



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 08307 DE 2003
(28 MAR. 2003)

"Por la cual se impone una sanción"

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En uso de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO. Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante resolución 07564 de 2002, abrió investigación contra Tintas S.A. y Sinclair S.A. con el fin de determinar si actuaron en contravención del artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

En el mismo sentido se ordenó investigar a las personas que ejercen la representación legal de las mencionadas empresas, para determinar si autorizaron, ejecutaron o toleraron las conductas que se imputan a las empresas, de conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO. En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de la investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo del 26 de junio de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO. Tal como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 02019482-10019 del 26 de septiembre de 2002, fue trasladado el informe motivado a los involucrados en la investigación, quienes estando dentro del término establecido para ello, expresaron:

Observaciones presentadas por el doctor Carlos Umaña Trujillo, en su calidad de apoderado de Tintas S.A. y Sinclair S.A.

"1. Consideraciones

"1.1 Inexistencia de los supuestos previstos en el artículo 4 de la ley 155 de 1959

"Por medio de la resolución número 07564 del 4 de marzo de 2002, la Superintendencia de Industria y

"Por la cual se impone una sanción"

Comercio ('SIC') inició una investigación con el objeto de determinar si las sociedades Tintas y Sinclair actuaron en contravención con lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 155 de 1959.

"Una vez practicadas las pruebas pertinentes y conducentes, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, mediante Informe Motivado, concluyó que entre las investigadas tuvo lugar una integración indirecta, 'toda vez que el accionista mayoritario de ambas es el mismo, Sun Chemical, quien posee en Tintas el 50% de las acciones y en Sinclair el 79.1%. De esta forma dos empresas dedicadas a una misma actividad tendrían el mismo accionista mayoritario (...).'

"Es decir, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, concluyó que la sociedad extranjera Sun Chemical Group B. V. ('Sun Chemical') tiene el control de Tintas y de Sinclair y por ende, se produjo entre estas sociedades una integración económica.

"No obstante lo anterior, ese Despacho de manera errónea desconoce que la participación de Sun Chemical en el capital accionario de Tintas y Sinclair no implica que dicha sociedad tenga el control directo o indirecto de las sociedades investigadas.

"En efecto, a partir del análisis del artículo 4 de la ley 155 de 1959, la SIC sostiene que siempre que se presenten los supuestos que se señalan a continuación, se presenta una conducta contraria a dicha norma:

- " Que existan dos o más empresas que pretenden integrarse;
- " Que estas empresas se dediquen a la misma actividad;
- "Que los activos considerados individualmente o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20,000,000.00) o más.

"Sobre el particular, en este caso, resulta pertinente analizar el primer supuesto, pues precisamente allí es donde se presenta el error de ese Despacho. Según lo señalado por la SIC en el Informe Motivado, la operación de integración en este caso habría consistido en la adquisición del control por parte de Sun Chemical de las sociedades Tintas y Sinclair.

"Esa entidad sostiene que Sun Chemical controla a Tintas y a Sinclair y para ello indica que Sun Chemical tiene la propiedad del 50% del capital suscrito de la primera y el 79.1% del capital suscrito de la segunda, afirmando en seguida que de ello se deriva la exposición de ambas compañías a unidad de criterio. Al respecto puede indicarse lo siguiente:

- (i) "No existe norma en el ordenamiento legal colombiano de donde se deduzca que la sola participación en el 50% del capital de una sociedad constituya una causal de control.
- (ii) "No existe prueba alguna en el expediente de donde se pueda deducir que Sun Chemical ejerce control en los términos del numeral 4 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992¹.
- (iii) "Lo único que observamos es una conjetura sin base alguna en el expediente en donde la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia concluye que 'De esta forma, dos empresas dedicadas a una misma actividad tendrían el mismo accionista

¹ Según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992, se entiende por control la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación 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 empresarial.

"Por la cual se impone una sanción"

mayoritario, y en esa medida estarían expuestas a unidad de criterio, en cuanto este participa en las reuniones de asamblea general de accionistas de ambas sociedades y en la elección de sus juntas directivas." Es perfectamente claro que la exposición a unidad de criterio no es una causal que pueda invocar la SIC para predicar la existencia de una integración económica, en la medida que las normas legales aplicables no se lo permiten.

"Por consiguiente, es claro que Sun Chemical no tiene el control de Tintas y por ende, no se presentó ninguna operación de integración entre esta sociedad y Sinclair. Es decir, en este caso no se presenta el principal supuesto de hecho previsto en el artículo 4 de la ley 155 de 1959, pues si bien Sun Chemical realizó una compra de acciones en el extranjero dicha transacción no implicó una operación de integración en los términos previstos en la ley colombiana y mucho menos tuvo efecto alguno en el mercado colombiano.

"1.2 Responsabilidad persona natural

"Con respecto a la responsabilidad personal de los representantes legales de Tintas y Sinclair, por la presunta omisión de informar a la SIC sobre supuesta operación de integración, ese Despacho actúa de manera contraria al derecho al debido proceso, pues con fundamento en la responsabilidad de la empresa concluye la responsabilidad de los administradores.

"En efecto, esa entidad de manera tajante deduce la responsabilidad de los administradores de Tintas y Sinclair de la presunta omisión al deber de informar a la SIC y del deber de buena fe y lealtad que la Superintendencia de Sociedades impuso a los administradores a través de su Circular Externa No. 09 del 18 de julio de 1997.

"Las violaciones al debido proceso consisten en lo siguiente:

- (i) "La SIC jamás abrió investigación a los señores Umaña y Palacio, quienes no fueron notificados en debida forma y por ende, no se les otorgó un plazo para solicitar la práctica de pruebas y proponer las defensas a que hubiere lugar. Sobre el particular, basta simplemente con leer el texto de la resolución No. 07564 de marzo 4 de 2002.
- (ii) "No obra en el expediente prueba alguna que fundamente la conclusión de la SIC sobre la presunta tolerancia de los señores Iván Darío Palacio González y Ricardo Umaña.

"Incluso resulta realmente contradictoria la conclusión de la SIC sobre la tolerancia de la omisión del deber de informar a la SIC, cuando precisamente esa entidad tuvo conocimiento de la presunta operación de integración como resultado del informe presentado por los señores Umaña y Palacio, como representantes legales de Tintas y Sinclair.²

- (iii) "Según el artículo 4 de la ley 155 de 1959 el deber de información previa recae sobre las sociedades involucradas en la operación. Es decir, será responsable de informar a la SIC la sociedad que pretenda desarrollar cualquier tipo de operación de integración.

"En este caso, Sun Chemical sería quien tenía dicho deber, pues esta sociedad fue la compañía que supuestamente adquirió el control de Tintas y Sinclair. Por lo tanto, no es claro con fundamento en qué hecho o prueba la SIC considera responsables a los señores Umaña y Palacio, cuando ellos sólo son los representantes legales de las sociedades de las cuales Sun Chemical adquirió acciones.

² Documento radicado con el número 01094023 del 31 de octubre de 2001.

"Por la cual se impone una sanción"

- (iv) "Sun Chemical adquirió el control de Sinclair mediante una adquisición que se concretó a nivel internacional, entre ella y Total Fina, adquisición de la que las sociedades y sus representantes legales sólo tuvieron conocimiento a posteriori. Siendo ello así, es claro que Tintas y Sinclair permanecieron como sujetos pasivos de la operación y en tal virtud no pudieron resistir o tolerar y menos autorizar o ejecutar la conducta objeto de esta investigación.
- (v) "Debería agregarse que en el caso del doctor Palacio la acusación resulta aún más insólita si se tiene en cuenta que Sun Chemical ha tenido desde un principio la misma participación y que el citado funcionario no tenía forma de conocer lo que ocurría al interior de Sinclair y de sus accionistas.

"Por otra parte, la SIC debe seguir los principios rectores del derecho penal a fin de establecer la responsabilidad de los señores Palacios y Umaña y no limitarse a realizar una afirmación sin ningún sustento probatorio.

"En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido en reiteradas ocasiones 'que si bien el derecho penal no es más que una de las especies del derecho sancionador, sin embargo los principios penales se aplican, mutatis mutandi, a los distintos ámbitos en donde opera el derecho sancionador.' Así, la Corte ha establecido que los principios del derecho penal se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado, pues sólo así se garantiza el cumplimiento de lo ordenado por el artículo 29 de la Constitución, según el cual el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.³

"Así, toda vez que un ente administrativo como esa Superintendencia, en ejercicio de su potestad sancionadora, debe velar porque las sanciones que se impongan cumplan, entre otros, con el principio de culpabilidad y de proporcionalidad. De conformidad con el principio de culpabilidad, previsto en el artículo 12 del Código Penal, sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad y por ende, queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.⁴

"En este caso, ese Despacho al desconocer los hechos anteriormente mencionados está haciendo responsables a los señores Umaña y Palacio desconoce el principio de culpabilidad, pues deduce la responsabilidad de los representantes legales por la omisión de un deber legal que no recaía en cabeza de las sociedades que ellos representan.

"Por otra parte, el principio de proporcionalidad consiste en que la pena impuesta corresponda a la conducta cometida y a la personalidad del individuo que realizó la conducta presuntamente reprochable. La doctrina penal ha explicado que la mayor o menor drasticidad de las penas depende de la gravedad o levedad de la infracción cometida y ésta, a su vez, del grado de importancia del interés jurídico lesionado y de la magnitud del daño ocasionado.⁵

"De acuerdo con lo anterior, en este caso no es procedente sanción alguna a los señores Umaña y

³ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1 161 de 2000, Expediente D-285 1. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

⁴ Sobre el particular la doctrina ha señalado como elementos de la culpabilidad los siguientes: (i) imputabilidad, (ii) el conocimiento de la antijuridicidad y (iii) la exigibilidad de otra conducta. Ver Córdoba Anguta Miguel Fernando. 'Culpabilidad'. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C., 2002, Pág. 350.

⁵ Reyes Echandia, Alfonso, Obras Completas, Volumen III. Editorial Temis, 1998, Pág. 32

"Por la cual se impone una sanción"

Palacio, pues no se lesionó interés jurídico alguno. Es decir, la presunta integración no tuvo efectos en el mercado colombiano, pues si bien Sun Chemical adquirió acciones en Tintas y Sinclair, estas sociedades continuaron desarrollando su actividad comercial de manera independiente, sin ningún tipo de coordinación. En efecto, Sun Chemical no tiene la capacidad de influenciar el desarrollo de los negocios de dichas sociedades.

"En este caso la SIC debe tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- (i) *"Que los señores Palacio y Umaña no obraron de manera deliberada o dolosa, toda vez que, actuaron en cumplimiento de los deberes impuestos por el artículo 23 de la ley 222 de 1995.*
- (ii) *"Los representantes legales de Tintas y Sinclair cumplieron con el deber impuesto por la Circular Externa No. 09 del 18 de julio de 1997, expedida por la Superintendencia de Sociedades, de actuar de buena fe y lealtad en todas sus actuaciones con el estado, pues informaron a la SIC sobre las adquisiciones de acciones que realizó Sun Chemical y en ningún momento pretendieron negar u ocultar dicho evento.*

"Por lo anterior, la presunta responsabilidad que la SIC pretende imponer a los señores Palacio y Umaña no corresponde a los principios de culpabilidad y proporcionalidad toda vez que la Superintendencia, sin ningún tipo de explicación, la estableció en forma unilateral y sin base alguna, sin considerar los antecedentes de este caso.

"II. Solicitud

"De conformidad con lo expuesto anteriormente, solicito que se archive la investigación abierta en contra de Tintas y Sinclair y ese Despacho se abstenga de imponer sanción alguna a las sociedades investigadas o a sus representantes legales, en la medida en que no se realizaron actos contrarios a las normas relativas a la promoción de la competencia y de manera particular al artículo 4 de la ley 155 de 1959."

CUARTO. Habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

1 Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

En el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, concordante con el artículo 44 del mismo Decreto, se dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales. A su turno, en el numeral 2 del artículo 2 del mismo Decreto, se dispone que esta Superintendencia impondrá las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta esta Entidad.

A este respecto, es oportuno mencionar que, dentro de las normas de competencia se encuentran diferentes facetas que permiten al Estado prevenir o sancionar cuando sea el caso, las conductas que afectan un mercado determinado. Bajo estas facetas se sancionan los actos y acuerdos restrictivos, así como el abuso de posición dominante. En el mismo sentido y bajo una faceta eminentemente de naturaleza preventiva aparecen las integraciones, las cuales deben ser estudiadas con anterioridad a su realización a fin de observar si esa unión afecta las condiciones de un mercado competitivo.

Así pues, en desarrollo de esa labor preventiva, mediante el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, el legislador estableció los supuestos que deben observar los particulares cuando pretenden realizar

"Por la cual se impone una sanción"

una integración, en cualquiera de sus modalidades, los cuales serán explicados en detalle más adelante. Nótese que se trata de una comprobación *ex-ante* en la que el Estado verifica una operación que pretende realizarse, pues su labor posterior no reporta ningún significado frente a una situación ya consolidada.

2 Deber de información previa

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, concordante con el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) o más, estarán obligadas a informar a esta Entidad las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.⁶

2.1 Supuestos contenidos en la norma

Como puede entreverse, en la norma sobre el deber de informar las operaciones de integración, encontramos un supuesto subjetivo, uno objetivo y uno cronológico.

- *Supuesto subjetivo*

El primero de los supuestos se presenta con la determinación del mercado en donde se desarrolla la integración. En el precepto se señala que la carga legal de avisar la operación depende de que la integración involucre empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado. Siendo así entonces, deberá tratarse de una pluralidad de sujetos, concretamente de empresas, que coincidan total o parcialmente en las actividades a que se dedican.

- *Supuesto objetivo*

El supuesto objetivo de la norma se encuentra dividido en dos aspectos. Primero, que los activos de las empresas, individualmente o en conjunto, superen los 20 millones de pesos.⁷ Segundo, que las empresas pretendan fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica que utilicen para ese efecto.

En lo atinente al valor de los activos, consideramos que este dato debe provenir de los últimos estados financieros aprobados, en los cuales se refleje la realidad económica de las intervinientes al momento de la operación.⁸ Estos documentos serán la fuente para tipificar el elemento.⁹

⁶ Sobre el punto, cabe señalar que en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio se fijó un régimen particular, en el que las integraciones cuya información debe realizarse de manera previa, corresponde a la de aquellos procesos en que sus intervinientes se encuentren bajo cualquiera de los siguientes supuestos: - Que su participación conjunta en el mercado respectivo represente más del 20%; medido en términos de ventas durante el año inmediatamente anterior a aquel en que se realizarán las operaciones; o - Que sus activos individual o conjuntamente considerados superen el equivalente de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Artículo 11 del Decreto 2649 de 1993.

⁹ Artículo 772 del estatuto tributario. "Los libros de contabilidad del contribuyente constituyen prueba a su favor siempre que se lleven en debida forma".

"Por la cual se impone una sanción"

El segundo elemento está conformado por la clase de operación que pretende realizarse. Desde el punto de vista de la competencia, teniendo en cuenta que esta figura agrupa cualquier forma, lo importante será el resultado y no la vía. En este sentido, habrá una operación sujeta a información previa cuando quiera que dos a más agentes económicos autónomos e independientes pierdan esa individualidad en el mercado, concentrándose en una sola unidad económica, sin importar que desarrollen su empresa a través de una o de varias personas jurídica.

- *Supuesto cronológico*

El supuesto cronológico de una integración prevé que las empresas que se pretendan integrar y estén inmersas en los supuestos ya referidos, deberán, previa la realización de la operación, contar con el pronunciamiento expreso o tácito de esta Superintendencia. En tal sentido, el aviso no es posterior a la operación, debiéndose éste realizarse con antelación a la misma,¹⁰ pues de no ser así perderá toda razonabilidad el carácter preventivo de la norma.

2.2 Adecuación de la conducta

Tal y como se ha expuesto, para que el deber de información se estructure en una integración específica, se requiere la presencia del supuesto subjetivo, objetivo y cronológico, los cuales en el presente caso se configuraron de la siguiente manera:

2.2.1 Supuesto subjetivo

2.2.1.1 Dos empresas independientes

En primer lugar, debemos señalar que en el caso que nos ocupa existen dos empresas independientes, las cuales fueron constituidas de la siguiente manera:¹¹

- Tintas S.A., es una sociedad que fue constituida mediante escritura pública No.2682 del 10 de agosto de 1970.
- Sinclair S.A., es una sociedad que fue constituida mediante escritura pública No.1155 del 14 de marzo de 1952.

Al tenor del artículo 25 del Código de Comercio, "*Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.*"

En lo que al término empresa se refiere, la norma acoge un criterio económico para la estructuración de su definición, en la medida en que cualquier actividad económica organizada que tenga por

Artículo 68 del código de comercio. "*Los libros y papeles del comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles ...*"

¹⁰ Artículo 6 del Decreto 1302 de 1964: "*Para los efectos de la autorización presunta que se establece en el parágrafo segundo del artículo 4 de la ley 155 de 1959, el término de treinta días empezará a contarse desde ...*" A su vez, el parágrafo 2 del artículo 4 de la ley 155 de 1959 establece: "*Si pasados treinta días de haberse presentado el informe de que trata este artículo no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla.*"

¹¹ Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 98 del Código de Comercio, las sociedades, una vez constituidas legalmente, forman una persona jurídica.

"Por la cual se impone una sanción"

finalidad la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios, constituye por sí misma una empresa.¹²

De lo previsto en las normas antes transcritas, frente al acervo probatorio recaudado, se puede concluir que Tintas S.A. y Sinclair S.A. antes de la integración eran dos empresas independientes.

2.2.1.2 Dedicadas a la misma actividad

Tal y como consta en los certificados de existencia y representación legal de las compañías Tintas S.A. y Sinclair S.A.,¹³ son estas empresas legalmente constituidas, y que coinciden en algunas de sus actividades.

En efecto, la sociedad Tintas S.A. tiene como objeto social, lo siguiente:

"El objeto social de la sociedad es fabricar toda clase de tintas y auxiliares para las artes gráficas y para la estampación de textiles, así como toda clase de colorantes y auxiliares para el tratamiento de tales materiales y de otros; producir materias primas para los productos antes dichos; adquirir tales productos y materias primas y venderlos, o de otra manera enajenarlos o distribuirlos, bien sea en el país o en el exterior, o promover su producción para provecho de su propio giro; representar a fabricantes, o comerciante y a distribuidores que se dediquen a dichos ramos y dar asistencia técnica a las mencionadas actividades ."

A su vez, la sociedad Sinclair S.A. tiene como objeto social, lo siguiente:

"El objeto social: 1) La fabricación, compra, venta, exportación, importación y distribución de tintas, pinturas, recubrimientos industriales, resinas, adhesivos, dispersiones pigmentadas para la industria, colores, barnices, y sus componentes y de los materiales y productos útiles en la fabricación de cualquiera de los mismos, así como de todas las materias, artículos y mercancías incidentales a los mismos o relacionados con ellos. (...)."

Como puede apreciarse, las dos empresas investigadas tienen dentro de su objeto, la fabricación de tintas para artes gráficas empleadas en la impresión de diferentes materiales, así como de productos destinados para su fabricación.

Lo anterior resulta corroborado con las certificaciones expedidas por los representantes legales de las sociedades investigadas, a través de las cuales se pudo establecer que la actividad desarrollada por las mismas se encuentra circunscrita al mercado de tintas. Así, en la certificación de Sinclair se da constancia de que, *"Durante el periodo de tiempo comprendido entre diciembre de 1998 y junio de 1999 Sinclair S.A. desarrolló las actividades comprendidas en su objeto social. Es decir, participó en el mercado de las tintas para prensas rotativas, y tintas líquidas a base de agua y solvente, de conformidad con lo señalado en el documento radicado con el número 01094023, que obra en el expediente"*.¹⁴

¹² Superintendencia de Sociedades, concepto 220-12781. La empresa y los establecimientos de comercio.

¹³ Ver folios 8 a 12 y 46 a 48 del expediente 02019482.

¹⁴ Ver numeral 2 de la respuesta a requerimiento de información por parte de Sinclair, radicado bajo el número 02019482-10013, folio 171 del expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

De igual forma, Tintas S.A. certificó que: *"La actividad realizada por esta compañía entre el periodo de diciembre de 1998 y diciembre 1999 era la fabricación y venta de los siguientes productos: tintas líquidas base agua, tintas líquidas base solvente, tintas base aceite para rotativas (Cold – set y Heat - set) y tintas para prensas planas (Sheetfed)"*.¹⁵

La coincidencia de las actividades a las cuales se dedican las empresas investigadas, pudo corroborarse al analizar los clientes que atendieron durante el periodo en que se llevó la operación que se analiza, en tanto más del 81% de los mismos fueron atendidos por Tintas y Sinclair, situación que incluso persiste en la actualidad.¹⁶

Analizados en conjunto los elementos descritos anteriormente, se concluye que Tintas y Sinclair constituyen ciertamente empresas dedicadas a una misma actividad.

2.2.2 Supuesto objetivo

a) Naturaleza de la operación

Como ya se ha dicho, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 previene que, *"Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (20.000.000) o más, estarán obligadas a informar al gobierno nacional de operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración"*.

Los procesos mencionados conllevan o presuponen la realización de integraciones o concentraciones en las que los intervinientes de la operación concurren en un mismo mercado, de tal suerte que se presente *"...una modificación inmediata de la estructura de la industria en la que se produzca, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse como consecuencia de esta operación, en una sola entidad con mayor participación relativa en un mercado cuya concentración económica aumenta"*.¹⁷

De esta manera, las empresas que pretendan acogerse a cualquiera de estas figuras¹⁸ y que a su vez estén cobijadas por cada uno de los requisitos consagrados en el citado artículo 4º, deberán comunicar previamente la operación que pretenden realizar, a efectos de que esta Entidad determine su procedencia o si existen motivos para objetar o condicionar la respectiva operación. En esta medida se tiene que la inobservancia del deber mencionado, deviene en ilegalidad.

¹⁵ Ver documento obrante a folio 227 del cuaderno reservado de Tintas S.A., que hace parte de los documentos recaudados en visita administrativa de fecha 31 de julio de 2002.

¹⁶ Listado de clientes de la empresa Sinclair S.A. y Tintas S.A. Anexo D, descripción del mercado de Tintas y Sinclair, obrante a folios 49 a 58 del expediente reservado 010944023, correspondiente al escrito de fecha 31 de octubre de 2001 y listado de clientes de la empresa Tintas S.A., obrante a folios 183 a 186, cuaderno reservado 02019482.

¹⁷ Tomado del documento "El Control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados." Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Ministerio de Producción de Argentina. www.minproducción.gov.org.

¹⁸ Según Emilio Archila, *"las normas de competencia se redactaron y deberán interpretarse dentro de la misma intención de que el análisis de las integraciones económicas corresponda a la realidad económica de las operaciones, más que a formalidades y aspectos legales"*. Apuntes sobre integraciones empresariales y competencia, en Estudios de Derecho Comercial, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, Pág. 16)

"Por la cual se impone una sanción"

Recordemos entonces que, en un esquema de organización jurídico-económico como el nuestro, la interacción de las fuerzas del mercado y el papel que en el desempeñan los diferentes agentes económicos, constituye un tema de vital interés. La política de competencia en su acepción más amplia, está marcada por una serie de fines y propósitos, que tienden en últimas a asegurar el bienestar común. En esta justa perspectiva, resulta imperativo que aquellas situaciones que tengan la virtuosidad de suponer variaciones de consideración para el entorno económico en que se presentan, sean revisadas con antelación por las autoridades de competencia, a efectos de prevenir cualquier efecto adverso que pueda derivarse para esa sumatoria abstracta de agentes e intereses que denominamos "mercado".

Así, cuando quiera que varíe o pueda variar la composición de un sector económico específico, no como resultado del proceso natural y lógico de rivalidad entre competidores sino como consecuencia de un proceso de integración empresarial, es preciso que dicho proceso sea revisado antes de que se materialice, pues no es ya la eficiencia o ineficiencia de éste o aquel agente económico la que confluye en la alteración de las condiciones del mercado, sino el deseo de las intervinientes de aglutinar sus actuaciones e intereses en una misma dirección.

Entonces, el deber de información previa que establece el artículo 4 de la Ley 155, corresponde a la finalidad de poder verificar aquellos procesos que de manera artificial conllevan una alteración en los índices de participación o concentración, para por esta vía cerciorarse de que los mismos no implican ni conllevan un efecto indeseable para el mercado.¹⁹ En este sentido, se ha dicho por parte de esta Entidad 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"*.²⁰

En esta justa perspectiva, se ha previsto en forma expresa que, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio, *"pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas"*,²¹ debiendo resaltar que el mismo estatuto define control como *"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"*.²² (El subrayado es nuestro)

De suerte pues que, ha sido el propio Ordenamiento quien le ha conferido a esta Superintendencia la revisión de aquellas operaciones que impliquen o supongan la adquisición del control, tarea para la cual, resulta indispensable que las empresas que estén bajo tales presupuestos proceden al aviso previo de la correspondiente operación. De cualquier modo, se enfatiza en que el deber de información a que venimos aludiendo no está circunscrito a las fusiones o consolidaciones, sino a toda la gama de operaciones que de una u otra manera presupongan o confluyan en la realización de una integración empresarial, pues como ya se indicara, es al resultado al que se presta atención y no al medio que se utiliza para tal propósito.

¹⁹ De acuerdo con el artículo 88 del Ordenamiento Superior, la libre competencia constituye un derecho e interés de naturaleza o carácter colectivo.

²⁰ Concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio con N° de radicación 00001365.

²¹ Al respecto, ver numeral 14 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

²² Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 4.

"Por la cual se impone una sanción"

Bajo el anterior marco conceptual, hemos de advertir que en el caso específico tuvo lugar una integración entre las empresas Tintas y Sinclair, como consecuencia de las integraciones que hicieran en su orden, con Sun Chemical Group. Veamos

- *Integración Tintas S.A. – Sun Chemical Group*

Efectivamente, logró establecerse la realización de una operación de integración, cuyo punto de partida fue la inversión de capital extranjero realizada por la sociedad Sun Chemical Group B.V. en la sociedad Tintas S.A., al adquirir en febrero de 1999 el 50% de las acciones que poseía Inversiones Mundial en la mencionada compañía.²³

Así, en el Acta de Junta Directiva de **Tintas S.A.–Sun Chemical** número 412 de 16 de septiembre de 1999, en el punto III referente al "Resumen de la reunión de integración con Sun Chemical", quedó constancia de que, "se comentó a la Junta que el día 7 y 8 de septiembre de 1999, se llevó a cabo en Miami, en el Hotel Sheraton, la reunión de integración entre Tintas S.A. y Sun Chemical, en la cual se trataron los siguientes puntos: "(...) b) Tintas efectuó propuesta de giro por parte de Sun Chemical del 43% de la cartera adquirida con fecha límite el 30 de noviembre. Esto ha sido aceptado, siempre y cuando sobre la cartera que a dicha fecha, no haya sido recaudada por Sun Chemical, se efectúe una labor conjunta entre Tintas y Sun Chemical para su recaudo".²⁴ (Subrayado nuestro)

Adicionalmente, en dicha Acta se evidencia una interferencia directa en la toma de decisiones de Sun Chemical en la nueva sociedad (Tintas – Sun Chemical). En efecto, en los numerales b y c del punto 2) "Relación futura entre Sun Chemical y Tintas S.A. se señala lo siguiente: "(...) b) Los procedimientos propuestos por Tintas para fijación de precios y condiciones de ventas, pedidos, cartera y facturación a Sun Chemical por concepto de las ventas directas que esta última realice en los países de la comunidad andina, fueron aceptados en su totalidad, considerando que la administración total será de Tintas, basado en el precio intercompany. c) Con respecto al precio intercompany (costo estandar + 5% de utilidades para Sun Chemical) Mrs. Stevens comenta que dicho precio será cambiante en la medida en que el costo estandar cambie. Sin embargo, Sun Chemical informará oportunamente los cambios que el costo estandar sufra y el origen de los mismos".²⁵

Así mismo, en el informe presentado por la junta directiva de Tintas S.A. a la asamblea general de accionistas de la sociedad, realizada el 31 de marzo de 2000, se puso de presente que "Durante el año 99 se concretó la adquisición por parte de Sun Chemical del 50% de las acciones que poseía Inversiones Mundial en la Compañía. A su vez Tintas S.A. adquirió las inversiones y operaciones comerciales que tenía Sun Chemical en Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela."²⁶ Es de resaltar que el aviso de convocatoria hecho por el gerente general, va dirigido a los accionistas de Tintas S.A.–Sun Chemical.²⁷ Igualmente, en dicho informe se evidencia la realización de un contrato de *Joint Venture* entre Sun Chemical y Tintas, el cual tuvo un período de transición en que las

²³ Folios 478 a 481, del cuaderno reservado Tintas S.A.

²⁴ Folio 266 del cuaderno reservado de Tintas S.A.

²⁵ Folio 265 ibidem.

²⁶ Folio 406 del cuaderno reservado de Tintas S.A.

²⁷ Folio 407, ibidem.

"Por la cual se impone una sanción"

operaciones en los países mencionados se manejaron conjuntamente por dichas Compañías, contrato este que terminó seis meses después y a partir de ese momento, Tintas S.A. tomó el control y manejo de toda la operación del Grupo Andino. En efecto, se registra en el informe, lo siguiente: "... Esto fue muy beneficioso para nosotros pues nos permitió el conocimiento del mercado, sus clientes, sus condiciones y se logró la integración y el conocimiento entre el personal de ambas compañías."²⁸

En las notas a los estados financieros que forman parte de dicho informe, se encuentra el acápite de "Nota 8. Inversiones Permanentes" en el cual está registrada la inversión que hizo Tintas en Sun Chemical Perú, con un 99.9% por ciento de participación. En efecto, en aclaración contable de dicho registro se dice: "(3) En el mes de marzo de 1999, la Compañía adquirió por USD 4,200,000.00 las operaciones comerciales que Sun Chemical Corporation poseía en el Grupo Andino y el 99.9% de la sociedad Sun Chemical ubicada en Perú, como consecuencia del Joint Venture realizado con Inversiones Mundial (principal accionista) en la misma fecha."²⁹

Ahora bien, en el informe de Asamblea General de Accionistas de marzo 21 de 2001 en la notas a los estados financieros, en el acápite "Nota 8. Inversiones Permanentes" se registra la inversión en Sun Chemical Ecuador con 99.98% de participación por parte de Tintas, manteniéndose adicionalmente la inversión de Tintas en Sun Chemical Perú.³⁰

Llama la atención el hecho que la papelería utilizada por Tintas S.A. con fecha anterior a la Asamblea de Accionistas de 2000, aparecía bajo el membrete de "Compañía Tintas S.A.", mientras que la papelería utilizada a partir de esa misma Asamblea, registra como "Tintas S.A. Sun Chemical".³¹

Luego, se ha podido evidenciar que existen inversiones mutuas entre Tintas y Sun Chemical y que las decisiones comerciales y administrativas se discuten y toman en conjunto, luego existe univocidad de criterio y en esa medida actúan como una sola unidad, encuadrándose dicha operación dentro de la definición de control que contempla el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, pues al realizarse el análisis del acervo probatorio se logra establecer que existe la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial. Todo lo anterior nos permite concluir que las empresas a que venimos haciendo alusión están integradas bajo la denominación Tintas S.A.–Sun Chemical

Finalmente, es oportuno señalar que el direccionamiento ejercido por Sun Chemical sobre Tintas no puede ser contrarrestado por ninguno de los otros accionistas, en razón a que sus participaciones ni individual ni conjuntamente, superan el 50% de la participación accionaria de la empresa

- *Integración Sun Chemical – Sinclair S.A.*

A la operación descrita en el punto anterior le siguió la realizada en Sinclair S.A. Efectivamente, el 29 de diciembre de 1999 Sun Chemical Group B.V. adquiere de Totalfina S.A. un paquete de acciones de la Sociedad Sinclair S.A., correspondiente al 79.1% del capital de esta última,³² operación que se

²⁸ Ibidem.

²⁹ Folios 384 y 385 del cuaderno reservado de Tintas S.A.

³⁰ Folio 318 del cuaderno reservado de Tintas S.A.

³¹ Folios 263 a 267, 226 y 227, 412, 344 del cuaderno reservado de Tintas S.A.

³² Folios 166 a 169, del cuaderno reservado de Sinclair S.A.

"Por la cual se impone una sanción"

ve reflejada en las notas a los Estados Financieros, para los años terminados el 31 de diciembre de 1999 y 2000, en el acápite de patrimonio.³³

Así y teniendo en cuenta que el control es definido como "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",³⁴ no cabe duda que Sun Chemical al poseer la participación accionaria mayoritaria en Sinclair S.A. tiene el control de ésta última, en tanto tiene la posibilidad de influenciar directamente la política empresarial, la iniciación o la terminación de la actividad de Sinclair, la variación de su actividad, o la disposición de sus bienes o derechos esenciales para el desarrollo de su actividad.

• *Integración indirecta entre Tintas S.A. y Sinclair S.A.*

A lo largo del presente escrito, han logrado establecerse las integraciones realizadas entre Tintas S.A. y Sun Chemical y entre esta última y Sinclair S.A., así como la existencia de unidad de criterio entre las sociedades integradas.

Así, si se tiene en cuenta que las dos empresas nacionales desarrollan la misma actividad; que Sun Chemical interviene y participa en Tintas S.A. y que la participación de Sun Chemical en Sinclair S.A. es del 79.1%, puede concluirse que se presenta una integración indirecta entre Tintas y Sinclair, ya que como se probó, existe unidad de criterio y en esa medida actúan en el mercado como un solo agente, en beneficio de un mismo interés, lo que implica una concentración. Luego, dicha operación no podía escapar al control preventivo que la Ley 155 de 1959 le confiere a esta Superintendencia.

Para este Despacho, en el momento en que Sun Chemical Group B.V. adquiere la referida participación accionaria en Sinclair, se produce una integración indirecta entre esta última y la empresa Tintas.

Por lo anteriormente expuesto, se cumple con el supuesto de la norma que se está analizando.

b) *Activos que asciendan a 20 millones de pesos y en todo caso superen los 50.000 SMLV*

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959, establece que las empresas que se dediquen a la misma actividad productora abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000.00), o más, están obligadas a informar a esta Superintendencia de una operación de fusión, consolidación o integración entre sí.

Como complemento a lo anterior, la Circular Externa 26 de 16 de diciembre de 1999, vigente para la época,³⁵ consagraba el régimen de información particular, a partir del cual debía informarse a esta Entidad las operaciones de integración cuando los activos de las empresas conjuntamente considerados superasen el equivalente de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este entendido tenemos, que para 1999, la obligación a que nos venimos refiriendo, se estructuraba de la siguiente manera:

³³ Folio 70, cuaderno reservado Sinclair.

³⁴ Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 4°.

³⁵ Es de precisar que esta circular fue modificada a través de la Circular Externa 02 de 2000, recogida a su vez por la Circular Unica de esta Entidad. En todo caso, es importante resaltar que las disposiciones atinentes al régimen de autorización general y particular no han sido modificadas.

"Por la cual se impone una sanción"

Concepto	\$
Salario mínimo legal mensual vigente	236.460.00 ³⁶
50 mil salarios mínimos - integraciones	11.823'000.000.00

En este orden de ideas, las sociedades investigadas al momento de llevarse a cabo la operación que se analiza, tenían sus activos valorados en:³⁷

Sociedad	Activos
Tintas S.A.	36.386'611.000
Sinclair	28.316'158.000
Total activos	64.702'769.000

Siendo así, queda claro entonces que los activos de las empresas investigadas se situaban por encima de los veinte millones de pesos (\$20.000.000.00), y en todo caso, excedían el monto de los 50.000 S.M.L.M.V., de suerte que, dichas empresas estaban inmersas en el régimen de autorización particular, y en consecuencia, debían proceder a informar previamente la correspondiente operación a esta Superintendencia, pero no fue así, como a continuación nos proponemos exponer.

2.2.3 Supuesto cronológico

Se ha podido establecer entonces, que las empresas investigadas se hallaban sujetas al régimen de información particular, contenido en la Circular Única No.10 de esta Superintendencia, pese a lo cual, verificado los archivos de esta Entidad no se encontró que las sociedades investigadas hubiesen dado cumplimiento al deber de información previa de que trata el artículo 4 de la ley 155 de 1959.

Tal como se indicó, el deber de información de una operación que se encuentra dentro de los supuestos enunciados debe cumplirse previamente a la realización de la misma. Esta carga se estableció como una prevención a situaciones monopólicas, con lo cual se da materialidad a lo ordenado en el artículo 333 de la Constitución Política. En tal sentido, una vez presentado el informe de la operación esta Superintendencia evalúa si por las condiciones en que se llevaría a cabo la operación no encierra peligros para el mercado en general, o si por el contrario, amerita su objeción o condicionamiento.

Habiéndose establecido que Tintas y Sun Chemical se habían integrado, es un sofisma considerar que cuando Sun Chemical adquiere un porcentaje considerable de las acciones de Sinclair no se está dando una integración entre esta última y Tintas S.A., pues finalmente Tintas y Sun Chemical se hayan integradas, con lo cual el efecto para el mercado es el mismo.

³⁶ Tomado de www.banrep.gov.co/estadísticas

³⁷ Ver Balance General a diciembre de 1999 de las empresas investigadas, Tintas S.A. y Sinclair S.A. obrante a folios 332, cuaderno reservado de Tintas S.A. y 87 cuaderno reservado Sinclair S.A.

"Por la cual se impone una sanción"

Luego, mal puede atribuirse un supuesto desconocimiento de parte de la empresa Tintas S.A. respecto a un proceso de integración del que no ha sido ni será extraña. La unidad de criterio a la que están expuestas Tintas y Sinclair resulta evidente según lo ya expuesto, y como reflejo de ello aparece la coincidencia de algunos de los miembros de sus juntas directivas como los señores Ursula Stevens, Biagio Vignolo y Ralph Flores.

De otra parte, no puede perderse de vista que el deber contenido en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, tiene como destinatarias a las empresas que vayan a integrarse, "sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración",³⁸ por ello, aunque el proceso que se analiza se haya gestionado a través de una tercera empresa, Sun Chemical, no puede desconocerse que como resultado del mismo se presentó una integración entre Tintas y Sinclair en los términos ya mencionadas.

En adición a lo anterior, es preciso aclarar que las inversiones extranjeras que repercutan en el mercado colombiano deben informarse a esta Superintendencia, cuando quiera que concurren los elementos señalados por el artículo 4 de la Ley 155. Es obvio que no se pretende que el informe a esta Superintendencia contenga las implicaciones de la operación realizada en el extranjero, pero lo que sí deber contener, es la información que hace referencia a los posibles efectos en el mercado colombiano. Esto, con la finalidad de que esta Entidad pueda determinar y cuantificar la posible concentración del mercado, como resultado de la integración empresarial.

En esta medida y habiéndose comprobado la triangulación realizada, este Despacho concluye que la omisión al deber de información se materializó en el momento en que Sun Chemical adquiere las acciones de Sinclair. Se recuerda al apoderado de las empresas, que a voces del Código Civil el carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar,³⁹ siendo la norma que se endilga violentada un mandato de conducta a partir del cual el legislador impone un deber de información previa a las empresas que se encuentren bajo sus supuestos, que como ya se vio, fueron omitidos en el presente caso por las sociedades colombianas que participaron en la triangulación.

En esta misma perspectiva, tenemos que al ser el artículo 4 de la ley 155 de 1959 una norma de conducta, basta con su omisión para que se entienda desconocida. No se requiere entonces un efecto nocivo para el mercado como consecuencia de la integración adelantada. Sería un contrasentido condicionar la infracción de la norma a la verificación de un resultado dañino cuando se trata justamente de una norma de carácter preventivo, que busca evitar a toda costa un impacto negativo sobre la dinámica y el buen comportamiento del mercado.

Ha quedado demostrado que la operación adelantada se ajustaba a los lineamientos del régimen de autorización particular y pese a ello no fue informada.

3 Frente a las observaciones presentadas

Alega el apoderado de las investigadas, en sus observaciones al informe motivado, que la conclusión a que llegó este Despacho es errónea, ya que por el hecho de que Sun Chemical tuviese el 50% del capital suscrito de Tintas S.A. y el 79.1% del capital de Sinclair S.A., de allí no se deriva la exposición de ambas compañías a unidad de criterio, debido a que no existe en nuestro ordenamiento norma que permita deducir que la sola participación en el 50% del capital de una

³⁸ Véase artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

³⁹ Código Civil; artículo 4.

"Por la cual se impone una sanción"

sociedad constituya una causal de control, señalando además, que no existe prueba en el expediente que permita deducir que Sun Chemical ejerce control sobre las investigadas en los términos del numeral 4 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992, agregando además que la exposición a unidad de criterio no es una causal que pueda invocar esta Entidad para predicar la existencia de una integración económica.

Al respecto, este Despacho se remite a lo expuesto en el acápite denominado "*Naturaleza de la operación*" contenido en el numeral 2.2.2 del presente proveído.

Finalmente, respecto de los argumentos del apoderado de Tintas S.A. y Sinclair S.A. en relación con la responsabilidad de los representantes legales de dichas sociedades, los mismos serán resueltos, en el siguiente numeral.

4 Responsabilidad de los representantes legales

Según el contenido del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio imponer sanciones hasta por 300 S.M.L.M.V. a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto.

Así, 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 la de la empresa.

En este punto, respecto a los argumentos del apoderado de las investigadas en cuanto a que los representantes legales de éstas no fueron vinculados a la investigación, ni a la actuación procesal en general, este Despacho difiere de lo aducido, por las razones que pasa analizar. Veamos:

Mediante Resolución No. 07564 de 2002 se ordenó abrir investigación para determinar si las sociedades Tintas S.A. y Sinclair S.A., infringieron el artículo 4 de la Ley 155 de 1959. Adicionalmente, el artículo segundo de la citada resolución ordenó abrir investigación para determinar "*si los representantes legales de las sociedades investigadas autorizaron, ejecutaron o toleraron*" la conducta que se investiga, es decir la infracción al citado artículo 4º.

Así mismo, en el artículo 3º de la citada resolución se ordena la notificación personal de los representantes legales de Tintas y Sinclair para que soliciten o aporten las pruebas que pretendan hacer valer dentro de la investigación. Es así como, en el cuerpo mismo de la resolución se hace mención de a quién se debe notificar el contenido de la resolución, señalando de manera expresa a Iván Darío Palacio González como Gerente General de Tintas S.A. y a Ricardo Umaña Herrera como Gerente General de Sinclair S.A.

Ahora bien, a folios 13, 25 y 49 del cuaderno general del expediente, obran poderes conferidos a su apoderado por parte de Ricardo Umaña en su calidad de representante legal de Sinclair S.A.⁴⁰ y de Iván Darío Palacio González, en su calidad de representante legal de Tintas S.A.⁴¹

⁴⁰ Certificado de Existencia y Representación Legal de Sinclair S.A. obrante a folios 8 a 12 del cuaderno general del expediente.

⁴¹ Certificado de Existencia y Representación Legal de Tintas S.A. obrante a folios 46 a 48 del cuaderno general del expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

En esta medida, este Despacho puede verificar que los representantes legales de las citadas empresas, tenían conocimiento de la resolución de apertura de la investigación en contra de las sociedades que representan, así como de su vinculación a dicha investigación, en su calidad de representantes legales. Por ello no son de recibo los argumentos expuestos por el apoderado de los investigados. Ahora bien, si a lo largo de la investigación los representantes legales de Tintas y Sinclair no hicieron uso de su derecho de defensa, no es porque esta Superintendencia no les hubiera dado el espacio para ejercerlo, sino porque fue voluntad de los mismos, no hacer uso de éste.

De igual manera, si como argumento se tuviera que no fueron identificados los representantes legales contra los cuales se abrió investigación, por tener cada sociedad un representante legal principal y varios suplentes, la conclusión seguiría siendo la misma, pues no se olvide que los suplentes están llamados a reemplazar a los principales solo en sus faltas absolutas o temporales, dado el régimen de las suplencias.⁴² Por lo cual, no es dado que los representantes legales y los suplentes puedan actuar simultáneamente. Así y como quiera que en el expediente no obran elementos que permitan inferir la ausencia de los representantes principales para la época en que se llevó a cabo la operación, forzoso es concluir que estaban ejerciendo sus cargos para ese momento.

En todo caso, no puede pasarse por alto lo establecido en el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo que a la letra dice, "*Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.*" En este sentido, son varios los elementos que obran en el expediente que apuntan a señalar que tanto los representantes legales, como su apoderado, tenían pleno conocimiento de que la actuación que se estaba promoviendo era en contra de los principales. Así pues, aparece:

- Oficio radicado con el número 02019482-10000 21 de mayo de 2002 en el cual el apoderado de Sinclair manifiesta que: "*Así no se entiende el motivo por el cual la Superintendencia de Industria y Comercio ('SIC') vincula a Sinclair en la presente investigación, cuando su representante legal y la sociedad misma nada tienen que ver con la decisión tomada por SUN CHEMICAL GROUP B.V. para invertir en la sociedad Tintas.*"⁴³

⁴² "Artículo 440 del Código de Comercio. – La sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva por periodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación a la asamblea."

"Para que el representante legal suplente pueda reemplazar al principal, debe necesariamente darse la ausencia del titular, ausencia que no necesariamente debe darse en forma material, sino que sea imposible al principal desempeñar sus funciones en un momento dado. (Oficio SL – 7717, marzo 22 de 1991 y 220-45508, julio 22 de 1998 Superintendencia de Sociedades).

"(...) La única condición de la que pende el ejercicio efectivo de las funciones del suplente como representante legal es la ausencia o falta del titular, y nuevamente serán los estatutos sociales los que en primera instancia determinarán en qué tipo de faltas reemplazará el suplente al titular, si éstos no disponen nada en especial, el suplente ante la sola ausencia podrá entrar a actuar válidamente y los terceros, al verificar que de acuerdo con los certificados del registro público expedido por la cámara de comercio respectiva no existen limitaciones a las facultades del suplente, podrán contratar válidamente con la sociedad (...)" Cámara de Comercio de Bogotá, Oficio 30733, junio 11 de 1986). En igual sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades en los Oficios DAL – 15738 de julio 29 de 1986 y 220-33489 de junio 9 de 1985.

⁴³ Folio 19 del cuaderno general del expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

- En el mismo oficio a folio 18 manifiesta el apoderado: "No obstante, en los numerales 15 y 16⁴⁴ del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 no se prevé el término durante el cual el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para imponer las sanciones allí previstas." Puede observar el Despacho que el mismo apoderado de Sinclair tiene clara la vinculación del representante legal de dicha sociedad, a la investigación. Dicha claridad del apoderado, debe extenderse, por tanto al representante legal, como consecuencia lógica del deber de información del apoderado a su poderdante. Esta consideración se encuentra comprendida, igualmente, dentro del oficio radicado con el número 02019482-10001 de 18 de junio de 2002, mediante el cual el apoderado de Tintas, presenta descargos y solicita pruebas, con ocasión de la resolución de apertura de la investigación.
- Oficio radicado bajo el número 02019482-10008 de julio 12 de 2002, mediante el cual el representante legal de Sinclair atiende un requerimiento de información hecho por esta Superintendencia y además manifiesta su conocimiento sobre la solicitud de su apoderado, para la aclaración del acto de pruebas. En efecto, manifiesta el representante legal de Sinclair "(...) con respecto a la restante información solicitada en los numerales 1, 2, 3, 5 y 6 de dicha comunicación, he sido informado por el apoderado de Sinclair S.A. sobre la solicitud que se presentó para aclarar el alcance del término 'dictaminados' con respecto a documentos diferentes a los Estados Financieros.
- Oficio radicado bajo el número 02019482-10013 de julio 26 de 2002 mediante el cual el representante legal de Sinclair S.A. remite información adicional, requerida por esta Superintendencia.
- Acta de visita realizada en la ciudad de Medellín, el 31 de julio de 2002, en las instalaciones de Tintas S.A. suscrita por el Gerente General de dicha sociedad, señor Iván Darío Palacio.

Los elementos anteriormente señalados confieren suficiente ilustración a este Despacho, sobre el conocimiento de los representantes legales de Sinclair y Tintas de la resolución de apertura de la investigación, lo cual permiten inferir la conformación de los presupuestos contenidos en el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo.

En este sentido, se pronuncia el Consejo de Estado, de la siguiente manera: "el artículo 48 del C.C.A. determina que la falta de irregularidad en las notificaciones de los actos administrativos implica que el acto no producirá efectos, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales. Se trata entonces de una notificación por conducta concluyente que a la luz del C.P.C se define en el artículo 330 así:

"Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la menciona en un escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda constancia en el acta, se considerará notificada personalmente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia.

"De esta manera, si el particular tiene conocimiento del acto y además de los recursos que proceden, como se desprende claramente de la acción que ahora se estudia, mal puede alegar que se está violando su derecho de defensa."⁴⁵ (El subrayado es nuestro)

⁴⁴ "Artículo 4º. Funciones del Superintendente de Industria y comercio. (...)16. Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional.(...)"

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, Ref.: Expediente No. 7382, Acción de Tutela.

"Por la cual se impone una sanción"

De igual manera, manifiesta dicha Corporación, *"El hecho cierto de que no fue identificado con su nombre en el edicto por el cual fue notificada a las partes la sentencia que decretó su pérdida de investidura, sino que en el espacio correspondiente a la indicación del demandado se anotó 'CONCEJAL DE SOMONDOCO'. Si bien la situación descrita constituye una omisión a la luz de lo ordenado en el artículo 323 del C. de P.C., en la medida de que dispone que el edicto deberá contener la determinación, entre otros datos, del demandante y del demandado, lo evidente es que ella no tiene la virtud de afectar el proceso, como tampoco la sentencia, puesto que es posterior a ésta sino, a lo sumo, la diligencia de notificación de la misma, y por consiguiente su eficacia o firmeza, en caso de que no se configure la notificación por conducta concluyente."*⁴⁶

Ahora bien, el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, constituye una norma de carácter preventivo, toda vez que dispone que las empresas que se encuentran dentro de sus presupuestos, deberán informar previamente las operaciones de integración que pretendan llevar a cabo, con el fin de que esta Entidad, pueda anticipar y anteponerse a cualquier efecto restrictivo o distorsivo que la operación pueda suponer para el mercado específico.

De manera pues, que habiendo establecido en los términos ya expuestos, que entre las empresas Tintas S.A. y Sinclair S.A. se llevó a cabo una operación de integración empresarial, que a pesar de hallarse dentro los linderos establecidos en la Ley 155 de 1959 no fue informada oportunamente, encuentra este Despacho motivos suficientes para considerar que Iván Darío Palacio González, representante de Tintas y Ricardo Umaña, representante de Sinclair, habrían tolerado la operación respectiva, pretermitiendo el deber de información previa a que se ha venido haciendo alusión,⁴⁷ generándose por tanto su responsabilidad, dado que habrían omitido⁴⁸ un deber de información previa que la ley radica en cabeza de las empresas por ellos representadas.

⁴⁶ Consejo de Estado. Número de Radicación: 5982 - 00.

⁴⁷ Sobre este punto, es importante resaltar que la Ley 222 de 1995 demanda de los administradores buena fe y lealtad en todas sus actuaciones con el Estado, con los clientes de la empresa, con la sociedad en si misma, con sus competidores, con los empleados, etc. Así, *"estableciendo este marco general de la conducta de los administradores, la mencionada ley les señala algunas pautas específicas en el artículo 23, las cuales se orientan al desarrollo adecuado del objeto social, el acatamiento de los estatutos y disposiciones legales, al facilitamiento del ejercicio de la revisoría fiscal, a la guarda y protección de la reserva comercial e industrial de la sociedad, a la observancia de la equidad en el trato a todos los socios y al respeto del ejercicio de su derecho de inspección, a la no ejecución de actividades que impliquen competencia con la sociedad o que originen conflictos de interés, y a la no utilización indebida de información privilegiada, (...)"*. (Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 09 de julio 18 de 1997)

En este sentido, se ha establecido que *"el cumplimiento u observancia de las pautas que enuncia la ley 222 para delinear el comportamiento ideal de los administradores no significa el agotamiento de sus deberes. Éstos solamente están limitados por la buena fe, la lealtad, la diligencia del buen hombre de negocios y los intereses de la sociedad y los asociados. De suerte que la frontera de sus deberes tiene que buscarse en los principios enunciados y no en la relación simplemente ilustrativa que trae el artículo 23 de la ley 222 de 1995."* (Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 09 de julio 18 de 1997)

En esta perspectiva, tenemos entonces que, las exigencias de la Ley 222 de 1995 generan, como ya se dijo, un deber especial de diligencia y cuidado en el proceder de quienes ostentan la representación legal de una empresa, debiendo procurar siempre y en todo lugar, el absoluto apego a la ley en los actos del ente cuya representación legal les ha sido conferida.

⁴⁸ Se entiende por omisión *"El incumplimiento de un deber jurídico."* MADRID - MALO GARIZABAL. Mario. Diccionario de la Constitución Política de Colombia. Editorial Légis. Página 224.

"Omisión: Abstención de hacer." CABARELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV. Página 672. Edición 12.

"Por la cual se impone una sanción"

Finalmente, en cuanto a la observación del apoderado de los investigados, en cuanto al deber de esta Superintendencia de aplicar los principios y reglas del derecho penal al derecho administrativo sancionador, este Despacho se permite manifestar que de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el régimen del derecho administrativo sancionatorio, "no puede confundirse con el régimen penal ordinario ni se informa de sus orientaciones; por el contrario, desde sus orígenes se ha sostenido que entre uno y otro régimen existen profundas diferencias de contenido u objeto y de finalidad, que no obligan en ningún modo ni al intérprete ni al legislador, para hacer extensivas las orientaciones, los principios y las reglas de uno al otro, mucho menos en el ámbito de la determinación de la responsabilidad por su aspecto subjetivo o de la culpabilidad."⁴⁹ Agrega la Corte que, "no todo el Derecho, uno de cuyos elementos esenciales se funda en su fuerza coactiva y en el respaldo coercitivo de la sanción pública, es de orden punitivo o penal; en consecuencia debe entenderse que no toda sanción fundada en el Derecho es punitiva o de orden penal; pues se encuentran reglas y procedimiento de naturaleza civil, de orden común, de carácter administrativo, sea policivo, correccional, disciplinario o económico, y aun de orden político, de rango constitucional o legal, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan sanciones de diversa categoría." Con base en lo anterior concluye la Corte que, "por dichas razones, en algunas de las partes del Derecho Administrativo... se admite la no pertinencia de los elementos subjetivos de la conducta tipificada previamente como sancionable."

Puntualiza la Corte señalando que, "existen razones que distinguen entre uno y otro ordenamiento, con base en los principios instrumentales de rango constitucional que permiten reconocer la existencia de ordenes jurídicos parciales, con sus propias reglas, que no se aplican por extensión a todo el sistema jurídico, como es el caso de los principios inspiradores y rectores de la normatividad sustantiva y procedimental del Derecho Penal. En este sentido debe advertirse que lo que supone el artículo 29 de la Carta, en su primer inciso, no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos del origen legal y convencional de todas las personas," condición que se cumplió durante toda la etapa de investigación en contra de Tintas S.A. y Sinclair S.A., así como de sus representantes legales.

Finalmente, el Consejo de Estado refiriéndose a la facultad sancionatoria administrativa de otro órgano de supervisión pero que para el caso resulta relevante, sentenció: "las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria a una entidad vigilada son esencialmente de naturaleza administrativa, y por ello no se ve que el acto acusado involucre una conducta penal, a la cual por remisión del artículo 375 del Código Penal deban aplicarse los postulados relativos al elemento culpabilidad y responsabilidad subjetiva que rigen en el derecho penal."⁵⁰

De este modo, al analizar la conducta objeto de la presente investigación, es preciso considerar que, nuestra Constitución no proscribe en el campo del derecho administrativo sancionatorio la responsabilidad objetiva, sino que ordena que, todos los procedimientos de esta naturaleza, se tramiten atendiendo a los principios del debido proceso, aclarando que, el análisis de la responsabilidad en materia administrativa no puede hacerse bajo la misma luz del derecho penal,

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C - 599 e 1992.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Delio Gómez Leiva, sentencia de 24 de julio de 1998, expediente 8805.

"Por la cual se impone una sanción"

por cuanto son dos ramas diferentes del derecho punitivo del Estado a las cuales no se aplican exactamente los mismos principios.⁵¹

Por tal motivo y en sujeción plena al debido proceso, este Despacho decide tener en cuenta la recomendación contenida en el informe motivado sobre este punto y en consecuencia, resuelve imponer sanción a los representantes legales de Tintas S.A. y Sinclair S.A.

5 Monto de la Sanción

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

Ahora bien, para el caso concreto es preciso tener en cuenta que la conducta que ahora se sanciona tuvo efectos reales sobre el mercado, toda vez que al realizarse la operación de integración se produjo una concentración de la oferta.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que la conducta investigada afectó el mercado, este Despacho considera la necesidad de imponer a las empresas investigadas y que fueron encontradas responsables de la infracción al artículo 4 de la Ley 155 de 1959, una multa que, guarde relación con los ingresos que percibió durante el período investigado, y que de acuerdo a los cálculos realizados por este Despacho, deberá ser de trescientos treinta y un millones doscientos mil pesos (\$331.200.000.00) para Tintas S.A. y de ciento noventa y siete millones setecientos mil pesos (\$197.700.000.00) para Sinclair S.A..

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción a favor del Tesoro Nacional.

En consecuencia las multas que se imponen a los representantes legales de Tintas S.A. y de Sinclair S.A., ascienden a las sumas de treinta y tres millones cien mil pesos (\$33.100.000.00) y diecinueve millones setecientos mil pesos (\$19.700.000.00), respectivamente.

SEXTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, el 28 de marzo de 2003 se escuchó al Consejo Asesor.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

⁵¹ En este sentido manifestó el Consejo de Estado a través de la sentencia 3189 del 3 de febrero de 1992 que, "el derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que posee una normatividad guiada por principios propios y autónomos, que responden a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal. Dichas finalidades están relacionadas directamente con el orden público económico y en consecuencia, las sanciones son de índole patrimonial. Sobre la diferencia entre el derecho administrativo sancionatorio y el derecho penal se ha dicho "...el sentido teleológico de las sanciones es diferente en el campo penal; mientras en el primero se trata de castigar una falta o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico. Para implantar sus políticas, el estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión, exige un pronto cumplimiento y el control de este requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, (...)".

"Por la cual se impone una sanción"

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por Tintas S.A. y Sinclair S.A. es ilegal por contravenir lo previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de trescientos treinta y un millones doscientos mil pesos (\$331.200.000.00) para Tintas S.A. y de ciento noventa y siete millones setecientos mil pesos (\$197.700.000.00) para Sinclair S.A.

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 Popular, cuenta N° 050-00024-9 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer sanciones pecuniarias por la suma de treinta y tres millones cien mil pesos (\$33.100.000.00) y diecinueve millones setecientos mil pesos (\$19.700.000.00), a los representantes legales de Tintas S.A. y de para Sinclair S.A., respectivamente, señores Iván Dario Palacio González y Ricardo Umaña Herrera.

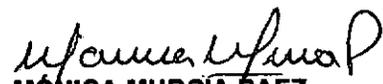
PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00024-9 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTICULO CUARTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Carlos Umaña Trujillo en su calidad de apoderado de Tintas S.A. y Sinclair S.A., entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante la Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 28 MAR. 2003

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PAEZ

"Por la cual se impone una sanción"

Notificación:

Doctor
CARLOS UMAÑA TRUJILLO
Apoderado
TINTAS S.A.
SINCLAIR S.A.
Calle 70 No 4 - 60
C.C.: 19.392.959 de Bogotá
Ciudad

GSG/mpr/fchn