

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN QUINTA**

**Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación Número: 25000-23-24-000-2011-00159-01**

**Demandantes: CONSORCIO METALÚRGICO NACIONAL COLMENA LTDA Y OTROS**

**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho – Fallo de Segunda Instancia**

La Sala procede a resolver el recurso de apelación<sup>1</sup> oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 21 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “C” en Descongestión, que declaró la nulidad de las resoluciones Nos. 30238 de 15 de junio y 50344 de 22 de septiembre de 2010 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en las que declaró que el Consorcio Metalúrgico Nacional Colmena LTDA y Siderúrgica de los Andes Sideandes S.A. y sus representantes legales incumplieron el deber previo de informar una operación de integración contenido en el artículo 4º de la ley 155 de 1959 y les impuso una sanción y se resolvió el recurso de reposición respectivamente.

## **I.ANTECEDENTES**

### **1. Demanda**

Por conducto de apoderado judicial<sup>2</sup>, el Consorcio Metalúrgico Nacional Colmena LTDA, la Siderúrgica de los Andes Sideandes S.A. y sus respectivos representantes legales, interpusieron

---

<sup>1</sup> Folios 243-259.

<sup>2</sup> Folios 1-4 .

demanda de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>3</sup> ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección “C” en Descongestión, con el fin de que se declare la nulidad de las resoluciones No. 30238 del 5 de junio y No. 50344 del 22 de septiembre de 2010, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el expediente No. 08-053748, en las que declaró que el Consorcio Metalúrgico Nacional Colmena LTDA y Siderúrgica de los Andes Sideandes S.A. incumplieron el deber previo de informar una operación de integración contenido en el artículo 4º de la ley 155 de 1959 y se les impuso una sanción a estas y sus representantes legales y se resolvió el recurso de reposición respectivamente.

### 1.1. Al respecto, formularon las siguientes pretensiones:

1. Que se declare la nulidad de las resoluciones No. 30238 del 5 de junio de 2010 y No. 50344 del 22 de septiembre de 2010, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el expediente No. 08-053748.
2. Que como consecuencia de la declaración anterior, y en restablecimiento del derecho, se ordene revocar la sanción pecuniaria impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a CONSORCIO METALÚRGICO NACIONAL COLMENA LTDA., por el valor de doscientos quince millones cuatrocientos un mil trescientos noventa y seis pesos (\$215.401.396.00), SIDERURGICA DE LOS ANDES SIDEANDES S.A. (hoy SERVICIOS INTEGRALES AGROINDUSTRIALES SAS SIDEANDES S.A.S.), por el valor de veintidós millones doscientos diecisiete mil trescientos cincuenta y tres pesos (\$22.217.353). OSCAR GILBERTO RAMIREZ ACEVEDO, por el valor de treinta y dos millones trescientos diez mil pesos (\$32.310.210.00) y MARIA EUGENIA ARENAS PINEDA, por el valor de tres millones trescientos treinta y dos mil seiscientos tres pesos (\$3.332.603.00).
3. Que subsidiario a la pretensión No. 2, y en caso de que la demandantes ya hubiesen depositado el pago correspondiente a la sanción pecuniaria impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante las resoluciones que se demandan, se ordene a tal entidad la restitución de lo pagado al momento de la sentencia, junto con los intereses que hasta la fecha de la devolución se hayan causado.

### 1.2. Hechos

En apoyo de sus pretensiones, el representante judicial de los demandantes señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

---

<sup>3</sup> accion consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en adelante C.C.A

**1.2.1.** Mediante Resolución No. 57483 de noviembre de 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó abrir una investigación contra las sociedades COLMENA y SIDEANDES y sus representantes legales GILBERTO RAMÍREZ ACEVEDO y MARÍA EUGENIA ARENAS PINEDA, para determinar si, las primeras, violaron el artículo 40 de la Ley 155 de 1959 que obliga a las empresas que se dedican a una misma actividad a informar a la SIC las integraciones empresariales que proyecten realizar y si incurrieron en responsabilidad los segundos al haber autorizado, ejecutado o tolerado tal violación.

**1.2.2.** La operación que de acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio se constituyó en una integración empresarial no informada consistió en la compra de activos para la producción de tuberías y perfiles en acero que realizó COLMENA a SIDEANDES S.A. y según la SIC cumplía con los 3 presupuestos legales necesarios para ser notificada a la autoridad competente, así:

- Supuesto subjetivo: la operación fue realizada por dos empresas que se dedicaban a una misma actividad: la producción de tuberías y perfiles de acero, y según la entidad implicó la eliminación de un competidor del mercado y por consiguiente constituyó una integración empresarial que tuvo el potencial de afectar el mercado nacional. Aunque la SIC no efectuó análisis alguno que permitiera establecer que las compañías participaban en el mismo mercado relevante, ni determinó si eran competidoras puesto que no se analizó si las tuberías o perfiles de acero que cada una de las compañías fabricaban eran productos sustitutos.
- Supuesto objetivo: los activos de las empresas eran de \$64.531.068.134, esto es, superiores al umbral legal de 100 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, que para el año 2007 equivalían a \$43.370.000.000.
- Supuesto cronológico: la operación de compraventa de activos entre las dos compañías no fue informada a la SIC antes de su realización.

**1.2.3.** Mediante Resolución No. 30238 de 2010, la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que las empresas investigadas incumplieron el deber establecido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, al no informar una integración empresarial que cumplía todos los requisitos para ser comunicada

a la autoridad competente con anterioridad a su realización y que los representantes legales OSCAR GILBERTO RAMÍREZ ACEVEDO y MARÍA EUGENIA ARENAS PINEDA actuaron en contravención de lo dispuesto en la norma mencionada al no haber informado la integración, incurriendo así en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4º del decreto 2153 de 1992.

**1.2.4.** En razón a lo anterior la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó pecuniariamente a COLMENA con la suma de trescientos veintidós millones novecientos cuarenta mil seiscientos veinticinco pesos (\$322.940.625), a SIDEANDES por la suma de treinta y tres millones trescientos nueve mil trescientos setenta pesos (\$33.309.375), a OSCAR GILBERTO RAMÍREZ ACEVEDO con la suma de cuarenta y ocho millones cuatrocientos cuarenta y un mil noventa y cuatro pesos (\$48.441.094) y a MARÍA EUGENIA ARENAS PINEDA con la suma de cuatro millones novecientos noventa y seis cuatrocientos seis pesos (\$4.996.406).

**1.2.5.** La Resolución No. 30238 de 15 de junio de 2010 fue notificada así: (i) el mismo día que se expidió se envió a las empresas investigadas y a sus representantes legales en escrito que informaba que una vez recibida la comunicación, dentro de los 5 días siguientes, debían acercarse a la SIC para que la resolución fuera notificada personalmente, (ii) como los destinatarios no se acercaron, la SIC fijó un edicto el día 23 de junio y lo se desfijó el 25 de junio, y según la SIC ese día quedó notificada la resolución.

**1.2.6.** El 2 de julio de 2010, la apoderada de COLMENA Y OSCAR GILBERTO RAMÍREZ ACEVEDO, así como de MARÍA EUGENIA ARENAS PINEDA, en su calidad de persona natural investigada y como representante legal de SIDEANDES presentaron recurso de reposición en contra de la Resolución No. 30238 de junio de 2010, en el que argumentaron:

\* Sobre el supuesto subjetivo: en la operación no estaba presente el supuesto subjetivo que señala la autoridad puesto que no se verificó que las empresas se encontraran dentro del mismo “mercado relevante”, la SIC no verificó que las empresas se dedicaban a la misma actividad, es decir, si pertenecían al mismo

mercado e intervenían en la oferta o la demanda de un mismo bien o servicio.

\* La caducidad de la facultad sancionatoria: entre la fecha de compra<sup>4</sup> de los activos y la notificación del acto recurrido por conducta concluyente - 2 de julio de 2010- transcurrieron más de tres años, pues la providencia fue indebidamente notificada a los intervinientes, porque la comunicación debió ser enviada dentro de los 5 días siguientes a la expedición de la resolución y no el mismo día, es decir, entre los días 16 y 22 de junio de 2010, por lo que el edicto debió fijarse entre el 24 y 28 de junio y no como ocurrió entre el 23 y 25 de junio.

**1.2.7.** Mediante resolución No. 50344 de 2010, la SIC resolvió los recursos de reposición y señaló (i) Sobre el supuesto subjetivo, el objeto de la norma frente al deber de informar sobre la eventual operación de integración es preventivo, es decir, la SIC es la encargada de establecer el mercado relevante una vez las empresas informan sobre la eventual operación de integración, por ende, el objetivo de la investigación es verificar el cumplimiento del deber legal de información, por lo tanto es intrascendente el efecto que pudiera tener la operación en un determinado mercado relevante, y literalmente afirmó que “cuando se analiza el cumplimiento del deber de información previa no hay lugar a analizar o determinar el mercado relevante” (ii) sobre la caducidad, el artículo 44 del CCA no especifica que la comunicación deba enviarse a partir del día siguiente que se expide el acto, por el contrario el objetivo de la norma es que se realice una citación eficaz para la notificación personal, es decir, los 5 días son un término máximo.

A pesar de rechazar los argumentos de los recurrentes la SIC disminuyó el monto de la sanción impuesta a los investigados, teniendo en cuenta entre otras, su buena conducta procesal, e impuso una sanción pecuniaria a (i) COLMENA LTDA de doscientos quince millones cuatrocientos un mil trescientos noventa y seis pesos (\$215.401.396.00), (ii) SIDEANDES de veintidós millones doscientos diecisiete mil trescientos cincuenta y tres pesos (\$22.217.353.00), (iii) OSCAR GILBERTO RAMÍREZ ACEVEDO de treinta y dos millones trescientos diez mil

---

<sup>4</sup> El 28 de junio de 2007 fue perfeccionada la venta de activos de SIDEANDES a COLMENA.

doscientos diez pesos (\$32.310.210.00) y a (iv) MARIA EUGENIA ARENAS PINEDA de tres millones trescientos treinta y dos mil seiscientos tres pesos (\$3.332.603.00).

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

La parte actora adujo que las resoluciones Nos. 30238 y 50344 de 2010, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio deben ser anuladas (i) porque fueron expedidas con violación de las normas en que deberían fundarse, por inexistencia del supuesto subjetivo y porque operó la caducidad por indebida notificación y, (ii) por falsa motivación.

Para el efecto, la demandante propuso dos cargos, a saber:

#### **1.3.1. Nulidad por violación de la ley**

(i) inexistencia del supuesto subjetivo como presupuesto para que surgiera la obligación de informar la operación de integración

Las resoluciones demandadas debieron fundarse en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, el artículo 3º de la Ley 1340 de 2009, el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, los artículos 38 y 44 del Código Contencioso Administrativo.

El artículo 4º de la Ley 155 de 1959 exige que las empresas que se dediquen a la misma actividad, y cumplan otros requisitos, informen a la SIC sobre las operaciones de integración que proyecten realizar, así:

“Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto o 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 al gobierno nacional de 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”

Las normas de competencia exigen el cumplimiento de tal deber para que no se presenten concentraciones indebidas en los mercados por la vía de las integraciones, porque un mercado concentrado puede implicar el aumento de los precios, la

restricción de la oferta, disminución en la calidad de los productos y diferentes variables que pueden afectar a los consumidores.

Por lo tanto solo aquellas empresas que se dedican a la misma actividad, es decir que participan en el mismo mercado relevante, son las que de acuerdo con la norma en comento están obligadas a informar las integraciones.

Para la SIC el mercado relevante no es necesario para establecer si quienes pretenden integrarse deben informar o no previamente la operación, posición que deja en incertidumbre a los empresarios del país, pues implicaría que dos empresas que estén en un mismo sector de la economía pero no en el mismo mercado relevante y por consiguiente no son competidoras deben informar la operación de integración, con lo cual no está de acuerdo la parte actora puesto que: (i) el propósito de control ante las integraciones empresariales es evitar concentraciones económicas, por ende, si las empresas que se integran no comparten un mismo mercado no se podría generar la posición dominante o el poder de influenciar las condiciones de demanda o de la oferta, que es lo que se pretende evitar, (ii) es en el mercado compartido el que puede verse afectado por la integración o en el cual pueden producirse los efectos de la concentración, por lo tanto, la expresión “misma actividad” que trae la norma tiene que ver con el mismo mercado relevante, (iii) no habría un criterio objetivo para determinar si la integración se debe informar, por ejemplo, una empresa de leche y otra de bebidas o una empresa de coñac y otra de cerveza, que no son competidoras y no participan en el mismo mercado relevante, pero de acuerdo con el criterio de la SIC realizan la misma actividad, las primeras de bebidas no alcohólicas y las segundas de bebidas alcohólicas, que a pesar de que no son productos sustitutos desde un punto de vista económico, no son competidoras en el mismo mercado y su integración tampoco restringe indebidamente la competencia debe ser informada.

Los actores señalaron que la SIC, en el concepto 0110790 del 30 de enero de 2002, fijó su posición respecto del alcance del artículo 4º de la Ley 155 de 1959, sobre la obligación de informar en los siguientes términos:

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

Por último manifestaron que en este caso no existía la obligación de informar la operación de integración porque si bien es cierto las empresas se dedicaban a la producción de ciertas tuberías, SIDEANDES no producía los bienes que producía COLMENA, es decir, no fabricaban productos sustitutos o competidores, por ende, no participaban en el mismo mercado relevante.

#### (ii) Caducidad por indebida notificación

El artículo 38 del C.C.A establece que la facultad para imponer sanciones caduca a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas y el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 señala que la resolución que pone fin a la actuación administrativa en una investigación por prácticas comerciales restrictivas, deberá notificarse personalmente conforme a los artículos 44 y 45, es decir, para realizar la notificación personal se enviará por correo certificado una citación a la dirección que se haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto, y si no se pudiere realizar la notificación personal al cabo de 5 días del envío se fijará un edicto por el término de 10 días con inserción de la parte resolutive.

En el caso concreto, la citación no se envió dentro de los 5 días como establece la norma, sino el mismo día de la expedición de la providencia, esto es, el 15 de junio de 2010 y por fuera de la jornada laboral a las 18:12.

Según la parte actora la citación debió enviarse al día siguiente de la expedición del acto, el 16 de junio de 2010, puesto que la norma es dispositiva y no facultativa, y el edicto debió ser fijado el 24 de junio y desfijado el 28, no el 23 de junio y desfijado el 25 de junio como ocurrió, razón por la cual operó la caducidad de la facultad sancionatoria, toda vez que entre la compra de los

activos de SIDEANDES y la notificación del acto recurrido, 2 de julio, fecha en que los demandantes se dieron por notificados por conducta concluyente pasaron más de tres años.

### **1.3.2. Nulidad por falsa motivación**

El artículo 35 del CCA señala que la decisión que se tome, si afecta a particulares deberá ser motivada al menos en forma sumaria y en el caso concreto las resoluciones demandadas fueron falsamente motivadas debido a que la SIC manifestó que para imponer la sanción por el incumplimiento del deber de informar una integración empresarial, no es necesario determinar el mercado relevante en el que participan las investigadas, razón por la cual se deben anular.

## **2. Admisión de la demanda**

A través de providencia del 28 de abril de 2011<sup>5</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “A”, admitió la demanda y ordenó las notificaciones de rigor.

## **2. Contestación<sup>6</sup>**

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas por la accionante, bajo el siguiente derrotero argumentativo:

### **2.1. Frente a las causales de nulidad enunciadas**

La Superintendencia de Industria y Comercio, por intermedio de apoderado judicial se pronunció sobre la facultad de la entidad para velar por el cumplimiento del régimen de competencia.

El representante judicial del ente demandado refirió que el derecho a la competencia en Colombia está fundado en el principio de libertad económica y libre competencia consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política como un derecho de todos y que la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con el Decreto 2153 de 1992 “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se

---

<sup>5</sup> Folios 89 a 92.

<sup>6</sup> Folios 115 a 144.

dictan otras disposiciones”, en su artículo 2.1 señaló como su función, entre otras, “velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades...”.

En este sentido manifestó que de conformidad con lo establecido en los numerales 4º y 6º del artículo 1º del Decreto 1687 de 2010, en concordancia con los numerales 10,13 y 14 del artículo 3º del mismo decreto y con los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2010, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, ordenar a los infractores de la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

Señaló que las resoluciones cuya nulidad se demanda se ajustan a nuestro ordenamiento jurídico y a las normas procedimentales aplicables.

Así mismo explicó el régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, además del procedimiento a seguir en las investigaciones por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Sobre la obligación de informar previamente de las operaciones de integración señaló que en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 se establece:

“las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancías o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan s VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000), o más, estarán obligados a informar al Gobierno nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse, o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

Parágrafo 1. El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

Parágrafo 2. Si pasados treinta (30) días de haberse presentado el informe de que trata este artículo no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados deberán proceder a realizarla”

La demandada indicó que el deber de información previa que establece la norma mencionada implica el cumplimiento de una obligación de hacer, según la cual, en el marco de una operación de integración empresarial proyectada entre empresas que se dedican a la misma actividad respecto de un determinado artículo, materia prima, producto, mercancía o servicio, es de obligatorio cumplimiento informar previamente dicha operación a la autoridad competente, siempre que las empresas en cuestión no se encuentren dentro de los supuestos de autorización general previstos en la circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio.<sup>7</sup>

Dicho deber legal de informar debe cumplirse mediante la entrega de la documentación detallada en el Título VII, Capítulo II, numeral 2.2 de la referida circular única y solo se entenderá cumplido una vez se allegue de manera completa.

De otro lado, el numeral 14 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 17 del artículo 3º del Decreto 1687 de 2010, le confiere al Superintendente de Industria y Comercio la facultad de “pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas”, es así como el deber de información es el punto de partida del control previo que por disposición legal debe ejercer la Superintendencia y se constituye en una obligación legal para los particulares, quienes deben solicitar a la SIC el inicio de un procedimiento que culmina con el pronunciamiento de la autoridad y para el cual, se requiere la entrega completa de la información para el análisis por parte de la entidad.

Sobre el supuesto subjetivo, señaló que tienen el deber de informar las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o que se encuentren dentro de una misma cadena de valor, tal como quedó confirmado en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009.

---

<sup>7</sup> En dicha circular se establecieron criterios objetivos para determinar qué operaciones se encuentran autorizadas de manera general, así como también se previó el detalle de la información que deben suministrar las empresas, en caso de que la operación deba ser informada a la autoridad de manera previa a su materialización.

Para realizar la verificación de que las empresas intervinientes en la operación de integración participan en la misma actividad, el análisis comienza con una comparación de los objetos sociales y señala lo que ha indicado la entidad al respecto en la Resolución No. 51320 de 2009:

“Este Despacho advierte con respaldo además en varios pronunciamientos que hacen parte de la doctrina de esta Superintendencia, relacionados con investigaciones por integraciones no informadas –como adelante se enunciarán– que la determinación sobre si las empresas desarrollan “la misma actividad”, toma en consideración la revisión de su objeto social. De hecho, en el estudio que hace la Superintendencia de las integraciones informadas, la observación del objeto social de las empresas intervinientes hace parte del análisis que luego se complementa con el estudio necesario para efectuar la segmentación concreta y rigurosa que debe hacerse a efectos de obtener el mercado relevante”

Sobre el elemento objetivo indicó que el primero tiene que ver con que los activos de las empresas o sus ingresos operacionales superen los 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cifra que puede ser verificada con los últimos estados financieros aprobados y el segundo aspecto implica la voluntad de las empresas para fusionarse, consolidarse o integrarse, cualquiera que sea la figura.

Frente al supuesto cronológico afirmó que el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 dispone que las empresas que se pretendan integrar deben informar previo a la realización de la operación a la entidad competente, en este caso a la Superintendencia de Industria y Comercio.

En cuanto al caso concreto, la Entidad indicó que, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, las investigadas tenían el carácter de empresa y desarrollaban sus actividades dentro de la misma cadena de valor, conforme se desprende de sus objetos sociales, plasmados en los certificados de existencia y representación, así:

COLMENA	SIDEANDES
“(…) la actividad de transformación de hierro y acero, la fabricación de productos de acero aleado o sin	“la comercialización de toda clase de metales, la fabricación y ensamble de estructuras, con miras a la entrega de unidades

<p>alear en formas básicas. La sociedad se ocupará también de toda clase de actividades industriales y comerciales encaminadas al incremento y desarrollo de las industrias de transformación del hierro y del acero y de aquellas actividades que tengan relación directa o indirecta con estas”</p>	<p>de almacenamiento, bodegaje, plantas industriales, campamentos, vivienda, galpones, hangares, coliseos, puentes, pisos, cubiertas, etc (...) y en general cualquier clase de manufactura metálica o no metálica para ser usada en construcción”</p>
---	--

De lo anterior, la Entidad observó que existe identidad entre las actividades que para la época de los hechos realizaban las empresas investigadas, esto es, la fabricación de productos manufacturados provenientes del acero, en especial la producción de tubería de acero.

Además de la identidad de los objetos sociales, de la diligencia de interrogatorio de parte de OSCAR GILBERTO RAMÍREZ, Representante Legal de COLMENA, para la SIC resulta claro que las empresas investigadas, específicamente las sociedades COLMENA y SIDEANDES, cumplían el supuesto subjetivo, toda vez que se identificaban en su actividad productora, abastecedora y distribuidora, de productos manufacturados provenientes del acero, en especial, la producción de tubería de acero.

Concluyó también la existencia de una relación vertical entre las empresas COLMENA, la cual dentro de su actividad se dedica a la transformación y fabricación de productos de acero y GyJ FERRETERIAS que tiene como objeto social la compra, venta, comercialización y distribución e intermediación en toda clase de productos de acero, sus derivados y de materiales para la construcción, encontrándose así dentro de la misma cadena de valor, la cual se habría materializado a través de GyJ RAMÍREZ, la cual es la empresa matriz de GyJ FERRETERIAS.

Así mismo, señaló la SIC que las operaciones de integración empresarial ocurren independientemente del vehículo que se utilice, puede ser fusión, absorción o compra de activos, pues el control administrativo no recae sobre la figura que se utilice, ni el mecanismo del que se valga, sino el efecto que pueda generar sobre el mercado.

En el caso particular, la SIC consideró acreditado que existió una compraventa de activos de capital entre empresas competidoras, donde se obtuvo la posibilidad de producir la línea de bienes que tenía un competidor, lo cual es suficiente para considerar que el contrato entre SIDEANDES y COLMENA efectivamente se tradujo en una operación de integración, por ende, existía la obligación de informar previamente a la Superintendencia.

En cuanto a que la razón social de SIDEANDES no dejó de existir, para la Superintendencia resulta irrelevante, puesto que dejó de dedicarse a la actividad económica que realizaba, salió como competidor del mercado, teniendo la operación un efecto de concentración, lo cual representa una potencial restricción a la competencia que la Superintendencia está llamada a conocer previamente.

Sobre el mercado relevante, la SIC afirmó que la delegatura no realizó un estudio exhaustivo relevante, como quiera que no es necesario para establecer si quienes pretenden integrarse y cumplen los supuestos establecidos para el régimen de información particular, están o no sujetos a informar previamente de la operación a la autoridad de competencia.

El análisis de mercado relevante se realiza en el trámite de autorización de integraciones con el objeto de establecer si una operación de integración informada a esta autoridad puede tener efectos restrictivos sobre la competencia y, de esta manera, señalar si se debe permitir, condicionar u objetar.

Así las cosas, afirmó que comoquiera que la investigación objeto de la presente actuación estaba dirigida a determinar el cumplimiento de la obligación de información previa a una operación de integración empresarial, el informe motivado no incurrió en error según lo planteado.

Por lo anterior, sostuvo que el objeto de la actuación de la Superintendencia no es determinar los eventuales efectos en el mercado de una operación de integración, con miras a decidir si se aprueba, objeta o condiciona. El propósito de la actuación de la SIC es determinar si las investigadas actuaron en contravención a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 que impone la

obligación de informar, para ello basta constatar que antes de la operación existían dos productores de tubería, así produjeran tuberías diferentes y con posterioridad a la operación, subsistió una sola empresa.

Por último, con respecto a la caducidad señaló la SIC que, de conformidad con el artículo 38 del C.C.A y la jurisprudencia del Consejo de Estado – la sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, es decir, el que pone fin a la actuación administrativa- ejerció la facultad sancionatoria de conformidad con la normativa aplicable en debida forma y nunca operó la caducidad por indebida notificación.

#### **4. Alegatos de conclusión en primera instancia**

Por auto de 18 de agosto de 2011<sup>8</sup>, el Despacho sustanciador del proceso al interior de la Sección Primera – Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó correr traslado a las partes con el propósito de que presentaran sus alegatos de conclusión, solo fue presentado el alegato por la parte demandante quien reiteró las consideraciones expuestas en el escrito de demanda.

#### **5. Concepto del Ministerio Público**

El agente del Ministerio Público luego de presentar un resumen sobre la demanda y el trámite del proceso, señaló que:

La Superintendencia de Industria y Comercio, frente al principal reproche de la parte demandante sobre la necesidad de la práctica del estudio del mercado relevante lo niega con fundamento en su propia doctrina.

Así las cosas el Ministerio Público propone al Tribunal de instancia confrontar dicha doctrina con los principios del debido proceso administrativo sancionatorio y las normas constitucionales y legales aplicables, como son los artículos 4, 13, 29 y 121.

---

<sup>8</sup> Folio 238.

Es así como, el procedimiento administrativo sancionador debe velar por el cumplimiento del debido proceso, lo que implica que se verifiquen las condiciones de sometimiento de la persona a un juicio, sanción o medida restrictiva como por ejemplo la verificación de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta en la que se incurrió, que sea un juez competente el que juzgue la conducta y que ello se efectúe con la observancia plena de las formalidades propias de cada juicio, requiriendo así la utilización de todas las pruebas necesarias, conducentes y pertinentes para llegar a la adopción de una decisión definitiva.

Al respecto, trae la sentencia de la Sección Primera de esta Corporación de 23 de junio de 2010, radicado 1994-00225-01 en la cual se señala textualmente:

“Su espacio de aplicación se expresa en **el deber que asume la administración de demostrar** que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, **como quiera que la presunción de que no es responsable lo protege**. En esta perspectiva, **la carga de acreditar la mora o el incumplimiento recae en la administración, como titular del ius puniendi administrativo, y por eso requiere pruebas** al interior del respectivo proceso **para desvirtuar la presunción** que el contratista tiene en su favor, por disposición constitucional”

De lo anterior, señala el representante del ministerio público que se desprende la correlativa obligación para la administración de motivar en debida y suficiente forma su decisión, abarcando todos aquellos aspectos que puedan incidir en la modulación de la sanción, de ahí la importancia de los medios de prueba.

Luego compara el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 con la tesis adoptada por la SIC con respecto a la necesidad de la definición de mercado relevante para concluir que la simple comparación de los objetos sociales y/o la definición del mercado relevante no aparece en el texto de la norma, como elementos de prueba regulados por la ley y revisado el régimen jurídico vigente no aparece norma que señale expresa y excluyentemente los medios probatorios pertinentes, conducentes y eficaces, en este caso.

Así las cosas, el Ministerio Público concluye que la doctrina planteada por la SIC respecto de los medios probatorios en casos de operaciones económicas de concentración, no solamente desborda objetivamente los requisitos exigidos por el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, sino que además contraría flagrantemente el artículo 121 de la C.P. al no estar autorizados o regulados por norma legal o reglamentaria alguna, y por otra parte una doctrina

contraria al debido proceso administrativo sancionatorio, pues niega un medio de prueba que resulta definitivo para la aplicación del artículo 4º citado.

Así mismo vulnera los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, pues incurre en una discriminación negativa en cuanto a los medios de defensa de los sujetos procesales, sin amparo en norma legal alguna y niega derechos públicos subjetivos de oposición y defensa, protegido por normas constitucionales a favor de los sujetos procesales del procedimiento administrativo sancionatorio.

Sobre el mercado relevante definido como “el mercado más estrecho que sea lo suficientemente amplio como para evitar que productos de áreas cercanas u otros productores en la misma área compitan con una similitud sustancial con productos que caen dentro del entorno de dicho mercado”<sup>9</sup> señaló que se constituye en uno de los elementos a considerar en el análisis antitrust, de modo que es una prueba cuya práctica representa un ejercicio trascendental en la medida que es determinante del éxito de un caso.

Así mismo existen posiciones doctrinales en las que se ha destacado la importancia de utilizar medios probatorios idóneos al interior de los procedimientos administrativos sancionatorios por posibles conductas contrarias al régimen de competencia, así:

“El principio de libre competencia implica una transformación sustancial en los métodos de análisis empleados por el juez administrativo. Este ejerce normalmente el control de los actos del poder público desde un punto de vista eminentemente jurídico. No obstante, la inclusión del principio de la libre competencia dentro del análisis le permite enriquecer y profundizar el control de los actos administrativos mediante el uso de herramientas de análisis económico más finas y precisas. La inclusión del principio de libre competencia en el análisis del juez administrativo permite tomar en consideración el impacto sobre el mercado de una decisión administrativa”<sup>10</sup>

Así pues, no basta con la simple comparación de los objetos sociales de las empresas investigadas para determinar si están desarrollando la misma actividad y por tanto estar inmersas dentro de aquellas que tienen el deber de informar tal y como se dispone en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959. Tal afirmación carece de sentido y resulta insuficiente, pues como se ha señalado la

---

<sup>9</sup> SULLIVAN Lawrence A. “ANTITRUST”, West Publishing co., St Paul, Minessota, 1977, pág 41.

<sup>10</sup> VELILLA, Marco Antonio, “la aplicación del derecho de la competencia a s actos administrativos” publicado en la Revista Economía Colombiana de la Contraloría General de la República No. 332.

determinación del mercado relevante resulta ser la prueba idónea para establecer la configuración del elemento subjetivo propio a determinar en aquellos casos en que se imputa el deber de informar aquellas operaciones que se constituyen como concentración.

Por lo anterior, considera el Ministerio Público que la SIC no fundamentó su decisión en un análisis objetivo de todos y cada uno de los razonamientos útiles, pertinentes y conducentes para el caso en cuestión, como lo es la prueba jurídico-económica mediante la cual se determina el mercado relevante, por el contrario niega dicho estudio de manera tajante, aun cuando las empresas investigadas solicitaron al argumentar su relevancia para la adopción de la decisión de fondo, lo que a su juicio coarta su derecho de defensa y llevó a la administración a tomar una decisión errónea por utilizar pruebas insuficientes para la determinación y limitación del concepto “misma actividad económica”.

Frente a los mecanismos de control ex ante, como el dispuesto en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, que consagra la obligación de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse o adquirir el control o integrarse, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada, señaló que estos se han establecido con el objetivo de prevenir conductas anticompetitivas para la preservación de las estructuras de mercado mediante el control de concentraciones, a efectos de obtener el beneplácito de las autoridades con anterioridad a la ejecución de determinados acuerdos u operaciones con efectos en el mercado.

Así las cosas, definir cuál es el mercado relevante resulta ser de imperiosa necesidad en la medida en que se trata de una definición requerida para determinar dónde operan las empresas que posiblemente se están concentrando, si se invoca que el mercado relevante está definido de manera estrecha, puede señalarse que la concentración o los participantes de mercado calculados por la autoridad son demasiado elevadas, por el contrario si se señala que un mercado relevante está definido de manera demasiado amplia, puede argumentarse que una fusión considerada horizontal es en realidad de conglomerado y que su defecto sobre la competencia es pequeño o nulo<sup>11</sup>

Por lo anterior, resulta claro para el Ministerio Público que, según la doctrina del derecho de la competencia, no es válido generar un

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P. Enrique Gil Botero. 23 de junio de 2010. Rad. 25000-23-26-000-1994-00255-01

juicio de valor definitivo consecuencia del control ex ante propio de la SIC utilizando únicamente los testimonios rendidos por los representantes legales de las empresas investigadas y posteriormente sancionadas, pues no se puede pretender que se trate de una prueba mediante la cual se pueda sustituir la más importante en los procesos de integraciones, cual es la determinación para el respectivo caso del mercado relevante.

## **6. Fundamentos de la sentencia recurrida**

Mediante sentencia de 21 de enero de 2013<sup>12</sup>, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “C”, declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 30238 de 15 de junio de 2010, mediante la cual se declaró que el CONSORCIO METALÚRGICO NACIONAL COLMENA LTDA y SIDERURGICA DE LOS ANDES SIDEANDES y sus representantes legales incumplieron el deber previo de informar una operación de integración contenido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 y se les impuso una sanción, y 50344 de 22 de septiembre de 2010 que resolvió unos recursos de reposición contra la primera nombrada, por configuración de falsa motivación y caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, con fundamento en los razonamientos que se resumen a continuación:

Consideró que el problema jurídico que subyacía en el asunto de autos versaba sobre si la entidad demandada actuó erradamente al no practicar una prueba que daría lugar a la definición del mercado relevante en el caso de las operaciones jurídico-económico no informadas de conformidad con el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 y estudiar si con esa conducta se afectaron las garantías procesales y los derechos fundamentales de las sociedades accionantes. Del resultado de las valoraciones anteriores, calificar la prosperidad de los cargos alegados de falsa motivación del acto y; analizar si como lo plantean los actores, acaeció el fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio por indebida notificación del acto sancionatorio.

Acto seguido, se pronunció respecto de las competencias y facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con la Ley 2153 de 1992, para concluir que la SIC tenía plenas facultades para adelantar la investigación en contra de COLMENA y SIDEANDES y sus representantes legales.

---

<sup>12</sup> Folios 217-240

Para la motivación de la sanción la SIC señaló que para determinar si las empresas desarrollan “la misma actividad” se toma en consideración el objeto social.

Es así como, para la primera instancia el planteamiento esgrimido por la entidad demandada carece de todo asidero jurídico, en tanto que la norma nada dice sobre el objeto social de las empresas y su planteamiento se fundamenta en su propia doctrina, que debe supeditarse a la ley, en este caso a lo relacionado con los medios de prueba contenidos en el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, aplicables por remisión expresa a los procesos administrativos de carácter sancionatorio.

El a quo consideró que la conducta desplegada por la Superintendencia no se fundó en un análisis objetivo de los razonamientos pertinentes y fue violatoria de los preceptos consagrados en los artículos 4, 13, 29 y 121 de la Carta Política, en tanto discrimina negativamente los medios de prueba y niega derechos públicos de oposición y defensa, por cuanto rechazó la petición impetrada por los actores en el recurso de reposición dirigido en contra del acto administrativo No. 30238 de 2010, a fin de que proceda a realizar la definición sobre el mercado relevante, al no hacerlo, indudablemente tomó una decisión errónea por pruebas insuficientes y en tal medida deberá declararse la nulidad de las resoluciones demandadas.

Sobre la indebida notificación el Tribunal consideró que de conformidad con los artículos 29 de la Constitución Política, 23 de la Ley 1340 de 2009, régimen de protección de competencia y 38, 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo a los actores no les fue vulnerado su derecho de defensa, en tanto durante el transcurso de la actuación disciplinaria se les notificaron las decisiones adoptadas por la administración y se materializó efectivamente la finalidad de esa figura jurídica, la cual es el otorgamiento de la facultad para que se ejerza el derecho de defensa.

En relación con el cargo consistente en la caducidad de la potestad sancionatoria por parte de la administración, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido uniforme y existen tres teorías a saber:

- a. La interrupción del término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración se configura con la expedición del acto administrativo que impone la sanción dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se produjo el acto objeto de su origen, esto significa que no

es necesaria la notificación de dicho acto, ni la resolución de los recursos de la vía gubernativa dentro del término concedido por el artículo 38 del C.C.A.

- b. La expedición y notificación del acto administrativo debe cumplirse dentro del término de los tres años desde la configuración de los hechos, momento en el cual se entenderá ejercida la potestad sancionatoria.
- c. Que la expedición y notificación del acto administrativo sancionador y de los actos que resuelven los recursos en la vía gubernativa se hayan producido dentro de los tres años siguientes a la comisión del hecho sancionable, esto en razón a que solo se entiende ejercida la potestad sancionatoria de la administración hasta el momento en que la sanción quede en firme.

El a quo acoge la teoría según la cual la caducidad de la facultad sancionatoria se configura cuando dentro del lapso otorgado por el artículo 38 del C.C.A. se impone la sanción y se encuentre debidamente ejecutoriada, esto es, que dentro de dicho lapso se hayan resuelto y notificado los actos que resuelvan la vía gubernativa.

Señaló que, en el caso concreto el acto causante de la sanción impuesta fue el perfeccionamiento de la operación de compraventa de activos entre las sociedades de SIDEANDES y COLMENA S.A., que como se observa a folio 42 del cuaderno principal, fu reconocido el 28 de junio de 2007 y la notificación a todos los implicados de la Resolución No. 50344 de 22 de septiembre de 2010, mediante la cual se agotó la vía gubernativa, se surtió hasta el 29 de septiembre de 2010, como consta a folio 34 del cuaderno principal.

Por lo anterior, se tiene que el acto administrativo de inicio se perfeccionó el 28 de junio de 2007, teniendo la entidad demandada hasta el día 28 de junio de 2010 para hacer uso de su potestad sancionatoria, y al hacerse tres meses y un día después de ese plazo evidentemente se encontraba vencido. En consecuencia el cargo de caducidad de la facultad sancionadora sí tiene vocación de prosperidad y debe declararse la nulidad de los actos acusados.

Por último en cuanto al restablecimiento del derecho dispuso que el CONSORCIO METALÚRGICO NACIONAL COLMENA LTDA, SIDERÚRGICA DE LOS ANDES –SIDEANDES, OSCAR GILBERTO RAMÍREZ ACEVEDO y MARÍA EUGENIA ARENAS PINEDA, no están obligados a pagar la sanción impuesta y al no existir constancia de que los demandantes hubiesen pagado las

multas, ordenará si esos valores fueron pagados, la entidad accionada los reintegre debidamente indexados.

## **7. Fundamentos del recurso de apelación**

La parte demanda formuló, con escrito de 11 de febrero de 2013, recurso de alzada en los términos que pasan a exponerse:

La normatividad aplicable ha establecido que el deber de información previa lo deben cumplir las empresas que pretendiendo una operación de integración, se dediquen a la misma actividad económica o que se encuentren dentro de una misma cadena de valor, tal como quedó confirmado en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009.

El fallo no tuvo en cuenta el supuesto del artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, que señala que existe el deber de informar las operaciones de integración entre empresas que se encuentren dentro de una misma cadena de valor, que es el supuesto en el que se encuentran los accionantes y sobre el cual intervino y sancionó la Superintendencia, de tal manera que lo que hizo la SIC fue dar aplicación a una orden expresa consagrada en una norma jurídica vigente, la cual fue desconocida de forma flagrante al momento de fallar.

De otro lado, manifestó el apelante que no es cierto que el análisis llevado a cabo por la SIC se hubiese limitado al cotejo de los objetos sociales de las sociedades accionantes, sino que además se analizó que formaban parte de una misma cadena de valor, por lo cual se estaría ante lo que se ha denominado “integración vertical”.

Afirmó que se realizó el análisis conforme a lo ordenado por el legislador, no siendo razonable ni lícito haber hecho eco de la existencia del mismo, conforme a las pretensiones del accionante, alejándose así el fallo de la verdad procesal derivada de las pruebas y explicaciones dadas oportunamente por esta entidad.

En ese orden, manifestó que el recurso está llamado a prosperar por cuanto al momento de proferir el fallo se omitió la existencia de otras pruebas diferentes a las contentivas del objeto social de las sociedades integradas, como los testimonios, de tal manera que el mismo adolece de defecto probatorio.

Aduce que el hecho de persistir en la existencia de la sociedad SIDEANDES, no desdibuja el hecho de la operación de integración y su sometimiento a control, situaciones que en forma alguna fueron desvirtuadas en el expediente judicial por los

demandantes, esto por cuanto una operación de integración no implica necesariamente subordinación o absorción societaria ni requiere que la totalidad de los activos sean efectivamente transferidos

Señaló que el juez sin fundamento, pues no cita ni normativa ni jurisprudencia alguna, descalificó la validez, legalidad y pertinencia de la mención que se hizo de la doctrina administrativa desarrollada por la entidad en materia de integraciones empresariales, cuando conforme a la ley, es esta la única autoridad en materia de protección a la competencia y por tanto la llamada a establecer desde el punto de vista técnico cuando se está ante un incumplimiento.

Frente al análisis del mercado relevante, la SIC no comparte la tesis planteada en el fallo por cuanto la reglamentación jurídica vigente no establece de forma expresa o tácita el imperativo de efectuar un análisis de mercado relevante, cuestión tan evidente, que el juez no tuvo en cuenta que no se estaba ante una integración vertical de productores, dentro de la cual pudiese elevarse un estudio de sustituibilidad de productos, sino ante otra integración, donde salta a la vista que aun cuando COLMENA y SIDEANDES no producen los mismos bienes y servicios si forman parte de la misma cadena de valor.

Así las cosas, señaló la apelante, la obligación de la SIC radicaba en examinar y ponderar los presupuestos subjetivo, objetivo y cronológico, conforme expresamente lo ordena la ley y no, como lo pretenden los demandantes y el juez de instancia, elevar juicios o análisis económicos que no estén expresamente contemplados en la ley, para efectos de aprobar o improbar este tipo de operaciones.

El análisis de mercado relevante se realiza en el trámite de la autorización de las integraciones, con el objeto de establecer si dicha operación de integración informada puede tener efectos restrictivos sobre la competencia y de esta manera, establecer si se debe o no autorizar, condicionar u objetar, más no para determinar el cumplimiento del deber de información previa a la integración.

Afirma la recurrente que el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio, sí se constituye en una documental válida a la luz de las normas vigentes sobre pruebas, haciendo conducente y pertinente tener en cuenta, para cualquier efecto, la información allí consignada.

Por lo anterior, el juez emitió un juicio alejado del material probatorio y contrario a la ley, pues amparó al accionante bajo el presunto incumplimiento de realizar un análisis de mercado relevante, aun cuando de las normas citadas en el fallo, no se desprende tácita o expresamente la obligación de la entidad de realizarlo.

Frente al cargo relacionado con la caducidad, la recurrente menciona el fallo de 29 de septiembre de 2009, proferido por esta corporación dentro del proceso 11001031500020030044201, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia, en la cual la Sala Plena del Consejo de Estado unificó la posición en cuanto a las diversas teorías de caducidad y acogió la que indica que para que se considere que la potestad disciplinaria es ejercida en término, la sanción debe ser impuesta y notificada, sin que sea necesario resolver los recursos, dentro de los tres años.

También mencionó diversos fallos de la diferentes Secciones del Consejo de Estado que acogieron esta posición, para concluir que en el caso concreto la sanción fue impuesta dentro del término permitido sin que haya obrado el fenómeno de caducidad, esto es, la sanción fue impuesta y notificada dentro de los tres años contados desde la ocurrencia del hecho que la generó.

## **9. Trámite en segunda instancia**

El recurso propuesto fue admitido por la Sección Primera, Despacho del Dr. Guillermo Vargas Ayala, mediante auto de 23 de septiembre de 2013<sup>13</sup>, en el que ordenó correr traslado de éste, de conformidad con el inciso 3º del artículo 212 del CCA.

## **10. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

La sociedad recurrente presentó memorial de alegato de conclusión en el que reiteró los argumentos expuestos en su recurso de alzada<sup>14</sup>, al igual que los demandantes reiteraron los argumentos de la demanda<sup>15</sup>

## **11. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia**

En esta etapa procesal la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

## **II. CONSIDERACIONES**

---

<sup>13</sup> Folio 4 Cdno. 2

<sup>14</sup> Folios 14-32 Cdno. 2.

<sup>15</sup> Folios 8-13 Cdno 2.

## **1. Competencia**

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 21 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “C”, en los términos del artículo 129 del C.C.A.<sup>16</sup>, en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

## **2. Actos demandados**

Las resoluciones Nos. 30238 de 15 de junio y 50344 de 22 de septiembre de 2010 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en las que declaró que el Consorcio Metalúrgico Nacional Colmena LTDA y Siderúrgica de los Andes Sideandes S.A. incumplieron el deber previo de informar una operación de integración contenido en el artículo 4º de la ley 155 de 1959 y se les impuso una sanción, junto con los representantes legales y se resolvió el recurso de reposición respectivamente.

## **3. Problema jurídico**

Se contrae a determinar si las resoluciones en las que la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a los demandantes por incumplimiento con el deber de informar la integración empresarial entre COLMENA y SIDEANDES establecido en el artículo 4º de la ley 155 de 1959, violaron las normas en las que deberían fundarse y fueron falsamente motivadas al no realizar el estudio del mercado relevante y haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria.

Con el propósito de absolver este cuestionamiento jurídico, esta Sala de Decisión abordará, por efectos metodológicos, los siguientes asuntos: el deber de informar las integraciones empresariales y la caducidad de la facultad para imponer sanciones de la SIC

### **3.1. El deber de informar las integraciones empresariales**

---

<sup>16</sup> “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.”

El deber de informar las integraciones empresariales, hace parte de los controles previos, que por disposiciones legales se encuentra en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, en virtud del ejercicio de la libertad económica y libre competencia consagrados en la Constitución Política en el artículo 333 así:

**ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

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.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

La libertad de empresa, así como la libre competencia son derechos de todos, la primera comporta el derecho de ejercer cualquier actividad económica sin permisos ni requisitos diferentes a los señalados en la ley, así explicado por la Corte Constitucional:

“El artículo 333 Superior dispone que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; que igualmente, la libre competencia económica es un derecho de todos, que supone responsabilidades. La libertad de empresa comporta entonces el derecho a instalarse para efectos de ejercer cualquier una actividad económica, adoptado para ello una determinada forma empresarial. De allí que, como lo precisa el mismo artículo 333 Superior, para el ejercicio de una actividad empresarial no se podrán exigir permisos previos ni requisitos distintos a los señalados expresamente en la ley. En este orden de ideas, el ejercicio de la libertad de empresa conlleva asumir un comportamiento negativo por parte de las autoridades públicas, en el sentido de abstenerse de entorpecer la realización de actividades empresariales lícitas. De tal suerte que el empresario cuenta con la libertad de decisión, lo cual implica “establecer sus propios fines u objetivos económicos y, en función de ellos, organizar la empresa y orientar su actividad”<sup>17</sup>.

De otro lado el artículo 333 Superior consagra en cuanto a la libre competencia que la ley debe, además de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, controlar cualquier abuso que las

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-432 de 2 de junio de 2010 “Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”. M.P. Humberto Sierra Porto

personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, frente a lo cual la Corte Constitucional ha indicado:

“El artículo 333 Superior dispone 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”, es decir, que compete al Estado asegurar el ejercicio de la libre competencia entre los diversos empresarios que concurren en un determinado mercado, es decir, entre quienes se dedican a una misma actividad económica, comercializan idénticos o equiparables productos, o bien prestan un mismo servicio. En tal sentido, asegurar la libre competencia conduce a (i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos<sup>18</sup>.

Es así como la libre competencia económica en términos de la Corte Constitucional es una garantía de naturaleza relacional, en la cual el Estado actúa como garante de los derechos económicos individuales y también como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades, evitando con el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que los agentes que concurren en el mercado incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia, como la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo, así:

“La libre competencia económica es una garantía constitucional de naturaleza relacional. Quiere esto decir que la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que “se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-432 de 2 de junio de 2010 “Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009, *“Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”*. M.P. Humberto Sierra Porto

irregular o arbitrario de tales libertades. || Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado”. Este carácter relacional de la libre competencia económica también ha servido para que la jurisprudencia constitucional defina las libertades básicas de los participantes en el mercado, que operan como mecanismos para resolver la tensión generada por los intereses opuestos de dichos agentes. Así, a partir de la revisión de la doctrina sobre la materia, la Corte ha dispuesto que estas libertades refiere a “a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren”<sup>19</sup>.

En ejercicio de esas funciones de vigilancia y control, está el control previo a las integraciones empresariales establecido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959:<sup>20</sup>

**ARTICULO 4o.** 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 ascienden a veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00), o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

**PARAGRAFO 1o.** El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

**PARAGRAFO 2o.** Si pasados treinta (30) días de haberse presentado el informe de que trata este artículo, no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla.

**PARAGRAFO 3o.** El informe que deben dar los interesados y su trámite serán absolutamente reservados, y los funcionarios que revelen en todo o en parte el contenido de los expedientes, incurrirán en la destitución

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 (parcial) de la Ley 1340 de 2009 *"Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"* M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>20</sup> Que aunque fue modificado por el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, para la época de los hechos estaba vigente el artículo 4º de la ley 155 de 1959 y no existe reproche alguno sobre el asunto, además que el contenido no incide en la discusión aquí planteada.

del empleo que impondrá el respectivo superior, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el Código Penal.<sup>21</sup>

De conformidad con la norma en cuestión, el deber de informar al Gobierno, en este caso a la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>22</sup>, tiene 2 elementos, (i) el deber de informar es previo, es decir antes de la ocurrencia de la integración y (ii) radica en las empresas que pretendan la fusión, consolidación o integración, sea cualquiera la forma jurídica que utilicen, pero estas a su vez deben cumplir con 2 requisitos:

a. Que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios.

b. Que sus activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00), o más<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> [Modificado por el artículo 9, Ley 1340 de 2009](#). El nuevo texto es el siguiente: Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o

2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

PARÁGRAFO 1o. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

PARÁGRAFO 3o. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>22</sup> De conformidad con el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3° de la Ley 1340 de 2009.

<sup>23</sup> la Resolución 22195 de 2006 señaló:

Teniendo en cuenta las condiciones cambiantes del mercado, se hizo necesario determinar y ajustar los parámetros y criterios mediante los cuales se debe dar cumplimiento a la

### 3.1.1. Análisis del caso concreto sobre el deber de informar la integración empresarial

Para realizar el análisis del caso concreto, es preciso señalar que no está en discusión que en el trámite de los procesos sancionatorios y en general en todos los procedimientos administrativos se debe observar en cada una de sus etapas las garantías constitucionales, específicamente, en toda actividad sancionadora del Estado, que al desarrollarse en ejercicio de su potestad punitiva, se aplican los principios del derecho penal, como la preexistencia de la falta y la sanción, la presunción de

---

obligación de informar las operaciones de integración a la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC.

Régimen de autorización general.

**-No necesitarán remitir a la SIC ningún documento**, las operaciones de integración cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Que las empresas tengan ingresos operacionales anuales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y,

**- Activos totales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.**

- Para el cálculo de los ingresos y los activos deberá tenerse en cuenta la sumatoria de los valores registrados en los estados financieros de las empresas intervinientes y las empresas del mismo Grupo Empresarial que se encuentran dentro del territorio nacional, en el año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se avisa a la SIC de la operación de integración.

-Si se incumple al menos una de las condiciones (de activos o ingresos operacionales), se entiende que las operaciones de integración pertenecen al Régimen de Información

Particular y, por lo tanto, deberán ser notificadas previamente a su realización a la SIC, adjuntando información referente a: la operación proyectada, las empresas intervinientes, el mercado de producto y geográfico, los competidores, clientes, distribuidores, comercializadores, las materias primas e insumos, condiciones de entrada y de comercio exterior, sin perjuicio de que se requiera información adicional.

-Si las operaciones a que se refiere el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 se proyectan llevar a cabo entre empresas que pertenecen a un mismo Grupo Empresarial, no existirá deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

-El término para el pronunciamiento por parte de la SIC no comenzará a contarse hasta tanto se reciba toda la información que debe facilitarse para el pronunciamiento sobre las operaciones de integración que pertenezcan al régimen de información particular.

-“La información que se remita para el análisis de esta Superintendencia deberá presentarse por escrito (en idioma castellano) y en archivo magnético. La información estadística deberá adjuntarse en hoja de cálculo electrónica”.

### 2. Procedimiento competencia desleal

En lo referente al procedimiento aplicable a las investigaciones jurisdiccionales sobre Competencia Desleal, la resolución aclaró que será el señalado para el proceso abreviado en el Capítulo I, Título XXII, Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, modificando en este sentido el capítulo III del Título VII de la Circular Única.

inocencia y el derecho de contradicción, así expresado por esta Corporación<sup>24</sup>, en varias oportunidades:

“En el derecho administrativo sancionatorio rige el principio de legalidad de las sanciones, derivado del artículo 29 de la Constitución Política, conforme con el cual toda persona debe ser castigada de acuerdo con las normas preexistentes al momento que ocurra el hecho que se le impute. Este postulado, aplicable de preferencia en los juicios penales, se aplica también a todos los procedimientos administrativos en los que se pretenda la imposición de una sanción, esto es, en todos los que el Estado ejerza el *ius puniendi*”.<sup>25</sup>

En el caso concreto lo que se cuestiona, específicamente, es que la Superintendencia de Industria y Comercio, al imponer la sanción por violación del artículo 4º de la Ley 155 de 1959, sobre el deber de información de las integraciones a las empresas que desarrollan la misma actividad no realizó el estudio del mercado relevante, que era necesario para establecer si las empresas investigadas se dedicaban a la misma actividad.

Para poder determinar si al no practicar dicha prueba, la SIC incurrió en violación de la ley y falsa motivación por inexistencia del supuesto subjetivo como presupuesto para que surgiera la

---

<sup>24</sup>Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 08001-23-33-000-2012-00442-01(20813). M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia de 31 de mayo de 2018. “(...) como lo ha señalado la misma Corte, los principios del derecho penal - como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado (sentencias C-599 de 1992, C-390 de 1993, C-259 de 1995 y C-244 de 1996.). Entonces, como un desarrollo del derecho al debido proceso establecido en la Constitución en el artículo 29, la imposición de sanciones por infracciones fiscales debe atender a la concurrencia de la tipificación legal preexistente al acto imputado, a la manifestación evidente del contenido material de antijuridicidad y a la culpabilidad de la conducta (sentencia Corte Constitucional C-690 de 1996.)”

<sup>25</sup> Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Rad. 76001-23-31-000-2008-012200-01(19851). . Actor: Transgas de Occidente S.A. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sent. de 30 de agosto de 2016.”A pesar de que el poder administrativo sancionatorio y el penal tienen orientaciones diferentes, con miras a preservar la seguridad jurídica, el derecho sancionatorio administrativo debe regirse por los principios del derecho punitivo, lo que, en últimas, teóricamente, abarca la aplicación del principio de culpabilidad. Desde el punto de vista genérico, las infracciones tributarias constituyen una transgresión por parte de los contribuyentes de la normativa que regula las obligaciones fiscales que tienen a su cargo. En estricto sentido, para que exista infracción tributaria sancionable se exige la existencia de una conducta: i) típica; ii) antijurídica; y, iii) culpable. Estos requisitos deben cumplirse conjuntamente para declarar la responsabilidad por infracción a la ley tributaria y para imponer la sanción correspondiente. Concordante con lo anterior, la jurisprudencia ha sostenido que no es admisible una responsabilidad tributaria objetiva. Es decir, que no será válido que la autoridad tributaria, en ejercicio de la potestad sancionadora, imponga una sanción al contribuyente solo por la constatación del resultado censurable previsto en la norma que regula la infracción. Pero eso sí, la constatación del mero resultado previsto en la norma permite presumir que la actuación del contribuyente no estuvo provista de buena fe, cuando éste ha incumplido sus obligaciones tributarias. En consecuencia, en el derecho administrativo sancionatorio los principios del derecho penal se aplican con ciertos matices. La conducta no solo debe ser típica, sino antijurídica y culpable. Está proscrita, en principio, toda forma de responsabilidad objetiva, esto es, el régimen en el que basta cometer la infracción para ser sancionado, sin que importe la culpabilidad”

obligación de informar la operación de integración y porque estimó que no era necesario determinar el mercado relevante en el que participan las investigadas, es procedente precisar el contenido de la norma que se consideró vulnerada para imponer la sanción, que se trata del artículo 4º de la Ley 155 de 1959<sup>26</sup>, que sobre el punto concreto establece:

ARTÍCULO 4. 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 ascienden a veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00), o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

De conformidad con lo anterior, y tal como lo han señalado las partes y el ministerio público, respecto de la obligación de informar, se deben establecer tres supuestos: subjetivo, objetivo y cronológico.

El supuesto objetivo se refiere a que los activos de las empresas y sus ingresos operacionales, considerados individualmente o en su conjunto, no deben superar el monto establecido en la norma y el cronológico a que la información de la integración debe hacerse antes de que esta se produzca en el tiempo.

Frente al supuesto subjetivo, motivo de debate en el caso concreto, se refiere, en primer lugar a la pluralidad de empresas, esto es, que se trate de unidades económicas organizadas distintas y, en segundo lugar, que dichas empresas se dediquen a la misma actividad económica.

Es en este punto, es donde se concreta el reproche, si la Superintendencia debió practicar la prueba del mercado relevante para establecer si las empresas se dedican a la misma actividad.

De conformidad con las resoluciones cuestionadas se tiene que, la SIC para imponer la sanción realizó el siguiente análisis<sup>27</sup>:

En primer lugar estableció que cada una de las investigadas tenía el carácter de empresa y luego para la verificación de las actividades de las involucradas, de acuerdo con los artículos 99 y 110 del Código de Comercio que señalan que la capacidad de las sociedades se circunscribe al desarrollo o actividad previsto en su

---

<sup>26</sup> A pesar de haber sido modificada por el artículo [9º de Ley 1340 de 2009, la investigación y sanción se basaron en el texto anterior](#)

<sup>27</sup> Resolución No. 30238 de 2010, Hoja 14, a folio 48 y siguientes del cuaderno principal N. 1

objeto<sup>28</sup> y este se debe señalar en la escritura pública de constitución<sup>29</sup> comparó los objetos sociales, plasmados en los certificados de existencia y representación<sup>30</sup>, y concluyó que las actividades, para la época de los hechos, que realizaban las empresas investigadas, eran la fabricación de productos manufacturados provenientes del acero, en especial la tubería de acero, lo cual no fue objeto de reproche por los aquí demandantes.

Luego, citó el informe motivado de la investigación en la que se realizó interrogatorio de parte al señor Oscar Gilberto Ramírez, como Representante legal de la Empresa COLMENA y este señaló que el Consorcio Metalúrgico COLMENA “Es un productor de tubos, transformador de Acero” y la Siderúrgica de los Andes “(...) siempre ha estado en negocios relacionados con el acero, fabricaba perfiles, cajas metálica en alguna época no me acuerdo fabricaba algunas tuberías, fabricaba...esto para seguridad..., bueno, productos de acero”<sup>31</sup>

Así mismo citó a la representante legal de SIDEANDES quién manifestó que la venta de activos de SIDEANDES a COLMENA incluyó la venta de la marca de tubos SIDELAN<sup>32</sup>.

Así las cosas se debe definir que el hecho jurídicamente relevante y por ende el objeto de la prueba, en este caso la base o el sustrato sobre el que se funda la controversia, tiene que ver exclusivamente en que para determinar si las empresas

---

<sup>28</sup> **ARTÍCULO 99. CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD.** La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

<sup>29</sup> **ARTÍCULO 110. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD.** La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

(...)

4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél;

(...)

<sup>30</sup> COLMENA: “(...) **la actividad de transformación de hierro y acero, la fabricación de productos de acero aleado o sin alea en formas básicas.** La sociedad se ocupará también de toda clase de actividades industriales y comerciales encaminadas al incremento y desarrollo de las industrias de transformación del hierro y del acero y de aquellas actividades que tengan relación directa o indirecta con estas”

SIDEANDES: “la comercialización de toda clase de metales, la fabricación y ensamble de estructuras, con miras a la entrega de unidades de almacenamiento, bodegaje, plantas industriales, campamentos, vivienda, galpones, hangares, coliseos, puentes, pisos, cubiertas, etc (...) y en general **cualquier clase de manufactura metálica o no metálica para ser usada en construcción**”

<sup>31</sup> Resolución No, 30238 de 2010, Hoja N. 15, a folio 49 del cuaderno principal No. 1

<sup>32</sup> Resolución No. 30238 de 2010. Hoja No 23 a folio 57 del cuaderno original No. 1.

desarrollan la misma actividad es necesario hacer el estudio del mercado relevante

Frente a este punto conviene señalar que todos los sistemas procesales incluyen normas y criterios que tienen por objeto establecer una selección preliminar de los medios de prueba que se pueden presentar, pero tal como lo señala el ministerio público la necesidad de la definición de mercado relevante o la comparación de los objetos sociales no aparece en el texto de la norma y revisado el régimen jurídico vigente no existe norma que regule expresa y excluyentemente los medios probatorios pertinentes, conducentes y eficaces para este caso, es decir, dichos elementos de prueba no están regulados por la ley.

Esto quiere decir que para apoyar la decisión sobre los hechos, es el juzgador quien determina qué medios usará, pues podrá desestimar los medios de prueba que resulten inadmisibles y/o que no vale la pena considerar para establecer la ocurrencia del hecho en este caso sancionable, y que tiene que ver con el deber de informar la integración de empresas que **“se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios”**

Así las cosas, se tiene que el hecho jurídicamente relevante sobre la base de la norma, es decir, el evento concreto a determinar es si las empresas participan de la misma actividad económica.

Frente al concepto de la **“actividad económica”**, esta es considerada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, “como un proceso o grupo de operaciones que combinan recursos tales como equipo, mano de obra, técnicas de fabricación e insumos, para la producción de bienes y servicios. Los productos que se derivan de la realización de actividades pueden ser transferidos o vendidos a otras unidades (en transacciones de mercado o al margen de él), almacenados como inventario o utilizados por las unidades productoras para su uso final”<sup>33</sup>

En cuanto al **“mercado relevante”** este permite establecer el ámbito geográfico dentro del cual se lleva a cabo la competencia y

---

<sup>33</sup> Fuente DANE en Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas. Bogotá D.C. Marzo de 2012. Pág 12.

los bienes y servicios específicos sobre los cuáles recae dicha competencia<sup>34</sup>

Establecer qué debe ser objeto de prueba, en este caso, corresponde a quien hace la valoración, puesto que, como ya se dijo, no está definido en la ley cuál debe ser la prueba en este caso, pero como es el punto de inconformidad de los demandantes, es preciso verificar si las pruebas recaudadas y analizadas por la Superintendencia son suficientes para determinar si se incumplió con el deber de informar.

Como ya se dijo, la Superintendencia comparó los objetos sociales, analizó los testimonios de los representantes legales de las empresas investigadas y concluyó que estas se **dedicaban a la misma actividad productora, abastecedora y distribuidora, de productos manufacturados provenientes del acero, en especial la tubería de acero**<sup>35</sup>, por ende tenían el deber de informar la integración empresarial.

Los demandantes refieren que las empresas que se dedican a la misma actividad son las que participan en el mismo mercado relevante, esto es si como resultado de dicha integración se adquiere poder de mercado, es decir afecta la libre competencia.

Frente a lo anterior esta Sala considera que en cuanto a comportamientos abusivos que afecten la competencia, como la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo, existen otras normas prohibitivas que también acarrear sanciones, como el artículo 1º de la ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963, que establece que:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de

---

<sup>34</sup> Consejo de Estado. Sección Primera”. Rad. 25000-23-24-000-2005-90262-01. Actor: GASEOSAS POSADA TOBON SA Y PRODUCTOS QUAKER S.A. M.P. María Elizabeth García González. Sentencia de 12 de abril de 2012. Salvamento de Voto Consejero Marco Antonio Velilla Moreno. El mercado pertinente o relevante, a su vez, permite establecer el ámbito geográfico dentro del cual se lleva a cabo la competencia y los bienes y servicios específicos sobre los cuales recae dicha competencia. El mercado geográfico de referencia “comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas”<sup>34</sup>.

<sup>35</sup> Conclusión que no ha sido objeto de reproche por los demandantes.

prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”

Así mismo el artículo 8º de la misma normativa señala que:

“Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes”.

De otro lado, cuando se cumple con el deber de informar, la misma norma establece en sus párrafos que el Gobierno nacional, en este caso, la SIC, puede objetar o no la integración, así:

**PARAGRAFO 1o.** El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

**PARAGRAFO 2o.** Si pasados treinta (30) días de haberse presentado el informe de que trata este artículo, no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla.

Así las cosas, para esta Sala, resulta claro que la obligación que trae la norma, en este caso, por la cual fueron sancionadas las empresas investigadas y sus representantes legales se refiere **al deber de informar la integración empresarial**, si esta integración impacta o no el mercado, existen otras conductas específicas y concretas que en la misma norma son objeto de sanciones diferentes.

De lo anterior, se tiene que la Entidad analizó las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y necesarias para determinar si las empresas se dedicaban a la **misma actividad**, esto es, verificó los objetos sociales y analizó los testimonios de los representantes legales de las empresas investigadas y sobre el mercado relevante, que manifiestan los demandantes debió ser analizado y que se refiere al ámbito geográfico y a los bienes sobre los que recae la competencia afirmó que no es necesario verificarlo.

Para esta Sala, de acuerdo con la normativa mencionada, la SIC debía establecer, si las empresas desarrollaban la misma actividad, y las pruebas que realizó y valoró fueron suficientes y no es necesario el estudio del ámbito geográfico y de competencia de las empresas, es decir, del mercado relevante, en este caso, para establecer si se violó o no **el deber de informar** la integración empresarial, diferente a cuando se analiza el

ejercicio del poder dominante o la afectación de la libre competencia.

Entonces, la Sala considera que el análisis realizado por la SIC, la comparación de los objetos sociales y los testimonios de los representantes legales que realizaron la operación, fueron suficientes para determinar si las empresas participaban de la misma actividad económica, que es el requisito establecido en la norma para informar sobre la integración empresarial, y que el estudio del mercado relevante se requiere es, para determinar el impacto de la integración empresarial, no para esclarecer si desarrollaban la misma actividad, como se debe hacer en este caso.

Bajo estos parámetros considera la Sala que la Superintendencia practicó las pruebas, por ende, no se violaron las normas de carácter superior y la decisión no se produjo con falsa motivación, entonces, por ende prospera el cargo de la apelación.

### **3.1. La caducidad de la facultad para imponer sanciones de la SIC**

Sobre el alcance del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto al término de caducidad para la imposición de sanciones, esta Corporación en Sentencia de 29 de Septiembre de 2009, unificó la posición y señaló frente a una sanción disciplinaria, que esta es oportuna si dentro del término asignado se expide y notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, esto es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos en la vía gubernativa, así:

“En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa.”<sup>36</sup>

Posición reiterada y acogida por la Sección Primera de esta Corporación para casos en donde el Estado ejerce la potestad sancionatoria diferente a la disciplinaria, en la que además agregó que los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque

---

<sup>36</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2003-00442-01(S). Actor: Alvaro Hernán Velandia Hurtado. M.P. Susana Buitrago Valencia. Sent. de 29 de septiembre de 2009.

corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que aquél incluye, sino permitir a la administración que ese pronunciamiento sea revisado a instancias del administrado, así:

“El alcance de esa disposición [artículo 38 del C.C.A.] fue precisado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en reciente sentencia cuyo asunto se llevó a su conocimiento por la importancia jurídica del tema nacida de la necesidad de unificar la jurisprudencia sobre el mismo, por lo cual la posición jurisprudencial mayoritaria allí sentada, que aunque concerniente a un proceso disciplinario, se ha de aplicar para dilucidar el cargo bajo examen, pues sustancialmente se trata del ejercicio de una misma facultad, la de imponer sanción por las autoridades administrativas, no sin antes advertir que el Consejero ponente del sub lite salvó el voto en dicha sentencia. La posición jurisprudencial allí definida y que, como atrás se señala, acoge la Sala por su carácter unificador de los diferentes lineamientos que se habían dado entre las Secciones de la Corporación, consiste en que la sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, es decir, el que pone fin a la actuación administrativa, decisión ésta que resuelve de fondo el proceso sancionatorio y define la conducta investigada como constitutiva de falta, porque en él se concreta la expresión de la voluntad de la administración; mientras que los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que aquél incluye, sino permitir a la administración que ese pronunciamiento sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto”<sup>37</sup>.

Así mismo esta Sección en recientes pronunciamientos<sup>38</sup> reiteró dicha posición en la que el término de caducidad de la facultad sancionadora del Estado es de tres años contados a partir de la notificación del acto principal o primigenio y no de los que resuelven los recursos.

### **3.1.1. Frente a la caducidad en el caso concreto**

De las pruebas obrantes en el proceso, se tiene que:

---

<sup>37</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 25000-23-24-000-2004-00339-01. Actor. URRRA S.A. E.S.P. M.P. Rafael Ostau De Lafont Pianeta. Sent. de 26 de noviembre de 2009.

<sup>38</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 25000-23-24-000-2005-01423-02. Actor: Peñaloza y Rodríguez LTDA. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sen. De 15 de febrero de 2018. Rad. 25000-23-24-000-2010-00305-02. Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 21 de junio de 2018.

- A. La integración empresarial se realizó el 28 de junio de 2007<sup>39</sup>
- B. Que mediante Resolución No. 57483 del 12 de noviembre de 2009, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó abrir la investigación Contra las empresas COLMENA y SIDEANDES, entre otras y sus respectivos representantes legales.
- C. Que mediante la resolución N. 30238 de 15 de junio de 2010 se sancionó a los demandantes por incumplimiento del deber de informar la integración empresarial de conformidad con el artículo 4º de la Ley 155 de 1959.
- D. Para efectos de notificar la decisión el 15 de junio de 2010 se envió la comunicación a las empresas investigadas el mismo 15 de junio de 2010, y luego se fijó un edicto el 23 de junio que fue desfijado el 25 de junio de 2010<sup>40</sup>

El demandante considera que el envío de la citación, para que los investigados se acercaran a notificarse personalmente debió hacerse, de conformidad con el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo<sup>41</sup> al día siguiente de la expedición de la resolución, y no el mismo día, esto es del 16 al 22 de junio, y el edicto debió fijarse el 23 de junio y no el 22.

Si bien, para esta Sala no es de recibo el argumento de los demandantes, que según el artículo 44 del C.C.A, la comunicación para que los investigados concurrieran a notificarse del acto administrativo sancionatorio, debió haberse enviado el día siguiente de su expedición, so pena de ser irregular, pues aun atendiendo su interpretación, y la comunicación se hubiese enviado el 16 de junio, la desfijación del edicto se daría el 28 de junio de 2010, esto es cuando se cumplían 3 años de la operación de integración, por lo tanto esta se encuentra dentro del término señalado para que la entidad imponga la sanción, sin que opere el término de caducidad.

Así las cosas, de conformidad con la posición jurisprudencial unificada por esta Corporación, no transcurrieron más de tres años como lo señalan los demandantes desde la fecha de

---

<sup>39</sup> Resolución 30238 de 2010 Hoja No. 6, foilo 40 del cuaderno original No. 1

<sup>40</sup> Folio 74, hechos de la demanda

<sup>41</sup> **ARTÍCULO 44.** [Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2304 de 1989](#) Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

producido el acto que ocasionó la sanción y la notificación, en este caso la desfijación del edicto, pues, se reitera que la actuación administrativa concluye con la expedición del acto administrativo sancionatorio y su correspondiente notificación, sin tener en cuenta, para tales efectos, la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa, como lo sostuvo el Tribunal en la sentencia impugnada.

Por lo anterior, el cargo referente a la no existencia de caducidad planteado por los recurrentes prospera.

A la luz de estos cuestionamientos la decisión adoptada en la sentencia de 21 de enero de 2013, proferida por la Sección Primera – Subsección “C” En descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca **será revocada** para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, porque no se violó la ley por inexistencia del elemento subjetivo, ni se configuró la caducidad para imponer la sanción, ni el acto fue expedido con falsa motivación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **III. FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de, proferida por la Sección Primera – Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en este proveído.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal Administrativo de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Consejero

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Consejero