



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (- 5 6 7 3 8) DE 2014

2 4 SEP 2014

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

“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 la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 46064 del 31 de julio de 2013³, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la “Delegatura”) ordenó abrir investigación para determinar si SONDA DE COLOMBIA S.A. (en adelante, “SONDA COLOMBIA”) y QUINTEC COLOMBIA S.A.S. (en adelante, “QUINTEC COLOMBIA”), actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Así mismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si JORGE EDMUNDO ANDRADE NIKLITSCHK, representante legal de SONDA COLOMBIA y ANTONIO JOSÉ COPELLO VERGARA, representante legal de QUINTEC COLOMBIA, 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 objeto de investigación.

La actuación se inició de oficio, con ocasión del memorando enviado al Grupo para la Protección de la Competencia por parte del Grupo de Integraciones Empresariales (No.12-186459-0 del 22 de octubre de 2012)⁴, en el que se informa sobre la notificación de una integración que se habría producido en el territorio colombiano como consecuencia de la transacción realizada por las empresas chilenas SONDA S.A. (en adelante SONDA CHILE), matriz de SONDA COLOMBIA, y QUINTEC S.A. (en adelante QUINTEC CHILE), matriz de QUINTEC COLOMBIA, mediante la cual SONDA CHILE adquirió el 89.4% del capital accionario de QUINTEC CHILE.

Los hechos que dieron origen a la apertura de investigación fueron los siguientes:

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folios 270 a 301 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴ Folios 1 y 2 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 2

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

- La Delegatura determinó, preliminarmente, que con la operación entre SONDA CHILE y QUINTEC CHILE se produjo una integración empresarial en Colombia (a través de SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA) que, por cumplir con los supuestos subjetivo y objetivo establecidos en la Ley 1340 de 2009, debió ser informada a la SIC antes de su ejecución.
- La naturaleza jurídica de la operación llevada ejecutada por las intervinientes correspondió a una oferta Pública de Adquisición de Acciones - OPA en el mercado de valores Chileno, que le permitió a SONDA CHILE adquirir una participación accionaria de QUINTEC CHILE equivalente al 89.4%. Como consecuencia de esta operación se generaron efectos en el mercado colombiano a través de sus subordinadas SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA.
- La adquisición del 89.4% del capital de QUINTEC CHILE por parte de SONDA CHILE fue realizada en 2011, y sólo hasta el 12 de octubre de 2012 SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA notificaron a la SIC de la operación de integración realizada Colombiano.
- Con fundamento en datos de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, la Delegatura encontró que las empresas vinculadas, aparentemente, contaban con menos del 20% del mercado de Tecnologías de la Información.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de apertura a los investigados y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 85900 del 26 de diciembre de 2013⁵, y conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la Delegatura ordenó practicar algunas de las pruebas solicitadas y decretó las pruebas de oficio que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación.

TERCERO: Que culminada la etapa probatoria, la Delegatura citó a los investigados a la audiencia de descargos prevista por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, a fin de que presentaran de manera verbal los argumentos que pretendieran hacer valer respecto de la investigación.

CUARTO: Que una vez desarrollada la audiencia verbal de que trata el numeral anterior⁶, la Delegatura presentó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante el “Superintendente”) el informe de la investigación (en adelante “Informe Motivado”)⁷, en el cual recomendó sancionar a las empresas investigadas por considerar que su conducta constituyó una violación del deber legal de informar previamente una integración empresarial, que se encuentra establecido en el 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 incluido en el Informe Motivado:

⁵ Folios 303 a 309 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶ Folio 2051 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁷ Folios 2054 a 2095 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 56738 DE 2014 Hoja N°. 3

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

La Delegatura consideró que las intervinientes realizan la misma actividad económica, esto es, la programación, desarrollo, mantenimiento, reparación y comercialización de toda clase de sistemas e implementación de programas de sistematización, y todas las actividades relacionadas con el análisis, diseño, desarrollo, implementación, ajustes, suministro y documentación, fases necesarias en la elaboración de programas de informática. Así mismo, se estableció que las sociedades vinculadas a la operación analizada presentaban una participación en el mercado analizado inferior al 20%.

Frente a la verificación del supuesto subjetivo, la Delegatura sostuvo que con la operación de adquisición accionaria adelantada en septiembre de 2011 por SONDA CHILE respecto de QUINTEC CHILE, esta última pasó a ser contralada de manera directa por la primera, y como consecuencia, se generaron efectos en el mercado colombiano en tanto que las anteriores sociedades tienen presencia a través de sus subsidiarias SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA, empresas que debieron informar de manera previa a la Superintendencia la operación, toda vez que con la misma se cumplieron en su integridad los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Respecto del supuesto objetivo, la Delegatura señaló lo siguiente:

“Así las cosas, según la información contenida en los Estados Financieros a 31 de diciembre de 2010 las sociedades SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA, tenían ingresos conjuntos aproximados valorados en cien mil ciento treinta y nueve millones cuatrocientos treinta y tres mil seiscientos pesos (\$100.139.433.600), Los ingresos, son superiores al umbral de ochenta mil trescientos cuarenta millones (\$80.340.000.000) equivalentes a 150.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes de la vigencia 2011, establecidos en la Resolución 73849 de 2010 de la SIC (...).”

Sobre la verificación del supuesto cronológico, la Delegatura concluyó que la integración entre QUINTEC COLOMBIA y SONDA DE COLOMBIA se formalizó y se puso en marcha sin que se hubiese informado a la SIC, de acuerdo con lo señalado en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, y que solo hasta el 12 de octubre de 2012 se realizó el trámite de notificación de la operación a la Autoridad de Competencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura recomendó al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio sancionar a los investigados al concluir que, a pesar de haberse cumplido los supuestos para informar la integración empresarial entre SONDA COLOMBIA y SONDA CHILE, las intervinientes no cumplieron con dicho deber legal. No obstante lo anterior, la Delegatura recomendó no sancionar a ANTONIO JOSÉ COPELLO VERGARA y JORGE EDMUNDO ANDRADE NIKLITSCHKEK, por cuanto no se encontraron pruebas que evidencien que hubiesen participado en la operación que generó la integración de las empresas investigadas.

QUINTO: 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, el 6 de mayo de 2014 se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes estando dentro del término legal para ello presentaron observaciones al mismo. A continuación se hace un resumen de los argumentos principales presentados por los investigados frente al informe motivado.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 4

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

Los investigados señalaron que el cargo que se imputó en la resolución de apertura de investigación fue la omisión del deber de información previa de las integraciones empresariales, establecido en el artículo 9 de la ley 1340 de 2009, para efectos de su control.

Así mismo, sostuvieron que en la actuación administrativa reconocieron expresamente que la operación descrita constituyó una integración empresarial, y que comparten las conclusiones de la Delegatura respecto a la verificación de los supuestos subjetivo y objetivo.

En cuanto al alcance del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, señalaron que solamente las operaciones de integración horizontales y verticales donde los interesados cuenten con más del 20% del mercado relevante afectado con la operación, están obligados a informar a la SIC la operación.

En línea con lo anterior, agregaron lo siguiente:

“[n]o todas las operaciones de integración están sujetas al deber de información previa para que la autoridad de competencia determine si las mismas restringen o no en forma indebida la competencia, sino solamente aquellas en las cuales se verifiquen los supuestos específicos a que se refiere la norma.

(...)

La ley exceptuó del deber de información previa a aquellas empresas que se integren, cuando su participación conjunta en el mercado relevante sea inferior al 20%, caso en el cual la operación se entiende autorizada.

Este mismo criterio, es decir, que en aquellos casos en que la participación conjunta de las empresas intervinientes en el mercado relevante es inferior al 20% no existe el control ex – ante, pues el legislador ya autorizó la operación, en consideración a que la misma no restringe en forma indebida la competencia, es compartida en la resolución de apertura de investigación, cuando en la pagina (sic) 14 se indica:

“El artículo en mención creó una excepción a la obligación de información previa, la cual tiene como objetivo excluir del control ex ante de integraciones a aquellas operaciones que por la dimensión de las participaciones de sus intervinientes no son significativas. Para tal efecto, se estableció como límite el 20% de la cuota de mercado.

No obstante, a pesar de no existir una obligación de presentar una solicitud de pre-evaluación de una integración, cuando las intervinientes no cumplan con el porcentaje de participación anotado, persiste una obligación de notificar la operación realizada, igualmente de manera previa a su concreción.”

De acuerdo con lo anterior, los investigados manifestaron que no obstante la claridad de la norma y lo reconocido por la Delegatura en la resolución de apertura y el Informe Motivado, se parte del equivoco que la notificación a que se refiere la norma es una modalidad del deber de información previa para efectos del control previo de las integraciones empresariales.

En consecuencia, consideraron que a las empresas investigadas no les cabe ningún tipo de responsabilidad frente a los cargos formulados -la omisión del deber de información previa para efectos del control previo de la integración-, toda vez que las empresas intervinientes cuentan con menos del 20% del mercado relevante.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 5

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

Adicionalmente, manifestaron que no comparten que el incumplimiento del deber de haber notificado previamente a su perfeccionamiento la integración objeto de la actuación que surgió con la entrada en vigencia de la Resolución No. 35006 de 2010, sea el incumplimiento del deber de información previa establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, que establece el control previo a las integraciones empresariales como mecanismo por virtud del cual el Estado se adelanta a la ocurrencia de conductas que pudieren afectar negativamente las variables del mercado.

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

6.1. COMPETENCIA

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 *"[v]elar 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"*.

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁸, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función *"[v]igilar 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 *"[l]a 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"*.

Asimismo, de conformidad con lo establecido 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 funciones⁹.

⁸ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

⁹ Ley 1340 de 2009. Artículo 4. *"[l]a 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"*.

6.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con la Resolución No. 46064 del 31 de julio de 2013, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, en este caso se examinó la presunta infracción al 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:

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. (...).”

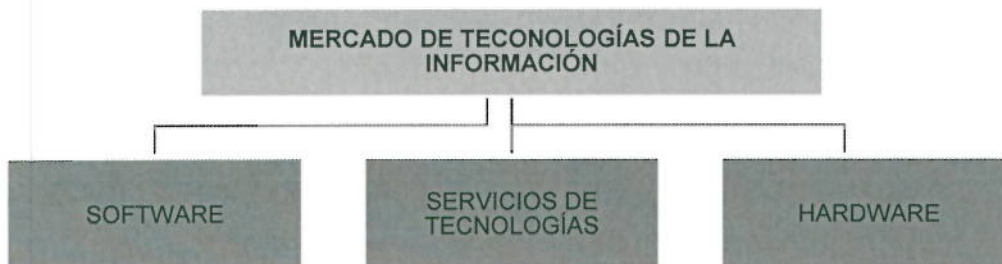
6.3. CONDUCTA INVESTIGADA

6.3.1. Mercado afectado

Este Despacho coincide en su integridad con la definición del mercado relevante expuesta por la Delegatura en el Informe Motivado, la cual, por lo demás, no fue objeto de controversia durante la actuación administrativa. En tal virtud, a continuación se retoman los puntos principales de la descripción del mercado en el que participan las empresas investigadas, en los términos expuestos por la Delegatura.

De conformidad con el Informe Motivado las intervinientes concurren en el mercado colombiano de Tecnologías de la Información (TI), el cual puede subdividirse en tres grandes subsectores: (i) sector de software; (ii) sector de tecnologías; y (iii) sector de Hardware.

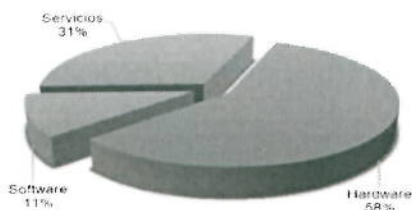
Gráfico No. 1. Sectores del mercado de las Tecnologías de la información



Fuente: Elaboración SIC.

Según datos de PROMOCIÓN DE TURISMO, INVERSIÓN Y EXPORTACIONES – PROEXPORT, en Colombia el mercado de *Hardware* tiene el 58% del mercado total de tecnologías, seguido por el mercado de *Servicios* con un 31%.

Gráfico No. 2. Participación por tipo de tecnología (2011). % Ventas



Fuente: PROEXPORT¹⁰.

Sector de Software

Se entiende por *software* “al conjunto de instrucciones, que cuando se ejecutan proporcionan la función deseada; estructura de datos que permiten a los programas manipular adecuadamente la información y los documentos que describen la operación y el uso de programas”¹¹.

Según la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE LA INDUSTRIA DE SOFTWARE Y TECNOLOGÍAS INFORMÁTICAS RELACIONADAS, la industria del *software* tiene las siguientes características¹²:

¹⁰ Promoción de Turismo, Inversión y Exportaciones PROEXPORT. Colombia: Oportunidades en la Industria de servicios de Software & TI. 2013. En: [http://www.inviertaencolombia.com.co/images/Software IT sector 2013 es.pdf](http://www.inviertaencolombia.com.co/images/Software_IT_sector_2013_es.pdf). Consultado el 25/07/2013.

¹¹ PUMAREJO Johanna. Descripción del sector del Software. Análisis del mercado. Federación Colombiana de la Industria del Software - FEDESOF. En: <http://antiquo.proexport.com.co/vbecontent/library/documents/DocNewsNo1458DocumentNo4146.PDF>. Consultado el 25/07/2013.

¹²Ibíd. p. 6.

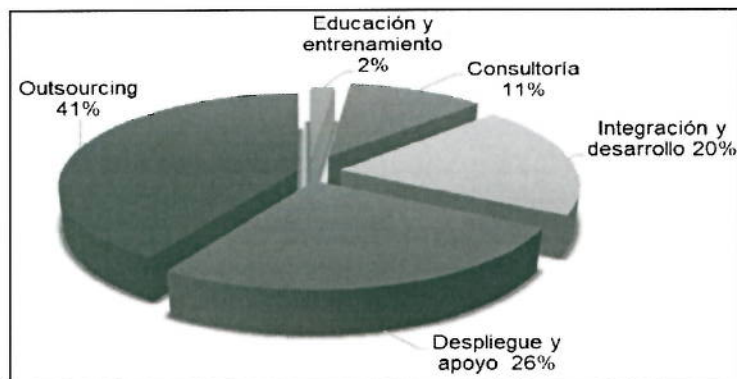
- Al ser considerado un sistema lógico, se desarrolla y no se fabrica, por lo cual sus costos se encuentran estrechamente relacionados con la ingeniería necesaria para el diseño de éste.
- Su desarrollo enfrenta una curva de obsolescencia, lo que implica que deba someterse a continuas actualizaciones.
- Desde el punto de vista de su comercialización, es considerado un bien cuando se conceptualiza como venta en paquetes (licencias con derechos limitados), y un servicio, cuando corresponde al soporte lógico adaptado a las necesidades del usuario.

Servicios de tecnologías

Los servicios de tecnologías, son el conjunto de actividades que buscan aumentos en la productividad y el crecimiento económico de las empresas a través de los programas y herramientas tecnológicas. Dentro de dichos servicios se encuentran: el outsourcing, la educación y el entrenamiento, consultorías, proyectos de integración, entre otros.

En Colombia, PROEXPORT encontró que en 2011 los servicios de “*Outsourcing*” y “*Despliegue y soporte*” representaban el 67% de la participación del mercado de servicios

Gráfico No. 3. Participación por servicio (2011). % Ventas



Fuente: PROEXPORT¹³.

De conformidad con la información aportada por SONDA COLOMBIA, los servicios de tecnologías que ofrecen las intervinientes se encuentran dentro de un portafolio, entre los cuales relacionaron los siguientes¹⁴:

- Soporte de Hardware y Software.
- Mesa de ayuda.
- Servicios de Outsourcing Integral TI.

¹³ Colombia: Oportunidades en la Industria de servicios de Software & TI. 2013. En: [http://www.inviertaencolombia.com.co/images/Software IT sector 2013 es.pdf](http://www.inviertaencolombia.com.co/images/Software_IT_sector_2013_es.pdf). Consultado el 25/07/2013.

¹⁴ Folio 19 del Cuaderno Publico No. 1 del Expediente.

- Servicios de Data Center.
- ASPs. (Proveedores de Aplicaciones de Servicios – ASP- por sus siglas en inglés).
- Servicios Profesionales de Consultoría TI.
- Proyectos de Integración TI.
- Educación y Entrenamiento.

Sector de Hardware

El segmento de Hardware se divide en: (i) la venta de Hardware tales como computadores, portátiles, impresoras, discos duros y servidores entre otros y (ii) el arrendamiento de dichos equipos. En general, las intervinientes clasifican bajo los siguientes conceptos los productos incluidos en este subsector¹⁵:

- Servidores.
- Pcs y Printers.
- Storages (almacenamiento) y Periféricos.
- Comunicaciones y Redes

Mercado geográfico

El mercado geográfico de la integración objeto de análisis, referente a servicios y productos de TI, comprende todo el territorio nacional, al considerar que SONDA DE COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA comercializan sus productos y prestan sus servicios en el ámbito nacional¹⁶.

Al respecto las intervinientes, afirmaron:

“(...)c) Para el caso objeto de la presenta operación de integración, el mercado geográfico relevante corresponde a todo el territorio nacional, pues ambas empresas están en capacidad de comercializar los productos y prestar sus servicios en el ámbito nacional (...)”¹⁷.

A partir de lo anterior y de la información analizada por la Delegatura para determinar la participación de mercado de las intervinientes en el periodo 2008-2013, se logró establecer que las sociedades vinculadas a la operación analizada ostentaban una participación en el mercado afectado inferior al 20%.

6.3.2. 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

¹⁵ Folio 19 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁶ Folio 6 del Cuaderno Publico No. 1 del Expediente.

¹⁷ Folio 20 del Cuaderno Publico No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 56738 DE 2014 Hoja N°. 10

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

en la misma cadena de valor, cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan al monto establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio, 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.

Esta obligación debe ser cumplida ya sea mediante la solicitud de pre-evaluación cuando las intervinientes cuenten con más del 20% mercado relevante, o a través del trámite de notificación cuando su participación conjunta en el mercado relevante es inferior a dicho porcentaje, caso en el cual la operación se entenderá autorizada.

Ahora bien, en virtud de lo previsto por la norma en mención, el deber de informar o notificar, según el caso recae sobre las empresas que cumplan los supuestos (i) subjetivos; y (ii) objetivo:

- a) **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.
- b) **El supuesto objetivo:** También implica dos verificaciones. De un lado, implica verificar 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 Superintendencia de Industria y Comercio, ya sea individualmente o en conjunto. Para la época de los hechos bajo examen, el monto establecido por la Superintendencia era de 100.000 SMMLV 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.

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 Superintendencia de Industria y Comercio su intención de llevar a cabo la operación.

Si las empresas cumplen con los supuestos subjetivo y objetivo, deberán abstenerse de iniciar la ejecución material de su integración hasta tanto: (i) no cuenten con autorización de la SIC, para el caso en que tengan 20% o más del mercado relevante, o (ii) no hayan notificado la operación a la SIC, para el caso en que tengan menos del 20% del mercado relevante. En este sentido, en ninguno de los dos eventos el aviso puede ser posterior a la operación, sino que debe realizarse con antelación a la misma, pues de no ser así se perdería el carácter preventivo de la norma (en el caso del deber de información), y se dejaría en manos de los particulares la definición de cuándo quieren notificar a la SIC su integración empresarial (en el caso del deber de notificación), cuestión que adicionalmente estaría en contravía de lo establecido en las Resoluciones Nos. 35006 de 2010 y 52778 de 2011, que regían al momento

del incumplimiento del deber, y que obligaban a que la notificación de la integración fuera previa.¹⁸

De esta forma, el deber de información se erige como una obligación de no hacer que se incumple una vez las empresas intervinientes que cumplen los supuestos establecidos por la norma se integran sin que se haya informado la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio, **ya sea mediante la solicitud de pre-evaluación cuando las intervinientes cuenten con más del 20% mercado relevante, o a través del trámite de notificación cuando su participación conjunta en el mercado relevante es inferior a dicho porcentaje.** Nótese que si bien existen dos procedimientos para realizar el trámite dependiendo en la participación conjunta de las intervinientes, **en ambos casos sin excepción se debe informar a la Superintendencia previamente sobre la operación.**

En consecuencia, 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 la operación que pretendieran realizar a esta Entidad mediante el método pertinente de acuerdo con su participación en el mercado relevante, con el objetivo de determinar la procedencia de su ejecución¹⁹.

6.3.3. Adecuación de la conducta

Tal como se señaló anteriormente, para que una operación de integración deba ser informada a la Superintendencia de Industria y Comercio se requiere el cumplimiento de los supuestos subjetivo y objetivo, los cuales en el presente caso se configuraron de la siguiente manera:

6.3.3.1. Supuesto subjetivo

Como ya se mencionó, este supuesto contiene dos aspectos que se procede a analizar a continuación:

a) Pluralidad de empresas

El término empresa ha sido definido como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios²⁰. 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 intervención.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho concluye que SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA, sin excepción, se ajustan a la fisonomía jurídica de empresa, en tanto que

¹⁸ Ver Resolución 52778 de 2011, Artículo 10.

¹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8315 de marzo 28 de 2003.

²⁰ Código de Comercio, artículo 25.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 12

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

desarrollan de forma organizada y habitual una serie de actividades de naturaleza económica, labor para la cual tienen destinados a su interior 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.

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 valor²¹.

En el presente caso se acreditó -y así fue manifestado por las intervinientes-, que las actividades que desarrollan en Colombia se concentran principalmente en las relacionadas con el sector de hardware y el sector de producción de TI, el cual incluye el desarrollo de software, contenidos de información, diseño de hardware y telecomunicaciones.

6.3.3.2. Supuesto objetivo

Este supuesto tiene lugar en la medida en que (i) para el año 2011 el monto de los activos, o de los ingresos operacionales de las empresas intervinientes superara 150.000 S.M.L.M.V., es decir \$ 80.340.000.000 de pesos y (ii) las empresas intervinientes efectivamente se integraron o concentraron, en la medida en que una adquirió el control societario de la otra, lo cual deriva en un control desde la perspectiva del derecho de la competencia.

a) Monto de los activos

De conformidad con lo expuesto en el Informe Motivado, y tal y como fue aceptado por los investigados, a 31 de diciembre de 2010, las sociedades SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA tenían ingresos conjuntos aproximados valorados en cien mil ciento treinta y nueve millones cuatrocientos treinta y tres mil seiscientos pesos (\$100.139.433.600). En consecuencia, los ingresos conjuntamente valorados de los investigados son superiores al umbral de ochenta mil trescientos cuarenta millones (\$80.340.000.000) equivalentes a 150.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2011²², establecidos en la Resolución 73849 de 2010 de la SIC. Particularmente, las intervinientes señalaron que SONDA COLOMBIA obtuvo un total de ingresos por 27,72 millones de dólares en el año 2010, al paso que

²¹ En los términos de la Resolución 35006 de 2010 de la SIC, se define a la cadena de valor como: “(...) conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final.”

²² Decreto 4919 de 2011. “ART. 1º—Acoger la decisión tomada el día 15 de diciembre del 2011 por la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, en el sentido de fijar a partir del primero (1º) de enero de 2012, el salario mínimo legal mensual para los trabajadores de los sectores urbano y rural, la suma de quinientos sesenta y seis mil setecientos pesos (\$ 566.700,00) moneda corriente”.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 13

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

QUINTEC COLOMBIA obtuvo un total de ingresos de 24,6 millones de dólares en el mismo periodo, como se indica a continuación:

**Tabla No. 1. Ingresos de SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA en el país.
Años 2010 – 2011
(Millones de Dólares)**

Linea de Negocios	SONDA DE COLOMBIA		QUINTEC COLOMBIA		CONSOLIDADO SONDA - QUINTEC	
	Ingresos 2010	Ingresos 2011	Ingresos 2010	Ingresos 2011	Ingresos 2010	Ingresos 2011
	US\$ Millones	US\$ Millones	US\$ Millones	US\$ Millones	US\$ Millones	US\$ Millones
HARDWARE	5,38	4,96	22,83	22,81	28,21	27,76
Venta HW	5,38	4,96	13,96	11,18	19,35	16,14
Arriendo HW	-	-	8,87	11,63	8,87	11,63
SERVICIOS TI	16,77	17,59	1,66	2,36	18,43	19,95
Servicios de Soporte de Gestion TI	6,13	6,26	1,66	2,36	7,79	8,62
Servicios de Outsourcing TI	2,24	7,53	-	-	6,24	7,53
Servicios Profs. E Integr. De Sistemas	4,39	3,8	-	-	4,39	3,8
SOFTWARE	5,57	5,5	0,11	0,19	5,68	5,69
Total Ingresos	27,72	28,05	24,6	25,36	52,32	53,4

Fuente: Información aportada por las intervinientes. Documento radicado con el No. 12-186459²³.

b) Naturaleza de la operación

Esta Superintendencia 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 Superintendencia de Industria y Comercio.”²⁴

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** a esta Entidad la operación que pretenden realizar, ya sea mediante la solicitud de pre-evaluación cuando las intervinientes cuenten con más del 20% mercado relevante, o a través del trámite de notificación cuando su participación conjunta en el mercado relevante es inferior a dicho porcentaje.

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.

²³ Folio 7 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

²⁴ Concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio con el No. de radicación 00001365.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 14

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

En el presente caso se acreditó, con la información obrante en el expediente, que la figura utilizada para realizar la integración fue una adquisición de control mediante una Oferta Pública de Adquisición de Acciones – OPA en el mercado de valores chileno, entre SONDA CHILE y QUINTEC CHILE, la cual generó efectos en Colombia, toda vez que dichas empresas participan en el mercado colombiano a través de SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA.

En efecto, de acuerdo con la información obrante en el expediente, el 10 de agosto de 2011 se publicó en diarios de amplia circulación en Chile el aviso de inicio de la oferta pública para la adquisición del 100% de las acciones de QUINTEC CHILE lanzada por SONDA CHILE. El resultado de la OPA fue comunicado al mercado el 12 de septiembre de 2011, informando en los siguientes términos sobre la adquisición del control de QUINTEC CHILE por parte de SONDA CHILE:

“1. La Oferta entró en vigencia el día 11 de agosto de 2011 y se mantuvo vigente hasta el día 9 de septiembre de 2011.

2. Durante la vigencia de Oferta, el Oferente recibió aceptaciones por 140.568.546 acciones de Quintec, equivalentes al 89.43% de las acciones emitidas, suscritas y pagadas de esa sociedad.

3. La Oferta no contempló ningún factor de prorrateo.

4. En virtud de lo anterior, el Oferente declara exitosa la Oferta y acepta y adquiere, para todos los efectos a que haya lugar en conformidad a lo dispuesto en el inciso 2º artículo 212 de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores, la cantidad de 140.568.546 acciones de Quintec, lo que le permite alcanzar un porcentaje de control de 89.43% de las acciones emitidas, suscritas y pagadas de esa sociedad.

(...)²⁵ (Negrilla fuera de texto)

Los efectos en Colombia de la operación descrita están plenamente demostrados en el expediente. De hecho, en el Prospecto de la Oferta Pública de Adquisición de Acciones de QUINTEC CHILE por parte de SONDA CHILE se estableció que la operación tenía el objetivo de ampliar la base de clientes de SONDA CHILE no solamente en Chile sino también en Colombia y otros países, como parte del desarrollo de su plan de negocios en la región, tal y como puede observarse a continuación:

“6. OBJETIVOS DE LA OPA Y PLANES DE NEGOCIO

a) Objetivos generales de la OPA:

El objetivo del oferente es la toma de control de Quintec, lo que le permitirá aumentar su oferta de servicios TI y ampliar su base de clientes en Chile, Colombia, Brasil, Argentina y Perú, como parte del desarrollo de su plan de negocios en la región”²⁶.

²⁵ Folio 98 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

²⁶ Folio 86 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 15

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

Bajo este contexto, téngase en cuenta que el artículo 260 del Código de Comercio establece que *"una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria"*.

La anterior operación corresponde a la figura denominada "adquisición de control"²⁷, de conformidad con el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 que señala que control es *"la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa"*. Al haber adquirido SONDA CHILE la mayoría accionaria de QUINTEC CHILE, se adecuó a uno de los presupuestos de control societario establecidos en el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, según el cual una sociedad será subordinada o controlada cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la sociedad o sociedades controlantes²⁸, y con ello habría adquirido control desde la perspectiva del derecho de la competencia. En efecto, la adquisición de control societario sobre una compañía constituye una de las formas en las cuales se puede adquirir influencia competitiva sobre otro agente del mercado y, por consiguiente, control desde la perspectiva del derecho de la competencia.

De acuerdo con lo anterior, resulta manifiesto que con la operación de adquisición accionaria adelantada en septiembre de 2011 por SONDA CHILE respecto de QUINTEC CHILE, esta última paso a ser controlada de manera directa por SONDA CHILE, y como consecuencia de lo anterior, se generaron efectos en el mercado Colombiano puesto que las anteriores sociedades tienen presencia a través de sus subsidiarias SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA, las cuales debieron informar de manera previa a esta Superintendencia la operación, toda vez que con la misma se cumplieron en su integridad los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

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.

Al haberse cumplido los supuestos subjetivo y objetivo en esta integración, las empresas debieron, **previa realización de la operación**, contar con el pronunciamiento de esta

²⁷ En este sentido, el numeral 15 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 previene 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."* (Negrilla como énfasis)

²⁸ **"Ley 222 de 1995, artículo 27:** *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 (...)"*.

RESOLUCIÓN NÚMERO 56738 DE 2014 Hoja N°. 16

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

Superintendencia o, en el caso de la notificación, haber realizado tal proceso con anterioridad a la ejecución de la operación.

Habiéndose establecido que las empresas investigadas se hallaban sujetas al régimen de información particular, este Despacho verificó que no se dio 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, en la medida en que se encuentra acreditado que los investigados no informaron la operación de integración previamente, sino hasta más de un año después a su realización, esto es, el 12 de octubre de 2012²⁹. Esto fue confirmado en los siguientes términos por el representante legal de SONDA COLOMBIA en diligencia de interrogatorio de parte:

Bueno, cuando yo fui notificado de que se había hecho la compra, que fue el día 12 de septiembre, se me notificó desde Chile, particularmente yo entonces conversé con nuestro abogado interno y le pregunté que si había que hacer alguna cosa, si había que pedir alguna autorización, y me dijo que no por el tamaño del mercado que teníamos al momento de integrarnos que era cerca del 1%. De todas maneras, pedí una (sic) otra opinión al respecto, entonces lo hicimos a través de otro estudio de abogados y el otro estudio de abogados manifestó que había que hacer una notificación de integración y dijo que había que hacerla antes, así entiendo yo, que había que hacerla antes de que hiciéramos la compra, pero yo tampoco sabía que habíamos hecho la compra. Entonces ahí pasamos un tiempo largo en el proceso con nuestro abogado y al final ya había pasado un tiempo bastante largo, nosotros también queríamos hacer formalmente, legalmente la fusión y les pedimos que, dado que habíamos eventualmente faltado a un aspecto administrativo, una notificación que había que hacer, que por favor se lo comunicara oficialmente a la Superintendencia, y de ahí nació un comunicado a través de un poder que yo le otorgué a nuestro abogado, el cual informamos, informamos fuera de plazo, dejemos así el tema. Yo de verdad pensé que esto era una cosa, una cosa así como sencilla pero nunca imaginé que íbamos a terminar en un tema de estos, pero de todas maneras la verdad que como SONDA, como tal, nosotros siempre hemos querido cumplir la ley, en todas partes la hemos cumplido, así que del mismo Chile dijeron miren notifiquen, hagan la comunicación, y ahí está.

Por lo tanto, ha quedado demostrado que la operación adelantada no fue informada previamente a esta Entidad, pese a que se ajustaba a los lineamientos del régimen de información particular.

6.4. FRENTE A LAS OBSERVACIONES DE LOS INVESTIGADOS

Las observaciones al Informe Motivado plantean que las empresas investigadas podían efectuar la notificación de la transacción empresarial *ex post* al negocio de integración, en tanto que los eventos en que las intervinientes en una integración cuentan con menos del 20% del mercado relevante son una excepción a la obligación de información previa. Al respecto señalaron lo siguiente:

*“Como lo indicó la Superintendencia en la resolución de apertura de investigación, la ley excluyó del control *ex ante* de integraciones a aquellas que no son significativas, entendiéndose por estas las operaciones en que los participantes en conjunto cuentan con menos del 20% del mercado*

²⁹ Folio 43 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 17

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

relevante. En estos casos, en palabras de la Superintendencia, el artículo 9 de la ley 1340 del 2009 creó una excepción a la obligación de información previa.

(...)

Como se indicó en el memorial de pruebas, la notificación que establece la ley no es una modalidad del deber de información para el control previo de las integraciones empresariales, pues no tiene por objeto que la autoridad, previa a su realización, se pronuncie sobre la misma, pues por ley la integración se entiende autorizada. La notificación es simplemente un mecanismo para dar a conocer una actuación pero, se reitera una vez más, no corresponde al deber de información previa para el control previo de las integraciones empresariales.”

Frente a lo anterior, este Despacho se permite hacer las siguientes consideraciones:

El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 establece que existen dos posibles trámites a seguir para atender el deber de información *ex ante* al momento de realizar una integración empresarial, y son los intervinientes quienes deben escoger cuál es el camino adecuado, dependiendo de la participación con que cuenten en los mercados relevantes involucrados.

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

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. (...).”

Así entonces, cuando los intervinientes cuenten con más del 20% del mercado relevante, deberá agotarse el procedimiento de solicitud de pre-evaluación, que según el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 comporta una serie de fases en la que se solicita y se analiza información específica de los mercados afectados y las empresas interesadas. Por su parte, cuando los intervinientes cuenten con menos del 20% del mercado relevante, el artículo 9 de la Ley 1340 establece que se debe agotar un procedimiento de información de la operación más expedito, mediante una notificación de la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio. Nótese que estos procedimientos, aunque diferentes en cuanto al rigor con que se estudia la operación dependiendo la cuota de mercado de las partes, tienen en común que deben agotarse de manera previa a su realización.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 18

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

Esta posición no ha admitido discusión alguna, pues se generó desde el momento mismo de la expedición de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que el texto de la norma es claro frente al carácter ex ante de cualquier mecanismo de información: el párrafo en cuestión establece:

"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 (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto)

En el sentido expuesto, es claro que todas las operaciones de integración empresarial que se **proyecten realizar**, y que cumplan con los supuestos objetivo y subjetivo establecidos en la norma pero que en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado, se deben notificar ex ante a esta Superintendencia, pues de lo contrario se desconocería el tenor literal de la norma en cuestión.

Acoger la posición de las intervinientes implicaría que son las empresas quienes eligen el momento en que notifican su integración, y que por consiguiente nunca incumplirían tal obligación, ya que siempre que la autoridad las requiriera estarían prestas a cumplir con el deber tardíamente, así en principio hubiesen olvidado el cumplimiento del mismo. Tal interpretación no atiende ni al tenor literal de la norma ni al contexto en el cual fue redactada. Para esta Superintendencia es claro que el cumplimiento del deber legal de información de integraciones no puede quedar supeditado a la voluntad de los intervinientes, pues su oportunidad está plenamente establecida en la norma referida. De lo anterior se concluye que tanto el trámite de pre-evaluación, como el de notificación deben iniciarse de manera previa a la concreción de la integración.

Esta posición ha sido mantenida por la Superintendencia desde la expedición de la Ley 1340 de 2009 en virtud de la naturaleza de las disposiciones plasmadas en la ley, que consagran la función de control ex ante de integraciones como un mandato legal a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única de competencia. De hecho, esta posición fue plasmada en el Concepto emitido por esta Entidad radicado bajo el No. 10-30888-2-0 del 21 de mayo de 2010, en los siguientes términos:

"4.- Por su parte, el inciso 2º del artículo 9º y el artículo 10 de la Ley 1340, previeron dos trámites diversos para el cumplimiento del deber citado. El primero denominado trámite de notificación y el segundo de información.

5.- El trámite de información presupone:

- a. Que la operación proyectada cumpla con los supuestos previstos en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009.*
- b. El agotamiento de los pasos procesales previstos en el artículo 10º de la Ley 1340 de 2009.*
- c. El estudio económico y jurídico de la operación por parte de la autoridad de competencia que define el o los mercados relevantes afectados con la integración.*
- d. Quien decide si autoriza, objeta o condiciona la operación es la autoridad de competencia.*

6.- Si el trámite es el previsto en el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, se debe notificar a la autoridad de competencia la operación proyectada, lo cual supone:

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 19

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

- a. Que la operación proyectada cumpla con los supuestos previstos en el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009.
- b. Los interesados asumen la tarea de definir (i) el mercado relevante afectado por la operación de integración notificada y (ii) la participación que las empresas intervinientes tienen en el mismo, que en todo caso debe ser inferior al 20%.
- c. **La notificación se debe hacer antes de efectuada la operación.**” (Negrilla fuera de texto)

Más importante aún, la Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de la facultad de impartir instrucciones para ejercer su función de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia, expidió la Resolución No. 35006 de 2010³⁰, la cual estaba vigente para la fecha de la integración en cuestión, en la que además de establecer la información que debe aportarse tanto en el trámite de pre-evaluación como en el de notificación, frente a este último señaló expresamente lo siguiente:

*“Estarán obligados a notificar a la Superintendencia de Industria y comercio, **de manera previa**, las intervinientes que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor y pretendan realizar operaciones empresariales de fusión, consolidación, adquisición de control o cualquiera sea su forma jurídica, siempre y cuando cumplan cualquiera de los supuestos del factor objetivo, previstos en el numeral 2.1.2, pero que en conjunto cuenten con menos del veinte por ciento (20%) del mercado relevante.”* (Negrilla fuera de texto)

Como puede observarse, no obstante la obligación de informar previamente las operaciones de integración, ya sea mediante solicitud de pre-evaluación o notificación expedita, deviene directamente de la Ley 1340 de 2009, la normatividad expedida por la SIC en relación con este trámite, esto es, la Resolución No. 35006 de 2010 y las posteriores que la modificaron, ha definido de manera expresa que la oportunidad para atender dicha obligación deberá ser en todo caso anterior a la operación que concrete la integración. De esta forma, incluso si se alegara que la Ley 1340 de 2009 se prestaba para confusiones respecto del momento en que se debe notificar una integración empresarial, dicha posición es insostenible a la luz de las normas que regulaban de forma expresa el deber de información y notificación de integraciones empresariales en Colombia.

En virtud de lo anterior, los argumentos expuestos en el recurso de reposición según los cuales las empresas investigadas estaban exentas de atender el deber de información previa de integraciones serán rechazados, en tanto que, tal y como se explicó en detalle, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 consagró que las operaciones de integración entre agentes de mercado que cumplan con los supuestos establecidos en la ley, pero que en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado, deben notificar ex ante a esta entidad de la operación proyectada para efectos de que la misma tenga conocimiento y ejerza su deber legal de control, inspección y vigilancia.

6.5. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS

Este Despacho comparte la conclusión a la que llegó la Delegatura en el Informe Motivado respecto a que ANTONIO JOSÉ COPELLO VERGARA, en su calidad de representante legal de SONDA DE COLOMBIA y JORGE EDMUNDO ANDRADE NIKLITSCHK, en su calidad de representante legal de QUINTEQ COLOMBIA, no infringieron el numeral 16 del artículo 4

³⁰ Modificada por las Resoluciones Nos. 52778 de 2011 y 12193 de 2013.

del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por cuanto no se encontraron pruebas que evidencien que hubiesen participado en la operación que generó la integración de las empresas investigadas.

Por lo anterior, este Despacho acoge la recomendación de la Delegatura y no sancionará a ANTONIO JOSÉ COPELLO VERGARA y JORGE EDMUNDO ANDRADE NIKLITSCHKEK, por las razones expuestas en el Informe Motivado.

SÉPTIMO: EL MONTO DE LA SANCIÓN

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias 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, por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

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 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.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte 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 esa misma gravedad”³¹.

Es así como, 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 pudo haber 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, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, etc.

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

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 21

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

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.

En el caso concreto, 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.

En efecto, quedó demostrado que la operación de integración entre SONDA COLOMBIA y QUINTEC COLOMBIA cumplía con los supuestos subjetivo y objetivo, por lo que debía ser informada previamente a la SIC, cumpliendo así el supuesto cronológico. Así mismo, se demostró que las intervinientes tenían en conjunto, con anterioridad a la operación, una participación inferior al 20% establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, por lo que la operación debió ser sometida al trámite de notificación.

Ahora bien, no obstante la conducta realizada es reprochable por haberse pretermitido un deber legal, para efectos de la dosificación de la sanción este Despacho considera necesario reconocer que existen conductas que tienen la potencialidad de causar altos perjuicios a la competencia y los consumidores, como es el caso de los carteles y los abusos de posición dominante, cuestión que no ocurre en el presente caso.

En línea con lo anterior, también se reconocerá para la dosificación de la sanción que tanto las empresas infractoras como los representantes legales de las mismas, han mostrado una actitud procesal adecuada en la presente investigación, y además no tienen antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia.

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 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción (aprox. COP \$61.600.000.000) o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, este Despacho decidió imponer a SONDA DE COLOMBIA una multa de CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$58.520.000.00), equivalente a noventa y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (95 SMMLV), y que corresponde al 0.19% de su patrimonio en el año 2011 y al 0.09% de la multa máxima aplicable, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Por su parte, este Despacho decidió imponer a QUINTEC DE COLOMBIA una multa de DIESCIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$17.248.000.00), equivalente a veintiocho salarios mínimos legales mensuales vigentes (28 SMMLV), y que corresponde al 0.19% de su patrimonio en el año 2011 y al 0.02% de la multa máxima aplicable, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 22

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que SONDA DE COLOMBIA S.A., identificada con NIT 830.001.637 - 7, incumplió el deber de información previa contenido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a SONDA DE COLOMBIA S.A. por la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$58.520.000.oo), equivalente a noventa y cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (95 SMMLV).

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que QUINTEC COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 860.354.541 - 2, incumplió el deber de información previa contenido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a QUINTEC COLOMBIA S.A.S. por la suma de DIESETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$17.248.000.oo), equivalente a veintiocho salarios mínimos mensuales legales vigentes (28 SMMLV).

ARTÍCULO TERCERO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen 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, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR que ANTONIO JOSÉ COPELLO VERGARA y JORGE EDMUNDO ANDRADE NIKLITSCHK no infringieron el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia ORDENAR el cierre de la investigación adelantada con ocasión de la Resolución No. 46064 del 31 de julio de 2013, en contra de ANTONIO JOSÉ COPELLO VERGARA y JORGE EDMUNDO ANDRADE NIKLITSCHK, por los motivos expuestos en las consideraciones del presente acto.

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

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 23

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

siguiente texto 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, SONDA DE COLOMBIA S.A. y QUINTEC COLOMBIA S.A.S., informan que:

Mediante Resolución - 5 6 7 3 8 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de SONDA DE COLOMBIA S.A. y QUINTEC COLOMBIA S.A.S., 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.

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 SONDA DE COLOMBIA S.A. y QUINTEC COLOMBIA S.A.S. a través de sus representantes legales o apoderados y a ANTONIO JOSÉ COPELLO VERGARA y JORGE EDMUNDO ANDRADE NIKLITSCHK 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 Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad.

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: Andrés Pérez Orduz
Revisó y aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 6 7 3 8 DE 2014 Hoja N°. 24

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación No. 12-186459

VERSIÓN ÚNICA

NOTIFICACIONES:

SONDA DE COLOMBIA S.A
QUINTEC COLOMBIA S.A.S.
ANTONIO JOSÉ COPELLO VERGARA
JORGE EDMUNDO ANDRADE NIKLITSCHK
Apoderado
Doctor
JAIRO RUBIO ESCOBAR
CALLE 94 No. 13-34 OFICINA 102
jrubio@rubioescobar.com
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA