguridad jurídica, ligado inevitablemente a la legalidad de las decisiones en su aspecto temporal"⁶ (...) "En otras palabras, el ejercicio de autoridad está acompañado del acatamiento imperativo de las reglas de competencia y de los términos estrictos concedidos para su ejercicios. De desconocerse estas premisas lógicas y elementales del actuar público se estaría incursionando en el ámbito de la ilegalidad y consecuentemente en el de la incompetencia."⁷

⁵ Artículo 38 del Código Contencioso Administrativo. "Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los 3 años de producido el acto que pueda ocasionarlas."

⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez." Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición. 2003. Página 248.

⁷ Ibidem. Página 249.

Por la se ordena el archivo de una investigación

Por lo expuesto y como quiera que ya han transcurrido 3 años desde el incumplimiento del deber de informar de la operación realizada el 11 de mayo de 1999, ya ha operado la caducidad de la facultad sancionatoria, este Despacho,

RESUELVE

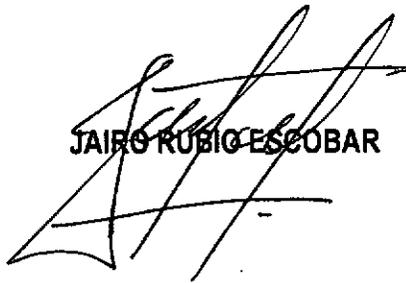
ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar el archivo de la actuación adelantada con ocasión de la Resolución 18577 de 31 de mayo de 2001 adicionada mediante Resolución 3788 de febrero 5 de 2002.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a Carlos Umaña Trujillo, en su calidad de apoderado de CENTRAL HIDROELECTRICA DE BETANIA S.A. E.S.P., CAPITAL ENERGÍA S.A., ENDESA DE COLOMBIA S.A., LUZ DE BOGOTÁ S.A., ENERSIS ENERGIA DE COLOMBIA S.A. E.S.P., CODENSA S.A. E.S.P. y EMGESA S.A. E.S.P., así como de sus representantes legales, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante la 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 28 AGO. 2003

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación:

Doctor

CARLOS UMAÑA TRUJILLO

C.C.: 19.392.959 de Bogotá

Apoderado

CENTRAL HIDROELECTRICA DE BETANIA S.A. E.S.P.

CAPITAL ENERGÍA S.A.

ENDESA DE COLOMBIA S.A.

LUZ DE BOGOTÁ S.A.

ENERSIS ENERGIA DE COLOMBIA S.A. E.S.P.

CODENSA S.A. E.S.P.

EMGESA S.A. E.S.P.

Calle 70 No 4 - 60

Ciudad

GSG/mpr