



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 31404 DE 2011

(07 JUN 2011)

Radicación No. 10-026602

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales, en especial, de las previstas en la Ley 1340 de 2009, en los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010, en concordancia con el decreto 2153 de 1992, y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 56169 del 21 de octubre de 2010, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación para determinar si las sociedades EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. (en adelante EPM) y REGIONAL DE OCCIDENTE S.A. E.S.P (en adelante REGIONAL DE OCCIDENTE), actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

De igual manera, se abrió investigación en contra de los representantes legales de las sociedades investigadas, señores JUAN FELIPE GAVIRIA GUTIÉRREZ representante legal para la época de los hechos de EPM y JAVIER LÓPEZ SEGURA, representante legal para la época de los hechos de REGIONAL DE OCCIDENTE S.A. E.S.P, a fin de determinar si incurrieron en la responsabilidad señalada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, al haber autorizado, ejecutado o tolerado la conducta referida.

La investigación tuvo por objeto determinar si las empresas EPM y REGIONAL DE OCCIDENTE, así como sus respectivos representantes legales, habrían incurrido en prácticas restrictivas de la competencia, relativas a la realización de una integración económica no informada oportunamente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de apertura a los investigados y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante Resolución No. 68481 del 13 de diciembre de 2010, se ordenó la práctica de pruebas.

TERCERO: Que culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, el 2 de marzo de 2011 presentó al Superintendente de Industria y Comercio Informe Motivado de los resultados de la investigación, en el cual se recomendaba la imposición de una sanción, toda vez que la operación realizada por las empresas investigadas dio lugar a una integración empresarial que no fue informada previamente a esta Entidad.

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

CUARTO: Que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el 2 de marzo del presente año se dio traslado a los investigados del Informe Motivado y se les otorgó un plazo hasta el 16 de marzo de 2011, para que presentaran sus observaciones, si así lo consideraban pertinente.

Dentro del término establecido para ello, los investigados mediante escrito radicado bajo el N° 10-026602-00104-0002 del 16 de marzo, presentaron sus observaciones, cuyos principales argumentos son los siguientes:

"(...)

"SEGUNDO: RAZONES PARA LA INTEGRACIÓN DE EPM Y REGIONAL DE OCCIDENTE."

"Es claro que Regional de Occidente fue constituida en el marco del Plan de Desarrollo del Departamento de Antioquia, como respuesta al Plan de acompañamiento de los municipios y bajo el acompañamiento del Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT) bajo el Viceministerio de Aguas. No obstante la constitución era viable siempre y cuando se ejecutara vía recursos a fondo perdido, pues no existía músculo financiero por parte de los Municipios intervinientes.

"Que la misma Gobernación de Antioquia, previo estudios sobre la empresa, consideró la necesidad de vincular un socio estratégico con capacidad técnica, conocimiento y gestión administrativa que llevara el manejo empresarial de la Regional de Occidente. Y el más idóneo para (sic) época fue EPM, quien solucionaba todas las necesidades de los municipios detectadas en los estudios elaborados por la gobernación de Antioquia, (...).

"Consideramos que estas últimas dos conclusiones son fundamentales para el Despacho, en la medida que con ellas puede argumentar la no imposición de multa alguna para los investigados, toda vez que aún desde los antecedentes de la misma integración nunca se persiguió lesión o restricción del mercado, (...)"

"TERCERA: PARA QUE EPM APORTARA SU EXPERIENCIA Y CONOCIMIENTO EN REGIONAL DE OCCIDENTE REQUERÍA TENER EL CONTROL."

"(...)

"(...) desde el mismo momento de la integración, si bien es cierto, la primer capitalización en diciembre de 2007 no le permitió adquirir el control en el total de Acciones de Regional de Occidente, sí le permitió tener el control al tener la mayoría de acciones con voto de la Sociedad, y por lo tanto la mayoría decisoria, toda vez que los Municipios Accionistas tenían un gran porcentaje de acciones "con dividendo preferencial sin derecho a voto".

"(...)

"Es decir que, en el año 2008 si bien es cierto EPM no tenía más del ~~10~~

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

cincuenta por ciento del capital de Regional de Occidente, sí tenía el 56% de las acciones con derecho a voto que le permitía estar dentro de las presunciones de subordinación del artículo 27 de la misma ley 222 por tener el derecho a emitir votos constitutivos en la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas de Regional de Occidente. (...).

"CUARTA: EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO ES DESEABLE LA EXISTENCIA DE UNA ÚNICA EMPRESA PROVEEDORA DEL SERVICIO".

"(...)

"(...) es de vital importancia para el Despacho considerar que se encuentra frente a un caso excepcional en el que se reclama la existencia de una única empresa como prestadora del servicio de Acueducto y Alcantarillado, y por ende un monopolio natural para mejor solución a la provisión del servicio (el cual es adecuado para la Delegatura de Protección de la Competencia), ya que sería difícil que existiera más de un prestador debido a que los costos marginales son decrecientes. No obstante la forma como el Estado controla este tipo de monopolios es por medio de la regulación, con la que se restringen las posibilidades de apropiación del excedente del consumidor por parte del monopolista, guardando como objetivo principal el bienestar de los usuarios.

"En conclusión, el Despacho en su decisión final no debe evaluar la integración de EPM y Regional de Occidente con los mismos parámetros que son evaluadas las integraciones del sector real de la economía, en las que no existen monopolios naturales, ni media la realización de una función social del Estado en "los Servicios Públicos", ni tampoco son realizadas en cumplimiento de un llamado del Gobierno Nacional y/o Departamental.

"QUINTA: LA INTEGRACIÓN DE EPM Y REGIONAL DE OCCIDENTE NO PRESENTÓ EFECTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA."

"(...)

"Al tratarse de un monopolio natural, como se ha indicado, no había lugar a efectos restrictivos en la competencia, y por el contrario, con la integración de EPM, la sociedad se puso en condiciones de mejorar todos los índices de prestación del servicio, tal como se puede corroborar de las pruebas, en donde las de mayor importancia resultan ser los testimonios de las mismas usuarias de Regional Occidente (ver testimonios de Lucelly Rodríguez Montoya y María alga Cano, además de los videos aportados por los investigados con testimonios de la comunidad), quienes resaltan los beneficios que han recibido después de la integración de EPM, en especial frente al tema de tarifas, la continuidad del servicio, la calidad del agua, que en general definen como "Calidad de Vida" al evitar las enfermedades que los niños de la población padecían sin el agua potable.

"SEXTA: LA INTEGRACIÓN DE EPM Y REGIONAL DE OCCIDENTE ES UNA OPERACION EFICIENTE."

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

"(...)

"Empresas Públicas de Medellín E.S.P., como socio mayoritario no ha obtenido utilidades por su participación en el Regional, es más, en todas las asambleas realizadas puede observarse que los accionistas han renunciado, en virtud del acuerdo firmado, a la distribución de utilidades, apropiación de excedentes para constituir una reserva para Inversiones en los diferentes Municipios que atiende el Regional, estos son Sopetrán, San Jerónimo, Santa Fe de Antioquia, Olaya y el Corregimiento de Sucre, quienes en realidad son los que se han visto beneficiados con la participación de EPM.

"Regional de Occidente como filial de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., ha mejorado todos los indicadores de la calidad operativa (...)

"En cuanto obras de reposición, optimización o creación de infraestructura, Regional de Occidente ha invertido más de seis mil millones de pesos en 2 años y medio, de los cuales aproximadamente \$ 2.500 pertenecen a recursos propios y de estos más o menos \$1.800 provienen de las capitalizaciones de EPM, a esto se le puede sumar toda la asesoría técnica, administrativa y financiera que día a día brindan los funcionarios de EPM como matriz.

"(...)

"OCTAVA: EL DOCTOR JUAN FELIPE GAVIRIA GUTIÉRREZ TOLERÓ UNA CONDUCTA COMPETITIVA, EFICIENTE, QUE NO GENERÓ EFECTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA."

"(...)

"(...) el doctor JUAN FELIPE GAVIRIA no tomó ningún tipo de medida para prohibir, obstaculizar o incluso interferir las conductas que llevaron a la integración de EPM y Regional de Occidente, porque conocía de los efectos lícitos competitivos de la operación y de los efectos positivos que traería para el mercado, y en especial para los consumidores.

"En este mismo sentido, el doctor JUAN FELIPE tenía el poder y conocimiento suficiente para tolerar un comportamiento competitivo. Por ello debemos dar otra lectura de su declaración cuando dijo "... esa decisión fue tomada conscientemente por mí como representante legal y como persona" toda vez que él era consciente de la conducta lícita que más tarde calificó y validó la misma Delegatura como Eficiente.

"(...) respecto a la presunta infracción del deber de informar, también podemos decir que el doctor JUAN FELIPE GAVIRIA no toleró la ilicitud o ilegalidad de la infracción (conforme a la definición del Diccionario), por el contrario todos los intervinientes en la operación, además de tener claro que no se trataba de un acto anticompetitivo per sé, consideraban que el deber formal no procedía por todas las razones ya expuestas en el memorial de descargos del día 29 de Noviembre de 2010 que reposa en el expediente, en especial aquellas razones referidas a la confusión que generaban las normas de la época en esta materia (antes de la existencia de la ley 1340 de 2009) y las interpretaciones de algunos operadores jurídicos que permitían concluir

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

que el competente para el control a las integraciones empresariales de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios era la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Por tanto, tampoco podríamos afirmar que el doctor JUAN FELIPE toleró las conductas que proscribe el Régimen de Promoción de la Competencia, simplemente permitió conductas lícitas desde el punto de vista de la forma (deber de informar) y del fondo (no restricción indebida de la competencia)

"PETICIÓN.

(...)

"Acudimos a los criterios de equidad y justicia, al principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción, considerando el contexto de la integración (es decir, en primer lugar, las razones previas de la misma integración y su finalidad benéfica y de apoyo para una comunidad; en segundo lugar, que el control de EPM fue necesario para hacer su aporte en experiencia y conocimiento generando un cambio en el manejo directo de la empresa prestadora del servicio sin que implicara un cambio en la estructura de mercado ya existente; en tercer lugar, el monopolio natural del servicio de Acueducto, en donde es deseable la existencia de una única empresa proveedora del servicio) y partiendo de la base que la Integración de EPM y Regional de Occidente no presentó efectos restrictivos de la competencia y que por el contrario se consideró como una operación eficiente, respetuosamente solicitamos que no se imponga sanción pecuniaria a los investigados."

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

5.1. Supuestos normativos

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, el deber de informar las operaciones que proyecten llevar a cabo las empresas que se dediquen a la misma actividad económica, para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada recae sobre las empresas que cumplan los supuestos i) subjetivo, ii) objetivo y iii) cronológico.

En virtud del supuesto subjetivo, las empresas que se pretenden integrar deben estar dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado o encontrarse en la misma cadena de valor de dicho bien o servicio.

El supuesto objetivo por su parte, se refiere a las dimensiones de las empresas involucradas en la operación y se mide con el valor de sus ingresos operacionales y activos totales. Para la época de los hechos, de acuerdo con la Resolución No. ~~...~~

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

22195 de 2006 expedida por la SIC¹, el umbral para determinar la necesidad de informar una operación de integración era de cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.² Es decir, todas aquellas integraciones cuyas empresas involucradas tuvieran activos o ingresos superiores a dicha cifra, debían ser informadas ante esta Superintendencia.

Por último, el supuesto cronológico se deriva del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, que establece que las empresas que se pretendan integrar cuando cumplen los dos presupuestos antes analizados, debían previamente a la realización de la operación, informarla a esta Superintendencia. Ese aviso no es posterior a la operación, sino anterior a la misma².

Teniendo en cuenta los supuestos mencionados a continuación se describe la operación realizada entre las Investigadas.

5.2. Operación realizada

Según el Acuerdo de Accionistas suscrito entre las Empresas investigadas el 19 de diciembre de 2007, EPM se vincularía a la empresa REGIONAL DE OCCIDENTE como accionista mayoritario y controlante³, según se estableció en la Cláusula Décima Segunda del mismo:

"(...) Es entendido por LAS PARTES, en todo caso, y de conformidad con las consideraciones que fundamentan el presente Acuerdo de Accionistas, que EE.PP.M E.S.P fijará a través de los órganos de dirección y administración de la SOCIEDAD, las directrices financieras, técnicas, administrativas y operativas para la marcha de la empresa, considerando siempre que en su condición de Matriz del grupo empresarial que lleva su nombre, su gestión debe coordinarse con el propósito y dirección establecido para las demás compañías que forman parte de dicho grupo empresarial.(...)"⁴

"(...) Para proceder con la vinculación de EE.PP.M E.S.P en calidad de accionista de la empresa REGIONAL DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. a través de una capitalización hasta por un monto máximo de Seis Mil Cuarenta y Siete millones (\$6.047.000.000), atendiendo la participación de los municipios, y para que se suscriban y realicen por parte de EE.PP.M E.S.P. todos los documentos y trámites correspondientes para tal fin; así como aprobar las modificaciones presupuestales que sean necesarias para adelantar esta capitalización'. Y de conformidad con su instrucción, soportada en el Plan de Negocios de LA SOCIEDAD, el aporte inicial de EE.PP.M E.S.P. debe permitirle obtener una participación accionaria de

¹ Mediante la cual se modificó la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio en sus Capitulo II del Título VII.

² Decreto 1302 de 1964; artículo 6°: "Para los efectos de la autorización presunta que se establece en el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, el término de treinta días empezará a contarse desde ..." A su vez, el párrafo 2 del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 establece: "Si pasados treinta 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."

³ Numeral 5, Consideraciones del Acuerdo de Accionistas, folio 19 del cuaderno 1 del expediente.

⁴ Ver folio 29 del cuaderno 1 del expediente.

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

56% hasta un tope máximo del 65%, para que, una vez LA SOCIEDAD haya alcanzado un nivel de eficiencia en la operación, mediante la ejecución del plan de inversiones y las mejoras en la gestión de la operación que le permita obtener flujos de caja suficientes para financiar las inversiones, la operación y retribuir a los accionistas, la participación de EE.PP.M E.S.P. se reduzca hasta quedar de nuevo en un 56%, y que la participación de El DEPARTAMENTO sea del 22%, al igual que la suma de la participación de LOS MUNICIPIOS la cual también será del 22%.(...)"⁵

De otra parte, en la visita administrativa realizada a las instalaciones de REGIONAL DE OCCIDENTE el 20 de diciembre de 2010, la Delegatura obtuvo la certificación expedida por los Auditores Externos de EPM⁶ junto con el Libro de Registro de Accionistas, del cual se desprende la evolución accionaria de la sociedad correspondiente a los aportes a capital previstos.

En el siguiente cuadro, se presentan las acciones suscritas por EPM en REGIONAL DE OCCIDENTE desde el momento en que inició el proceso de integración hasta la fecha, se referencia el número del título accionario, el tipo de acción y el número de acta de la Asamblea General o Extraordinaria de Accionistas de REGIONAL DE OCCIDENTE, en la que se dio aprobación al aumento de capital suscrito y pagado de la sociedad.

Cuadro 3
Acciones Suscritas por EPM en REGIONAL DE OCCIDENTE 2007-2010

Fecha	Accionista	Nº Título	Tipo de Acción	Emitidas	Nº Acta Asamblea General
31/12/2007	EPM	A007	Ordinarias	1922	Nº 2
31/12/2008	EPM	A012		116	Nº 6
	EPM	A027		170	
31/10/2009	EPM inversiones	A028		208	Nº 8
31/07/2010	EPM	A033		3418	Nº 9

Diseño SIC.

Fuente: Libro de Registro de Accionistas, ver folios 602 a 609 del cuaderno 3 del expediente.

Según la tabla anterior, y de acuerdo con el libro de accionistas de la Empresa, se pudo observar que la primera capitalización realizada por EPM fue en el mes de Diciembre de 2007 por \$1.922 millones de pesos, la cual le permitió obtener el 56% del total de las acciones de la empresa (incluyendo acciones ordinarias y preferentes), equivalente al 52.95% del total de las acciones ordinarias.

Para el mes de diciembre de 2008, se expidieron 1354 acciones preferentes distribuidas entre los municipios de Olaya, San Jerónimo, Santa Fe de Antioquia y Sopetrán y 116 acciones ordinarias adquiridas por EPM. Con estas transacciones,

⁵ Acuerdo de Accionistas REGIONAL DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. 6 de noviembre de 2007. Ver folio 20 del cuaderno 1 del expediente.

⁶ Certificación del Revisor Fiscal, ver folio 621, cuaderno 3 del expediente.

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

el total de acciones suscritas subió a 4.902, lo que generó una reducción en la participación de EPM en el total de acciones de 56% a 41.5%. No obstante, al analizar únicamente las acciones ordinarias (3548), es claro que la participación de la empresa mencionada pasó de 52.95% a 57.4%.

Durante el año 2009, se realizó la conversión de preferentes a ordinarias de una parte de las acciones que estaban en cabeza de los municipios de Olaya, San Jerónimo, Santa Fe de Antioquia y Sopetrán. Por su parte, EPM hizo un tercer aporte de capital por \$170 millones de pesos, lo que le permitió obtener 170 acciones ordinarias adicionales y se expidieron 208 acciones ordinarias a nombre de EPM Inversiones S.A, filial de EPM; en virtud de la cesión parcial de los derechos de capitalización a ésta última a la primera⁷.

Para el 31 de octubre de dicho año, del total de las acciones suscritas (5280); las empresas EPM y EPM Inversiones S.A representaban conjuntamente el 45.7% del total de las acciones suscritas de la Empresa y el 55.7% de las acciones ordinarias (4330).

Para el año 2010, el Departamento de Antioquia realizó un aporte de capital por \$759 millones de pesos, representado en 759 acciones ordinarias y para la misma fecha, la empresa EPM realizó un aporte de capital por \$3.418 millones de pesos, continuando así la tendencia de socio mayoritario de REGIONAL DE OCCIDENTE con el 59.49%, lo que aunado a la participación de EPM Inversiones S.A, constituía un total de 61.6% del total de las acciones suscritas.

Los hechos anteriormente relacionados muestran que la operación de capitalización que hizo EPM en REGIONAL DE OCCIDENTE, constituyó una operación de integración empresarial por compra de acciones, cuya concreción se dio en diciembre del año 2007, fecha a partir de la cual, EPM se convirtió en titular de la mayoría de acciones ordinarias de la Empresa.

Ahora bien, se indica que es a partir de esa fecha que hay una operación de integración pues es en ese momento en el que EPM adquiere el control sobre las actividades de REGIONAL DE OCCIDENTE. Al respecto, resulta pertinente señalar que el término "control" es definido en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 en los siguientes términos:

"Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa".

Conforme a la anterior definición y tal como ya lo ha expresado esta Superintendencia en otras ocasiones⁸ hay control cuando se pueda influenciar de cualquier manera la actividad empresarial, o cuando se pueda disponer de bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa. De tal suerte, si bien la compra de activos y pasivos puede ser una de las formas más

⁷ Ver Folios 608 y 718 del cuaderno 3 del expediente.

⁸ Ver Resolución 30238 del 15 de junio de 2010 Caso GyJ Ferreterías.

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

conocidas para la realización de operaciones de integración, no es posible afirmar que sea la única existente. También se puede concretar una concentración jurídico-económica a través de fusiones, adquisiciones, ventas de acciones, contratos de cuentas en participación, operaciones de fiducia mercantil, e incluso simples alianzas estratégicas que conllevan a la transferencia o cesión de control.

Ahora bien, bajo el ya descrito concepto de control, propio del análisis que realiza esta Entidad, la adquisición de mayoría accionaria de una empresa por parte de otra, no necesariamente implica la realización de una integración empresarial, así como tampoco el adquirir una participación accionaria menor al 50% significa que no hay una asunción de control. Lo anterior cobra relevancia en el presente caso, en donde el control sobre las actividades y decisiones empresariales de REGIONAL DE OCCIDENTE fue adquirido por parte de EPM desde el año 2007, a pesar de que durante algunos años no tuviera la mayoría accionaria de la empresa.

En efecto, al revisar tanto los estados financieros de REGIONAL DE OCCIDENTE, como el libro de accionistas y los reglamentos de colocación de acciones que registran las capitalizaciones realizadas⁹, este Despacho pudo constatar que el control decisorio sobre la empresa fue adquirido en diciembre de 2007. Lo anterior, debido a que un porcentaje de la participación de los municipios accionistas estaba constituido por acciones con dividendo preferencial sin derecho a voto¹⁰. Dicha situación puede visualizarse en el siguiente cuadro extraído de respectivas las notas a los estados financieros.

Cuadro 4
Composición accionaria de REGIONAL DE OCCIDENTE a diciembre 31 de 2007

b. La composición accionaria quedó de la siguiente manera a Diciembre 31 de 2007:

Regional Occidente				
Accionista	# de Acciones		% Participación	% Control
	Ordinarias	Preferenciales		
EPM	1,922	0	52.95%	56.00%
Departamento	1,020	0	28.10%	29.72%
Municipios	490	198	18.95%	14.28%
Total	3,432	198		
Total acciones en circulación		3,630		

Fuente: folio 642 del cuaderno 3 del expediente.

Como se observa, del total de acciones ordinarias a diciembre 31 de 2007, EPM contaba con 1922 acciones que representaban en ese momento el 52.95% de las acciones de la empresa y el 56% de las acciones ordinarias, otorgándole el control decisorio sobre las actividades de REGIONAL DE OCCIDENTE.

Ahora bien, teniendo en cuenta que por las razones expuestas, en este caso se debe considerar que la operación de integración ocurrió en diciembre de 2007, es

⁹ Ver folios 599 y siguientes del cuaderno 3 del expediente.

¹⁰ Ver folio 611 del cuaderno 3 del expediente.

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

necesario establecer si se ha presentado el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria.

5.3. Caducidad de la facultad sancionatoria

De acuerdo con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, *"la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas"*. En relación con esta norma, el Consejo de Estado, en sentencia de enero de 2003, expediente No. 7909, Magistrado Ponente Dr. Manuel Urueta Ayola; señaló:

"(...) La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto se trató de una conducta permanente o continuada, de suerte que los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C.C.A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado (...)"

Así las cosas, para determinar la caducidad de la facultad sancionatoria es necesario determinar si la conducta analizada es de carácter permanente o continuada o si, por el contrario, se trata de una conducta de ejecución instantánea. En el primer caso, el término de caducidad debe contarse a partir del último acto de comportamiento investigado; en el segundo caso, el término de caducidad se contará a partir del momento en que se ejecutó la conducta que es sólo uno.

Dado que la investigación se origina por la infracción al deber de informar una operación de integración, este Despacho reitera que este tipo de conducta es considerada de ejecución instantánea, tal y como ya lo ha señalado en los siguientes términos la jurisprudencia en casos relacionados con el incumplimiento citado deber:

"Entratándose de la sanción por extemporaneidad o de la sanción por no declarar, no se trata de una infracción continuada, sino que su ocurrencia se presenta al día siguiente de la fecha en que se cumple el plazo para presentar la declaración tributaria, esto es por una vez y con respecto a un periodo gravable, transcurrido el cual, se pasa a un nuevo periodo y al examen de hechos distintos, completamente independientes del anterior. (...)"¹¹

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con la jurisprudencia citada, la omisión de declarar ante una autoridad un hecho, debe considerarse como una conducta instantánea, es posible también afirmar que la omisión de informar una operación que cumple los supuestos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, es también una conducta instantánea por lo que es a partir del vencimiento del plazo que se tenía para informar que se debe empezar a contar el término de caducidad.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 4 de abril de 2003, Expediente No. 12922.

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

En similar sentido, también se había pronunciado esta Entidad en las Resoluciones No. 36120 de 2006 y 19017 de 2003, en las que se señaló lo siguiente:

"Bajo esta perspectiva, la norma independiza dos momentos: El primero, cuando la obligación de informar las integraciones que se proyectan realizar está vigente; y el segundo, cuando dicha obligación ya se ha extinguido, bien sea porque el empresario informó a la Superintendencia de Industria y Comercio la integración que proyecta realizar o bien porque incumplió con dicha obligación, lo cual se produce en el momento de materializarse la integración, habiéndose omitido la obligación de informar la misma a esta Entidad.

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

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

En virtud de lo expuesto, y dado que tal como se señaló anteriormente, la adquisición de control de la empresa REGIONAL DE OCCIDENTE S.A. ESP por parte de EPM ocurrió en el mes de diciembre de 2007, es hasta antes de tal adquisición que las empresas debían cumplir el deber de informar la integración y, por lo tanto, es desde esta fecha que se debe empezar a contar el término de caducidad. En estas circunstancias, esta Superintendencia, a partir de diciembre de 2010, perdió la competencia para sancionar por la infracción referida.

Así las cosas, a pesar de que en el presente caso pudo haberse incumplido el deber de informar previamente la integración, la facultad sancionatoria no puede ser ejercida por la ocurrencia del término de caducidad, debiendo archiversse la actuación.

En mérito a lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar la terminación de la investigación iniciada mediante Resolución N° 56169 del 21 de octubre de 2010, en contra de las sociedades EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y REGIONAL DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., por las razones expuestas en el presente proveído.

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ordenar la terminación de la investigación iniciada en contra de los señores JUAN FELIPE GAVIRIA GUTIÉRREZ en su doble condición de persona natural investigada y como representante legal para la época de los hechos de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y JAVIER LÓPEZ SEGURA en su doble condición de persona natural investigada y como representante legal para la época de los hechos de REGIONAL DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.

ARTÍCULO TERCERO: Archivar la presente investigación.

ARTÍCULO CUARTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente Resolución al doctor ANDRÉS MAURICIO CÓRDOBA CASTRILLÓN, en su calidad de apoderado especial de las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. (EPM) y de REGIONAL DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. y a los señores JUAN FELIPE GAVIRIA GUTIÉRREZ y JAVIER LÓPEZ SEGURA, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los 07 JUN 2011

El Superintendente de Industria y Comercio


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó: Carlos Pablo Márquez, Germán Bacca
Revisó: Germán Bacca
Aprobó: Carolina Salazar

NOTIFICAR:

Doctor
ANDRÉS MAURICIO CÓRDOBA CASTRILLÓN
C.C. N° 3.408.437
Apoderado Especial
EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. (EPM)
NIT 890.904.996-1
REGIONAL DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.
NIT 900.130.596-1
Carrera 58 N° 42-125 Edificio Inteligente
Medellín- Antioquia

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

Doctor

JUAN FELIPE GAVIRIA GUTIÉRREZ

C.C. N° 8'214.308

Carrera 58 N° 42-125 Edificio Inteligente

Medellín- Antioquia

07 JUN 2011

Doctor

JAVIER LÓPEZ SEGURA

C.C. N° 71.691.352

Carrera 10 N° 17 - 100

San Jerónimo, Antioquia