



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 56989 DE 2014

(24 SEP 2014)

Radicación: 12-68710

"Por la cual se imponen unas sanciones"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, y en los numerales 6, 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y Decreto 19 de 2012, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 50258 del 26 de agosto de 2013¹, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la Delegatura) de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante **SIC**) ordenó abrir una investigación para determinar si **CDM SMITH INC** (en adelante **CDM**), identificada con NIT 900.365.677 e **INGENIERÍA DE SANEAMIENTO AMBIENTAL S.A.S.** (en adelante **INGESAM**) identificada con NIT 860.051.939, actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Así mismo, en la mencionada Resolución se ordenó abrir una investigación para determinar si **ELIÚ OVIDIO PÉREZ**, identificado con P.P. 477396773, en su calidad de Representante Legal de **CDM** y **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO**, identificado con C.C. 19.104.792, en su calidad de Representante Legal de **INGESAM**, incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber autorizado, ejecutado o tolerado la conducta anticompetitiva objeto de investigación.

SEGUNDO: Que una vez estudiada la resolución de apertura de investigación, así como el informe motivado, se advierte que los hechos que dieron origen a la presente actuación administrativa son los siguientes:

*"La actuación se inició de oficio, con ocasión del traslado realizado por la **CÁMARA DE COMERCIO DE CALI**, que en cumplimiento de la Circular Externa No. 22 de 2011 y No. 09 de 2012 de la **SIC**, informó a esta Entidad mediante comunicación radicada con el No. 12-68710-00 del 26 de abril de 2012 sobre la inscripción de la operación de situación de control, registrada en el libro IX con el No. 2490 del 12 de marzo de 2012, realizada por **CDM SMITH**, sociedad controlante, respecto de la sociedad **INGESAM**.*

*Conforme a lo anterior, la Delegatura analizó la operación económica que dio lugar al control por parte de **CDM SMITH**, y la ausencia de notificación por parte de ésta ante la **SIC** para realizar la adquisición del 100% de las acciones en circulación sobre **INGESAM**.*

Por lo tanto, la inobservancia de la obligación de informar constituiría la posible violación de la citada norma."²

¹ Folios 402 a 414 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado No. 12-68710.

² Folio 871 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

TERCERO: Que habiendo sido notificada en debida forma la resolución de apertura a los investigados y transcurrido el término legal para solicitar y aportar las pruebas que pretendieran hacer valer a su favor, mediante la Resolución No. 87607 del 27 de diciembre de 2013³ y conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁴, la Delegatura ordenó tener como pruebas las aportadas por los investigados y decretó la práctica de otras oficiosamente.

CUARTO: Que en el **ARTÍCULO TERCERO** de la Resolución No. 87607 de 2013⁵, la Delegatura decretó de oficio un interrogatorio de parte a todas las personas naturales y jurídicas investigadas. Llegado el día y hora para la práctica de las diligencias, los citados no comparecieron; sin embargo, las personas naturales investigadas excusaron su inasistencia⁶. Así las cosas, mediante la Resolución No. 11531 del 26 de febrero de 2014⁷, se ordenó reprogramar dichos interrogatorios.

QUINTO: Que una vez culminada la etapa probatoria, la Delegatura citó a los investigados a la audiencia de descargos prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, a fin de que presentaran los argumentos que pretendieran hacer valer respecto de la investigación⁸, lo cual ocurrió el 28 de marzo de 2014⁹.

SEXTO: Que habiéndose celebrado la audiencia verbal de que trata el numeral anterior, la Delegatura presentó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante el Superintendente) el informe de la investigación (en adelante Informe Motivado), recomendando sancionar a los investigados por considerar que su conducta constituyó una violación al deber legal de informar previamente una integración empresarial, en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. A continuación, se presenta un resumen del análisis del Informe Motivado:

La Delegatura consideró necesario determinar si la operación realizada entre **CDM** e **INGESAM** cumplía con los supuestos necesarios para que surgiera el deber legal de informar una integración empresarial, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. En este orden de ideas, se analizó si en la operación bajo estudio se cumplían los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico, que deben concurrir para que surja la obligación legal de informar una concentración económica ante esta Superintendencia.

³ Folios 551 a 557 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁴ Modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

⁵ Folios 554 y 555 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶ Folios 831 y 832 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁷ Folios 837 a 841 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁸ Folios 847 a 850 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁹ Folios 851 y 852 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Un aspecto relevante para la presente actuación administrativa, consiste en que si bien las firmas investigadas cuentan con menos del 20% del mercado relevante, estaban en la obligación de *notificar* la operación *sub examine*. En este sentido indicó la Delegatura:

*(...) la operación de adquisición de acciones adelantada por **CDM SMITH** respecto de **INGESAM**, corresponde a un acto integrador que cumple con los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y en la Resolución No. 52778 del 29 de septiembre de 2011, razón por la cual las intervinientes pese a que cuentan con menos del 20% del mercado relevante (...) estaban en la obligación de informar a través del trámite de notificación a esta Entidad, con anterioridad a su verificación, por cuanto los ingresos de todas las intervinientes superaban el monto establecido en la Resolución No. 75837 del 26 de diciembre de 2011. Por lo tanto, la inobservancia de la obligación de informar constituye la violación de la citada norma. (...)*¹⁰ (Negrillas dentro del texto).

Así las cosas, a continuación se expone el contexto de los tres supuestos constitutivos de la obligación legal de informar a la **SIC**, acerca de la concentración económica sucedida entre las empresas investigadas.

El **supuesto subjetivo** implica que las empresas que se pretendan integrar estén dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado, o que se encuentren dentro de la misma cadena de valor de dicho bien o servicio. Así, dentro de este supuesto se destacan dos preceptos: que exista una pluralidad de empresas a integrarse y que esas empresas desarrollen la misma actividad económica o que estén en la misma cadena de valor. En relación con este supuesto, la Delegatura verificó que en la operación realizada por **CDM** e **INGESAM**, se encontraron probados los siguientes hechos:

(i) Que tanto **CDM** como **INGESAM** realizan la misma actividad económica, clasificada en el código CIU 7421 de la **DIAN**, las cuales comprenden actividades de arquitectura e ingeniería y actividades conexas de asesoramiento técnico. Así las cosas, es claro que tanto el objeto social como las actividades económicas de ambas investigadas, corresponden al mismo giro ordinario de sus negocios empresariales, en la medida en que prestan servicios de consultoría en ingeniería civil, sanitaria y ambiental¹¹.

(ii) Que la forma jurídica a través de la cual se produjo la integración empresarial entre **CDM** e **INGESAM** fue mediante la *compraventa de acciones*, la cual fue descrita por la Delegatura en los siguientes términos:

*(...) el 10 de marzo de 2012, **CDM SMITH** y **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO** y **MAURICIO GUERRERO URREGO**, cada uno tenedor del 50% de las acciones suscritas y en circulación de **INGESAM**, celebraron un contrato de compraventa de acciones en virtud de la cual **CDM SMITH** adquirió el 100% de las acciones suscritas y en circulación de **INGESAM**, fue así que en cumplimiento de la Circular Externa **SIC** No. 22 de 2011 y No. 09 de 2012, la **CÁMARA DE COMERCIO DE CALI** (...) informó a esta Entidad sobre la inscripción de la operación de situación*

¹⁰ Folios 896 y 897 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹¹ Folios 897 y 898 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

*de control, registrada en el libro IX con el No. 2490 del 12 de marzo de 2012, realizada por CDM SMITH sociedad controlante respecto de INGESAM. (...)*¹² (Negrillas dentro del texto).

Así las cosas, es claro que hubo una adquisición total de la participación accionaria de **INGESAM** por parte de **CDM**. En ese sentido, el contrato de compraventa de las acciones se constituyó en el vehículo jurídico empleado para perfeccionar la operación de integración económica entre las empresas investigadas.

Ahora bien, el **supuesto objetivo** implica que las empresas intervinientes en la operación tengan, individualmente o en conjunto, activos o ingresos operacionales superiores a un monto establecido por la **SIC**. Frente a este supuesto, la Delegatura verificó que en la operación realizada por **CDM** e **INGESAM**, se probaron los siguientes hechos:

(i) Que mediante la Resolución No. 52778 de 2011¹³, la **SIC** determinó:

“Para efectos de calcular los ingresos operacionales y los activos totales señalados anteriormente, se tendrá en cuenta la sumatoria de los valores registrados en los estados financieros de cada una de las intervinientes, incluyendo aquellas con quienes se encuentre vinculadas en virtud de una situación de control del año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se cumple con el deber de informar la operación de integración proyectada.”

(ii) Que en el artículo 1 de la Resolución No. 75837 del 26 de diciembre de 2011¹⁴, la **SIC** determinó:

“(...) Fijar a partir del 1 de enero de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2012, en cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para efectos de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. (...)”

(iii) Que con fundamento en la información obrante en el expediente objeto de la presente actuación administrativa, se pudo establecer que las empresas investigadas tenían activos conjuntos por \$1.071.659.000.000, e ingresos en cuantía de \$2.341.030.000.000. Bajo este panorama, era claro para la Delegatura que se superaban los topes establecidos por esta Superintendencia teniendo, en consecuencia, el deber de informar sobre la operación que adelantaron. Así pues, el Informe Motivado concluyó que las empresas investigadas tenían activos e ingresos superiores a los cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV) establecidos como umbral para que surgiera la obligación de informar dicha integración empresarial. Por consiguiente, las intervinientes superaban el umbral para informar una operación de integración jurídico-

¹² Folio 898 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹³ Vale mencionar que para la época de ocurrencia de los hechos, aquella era la norma aplicable a este caso. A su turno, la Resolución No. 12193 del 21 de marzo de 2013 derogó las Resoluciones Nos. 35006 de 2010 y 52778 de 2011.

¹⁴ Vigente para la fecha de los hechos.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

económica, establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Se debe tener en cuenta que para efectos de contabilizar los activos e ingresos de las intervinientes, la Delegatura tuvo en cuenta los ingresos operacionales tanto de **CDM SMITH** como de las empresas con las cuales estaba vinculada en virtud de una situación de control. Señaló la Delegatura:

*“Es importante aclarar que para efectos de analizar el supuesto objetivo esta Delegatura al determinar los activos y/o ingresos de **CDM SMITH INC**, valoró los ingresos y/o activos tanto de esta última como de su sucursal **CDM SMITH**, aplicando la teoría que esta Superintendencia acogió en la Resolución No 35006 de 2010, en la Resolución No. 52778 de 2011 y que posteriormente se reiteró mediante Resolución No. 12193 de 2013 (...) [según la cual] es necesario tomar en cuenta la sumatoria de los ingresos y/o activos de las empresas intervinientes, incluyendo aquellas con quienes se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control.”¹⁵*

Adicionalmente, la Delegatura determinó la existencia de una integración entre las empresas investigadas conforme el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, según el cual las empresas que participen en la misma cadena de valor o actividad económica, deben informar previamente las operaciones que proyecten llevar a cabo, sin importar la forma jurídica en que se materialice dicha operación. Lo anterior, con fundamento en que se demostró dentro del expediente que las empresas investigadas se integraron mediante la figura de “*contrato de compraventa de acciones*”, con ocasión de la adquisición de la totalidad de la participación accionaria de **INGESAM** por parte de **CDM**.

Finalmente, se tiene el *supuesto cronológico*, el cual se presenta cuando las empresas que pretendan integrarse, y cuya situación se enmarque en los supuestos subjetivo y objetivo, deben, previa la realización de la operación, contar con la autorización de la **SIC**. Para el caso objeto de análisis, se advierte que la configuración de la situación de control entre **CDM** e **INGESAM** fue inscrita en la **CÁMARA DE COMERCIO DE CALI** el 12 de marzo de 2012, sin que hasta la fecha se haya informado a la **SIC** de dicha situación, en contravención del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura recomendó al Superintendente sancionar a los investigados al concluir que, a pesar de haberse cumplido los supuestos para informar la integración empresarial entre **CDM** e **INGESAM**, las intervinientes no cumplieron con dicho deber legal.

SÉPTIMO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, mediante escrito radicado con el No. 12-68710-60 del 14 de julio de 2014¹⁶ se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes estando dentro del término legal para ello, y

¹⁵ Folio 902 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹⁶ Folio 869 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

mediante escrito radicado con el No. 12-68710-62 del 12 de agosto de 2014¹⁷, hicieron observaciones al mismo. A continuación, se relacionan dichos argumentos conforme se plantearon.

7.1. Inexigibilidad de la obligación de contabilizar los activos en el exterior de las integraciones realizadas en Colombia.

En el apartado inicial de su escrito de observaciones al Informe Motivado, las investigadas manifiestan lo siguiente:

“(...) los investigados simplemente no informaron la integración porque de acuerdo con la regulación existente al momento de la operación (año 2012), su entendimiento, aplicación y precedentes, no existía ningún fundamento jurídico que permitiera considerar que los activos en el exterior de una multinacional debían contabilizarse para efectos de los cálculos de los umbrales, aun cuando ninguna injerencia, intervención o destinación tuvieran para efectos de las actividades económicas desarrolladas en el país. Lo cierto es que Ingesam y CDM eran dos empresas insignificantes en el mercado relevante y en Colombia y, además que no existía normatividad alguna que permitiera considerar la necesidad de reportar la integración (...).”¹⁸

Concluyen el punto solicitando a la SIC abstenerse de imponer multas, en razón de la inexigibilidad de la obligación de contabilizar los activos en el exterior de las empresas cuya integración se realice en Colombia, para efectos de determinar el supuesto objetivo.

7.2. La normatividad aplicable al momento de la operación no establecía expresamente la obligación de tener en cuenta los activos de las sociedades en el exterior.

“(...) la lógica de la expedición de la Resolución 12193 fue incluir dentro de los criterios para determinar los umbrales la información económica de las sociedades en el extranjero pues con anterioridad no se tenían en cuenta. Antes de la mencionada resolución, no existía obligación expresa de incluir dicha información y, por ello, los particulares legítimamente confiaban en que podían realizar los cálculos respectivos limitándose a la información de las empresas en Colombia.”¹⁹

7.3. La SIC no puede sancionar con fundamento en una interpretación que contradice sus propios precedentes.

“Es importante señalar que al momento de celebrar la operación de integración los investigados actuaron con la mayor diligencia existente en relación con la revisión de las obligaciones que les eran exigibles y encontraron que no tenían la obligación de

¹⁷ Folios 910 a 939 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹⁸ Folio 911 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹⁹ Folio 913 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

reportarla no sólo porque las normas no lo exigían sino porque las decisiones conocidas de la SIC para casos similares así lo indicaban.”²⁰

7.4. La presunción de efectos de una integración no puede ser el fundamento de una recomendación de sanción – los efectos mencionados en la Resolución 35006 de 2010 tienen que verificarse.

“(…) se recomendó sancionar bajo la consideración de que, como consecuencia de la operación de integración los activos de la matriz podrían tener efectos en el mercado colombiano, sin embargo, los supuestos efectos en el mercado nunca fueron analizados o estudiados y, por ende, dicha presunción no puede constituir el fundamento de una recomendación de sanción.”²¹

A renglón seguido expresan que al ser **CDM** una sucursal de sociedad extranjera, resulta imposible vincular los activos e ingresos de las operaciones de la matriz a nivel mundial, y en apoyo de su argumento, citan doctrina de la Superintendencia de Sociedades sobre el capital social de las sucursales de empresas extranjeras con negocios en Colombia.

7.5. El equivocado entendimiento de la relación matriz – sucursal y la indebida interpretación de la Resolución 52778 de 2011.

“En el Informe Motivado se señaló que con ocasión de la expedición de la Resolución 52778 de 2011, en la que se estableció la obligación de tener en cuenta la información de ‘las empresas que ejercen el control’ de las intervinientes para el cálculo del umbral, era claro que había que tener en cuenta la información de la empresa en el extranjero (...) Sin embargo, el análisis y las conclusiones del Informe Motivado parten de dos equivocaciones. La primera es considerar que la sucursal es una empresa distinta de la empresa en el extranjero (...) La segunda equivocación consistió en considerar que entre CDM y su sucursal existe una situación de control de matriz – filial, de manera que se alegó que CDM sería matriz de CDM Sucursal Colombia y, por ello, la información económica de CDM como controlante debía tenerse en cuenta para efectos del cálculo del umbral.”²²

7.6. La interpretación del Informe Motivado vulnera el principio de confianza legítima de los particulares frente a las decisiones de la SIC.

En cuanto a este cargo los investigados exponen, jurisprudencial y doctrinalmente, el concepto y alcance del principio de confianza legítima en materia administrativa, en particular en lo que tiene que ver con la modificación y revocación de sus decisiones a la luz de la línea decisorial de la Administración Pública de cara a sus precedentes²³ y a renglón seguido indican:

²⁰ Folio 914 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²¹ Folio 917 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²² Folio 921 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²³ Folio 921 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

“En el caso que nos ocupa, no había normatividad alguna que indicara que los activos de las empresas en el extranjero debían tenerse en cuenta para efectos de determinar si se reportaba o no una integración. Al punto, que fue necesario que en el año 2013 la SIC expidiera la Resolución 12193 para establecer expresamente la obligación de tenerlos como referencia. Por el contrario (...) los conceptos conocidos de la SIC y las publicaciones de esta entidad habían precisado que únicamente tenían que considerarse los activos en Colombia (...).”²⁴

7.7. La interpretación del Informe Motivado vulnera el principio de favorabilidad que impera en el derecho sancionatorio.

Los investigados manifiestan que el principio de favorabilidad está íntimamente ligado con el debido proceso administrativo, en ese sentido, frente a la aplicación de una disposición normativa habrá de aplicarse aquella que resulte más beneficiosa a los investigados, y en favor de su argumento citan jurisprudencia constitucional²⁵ y precisan que:

“Si las resoluciones 35006 y 52778 son interpretadas gramaticalmente, claramente se encuentra que no se refieren ni a bienes de sociedades en el extranjero para el caso de sucursales ni presumen los efectos de activos en el extranjero sobre el mercado local, luego resulta evidente que en el Informe Motivado se desconoció el principio de favorabilidad y, por ello, debe liberarse a los investigados de sanción.”²⁶

7.8. Considerar a la sucursal de CDM SMITH como un mero establecimiento de comercio y no como la interviniente en la integración contradice por completo los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades.

“(...) la sucursal no es un simple establecimiento de comercio sino que es la forma en que una sociedad extranjera actúa o hace presencia en Colombia, en las mismas condiciones que las sociedades anónimas, luego no puede desconocerse que para efectos de las autoridades y los particulares, la sucursal es la representación de la empresa extranjera en el territorio colombiano y, por ello, supone una irregularidad que se desconozca su naturaleza para intentar vincular a una integración activos que ninguna relación tuvieron ni tienen con la misma.”²⁷

A renglón seguido, los investigados citan copiosa doctrina de la Superintendencia de Sociedades en cuanto a la naturaleza jurídica de las sucursales de las sociedades extranjeras, afirmando que para el efecto únicamente el capital de la sucursal en el país puede ser teniendo en consideración para efectos legales como lo hace el Estatuto Tributario frente a la materia fiscal²⁸.

²⁴ Folio 924 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²⁵ Folio 925 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²⁶ Folio 926 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²⁷ Folio 927 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²⁸ Folios 929 y 930 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

7.9. Los propósitos de las competencias funcionales de la SIC no se cumplen con la investigación adelantada ni con la imposición de sanciones en el caso concreto.

En el apartado introductorio del argumento, los investigados manifiestan que sus actuaciones ni atentaron ni afectaron la libre competencia, así como tampoco su conducta fue el resultado del desconocimiento de un deber legal sino su interpretación normativa, a la vez que no se impidió que esta Superintendencia pudiera autorizar la operación de integración²⁹, y continúan exponiendo:

“(…) la operación de integración que se realizó entre Ingesam y CDM simplemente no pudo afectar la libre competencia por cuanto las empresas involucradas son tan pequeñas e insignificantes que, así se hubiera querido, resultaría imposible que su integración llegara a afectar la competencia.”³⁰

En opinión de los investigados, con la conducta objeto de investigación no se produjeron efectos negativos en el mercado, ni se conculcaron los principios que rigen las actuaciones administrativas en materia de competencia según el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. Por lo demás, relievan la inocuidad de su conducta a la luz de la exigua cuota de participación del mercado que detentan³¹.

7.10. Inexigencia de responsabilidad de los representantes legales de las empresas investigadas.

Inicialmente se arguye que al no existir un comportamiento violatorio de las normas de competencia por parte de las empresas investigadas, tampoco habría lugar a endilgarles responsabilidad a sus representantes legales frente al artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 quienes, a su turno, son investigados en esta actuación administrativa. Así mismo, manifiestan que la conducta de los representantes legales debe ser desplegada de manera voluntaria y que en su caso, fueron diligentes cumpliendo las obligaciones derivadas de la integración entre **CDM** e **INGESAM**³².

7.11. En caso de haber lugar a sanciones deben ser las más bajas.

Advirtiendo que en su sentir no habría lugar a ningún tipo de sanción por la conducta investigada, solicitan que en el “*remoto caso*” en que se imponga, debe ser la “*multa más baja prevista en el ordenamiento jurídico.*” Lo anterior, de conformidad con los criterios de dosificación punitiva contemplados en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009³³.

²⁹ Folios 931 y 932 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ Folios 932 y 933 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

³² Folios 935 y 936 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

³³ Folios 525 a 549 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

OCTAVO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 27 de agosto de 2014 se escuchó al Consejo Asesor que recomendó sancionar a las investigadas por infringir el régimen de integraciones empresariales.

Habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones, el Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

8.1. COMPETENCIA FUNCIONAL

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la Ley a esta Superintendencia, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad:

“Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.”

A su turno, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función:

“Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.”

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 estableció que:

“La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas.”

Así mismo, con base en el numeral 4 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

8.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad la Resolución No. 50258 del 26 de agosto de 2013, mediante la cual la Delegatura ordenó la apertura de la investigación, en este caso se examinó la presunta infracción del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, el cual prevé:

“Artículo 9. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 quedará así:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

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. (...)

8.3. CONDUCTA INVESTIGADA

8.3.1. Mercados relevantes

De conformidad con el Informe Motivado, la Delegatura determinó dos mercados relevantes presuntamente afectados por la integración empresarial no informada: (i) servicios de consultoría en las diferentes ramas de la ingeniería civil para las grandes empresas, multinacionales o locales, en los mercados nacionales y (ii) servicios de consultoría en las diferentes ramas de la ingeniería civil para las medianas y pequeñas empresas, en los mercados nacionales³⁴. En dicho Informe se describieron los mercados relevantes de la siguiente manera³⁵:

8.3.1.1. Descripción del Mercado de Servicios de Ingeniería

8.3.1.1.1. Los servicios de consultoría

La consultoría se define como el servicio de asistencia a cualquier empresa durante la elaboración de tareas diversas por parte de consultores independientes o bien de empresas consultoras, que pueden o no involucrarse en la ejecución de las mismas³⁶. Esta se enmarca en la concepción de dirigir servicios profesionales con el propósito de asistir el direccionamiento operacional de las organizaciones, aportando o generando conocimiento específico para la resolución de un problema.

³⁴ Folio 893 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

³⁵ Folios 887 a 892 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

³⁶ SENA: “Estudio de caracterización de la consultoría 2006”, <http://observatorio.sena.edu.co/mesas/01/CONSULTORIA%20EMPRESARIAL.pdf>. [Consulta: 26/12/12].

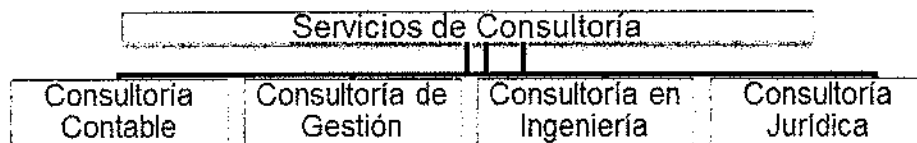
“Por la cual se imponen unas sanciones”

Este servicio se caracteriza por ser: (i) profesional, toda vez que proporciona conocimientos teóricos y técnicos profesionales que sirven para resolver problemas prácticos de las organizaciones, (ii) independiente, ya que un oferente de este tipo de servicios debe estar en condiciones de hacer su propia evaluación objetiva, (iii) temporalidad debido a que generalmente hay plazos específicos para su culminación³⁷ y (iv) negociable en razón a las características propias del intercambio de este servicio con factores que lo afectan como el transporte, costos de transacción, economías de escala, acuerdos o tratados comerciales, regulación nacional, internacionalización de los mercados y de las empresas³⁸.

Estos factores configuran la coexistencia en los mercados nacionales de organizaciones internacionales, con alto grado de posicionamiento frente a empresas también multinacionales o grandes empresas locales, con un segmento de pequeñas y medianas empresas que atienden al resto de mercado.

Ahora bien, un estudio de las Naciones Unidas³⁹, define cuatro grandes categorías para la clasificación de los diversos productos que se pueden derivar del ejercicio de esta actividad, como se presenta en la Gráfica No. 1: (i) servicios contables, (ii) servicios de consultoría de gestión, (iii) consultoría en ingeniería y (iv) consultoría jurídica.

Gráfica No. 1
Clasificación de los servicios de consultoría



Fuente: Elaboración SIC, con base en UNCTAD⁴⁰.

Para este caso, el análisis se concentrará en los servicios agrupados bajo la categoría "Consultoría en Ingeniería", conforme lo reportado por las intervinientes como actividades económicas:

*"Los servicios ofrecidos de manera coincidente por las intervinientes son: (...) servicios de asesoría y consultoría en ingeniería civil, sanitaria y ambiental"*⁴¹.

³⁷ *Ibidem*, pág. 9.

³⁸ UNCTAD (2002): "The tradability Of Consulting Services and its implications for developing countries", pág. 1. <http://unctad.org/en/Docs/poiteipcm8.en.pdf> [Consulta: 26 de diciembre de 2012].

³⁹ *Ibidem*, págs. 5 a 7. Adicional a las tres categorías de agrupamiento de los servicios de consultoría, el estudio reconoce también la consultoría jurídica, sin embargo, las tipifica como firmas orientadas a atender el mercado nacional.

⁴⁰ *Ibidem*.

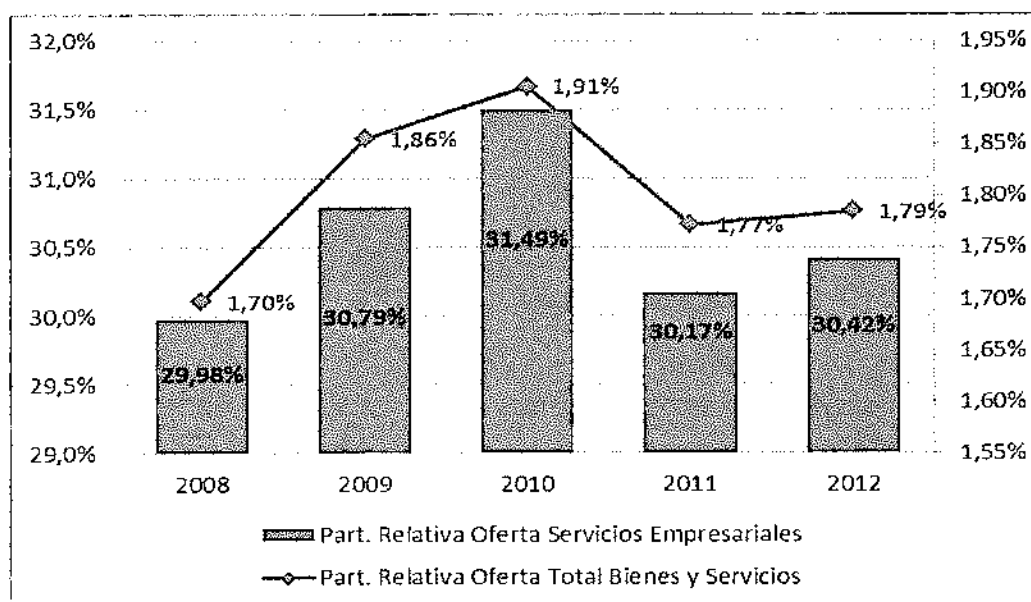
⁴¹ Folio 32 del Cuaderno Público No. 1.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

En el ámbito nacional, tomando las cifras del **DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA** (en adelante **DANE**), el sector de la consultoría representó para el periodo 2008-2012 entre un 5% y 5,5% del total de oferta de producción nacional a precios constantes del año 2005, representación relativamente baja. Sin embargo, en cuanto a las cuentas de importación de este tipo de servicios, la participación en el mismo periodo se mantuvo entre el 20% y 25% del total de este rubro⁴².

Al desagregar el servicio de consultoría especificado en el código 530104⁴³, se puede percibir en la Gráfica No. 2 que la participación relativa en cuanto al total de los servicios empresariales prestados en el país, promedia un 30%. En referencia al total de bienes y servicios ofrecidos en la economía, la facturación de este mercado aporta cerca de un 1,8% del total de bienes y servicios.

Gráfica No. 2
PARTICIPACIÓN SERVICIO CONSULTORÍA



Fuente: Elaboración SIC con base en información del DANE.

La contribución a la tributación tanto directa como indirecta de este sector se ubica entre el 2,5% y el 3% en promedio para el periodo 2008-2012. Según datos de la misma fuente, debe resaltarse que el consumidor es quien responde por el 82% del peso de la carga tributaria en este mercado.

⁴² DANE. *Cuentas Nacionales. Balances de Oferta Utilización de productos seis dígitos 2005-2012*, en: www.dane.gov.co/files/investigaciones/pib/anuales/ccrg_base2005/BOU_seis_digitos_B2005_04_14.xls

⁴³ Servicios jurídicos, de contabilidad, de auditoría; de asesoramiento tributario; de estudios de mercados; de consultores en administración; de arquitectura, de ingeniería y otros servicios técnicos. Nomenclatura de productos Base 2005, con homologación a la nomenclatura Base 2000, a la Clasificación Central de Productos - CPC 1.1 A.C. y a la Clasificación Industrial Internacional Uniforme - CIIU 3 A.C. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/pib/anuales/ccrg_base2005/nomenclaturas_B2005_04_14.xls

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Por su parte, el comportamiento de la demanda presenta incrementos sostenidos promedio de un 9% con una reducción en el crecimiento en los últimos dos años. Sin embargo, para el año 2012 la demanda creció un 6,3%, superior al crecimiento de la economía en este mismo año, el cual según el **DANE**⁴⁴ se situó en un 4%.

8.3.1.1.2. Los servicios de Consultoría en Ingeniería

Sobre la consultoría en ingeniería es importante mencionar que esta puede versar sobre diferentes campos del saber y del conocimiento presentes en las distintas especializaciones de la ingeniería: química, electrotécnica, mecánica, industrial, civil, entre otras. Si bien todas se basan en las mismas ciencias y trabajan con materiales similares, la proporción en que intervienen y su uso dependen de la aplicación que le atribuya la rama específica de la ingeniería⁴⁵.

En la Gráfica No. 3 se presentan las subdivisiones o ramas de algunas de las principales especializaciones de la ingeniería⁴⁶. Esta precisión sobre las diferentes especializaciones y ramas de la ingeniería es necesaria porque de acuerdo a la información aportada por **CDM** e **INGESAM**⁴⁷, se puede entender que sus actividades económicas, tales como servicios de estudios de diseño, identificación y pre-factibilidad, diseño, evaluación y supervisión, están contenidas en las ramas de la ingeniería civil. Así las cosas, a continuación se presenta una definición general de algunas de las distintas ramas de la ingeniería civil⁴⁸:

- a. Ingeniería Ambiental: Dedicada al control de la contaminación y al mejoramiento de la calidad del medio ambiente.
- b. Ingeniería Sanitaria: Tiene como objetivo el estudio de los acueductos, alcantarillados y plantas de tratamiento, es decir, el ciclo del agua en la sociedad humana.
- c. Ingeniería Estructural: Estudia las estructuras de edificaciones, puentes, torres de transmisión, etc.
- d. Ingeniería Hidráulica: Estudia el aprovechamiento y control de los recursos hídricos.
- f. Ingeniería de Vías y Transporte: Estudia los medios y procesos de movilización de bienes y personas.

⁴⁴ http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/pib/cp_PIB_IVtrim12.pdf

⁴⁵ La Ingeniería Civil, Sus Funciones, Campos de Acción y Campos de Investigación, pág. 3, http://www.docentes.unal.edu.co/mgarcial/docs/Introduccion/Documento_4_LA_INGENIERIA_CIVIL_SUS_FUNCIONES_Y_CAMPOS_DE_ACCION.pdf

⁴⁶ http://www.aprendizaje.com.mx/Curso/Introduccion/tema7_ii.htm.

⁴⁷ Folios 206 al 212 y folio 306 del Cuaderno Reservado No. 1.

⁴⁸ Manuel García. Con base en http://www.docentes.unal.edu.co/mgarcial/docs/Introduccion/Documento_4_la_ingenieria_civil_sus_funciones_y_campos_de_accion. PDF. Fecha de Consulta: [Mayo 20 de 2013]

“Por la cual se imponen unas sanciones”

g. Ingeniería de Construcción: Se encarga de la implantación y ejecución física, el control de costos y programas de ejecución de las obras.

Gráfica No. 3
Ramas y especializaciones de la Ingeniería

Ingeniería Civil	-Estructuras -Transporte -Ambiental	-Hidráulica -Catastral -Construcción
Ingeniería Eléctrica	-Generación de potencia -Instalaciones y distribución -Instrumentación y almacenaje	
Ing. electrónica, telecomunicaciones y control	-Electrónica -Comunicaciones -Robótica	
Ingeniería mecánica	-Generación, conservación, medición y uso de la energía -Diseño de máquinas para conversión y generación de	

Fuente: Elaboración SIC.

8.3.2. Análisis del mercado relevante de Servicios de Consultoría en Ingeniería Civil

Definir el mercado relevante permite determinar los límites y las restricciones competitivas que enfrentan los competidores del mercado. Con base en las características, usos y precios de los productos, se analiza la posibilidad de sustitución, especialmente desde el punto de vista del consumidor y la dimensión geográfica.

Los servicios de consultoría en ingeniería civil tienen una connotación de heterogeneidad en el producto que obedece a diferentes aspectos propios de cada proyecto, etapa, tamaño, requerimientos tecnológicos, diversidad de sectores que los demandan, y conocimiento específico. Respecto a la demanda de estos servicios, el sector público los requiere especialmente para temas relacionados con servicios públicos, transporte, infraestructura y medio ambiente. La demanda por parte de empresas privadas, se enfoca en sectores petroleros, hidrocarburos, mineros y energéticos.

Sin embargo, la demanda de este tipo de servicios por parte de empresas multinacionales, locales privadas y del sector público, tienen usos diferentes y específicos que difícilmente pueden ser sustituidos por los servicios ofrecidos por los pequeños o medianos consultores, por lo que la demanda tiende a dirigirse a las empresas consultoras de mayor tamaño. Así las cosas, el segmento de la pequeña y mediana empresa, en todo tipo de consultorías, no compiten directamente en el segmento de

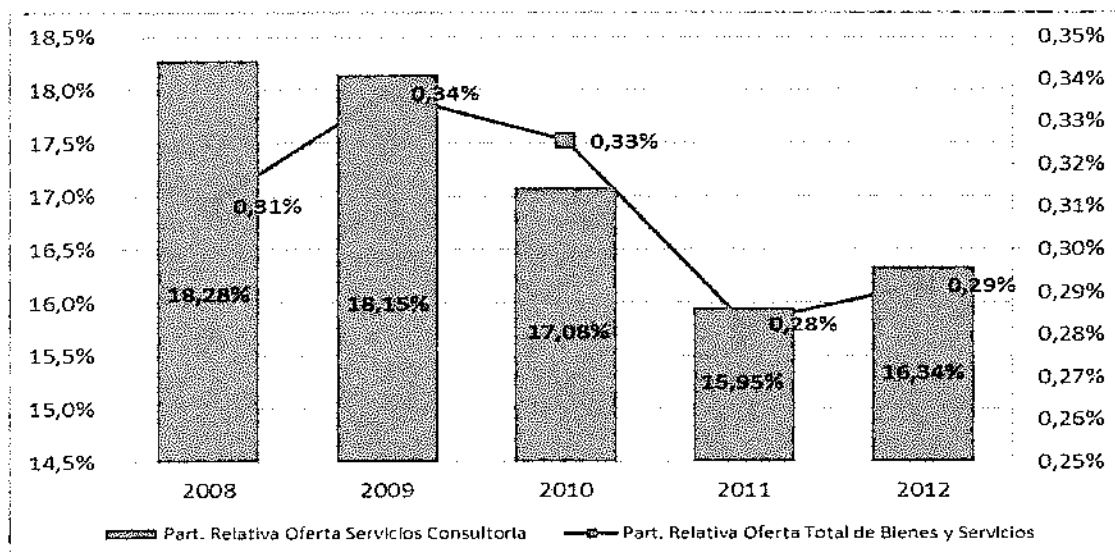
“Por la cual se imponen unas sanciones”

grandes empresas o multinacionales del sector, debido a que estas últimas se encuentran muy posicionadas ante las empresas globales y las empresas locales más importantes⁴⁹.

No obstante lo anterior, es posible que pequeños o medianos consultores, mediante figuras legales como el consorcio, se asocien con grandes firmas para aumentar la capacidad para competir por grandes proyectos en el mercado nacional o internacional. En general, las diferentes líneas de servicios de consultoría en ingeniería, bajo el criterio de uso y características, no son fácilmente sustituibles en el mercado, al ser un tipo de servicio especializado.

Lo que se puede observar en la Gráfica No. 4, es una participación promedio durante el periodo 2008-2012 del 17% de los servicios de consultoría en ingeniería civil⁵⁰ en el total de la oferta nacional de servicios de consultoría, con una consecuente ponderación promedio del 5% en la oferta total de servicios empresariales. En cuanto a la contribución a la oferta total de bienes y servicios del país, este mercado representa en promedio un 0,31%, de la tributación directa e indirecta promedio, la cual alcanzó \$195.000.000.000.

Gráfica No. 4
PARTICIPACIÓN SERVICIO CONSULTORÍA INGENIERÍA CIVIL



Fuente: Elaboración SIC.

En cuanto al ámbito geográfico, la naturaleza del servicio se presenta con una facilidad de responder a las necesidades de la demanda en cualquier lugar del país, es decir, la oferta tiene características de ubicuidad en cuanto a la prestación de los servicios dado que no está limitada a los ámbitos geográficos o fronterizos, por tanto se determina que el área de afectación es el territorio nacional.

⁴⁹ PROEXPORT. Estudio de Mercado Chile, Servicios de Consultoría, pág. 2. <http://antiguo.proexport.com.co/vbecontent/library/documents/DocNewsNo8658DocumentNo7125.PDF>
Fecha de Consulta: [Mayo 20 de 2013]

⁵⁰ Clasificados según CIIU Rev. 3 en el código K7421.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Es importante resaltar que uno de los activos más importantes de estas compañías y el cual es casi imposible cuantificar, corresponde a la gestión y acumulación de conocimiento en consultoría, lo cual a pesar de su inconmensurabilidad representa ventajas comparativas que se traducen en eficiencia y mayor generación de valor agregado, lo cual a la postre redundará en un mayor bienestar para la economía.

8.3.3. Deber de información previa de la operación

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan al monto establecido por la **SIC**, estarán obligadas a informar 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. Ahora bien, en virtud de lo previsto por la norma en mención, el deber de informar recae sobre las empresas que cumplan con los supuestos: (i) subjetivo y (ii) objetivo, a saber:

(i) **El supuesto subjetivo:** Implica que las empresas que se pretendan integrar estén dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado, o que se encuentren en la misma cadena de valor de dicho bien o servicio. Así, dentro de este supuesto se destacan dos preceptos: que exista una pluralidad de empresas a integrarse y que esas empresas desarrollen la misma actividad económica o que estén en la misma cadena de valor.

(ii) **El supuesto objetivo:** También implica dos verificaciones. De un lado, si las empresas intervinientes en la operación presentan, en el año inmediatamente anterior a la operación, activos o ingresos operacionales superiores a un monto mínimo establecido por la **SIC**, ya sea individualmente o en conjunto. Para la época de los hechos bajo examen, el monto establecido era de 100.000 SMLMV en ingresos operacionales o activos totales, razón por la cual, quienes superaran ese monto individualmente o en conjunto, y cumplieran con el requisito subjetivo, debían informar la integración empresarial a la Superintendencia de Industria y Comercio con anterioridad a su concreción.

En segundo lugar, el supuesto objetivo implica determinar si las empresas pretenden fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sin importar la forma jurídica de la operación. En caso afirmativo, las empresas tendrán el deber de informar previamente a la **SIC** su intención de llevar a cabo la operación.

Conforme a lo anterior, se tiene que el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, establece un deber legal de información que constituye el punto de partida del control *ex ante*, por medio del cual la autoridad de competencia, previo al perfeccionamiento de una integración, analiza su probable impacto sobre las condiciones del mercado. Esto con el fin de evitar, en una labor eminentemente preventiva, las restricciones indebidas de la competencia que pueda llegar a suscitar la operación de concentración, todo de conformidad con los postulados de la Constitución

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Política⁵¹. Dicho deber de información se constituye en una obligación de no hacer, que se incumple una vez se integran las empresas intervinientes sin que se haya informado la operación a la SIC.

Así las cosas, las empresas que pretendan llevar a cabo un proceso de integración empresarial, en cualquiera de sus manifestaciones, y cuya situación se enmarque en los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, deben comunicar previamente a esta Entidad la operación que pretendieran realizar, con el objetivo de determinar la procedencia de su ejecución⁵².

8.3.4. Adecuación de la conducta

Tal como se señaló anteriormente, para que una operación de integración deba ser informada a la SIC se requiere el cumplimiento de los supuestos subjetivo y objetivo, los cuales se presentarán a continuación. Es importante aclarar desde ya que, contrario a lo que considera la Delegatura, para este Despacho el “supuesto cronológico” no es en realidad un supuesto para que surja el deber de informar una integración empresarial (como si lo son el supuesto subjetivo y objetivo), ya que consiste simplemente en verificar si una compañía que tenía la obligación de informar una integración empresarial efectivamente lo hizo antes de iniciar la ejecución de dicha integración.

8.3.4.1. Supuesto subjetivo

Como ya se mencionó, este supuesto contiene dos aspectos a saber:

a) Pluralidad de empresas

Desde el punto de vista económico, la empresa está concebida como un mecanismo de organización de los factores de producción a través de la cual, es posible la colocación de bienes y servicios en el comercio convirtiéndose en un vehículo de acceso a los mercados.

A su turno, en materia jurídica la empresa ha sido definida en el artículo 25 del Código de Comercio, como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Abarca cualquier tipo de organización capaz de establecer de manera autónoma su comportamiento sobre el mercado, independientemente de si esta unidad económica es conformada por varias personas jurídicas, o del carácter directo o indirecto de su intervención⁵³.

⁵¹ En este sentido previene el inciso segundo del artículo 333 Superior, al disponer que “La libre competencia económica es un derecho de todos” y en el inciso tercero *ibidem* agrega: “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.”

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 8315 de marzo 28 de 2003.

⁵³ Un estudio detallado del concepto jurídico de empresa puede verse en: Mario Bauche Garciadiego. *La empresa*, México, Porrúa, 1977, capítulo I y Jorge Eduardo Narváez Bonnet. *Elementos jurídicos de la empresa*, Bogotá, 1979.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

De acuerdo con lo anterior, el Despacho concluye que **CDM e INGESAM**, se ajustan a la fisionomía jurídica de empresa, en tanto que desarrollan o tienen la capacidad de desarrollar de forma organizada y habitual una serie de actividades de naturaleza económica, labor para la cual tienen destinados en su patrimonio un conjunto de activos.

b) Que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor

Como se anotó anteriormente, de conformidad con lo estipulado en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, las empresas que se dedican a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, tienen la obligación de informar ante esta Entidad las operaciones de integración que proyecten realizar, sin importar la forma jurídica que se pretenda adoptar.

Bajo este contexto, corresponde al Despacho determinar si para el momento de la operación bajo análisis las empresas investigadas se dedicaban a la misma actividad económica, o si tenían una relación de carácter vertical, al participar en la misma cadena de valor. Pues bien, obra en el expediente pruebas relacionadas en cuanto a la actividad económica desarrollada por **INGESAM**, la cual es:

“El servicio de asesoría y consultoría en ingeniería civil, sanitaria y ambiental, tales como estudios, diseños, interventoría, gerencia de proyectos, gerencia de construcción, proyectos llave en mano, servicios de laboratorio ambiental; todo lo incluido en el código CIIU 7421 (Actividades de arquitectura e ingeniería y actividades conexas de asesoramiento técnico)”⁵⁴.

A su turno, la actividad económica adelantada por **CDM** en desarrollo de su objeto social consiste en la prestación de:

“(…) servicio de asesoría y consultoría en ingeniería civil, sanitaria, ambiental, ingeniería de transporte, ingeniería de la energía y la arquitectura; incluyendo la realización de actividades tales como: estudios, diseños, interventoría, gerencia de proyectos, gerencia de construcción, operación de infraestructura, proyectos de llave en mano, proyectos de concesiones, proyectos de asociación, públicos o privados y la prestación de cualquier otro servicio, que tenga relación o sea necesario para realizar estas actividades.”⁵⁵

Resulta oportuno mencionar que al igual que en el caso de **CDM**, los servicios prestados por **INGESAM** se encuentran enmarcados en el desarrollo de la actividad económica identificada por la **DIAN** en el código CIIU 7421 correspondiente a “*actividades de arquitectura e ingeniería y actividades conexas de asesoramiento técnico.*” De lo anterior resulta claramente evidenciado que tanto **CDM** como **INGESAM**, en el ejercicio de su objeto social, realizan la misma actividad económica, hecho incontrovertido por los investigados en el curso de la presente actuación administrativa.

⁵⁴ Folios 31 y 32 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁵ Folios 95 a 99 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Ahora bien, establecida la clara identidad de las actividades económicas realizadas por las empresas investigadas, corresponde determinar su efectiva participación en el mercado. Sobre este particular, se considera que lo anterior ocurre cuando se verifica al menos uno de los siguientes supuestos:

(i) que el agente económico realice actividades comerciales en dicho mercado (sea directamente o a través de una empresa sobre la cual ejerce un determinado control).

(ii) que aunque en el momento específico de la integración el ente económico no obtenga ingresos en el mercado referenciado, exista evidencia de que tiene la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano.

De la anterior noción se desprende que la definición de participante en el mercado incluye a los agentes económicos que hacen parte de la oferta en el mismo, pero que por cualquier razón al momento específico de la integración no están obteniendo ingresos del ejercicio de la actividad en cuestión.

No obstante, cabe precisar que para que un agente económico califique en esta categoría no es suficiente que tenga la capacidad y las facilidades para realizar transacciones en el mercado referenciado, sino que también será necesario demostrar que, o bien ha realizado transacciones en el pasado (sea directamente o a través de empresas que se encuentran bajo su control al momento de realizar la integración), o bien tiene, al momento de realizar la operación, el firme propósito de iniciar en un futuro cercano la producción de bienes o servicios en dicho mercado.

Aceptar una posición contraria a la anteriormente señalada implicaría reconocer que casos como la compra de activos de una empresa en situación de liquidación que dejó de realizar transacciones en el mercado, no se debería informar a esta Superintendencia, no obstante tener la potencialidad de generar modificaciones en el mercado que pueden afectar, eventualmente, los consumidores y la eficiencia económica.

Es claro que la finalidad del control previo de integraciones que ejerce la **SIC** es prevenir la consolidación de estructuras económicas que pudieran resultar nocivas para el mercado, los competidores y para los consumidores en general, los cuales podrían verse reducidos o afectados por estrategias jurídicas o económicas de quienes participan en el mercado.

Por esta razón, es fundamental que la Superintendencia ejerza su función de control de integraciones, de manera que pueda verificar que la operación que se pretende adelantar no comporte una concentración indebida del mercado al generar una restricción de la oferta, la eliminación o exclusión de los competidores, una posición dominante de la empresa integrada, ni otra alteración que pueda afectar el mercado respectivo.

Para el caso de las integraciones verticales, aunque pueden generar eficiencias para el mercado, en ciertas situaciones y bajo ciertos supuestos, pueden tener efectos que reduzcan la competencia efectiva en el mercado. Por lo general, estos efectos son similares a los generados por los acuerdos de exclusividad, es decir, se presenta el riesgo

“Por la cual se imponen unas sanciones”

de que la integración vertical pueda absorber una parte suficiente de proveedores o compradores que deteriore significativamente la capacidad de los rivales para competir. Ahora bien, partiendo de lo anteriormente expuesto, el Despacho considera que con fundamento en la información obrante en el expediente, la operación realizada por las empresas investigadas (compraventa de acciones) debía someterse al deber previo de información de integraciones, ya que para la fecha en que se llevó a cabo, **CDM** adelantaba las mismas actividades económicas ejecutadas en el mercado por **INGESAM**, pues está probado que ambas empresas participaban en el mercado prestando servicios de asesoría y consultoría en ingeniería civil, sanitaria y ambiental.

Conclusión frente a la verificación del supuesto subjetivo

De conformidad con el anterior análisis, este Despacho considera que de las pruebas obrantes en el expediente se puede concluir que **CDM** e **INGESAM** participaban para la fecha de la operación bajo análisis en el mercado relevante previamente determinado por la Delegatura, toda vez que ambas empresas ejecutaban la misma actividad económica, esto es, servicios enmarcados en el desarrollo de la actividad identificada por la **DIAN** en el código CIU 7421 correspondiente a “*actividades de arquitectura e ingeniería y actividades conexas de asesoramiento técnico.*” Por lo anteriormente expuesto, se verificó el cumplimiento del supuesto subjetivo.

8.3.4.2. Supuesto objetivo

Este supuesto tiene lugar en la medida en que los activos de las empresas investigadas, individual o conjuntamente considerados, se sitúen por encima de 100.000 SMLMV, y además que las empresas efectivamente pretendan integrarse, independientemente de la forma jurídica que utilicen.

a) Monto de los activos

Conforme obra en el expediente y se manifestó en el Informe Motivado⁵⁶, para el año 2012, el deber de información de una integración recaía sobre aquellas operaciones en las que el monto de los activos o de los ingresos operacionales de las empresas intervinientes superara los 100.000 SMLMV, es decir, \$56.670.000.000.

Así pues, según la información contenida en los Estados Financieros a 31 de diciembre de 2011, **CDM** e **INGESAM**, tenían activos conjuntos valorados en \$1.071.659.410.192, e ingresos valorados en \$61.483.035.833. Los dos montos, activos e ingresos, resultan claramente superiores al umbral establecido de \$56.670.000.000, equivalentes a 100.000 SMLMV para el año 2012⁵⁷, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 75837 de 2011 de la **SIC**, como se observa en la Tabla No. 1.

⁵⁶ Folios 901 y 902 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁵⁷ Decreto 4919 de 2011. “Artículo. 1. Acoger la decisión tomada el día 15 de diciembre del 2011 (...) en el sentido de fijar a partir del 1 de enero de 2012, el salario mínimo legal mensual (...) la suma de \$566.700.”

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Tabla No. 1
Activos e ingresos de CDM e INGESAM a 2011, cifras en pesos

Intervinientes	Activos	Ingresos operacionales
INGESAM	691.410.192	1.056.035.833*
CDM SMITH INC. y sus subsidiarias	1.070.968.000.000	60.427.000.000
TOTAL	1.071.659.410.192	61.483.035.833

* Nota: Ingresos correspondientes a ACTIV.INMOB., EMPRESARIALES Y DE ALQ. No incluye devoluciones en venta (Folio 68 del Cuaderno Público No. 1).

Fuente: Elaboración SIC⁵⁸.

De las cifras anteriormente expuestas es claro que las empresas superan con amplitud el umbral de \$56.670.000.000, por lo cual la operación se debió informar a la **SIC**.

Para efectos de analizar el supuesto objetivo se determinaron los activos y/o ingresos de **CDM SMITH INC** y sus subsidiarias, valorando los ingresos y/o activos tanto de esta última como de su sucursal **CDM**, dando aplicación a la teoría que esta Superintendencia acogió en las Resoluciones Nos. 35006 de 2010 y 52778 de 2011, posteriormente reiterada mediante la Resolución No. 12193 de 2013, en virtud de las cuales es necesario tomar en cuenta la sumatoria de los ingresos y/o activos de las empresas intervinientes, incluyendo aquellas vinculadas en razón de una situación de control.

b) Naturaleza de la operación

De tiempo atrás se había considerado que las únicas operaciones jurídicas a través de las cuales se producía una integración empresarial sería mediante una transformación o fusión de las compañías involucradas en el negocio societario; sin embargo, conforme fueron evolucionando los vehículos jurídicos de los empresarios, se convino en que si bien es cierto las dos formas mencionadas en precedencia eran las de mayor ocurrencia y claridad, nada obstaba para que mediante la utilización de otras herramientas comerciales y financieras se produjera una operación de integración. Por ello, en las modernas legislaciones de competencia -como la colombiana- no hay duda de que el vehículo jurídico de integración empresarial puede revestir un sinnúmero de formas, por lo cual la **SIC** ha manifestado que:

“(…) Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración si está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la SIC.”⁵⁹

⁵⁸ Estados financieros aportados por las intervinientes, folios 34 al 84 del Cuaderno Público No. 1 y folios 362 al 367 del Cuaderno Público No. 2.

⁵⁹ Superintendencia de Industria y Comercio, concepto radicado con el No. 1365 de 2000.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

En consecuencia, las empresas que pretendan llevar a cabo un proceso de integración empresarial en cualquiera de sus manifestaciones, y que estén cobijadas por los requisitos consagrados en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, deberán comunicar previamente la operación que pretenden realizar a esta Entidad, quien determinará sobre la procedencia de su ejecución. De esta manera, es preciso determinar a la luz de lo expuesto, si la operación realizada por las empresas investigadas dio lugar a una integración empresarial en cualquiera de sus diferentes modalidades.

En los análisis de integraciones es necesario determinar la actividad o actividades en las que las empresas intervinientes en la operación coinciden, ya sea de manera horizontal o vertical, pues este punto de convergencia determina finalmente cuál es el mercado(s) de producto(s) de referencia⁶⁰.

En este orden de ideas, cuando se presenta la correspondencia en el mismo nivel o fase de la cadena productiva estaremos ante una integración de carácter horizontal, al paso que cuando una de las partes de la operación desarrolla sus actividades en un mercado anterior o posterior al que participa la otra parte de la operación, nos encontramos frente a una integración de tipo vertical⁶¹.

Tanto la integración horizontal como la vertical son figuras independientes, por lo que basta con que concurren los elementos y presupuestos necesarios de cada forma de integración para que ésta tenga lugar. Por ello, la ausencia de integración horizontal no excluye la posibilidad de que se presente una integración vertical. En el presente caso, se advierte una integración de tipo horizontal, en la medida en que las empresas participantes (**CDM** e **INGESAM**) desarrollaban la misma actividad económica.

En cuanto a la figura empleada para realizar la integración, de la información obrante en el expediente y por lo manifestado en el Informe Motivado⁶², el 10 de marzo de 2012, **CDM, CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO** y **MAURICIO GUERRERO URREGO**, cada uno tenedor del 50% de las acciones suscritas y en circulación de

⁶⁰ "El mercado de productos de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevé hacer de ellos." Anexo No. 1 al formulario correlativo a la notificación de las operaciones de concentración de conformidad con el Reglamento No. 139/2004 del Consejo de las Comunidades Europeas", pág. 9.

⁶¹ Las integraciones verticales se han definido como: "(...) la propiedad o control, por parte de una compañía de las diferentes etapas del proceso de producción, Vgr. Las refinerías de petróleo que son propietarias al final del proceso, de las instalaciones de almacenamiento en terminales y de las compañías minoristas que distribuyen la gasolina y, al comienzo del proceso, son también propietarias de los pozos de los campos de crudo y de los oleoductos de transporte. Integración hacia adelante se refiere a la producción para las etapas de distribución, mientras que integración hacia atrás se refiere a la producción para las etapas de materias primas de las operaciones de una compañía. La integración vertical puede lograrse por medio de una nueva inversión y/o fusiones verticales y adquisición de las compañías existentes en diferentes etapas de producción. Un motivo importante para la integración vertical es la eficiencia y reducción de costos de transacción..." Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia. Banco Mundial. OCDE, 1996. Recopilado por Khemani y Shapiro.

⁶² Folio 886 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

INGESAM, celebraron un contrato de compraventa de acciones en virtud del cual **CDM** adquirió de parte de los accionistas el 100% de las acciones suscritas y en circulación de **INGESAM**. Fue así que en cumplimiento de la Circular Externa No. 22 de 2011 y No. 09 de 2012 de la **SIC**, la **CÁMARA DE COMERCIO DE CALI**, mediante comunicación radicada con el No. 12-68710-00 del 26 de abril de 2012, informó a esta Superintendencia sobre la inscripción de la operación de situación de control, registrada en el libro IX con el No. 2490 del 12 de marzo de 2012, realizada por **CDM** controlante respecto de **INGESAM**.

La anterior operación corresponde a la figura denominada “*adquisición de control*”⁶³, la cual supone, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, una situación de subordinación o control societario donde el poder de decisión de una sociedad está, directa o indirectamente, sometido a la voluntad de otra u otras personas llamadas matriz o controlante. Lo anterior, teniendo en cuenta que conforme al artículo 27 de la Ley 222 de 1995, una sociedad será subordinada o controlada cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la sociedad o sociedades controlantes⁶⁴. Así pues, se advierte que el contrato de compraventa de acciones comporta, una adquisición de control por parte de **CDM**.

En conclusión, para el presente caso también se verifica el cumplimiento del supuesto objetivo para informar operaciones de integración, en tanto se demostró durante la actuación administrativa que: (i) las empresas investigadas tuvieron ingresos y activos por encima del umbral establecido por la ley y (ii) la operación realizada por las empresas investigadas se configura como una integración de carácter horizontal.

8.3.4.3. Elemento Cronológico

Si bien el denominado por la Delegatura “supuesto cronológico” no puede ser realmente un supuesto para que surja el deber de informar una operación de integración empresarial, no hay duda de que es el hecho de no haber informado a la **SIC** una operación de integración habiendo tenido la obligación de hacerlo, el factor que configura el incumplimiento de la norma jurídica.

Así, si bien no es un supuesto para que surja el deber de informar una integración empresarial, es claro que el elemento cronológico es uno de los aspectos que deben concurrir para que se configure la infracción del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

En el presente caso, habiéndose establecido que las empresas investigadas estaban sujetas al régimen de información particular y verificados los archivos de esta Entidad, no

⁶³ En este sentido, el numeral 15 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, dispone que corresponde al Superintendente de Industria y Comercio: “*Pronunciarse, en los términos de la ley, sobre la fusión, consolidación, adquisición del control de empresas o integración, cualquiera que sea el sector económico de la misma o la forma jurídica de la operación proyectada.*”

⁶⁴ “*Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto (...).*”

“Por la cual se imponen unas sanciones”

se encuentra que se hubiese dado cumplimiento al deber contenido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. Para el caso objeto de análisis, se advierte que la configuración de la situación de control entre **CDM** e **INGESAM** fue inscrita en la **CÁMARA DE COMERCIO DE CALI** el 12 de marzo de 2012, sin que hasta la fecha del presente acto administrativo se haya informado a la **SIC** de dicha situación en contravención de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. Por lo tanto, ha quedado demostrado que la operación adelantada no fue informada pese a que se ajustaba a los lineamientos del régimen de información particular.

8.4. FRENTE A LAS OBSERVACIONES DE LOS INVESTIGADOS

Una vez estudiados en detalle los argumentos expuestos por los investigados en su escrito de descargos, y hecho un resumen de los mismos en los numerales 7.1 a 7.11 del presente acto administrativo, se advierte una identidad frente a cuatro ejes temáticos con sus respectivas variaciones, los cuales se pasan a analizar en conjunto a continuación.

8.4.1. Relaciones entre la matriz y la sucursal

Un apartado significativo de la defensa de los investigados gira en derredor de las relaciones jurídicas y económicas existentes entre la matriz y la sucursal de una sociedad extranjera a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. En opinión de las investigadas, existe un equivocado entendimiento de la relación matriz – sucursal, así como una alegada indebida interpretación de la Resolución No. 52778 de 2011, y exponen frente al particular:

“En el Informe Motivado el Superintendente Delegado señaló que con ocasión de la expedición de la Resolución 52778 de 2011, en la que se estableció la obligación de tener en cuenta la información de ‘las empresas que ejercen el control’ de las intervinientes para el cálculo del umbral, era claro que había que tener en cuenta la información de la empresa en el extranjero (...) Sin embargo, el análisis y las conclusiones del Informe Motivado del Delegado parten de dos equivocaciones. La primera es considerar que la sucursal es una empresa distinta de la empresa en el extranjero (...) La segunda equivocación consistió en considerar que entre CDM y su sucursal existe una situación de control de matriz – filial, de manera que se alegó que CDM sería matriz de CDM Sucursal Colombia y, por ello, la información económica de CDM como controlante debía tenerse en cuenta para efectos del cálculo del umbral.”⁶⁵

Así mismo, afirman que considerar a la sucursal de **CDM SMITH INC** como un mero establecimiento de comercio y no como la interviniente en la integración, contradice el criterio de la Superintendencia de Sociedades y en favor del argumento indican:

“(...) la sucursal no es un simple establecimiento de comercio sino que es la forma en que una sociedad extranjera actúa o hace presencia en Colombia, en las mismas condiciones que las sociedades anónimas, luego no puede desconocerse que para efectos de las autoridades y los particulares, la sucursal es la representación de la empresa extranjera en el territorio colombiano y, por ello, supone una irregularidad que

⁶⁵ Folio 921 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

se desconozca su naturaleza para intentar vincular a una integración activos que ninguna relación tuvieron ni tienen con la misma.”⁶⁶

A renglón seguido, los investigados citan copiosa doctrina de la Superintendencia de Sociedades en cuanto a la naturaleza jurídica de las sucursales de las sociedades extranjeras, y concluyen manifestando que únicamente el capital de la sucursal en el país, puede ser teniendo en consideración para efectos legales como lo hace el Estatuto Tributario en cuanto a la materia fiscal se refiere⁶⁷.

Pues bien, sea lo primero poner de presente que para entender de mejor forma las relaciones jurídicas y económicas existentes entre una compañía matriz y la sucursal, resulta oportuno mencionar que en el Derecho comparado se ha considerado que las relaciones entre la compañía matriz (*parent company*) y sus sucursales (*subsidiary*) son inescindibles, de tal suerte que no es posible concebir a ésta última en sentido legal como una entidad diferente de la matriz⁶⁸. Este concepto ha sido desarrollado con posterioridad a través de la llamada *teoría de la identidad* en los siguientes términos:

“Con respecto al problema de la unidad jurídica, la llamada ‘teoría de la identidad’, pretende resolver el antagonismo entre el aspecto jurídico y el aspecto económico, afirmando que la sociedad filial es más bien una apariencia jurídica y que las empresas de ambas sociedades constituyen jurídicamente una sola empresa y una sola personalidad, aunque, desde el punto de vista formal, se quiera dividir esta unidad en dos figuras jurídicas distintas. Pero esta teoría contradice la realidad. El hecho de que una sociedad posea la totalidad o la mayoría de las acciones de otra en nada perjudica a la autonomía jurídica de ambas sociedades, aunque es preciso reconocer que la íntima unión económica tiene que tener sus repercusiones en el campo jurídico, tanto en el aspecto interno como en el externo.”⁶⁹

En efecto, nótese cómo las relaciones entre la matriz y su sucursal trascienden la órbita jurídica para penetrar con toda intensidad las relaciones económicas cuya relevancia resulta ser mayor. Lo anterior se predica en que más allá de consideraciones de orden técnico respecto del campo legal, la realidad económica muestra con meridiana claridad que las compañías matrices se benefician económicamente de las actividades empresariales de sus sucursales, en ese sentido el capital social asignado a la sucursal resulta siendo, en definitiva, el capital propio de la matriz, o como suele decirse coloquialmente: son dos bolsillos del mismo pantalón.

Ahora bien, frente a la doctrina de la Superintendencia de Sociedades aludida por las investigadas respecto de la naturaleza jurídica de la sucursal, el Despacho advierte que dicha Entidad ha sostenido categóricamente que: “(...) la sucursal no es más que una

⁶⁶ Folio 927 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁶⁷ Folios 929 y 930 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁶⁸ Vid. Robert Hamilton. *Corporations*, St. Paul, West Publishing, 2003, págs. 777 a 782 y Robert Clark. *Corporate law*, Aspen Publishers, 1986, págs. 467 a 478.

⁶⁹ Joaquín Garrigues. *Curso de derecho mercantil*, t. II, Bogotá, Temis, 1987, pág. 315.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

cosa, un bien cuyo valor se refleja en los estados financieros de la sociedad a que pertenece”. Dicho esto, a continuación se transcribe en lo más relevante este concepto:

“La opinión de esta Superintendencia, desde antiguo, se orienta a subrayar que la casa matriz es la titular de la personería jurídica y que las sucursales son establecimientos de comercio a través de las cuales actúa la sociedad (...) Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal, y que con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades (...)

Con fundamento en lo anterior, podemos insistir en que la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal ciertas facultades para el desempeño de las actividades que le asigna.(...)”⁷⁰

En efecto, como se indicó en el Informe Motivado⁷¹ la sucursal ubicada en el territorio colombiano perteneciente a una sociedad domiciliada en el extranjero, corresponde a un establecimiento de comercio en los términos contemplados en el artículo 515 del Código de Comercio. Sobre el particular, la doctrina nacional ha considerado que: *“Es evidente que la sucursal no tiene la calidad de matriz, pues constituye un simple establecimiento de comercio.”*⁷² Así pues, es consistente la literatura jurídica nacional en precisar los alcances económicos y efectos jurídicos que se derivan de la apertura de una sucursal en Colombia a la luz de la normatividad vigente, como lo es su régimen de responsabilidad, acto de constitución y efectos económicos⁷³.

8.4.2. Inexigibilidad de la obligación de informar la operación *sub judice*.

El aspecto medular de los argumentos de las investigadas en la presente actuación administrativa, tiene que ver con la alegada inexigibilidad de la obligación de contabilizar los activos de las empresas domiciliadas en el exterior frente a las integraciones realizadas en Colombia. El punto fue expresado de la siguiente manera:

“(...) los investigados simplemente no informaron la integración porque de acuerdo con la regulación existente al momento de la operación (2012), su entendimiento, aplicación y precedentes, no existía ningún fundamento jurídico que permitiera considerar que los activos en el exterior de una multinacional debían contabilizarse para efectos de los cálculos de los umbrales, aun cuando ninguna injerencia,

⁷⁰ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-58283 del 9 de diciembre de 1996.

⁷¹ Folios 884 y 885 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁷² Francisco Reyes Villamizar. *Derecho societario*, t. I, Bogotá, Temis, 2002, pág. 571.

⁷³ Cfr. Enrique Gaviria Gutiérrez: *“Matrices y subordinadas”*, en: *La reforma al código de comercio (Ley 222 de 1995)*, Bogotá, Cámara de Comercio, 1996, págs. 155 a 170.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

intervención o destinación tuvieran para efectos de las actividades económicas desarrolladas en el país. Lo cierto es que Ingesam y CDM eran dos empresas insignificantes en el mercado y en Colombia y, además que no existía normatividad alguna que permitiera considerar la necesidad de reportar la integración (...).”⁷⁴

En razón de lo anterior, solicitan a esta Superintendencia que se abstenga de imponer multas a los investigados, por no ser exigible la obligación de contabilizar los activos en el exterior de las integraciones realizadas en Colombia. A su turno, afirman que la normatividad aplicable al momento de la operación no establecía expresamente la obligación de tener en cuenta los activos de las sociedades en el exterior; y dicen:

“(...) la lógica de la expedición de la Resolución 12193 fue incluir dentro de los criterios para determinar los umbrales la información económica de las sociedades en el extranjero pues con anterioridad no se tenían en cuenta. Antes de la mencionada resolución, no existía obligación expresa de incluir dicha información y, por ello, los particulares legítimamente confiaban en que podían realizar los cálculos respectivos limitándose a la información de las empresas en Colombia.”⁷⁵

En la Resolución No. 35006 de 2010, la **SIC** determinó que las empresas intervinientes en el trámite de integración son aquellas que ejercen una actividad económica con la potencialidad de producir efectos en el territorio colombiano. Sobre este particular, las investigadas manifiestan que los efectos de una integración tienen que verificarse, aseverando lo siguiente frente al Informe Motivado:

“(...) se recomendó sancionar bajo la consideración de que, como consecuencia de la operación de integración los activos de la matriz podrían tener efectos en el mercado colombiano, sin embargo, los supuestos efectos en el mercado nunca fueron analizados o estudiados y, por ende, dicha presunción no puede constituir el fundamento de una recomendación de sanción.”⁷⁶

A continuación, expresan que en razón de ser la investigada **CDM** una sucursal de sociedad extranjera resulta imposible vincular los activos e ingresos de las operaciones de la matriz a nivel mundial, y en apoyo de su argumento, citan doctrina de la Superintendencia de Sociedades respecto del capital social de las sucursales de empresas extranjeras domiciliadas en el territorio nacional.

Ahora bien, en lo que atañe al concepto de *empresa interviniente* a la luz de la Resolución No. 35006 de 2010, es claro que al entenderse por tales aquellas que ejercen una actividad económica que pueda tener efectos en el territorio nacional, la norma ostenta un carácter preventivo ya que su importancia reside en los potenciales efectos, de tal suerte que no se precisa de la comprobación de los efectos actuales en el territorio nacional. Con otras palabras, es claro que los efectos pueden o no darse, sin embargo, como se indicó la norma tiene un carácter preventivo y no sancionatorio *ex post facto*.

⁷⁴ Folio 911 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁷⁵ Folio 913 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁷⁶ Folio 917 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Dicho esto, para el Despacho resulta equivoco sostener -como lo hacen las investigadas- que deben probarse los efectos aludidos en la norma que se cita, y basta con que aquellos efectos “*puedan*” producirse para que surja la obligación de informar. Por lo demás, adviértase que al no establecer la norma jurídica un distingo legal entre el capital social de la matriz invertido en su domicilio (extranjero) y la alícuota invertida en el territorio nacional, mal pudiera hacer el intérprete tal distinción, ello en razón a que donde no distingue el legislador no le es dable distinguir al intérprete.

8.4.3. Aplicación del principio de confianza legítima y favorabilidad.

En opinión de las investigadas, esta Entidad no puede sancionarlas con fundamento en una interpretación que contradice sus propios precedentes, con lo cual se estaría contrariando el principio de la confianza legítima que les asiste a los administrados. En cuanto a lo primero, afirman:

“Es importante señalar que al momento de celebrar la operación de integración los investigados actuaron con la mayor diligencia existente en relación con la revisión de las obligaciones que les eran exigibles y encontraron que no tenían la obligación de reportarla no sólo porque las normas no lo exigían sino porque las decisiones conocidas de la SIC para casos similares así lo indicaban.”⁷⁷

Frente al cargo de la presunta vulneración del principio de la confianza legítima, los investigados exponen, en primer lugar, jurisprudencial y doctrinalmente el concepto y alcance del principio en materia administrativa, en particular, en lo que tiene que ver con la modificación y revocación de sus decisiones a la luz de la línea decisorial de la Administración Pública de cara a sus precedentes⁷⁸ y a renglón seguido exponen:

“En el caso que nos ocupa, no había normatividad alguna que indicara que los activos de las empresas en el extranjero debían tenerse en cuenta para efectos de determinar si se reportaba o no una integración. Al punto, que fue necesario que en el año 2013 la SIC expidiera la Resolución 12193 para establecer expresamente la obligación de tenerlos como referencia. Por el contrario (...) los conceptos conocidos de la SIC y las publicaciones de esta entidad habían precisado que únicamente tenían que considerarse los activos en Colombia (...).”⁷⁹

Por último, afirman los investigados que en su opinión la interpretación del Informe Motivado vulnera el principio de favorabilidad que se encuentra íntimamente ligado con el debido proceso administrativo, en ese sentido, frente a la aplicación de una disposición normativa habrá de aplicarse aquella que resulte más beneficiosa a los investigados, y continúan afirmando.⁸⁰

⁷⁷ Folio 914 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁷⁸ Folio 921 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁷⁹ Folio 924 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁸⁰ Folio 925 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

“Si las resoluciones 35006 y 52778 son interpretadas gramaticalmente, claramente se encuentra que no se refieren ni a bienes de sociedades en el extranjero para el caso de sucursales ni presumen los efectos de activos en el extranjero sobre el mercado local, luego resulta evidente que en el Informe Motivado se desconoció el principio de favorabilidad y, por ello, debe liberarse a los investigados de sanción.”⁸¹

Pues bien, en lo que tiene que ver con el principio de confianza legítima la jurisprudencia constitucional ha indicado lo siguiente:

“Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.”⁸²

A su turno, la jurisprudencia administrativa se ha manifestado de la siguiente manera:

“A los alcances del principio de la confianza legítima se recurre para poner a salvo derechos subjetivos ante cambios abruptos en las decisiones de la administración, respetándose la confianza que el asociado ha puesto en sus instituciones, en la continuidad de sus posiciones, la cual no puede ser desconocida porque sí, cuando de por medio existe la convicción objetiva de que una decisión perdurará o se mantendrá en el tiempo.”⁸³

En suma, para que resulte aplicable el principio de confianza legítima frente a una decisión de la Administración Pública, la modificación de criterio o línea decisorial debe ser intempestiva, vale decir, que el administrado no haya podido razonablemente prever que resultara posible una interpretación o decisión en un sentido opuesto a sus legítimos intereses.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso mal pudiera predicarse que existió una interpretación o medida intempestiva como lo indican los Investigados, no solo porque ellos mismos afirmaron que frente a una posible interpretación de la norma ellos realizaron aquella que les resultaba más favorable, sino porque el texto de la misma era claro respecto a que se tendrían en cuenta para efectos de contabilizar los activos o ingresos operacionales de la empresa, aquellos que tuviese la empresa o las empresas

⁸¹ Folio 926 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸³ Consejo de Estado, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, M.P. María Nohemí Hernández.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

con las cuales tuviese una relación de control. En este caso, es evidente que si la empresa involucrada en la transacción tenía activos en el extranjero, éstos debían contabilizarse para efectos de determinar la existencia de la obligación de informar la integración empresarial a la SIC.

8.4.4. Propósitos de las actuaciones administrativas de la SIC

Un último aspecto planteado por las investigadas tiene que ver con los propósitos de las competencias funcionales de la SIC, los cuales, en su opinión, no se cumplirían con la presente actuación ni con la eventual imposición de sanciones. Se afirma que las investigadas no atentaron ni afectaron la libre competencia, así como tampoco su conducta fue el resultado del desconocimiento de un deber legal sino su interpretación normativa, y en ese sentido no se impidió que esta Superintendencia pudiera autorizar la operación de integración⁸⁴ y continúan exponiendo:

“(...) la operación de integración que se realizó entre Ingesam y CDM simplemente no pudo afectar la libre competencia dentro del mercado por cuanto las empresas involucradas son tan pequeñas e insignificantes que, así se hubiera querido, resultaría imposible que su integración llegara a afectar la competencia.”⁸⁵

Por lo anteriormente manifestado, en opinión de las investigadas no se produjeron efectos negativos en el mercado, ni se conculcaron los principios que rigen las actuaciones administrativas en materia de protección de la competencia previstos el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. Por lo demás, manifiestan la inocuidad de su conducta teniendo en consideración la exigua cuota de participación del mercado que ostentan (0.2%)⁸⁶.

Así las cosas, vale poner de manifiesto que el Derecho de la Competencia se mueve en un entorno político, económico y filosófico respecto de la determinación de sus objetivos. Se afirma que éstos se encaminan a la protección de los mercados⁸⁷, la eficiente asignación de los recursos escasos⁸⁸ y la maximización del bienestar del consumidor⁸⁹.

En Colombia, el régimen legal de la competencia económica tiene rango constitucional como un derecho de naturaleza colectiva, por lo cual corresponde al Estado su promoción

⁸⁴ Folios 931 y 932 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Folios 932 y 933 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁸⁷ Vid. Herbert Hovenkamp. *Economics and federal antitrust law*, St. Paul, West Publishing, 1985, pág. 1.

⁸⁸ Cfr. Richard Posner: *The Chicago school of antitrust analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 925.

⁸⁹ Vid. Robert Bork. *The antitrust paradox*, New York, Basic Books, 1978, pág. 51. En el Derecho angloamericano se afirma que al revisar los antecedentes históricos del *Sherman Act* no se advierte de manera concluyente, que el legislador hubiera tenido en mente un objetivo en particular, ya que al ser un Derecho consuetudinario serán las Cortes y agencias administrativas quienes consideren cuál debería serlo, con todo, se arguye que el bienestar del consumidor es el cuadro de referencia más apropiado. Vid. Terry Calvani. *Economic analysis and antitrust law*, Boston, Little Brown, 1988, págs. 7 y 8.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

y protección⁹⁰. Esta competencia funcional administrativa ha sido asignada a esta Superintendencia como Autoridad Nacional de Competencia, para reprimir las conductas anticompetitivas⁹¹ una vez éstas hayan sido ejecutadas (tratamiento *ex post*).

En ese sentido, la SIC debe adelantar de oficio o a petición de parte, las actuaciones administrativas tendientes a establecer la posible infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia donde pueda resultar afectado un determinado mercado⁹².

En la legislación colombiana se establece de forma expresa como infracción al régimen de libre competencia, la omisión de informar una integración empresarial a la SIC cuando existiese la obligación de hacerlo. En ese sentido, dispone el inciso 1° del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009:

“Artículo 25. Monto de las Multas a Personas Jurídicas. El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

*Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, **incluidas** la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, **el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial** o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.”* (Resaltado fuera del texto)

Así, fue la propia ley la que expresamente consideró como infracción al régimen de competencia la no información de integraciones empresariales cuando hubiese lugar a ello, y por consiguiente, fue la normatividad jurídica la que estableció que su falta de información, independientemente de los efectos que las mismas generen, constituye una infracción al régimen de competencia.

Nótese que lo que se reprocha es privar a la Autoridad de Competencia de revisar integraciones empresariales que por ley debe revisar, y no solo privarla de revisar concentraciones que efectivamente resulten siendo anticompetitivas. No deben olvidar los

⁹⁰ Constitución Política, artículo 333: “[...] La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades [...] 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.”

⁹¹ Ley 1340 de 2009, artículo 6: “La SIC conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.”

⁹² A su turno, los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, establecen como funciones de la SIC: “(...) en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales” así como: “Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.”

“Por la cual se imponen unas sanciones”

investigados que en los casos en que no se informe una integración que resulte siendo anticompetitiva no solo habrá una sanción pecuniaria, sino que además se ordenará la reversión de la operación. Así, el hecho de que la integración que no se informó sea anticompetitiva no es un requisito para considerar que se omitió el deber de informar, sino que es un agravante de la sanción a imponer cuando se dejó de cumplir el régimen de información de integraciones empresariales.

Debe tenerse en cuenta que la Ley no establece como requisito para informar las integraciones que las mismas resulten anticompetitivas, sino que señala unos supuestos (subjetivo y objetivo) que activan el deber de informar y que no incluyen una valoración sobre si la integración es anticompetitiva o no, cuestión que determinará la Autoridad de Competencia en su análisis posterior. Así, contrario a lo que afirman las investigadas, el que la integración resulte no siendo anticompetitiva no borra la infracción de no haberla informado en su momento, sino simplemente implica que a la sanción pecuniaria no se le adicionará la orden de revertir la operación por afectar a los consumidores.

8.5. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS

Inicialmente se arguye por parte de las personas naturales investigadas, **ELIÚ OVIDIO PÉREZ**, Representante Legal Principal de **CDM** y **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO**, Representante Legal de **INGESAM**, que al no existir un comportamiento violatorio de las normas de competencia por parte de las empresas investigadas, tampoco habría lugar a endilgarles responsabilidad a sus representantes legales frente al artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 quienes, a su turno, son investigados en esta actuación administrativa. Así mismo, manifiestan que la conducta de los representantes legales debe ser desplegada de manera voluntaria y que en su caso, fueron diligentes cumpliendo las obligaciones derivadas de la integración entre **CDM** e **INGESAM**⁹³.

De conformidad con el numeral 12 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para:

“Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio. (...)”

Así las cosas, para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen. De tal suerte que la responsabilidad de los administradores presupone el previo reconocimiento de la responsabilidad de la empresa.

Sobre el particular, y una vez comprobada la omisión del deber de informar a esta Superintendencia la operación de integración realizada por las empresas investigadas,

⁹³ Folios 935 y 936 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

este Despacho procede a determinar si las personas naturales y representantes legales investigadas habrían autorizado, ejecutado o tolerado la ejecución de dicha conducta.

Lo anterior, con fundamento en las siguientes consideraciones:

8.5.1. Responsabilidad de ELIÚ OVIDIO PÉREZ

ELIÚ OVIDIO PÉREZ, Representante Legal de **CDM** incurrió en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber conocido, intervenido y ejecutado la operación de integración por adquisición de control de **INGESAM**, sin haber informado la misma ante la **SIC** estando obligado a ello, todo 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. Para la anterior imputación de responsabilidad, el Despacho considera, en línea con lo expuesto por la Delegatura, que las siguientes pruebas resultan pertinentes y suficientes:

(i) Documentos:

Se advierte en el Informe Motivado que a la fecha de su emisión, **ELIÚ OVIDIO PÉREZ** continuaba siendo el Representante Legal Principal de **CDM SMITH INC**⁹⁴, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal del 16 de octubre de 2013, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá⁹⁵.

(ii) Interrogatorio

En diligencia de interrogatorio rendido el 3 de marzo de 2014 ante esta Superintendencia por **ELIÚ OVIDIO PÉREZ**⁹⁶, Representante Legal de **CDM**, declaró lo siguiente:

“Pregunta: Indique cuál es su experiencia profesional con los principales cargos que ha desempeñado.

*Respuesta: Soy ingeniero civil y también tengo una maestría en administración de negocios, me he desempeñado como ingeniero en dos empresas en toda mi carrera he trabajado en Estados Unidos y fuera de Estados Unidos en el desarrollo de proyectos de ingeniería relacionados típicamente con el medio ambiente, con el transporte con agua potable y alcantarillado he desempeñado cargos de ingeniero en los diferentes niveles dentro de las empresas en la que he trabajado y en **CDM SMITH** fui contratado como gerente regional y vicepresidente para el caribe esa asignación creció hacer gerente para Florida y luego gerente para América Latina y el Caribe más recientemente, en este momento mi función es gerente regional encargado del desarrollo de nuestra estrategia de mercado.*

*Pregunta: Ilústrenos si entre **CDM SMITH** e **INGESAM** se llevó a cabo algún tipo de integración.*

⁹⁴ Folio 905 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁹⁵ Folios 463 a 465 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁹⁶ Folios 843 a 844 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Respuesta: Sí, hicimos la integración de **INGESAM**, una compra de todas las acciones de dicha empresa, para nosotros poder incrementar nuestra presencia y capacidad de ejecutar proyectos en Colombia y en América Latina.

Pregunta: En qué fecha se llevó a cabo esa operación?

Respuesta: El cierre fue el 6 de febrero del 2012, si mal no recuerdo.

Pregunta: La sucursal que **CDM SMITH** monta aquí en Colombia (sic) desde que fecha esta **CDM SMITH** en Colombia?

Respuesta: Primero tuvimos una S.A.S., **CDM Colombia S.A.S.**, pero luego descubrimos de que no era posible que las SAS presentara credenciales de **CDM SMITH** Estados Unidos entonces como consecuencia de eso fue que nos asesoraron convertimos como consecuencia de eso fue que nos asesoraron de que creáramos una sucursal, y entonces se crea la sucursal también en el año si no me equivoco, pueda que sea el 2011, finales de 2011 o 2012, pero no tengo seguridad total, pero se creó como consecuencia de la necesidad de poder presentar certificados de experiencia que fueran utilizables de la casa Matriz. Entonces por eso se decide crear una sucursal.

Pregunta: Conoce usted qué tipo de información le reporta la sucursal **CDM SMITH** a la matriz en Estados Unidos?

Respuesta: Todos los estados financieros, ventas mensuales, nosotros somos en realidad parte de la casa (sic) parte de la empresa de Estados Unidos, la firma Americana, el Holding por decirlo americano, tiene responsabilidad de aprobar todos los proyectos en los cuales **CDM SMITH** ahora Colombia se presenta, o sea para poder presentar una propuesta ellos tienen que someter una solicitud de autorización que evalúa los pro y los con de presentarse a una licitación o no, todo lo que es contabilidad, todo lo que es finanzas, todo lo que es recursos humanos, todo lo que es seguridad industrial etcétera, todo está regido por las normas **CDM SMITH** estados unidos y algunas que sean aplicables o sean muy requerimientos específicos de aquí de Colombia la hacemos aquí por nuestra cuenta como fue el caso de nuestra certificación ISO 9001 hace dos semanas.

Pregunta: Qué pasó con los trabajadores que tenía **INGESAM**?

Respuesta: Ellos tenían como le mencione al principio, tenían menos de 6 empleados muchos de los empleados eran (sic) entraban y salían tal vez por contrato itinerante por decirlo así y los empleados de planta que tenía **INGESAM** fueron empleados por **CDM SMITH** en el momento que se realiza la integración, se les integro y se les hizo empleados de la empresa, tienen su número de empleado, tienen todos los derechos y responsabilidades que tienen los empleados de Estados Unidos y algunos que son específicos de Colombia también.

Pregunta: Cómo le comunicaron a usted que efectivamente se había dado la operación de integración, pues la casa Matriz a usted como representante legal de la sucursal?

Respuesta: Yo fui participe de todo el proceso, con los abogados externos y con los abogados internos que llevaron a cabo la adquisición y estuve presente en el proceso

“Por la cual se imponen unas sanciones”

de adquisición, de hecho estuve en el cierre de la adquisición, o sea yo supe de todo porque era parte de nuestra misma evolución.

En razón de la anterior declaración, se advierte que **ELIÚ OVIDIO PÉREZ**, como Representante Legal Principal de **CDM SMITH**, participó en el proceso de negociación en la operación de integración llevada a cabo entre dicha empresa e **INGESAM**.

Teniendo como soporte la anterior evidencia legalmente allegada a la presente actuación, para el Despacho **ELIÚ OVIDIO PÉREZ**, infringió el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y tolerar la realización de una práctica restrictiva de la competencia tendiente a limitar la libre competencia respecto de la integración no informada entre **CDM** e **INGESAM**.

8.5.2. Responsabilidad de CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO

CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO, Representante Legal de **INGESAM** incurrió en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber conocido, intervenido y ejecutado la operación de integración por adquisición de control de dicha empresa por parte de **CDM**, 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.

Para la anterior imputación de responsabilidad, el Despacho considera, en línea con lo señalado por la Delegatura, que las siguientes pruebas resultan pertinentes y suficientes:

(i) Documentos:

Se advierte en el Informe Motivado que a la fecha de su emisión, **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO** continuaba siendo el Representante Legal de **INGESAM**⁹⁷.

(ii) Interrogatorio

En diligencia de interrogatorio rendido el 3 de marzo de 2014 ante esta Superintendencia por **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO**⁹⁸, Representante Legal de **INGESAM**, declaró lo siguiente:

“Pregunta:Cuál es su experiencia profesional indicando los principales cargos que ha desempeñado?”

Respuesta: Soy ingeniero civil, mi primer cargo que desempeñe fue como ingeniero auxiliar en una firma norteamericana, recién había terminado mi especialización (...)

Después fundé INGESAM empresa consultora la cual la tuve por 36 años, desde 1976, hasta la fecha que fue adquirida por CDM SMITH a principios de 2012, entonces siempre fui el Gerente General de INGESAM y como gerente general mis cargos

⁹⁷ Folio 906 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁹⁸ Folios 843 a 844 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

fueron pues administración de la firma, la consecución de nuevos negocios dentro de la firma, mercadeo, etcétera y propender por el crecimiento y sostenimiento de la firma en sus 36 años, firma (sic) pues era una firma de consultoría en el área especializada en ingeniería ambiental, hacíamos trabajos civiles y ambientales con énfasis en el agua principalmente (...).”

Pregunta: *Cuál es la principal actividad económica de **INGESAM**?*

Respuesta: *La principal actividad económica es consultoría en ingeniería civil, sanitaria y ambiental y los campos de acción es agua todo lo que tiene que ver con el medio ambiente, también la parte de aire, presión atmosférica y la firma en el año 76 cuando se constituyó, se constituyó también con un laboratorio de calidad ambiental para la calidad del medio ambiente (...).*

Pregunta: *Cuándo era representante legal de **INGESAM** usted participó de esa negociación directamente?*

Respuesta: *Sí claro, de hecho yo fui el interlocutor siempre, desde los inicios de tener conocimiento con **ELIÚ PEREZ** hasta toda la trayectoria que vino personal de **CDM** a Colombia a Cali siempre yo era el interlocutor, y por su puesto en la negociación todo eso por supuesto yo fui el interlocutor.*

En razón de la anterior declaración, se advierte que **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO**, Representante Legal de **INGESAM** participó en el proceso de negociación en la operación de integración llevada a cabo entre dicha empresa y **CDM**.

Teniendo como soporte la anterior evidencia legalmente allegada a la presente actuación, para el Despacho **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO**, infringió el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y tolerar la realización de una práctica restrictiva de la competencia tendiente a limitar la libre competencia respecto de la integración no informada entre **CDM** e **INGESAM**.

8.5.3. MONTO DE LA SANCIÓN

Vale poner de presente que las investigadas manifestaron en su escrito de observaciones al Informe Motivado rendido por la Delegatura, que en caso de haber lugar a la imposición de sanciones deberían ser las más bajas de acuerdo con la ley. Advirtiendo inicialmente que en su sentir no habría lugar a ningún tipo de sanción por la conducta investigada por esta Superintendencia, se solicita que en el “remoto caso” que se imponga, debe ser la “multa más baja prevista en el ordenamiento jurídico.” Lo anterior, de conformidad con los criterios de dosificación punitiva contemplados en la Ley 1340 de 2009⁹⁹.

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas de competencia, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre

⁹⁹ Folios 525 a 549 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la jurisprudencia constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a la misma."¹⁰⁰

Es así que, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma habría generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, entre otras.

En cualquier caso, es importante mencionar que en los procesos de dosificación de sanción que realiza este Despacho, la multa a imponer a las investigadas responde a las condiciones, características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que se reprocha y, en ningún caso, busca excluir al investigado del mercado ni imponer multas exageradas con relación al grado de responsabilidad en la afectación de la competencia.

Para el *sub judice*, se ha establecido que las empresas investigadas infringieron lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, pues a pesar de estar dentro de los supuestos establecidos en la referida norma, llevaron a cabo un proceso de integración empresarial sin informarlo previamente a esta Entidad.

La conducta realizada es altamente reprochable en tanto que dejó a la Superintendencia en imposibilidad de realizar en forma oportuna el control *ex ante* de la operación, privándola de ejercer su función legal de verificar si con la operación se afectaba la competencia en los mercados involucrados. No obstante, para efectos de la dosificación de la sanción, este Despacho considera necesario reconocer que existen conductas que tienen la potencialidad de causar mayores perjuicios a la competencia y los consumidores, como es el caso de los carteles y los abusos de posición dominante.

En línea con lo anterior, también se reconocerá para la dosificación de la sanción que el mercado relevante que se vio afectado con la operación de integración se encuentra altamente atomizado. En ese sentido, por lo que los posibles efectos negativos de la operación serían, en todo caso, menores a los que podría ocasionar una integración que afectase un mercado relevante con mayores niveles de concentración.

¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

De igual manera, este Despacho reconoce que tanto las empresas infractoras como sus representantes legales, han atendido las solicitudes y requerimientos realizados dentro de la presente investigación, mostrando con ello una actitud procesal adecuada.

Bajo este contexto, se advierte que de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias por la violación de las normas sobre protección de la competencia hasta por 100.000 SMLMV o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. Lo anterior implica que se deberá tomar una fracción de la multa máxima a aplicar, teniendo en cuenta los ingresos provenientes de la actividad afectada con la operación de integración, obtenidos por cada una de las empresas investigadas desde la fecha en que se omitió informar la operación.

Así las cosas, para la determinación de la cuantía de la multa, se aplicarán los criterios agravantes y atenuantes de dosificación previamente mencionados, a partir de la multa máxima a aplicar y las cifras reportadas en los estados financieros obrantes en el expediente. Dicho lo anterior, se observa que en lo que respecta a **CDM** y sus subsidiarias tuvieron unos activos para el año 2011 por valor de \$1.070.968.000.000, al paso que **INGESAM** alcanzó para el mismo periodo activos del orden de \$691.410.192.

8.5.3.1. Para las empresas infractoras

Con fundamento en las anteriores consideraciones y de conformidad con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho decidió imponer las siguientes sanciones a cada una de estas sociedades:

CDM SMITH INC, identificada con NIT 900.365.677 y sus subsidiarias, una multa de **ONCE MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL PESOS** (\$11.704.000), correspondiente a diecinueve (19) SMLMV, equivalente al 0,019% de la multa máxima a imponer y al 1,3% del activo reportado a 31 de diciembre de 2011 por **CDM SMITH INC** y sus subsidiarias.

INGENIERÍA DE SANEAMIENTO AMBIENTAL S.A.S. identificada con NIT 860.051.939, una multa de **DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS** (\$17.248.000), correspondiente a veintiocho (28) SMLMV, equivalente al 0,028% de la multa máxima a imponer y al 2,5% del activo reportado a 31 de diciembre de 2011.

8.5.3.2. Para los representantes legales

Con fundamento en las anteriores consideraciones y de conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho decidió imponer las siguientes sanciones a cada una de estas personas naturales:

ELIÚ OVIDIO PÉREZ, identificado con P.P. 477396773, una multa de **TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS** (\$3.696.000), equivalente al 0,3% de la multa máxima a imponer, correspondiente a seis (6) SMLMV.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO, C.C. 19.104.792, una multa de **TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS** (\$3.696.000), equivalente al 0,3% de la multa máxima a imponer, correspondiente a seis (6) SMLMV.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **CDM SMITH INC**, identificada con NIT 900.365.677 e **INGENIERÍA DE SANEAMIENTO AMBIENTAL S.A.S.** identificada con NIT 860.051.939 incumplieron el deber previo de informar una operación de integración contenido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER las siguientes sanciones pecuniarias de conformidad con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009: para **CDM SMITH INC**, identificada con NIT 900.365.677 y sus subsidiarias, una multa de **ONCE MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL PESOS** (\$11.704.000), correspondiente a diecinueve (19) SMLMV, equivalente al 0,019% de la multa máxima a imponer y al 1,3% del activo reportado a 31 de diciembre de 2011 por **CDM SMITH INC** y sus subsidiarias. Para **INGENIERÍA DE SANEAMIENTO AMBIENTAL S.A.S.** identificada con NIT 860.051.939, una multa de **DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS** (\$17.248.000), correspondiente a veintiocho (28) SMLMV, equivalente al 0,028% de la multa máxima a imponer y al 2,5% del activo reportado a 31 de diciembre de 2011.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago acá establecido, se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, es importante acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera para que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que **ELIÚ OVIDIO PÉREZ**, identificado con P.P. 477396773 y **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO**, C.C. 19.104.792, incurrieron en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER las siguientes sanciones pecuniarias, de conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009: para **ELIÚ OVIDIO PÉREZ**, identificado con P.P. 477396773, una multa de **TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS** (\$3.696.000),

"Por la cual se imponen unas sanciones"

equivalente al 0,3% de la multa máxima a imponer, correspondiente a seis (6) SMLMV. Para **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO**, C.C. 19.104.792, una multa de **TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS** (\$3.696.000), equivalente al 0,3% de la multa máxima a imponer, correspondiente a seis (6) SMLMV.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago acá establecido, se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, es importante acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera para que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a las empresas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del texto que se indica a continuación en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y remitan la respectiva constancia a esta Superintendencia:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **CDM SMITH INC**, identificada con NIT 900.365.677 e **INGENIERÍA DE SANEAMIENTO AMBIENTAL S.A.S.** identificada con NIT 860.051.939 informan que:*

*Mediante Resolución **5 6 9 8 9** expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de **CDM SMITH INC**, identificada con NIT 900.365.677 e **INGENIERÍA DE SANEAMIENTO AMBIENTAL S.A.S.** identificada con NIT 860.051.939, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, al incumplir el deber previo de informar una operación de integración.*

*Igualmente se sancionó a **ELIÚ OVIDIO PÉREZ**, identificado con P.P. 477396773 y **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO**, C.C. 19.104.792, por haber incurrido en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012."

ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **CDM SMITH INC**, identificada con NIT 900.365.677 e **INGENIERÍA DE SANEAMIENTO AMBIENTAL S.A.S.** identificada con NIT 860.051.939, y a **ELIÚ OVIDIO PÉREZ**, identificado con P.P. 477396773 y **CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO**, C.C. 19.104.792, en su calidad de personas naturales investigadas, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma, de conformidad con lo previsto en el artículo 51 del Decreto 01 de 1984.

ARTÍCULO SÉPTIMO: PUBLICAR en la página Web de esta Entidad la presente decisión, una vez quede en firme.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **24 SEP 2014**

El Superintendente de Industria y Comercio,


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Marco Antonio Jiménez
Revisó: Felipe Serrano Pinilla
Aprobó: Felipe Serrano Pinilla

NOTIFICACIONES:

CDM SMITH INC
NIT 900.365.677
INGENIERÍA DE SANEAMIENTO AMBIENTAL S.A.S.
NIT 860.051.939
ELIÚ OVIDIO PÉREZ
P.P. 477396773
CARLOS LEONARDO GUERRERO URREGO
C.C. 19.104.792
Apoderado
Doctor
ALEJANDRO GARCÍA DE BRIGARD
C.C. 79.946.984
T.P. 148.332 del C.S.J.
Calle 70A No. 4 - 41
BOGOTÁ - COLOMBIA