



SANCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Por incumplimiento al deber de informar una integración empresarial / OBLIGACIÓN DE INFORMAR – Supuestos: subjetivo, objetivo y cronológico / OBLIGACIÓN DE INFORMAR LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN, FUSIÓN O CONSOLIDACIÓN EMPRESARIAL – Finalidad / OBLIGACIÓN DE INFORMAR LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN, FUSIÓN O CONSOLIDACIÓN EMPRESARIAL – Procedencia / ESTUDIO DE MERCADO RELEVANTE / ACTIVIDAD ECONÓMICA – Concepto

[L]a Sala considera que (...) el mercado relevante debe ser tenido en cuenta para el análisis que sirva de fundamento para autorizar, condicionar u objetar la operación y no para establecer si las empresas debe cumplir con la obligación de avisar la integración a la SIC Como consecuencia de lo anterior se tiene que para la procedencia del cumplimiento del deber de informar la operación de integración entre Telmex y Superview, no era necesario que la SIC estableciera que dichas empresas concurrían en un mismo mercado relevante y en consecuencia el argumento que se dirige contra la decisión de primera instancia no tiene vocación de prosperidad. En cuanto al segundo argumento de la apelación, relacionado con que en el caso de la integración entre Telmex y Superview era razonable no cumplir con el deber de informar, porque consideraba que no se trataba de empresas que concurrieran a un mismo mercado, por dedicarse una a la prestación del servicio de valor agregado (internet) corporativa y la otra al mismo servicio pero en hogares, se hace necesario realizar unas precisiones sobre si ello da lugar a entender que era válido no cumplir con la referida obligación. Tal como se concluyó en el acápite anterior de esta providencia, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, establece como requisito para cumplir el deber de información el que las empresas realicen la misma actividad, elemento que se define teniendo en cuenta el objeto social y el mercado general que tienen las participantes del proceso de integración. (...) [T]enemos que la definición de que se entiende por misma actividad, parte del objeto social de las empresas que participan en la operación de integración, el cual se refleja en el mercado general al que las mismas concurren. Aunado al anterior parámetro, cobra importancia la determinación de si los productos o servicios que las empresas prestan son sustituibles entre sí, pues con ello se ratificaría que en efecto realizan una misma actividad. Descendiendo al caso concreto, la parte apelante considera que no debía cumplirse el deber de informar, ya que las empresas se dedicaban a segmentos diferentes del mercado, a saber, corporativo y residencial. De la revisión del objeto social de las empresas que participaron en la operación de integración, así como de las afirmaciones realizadas por su apoderado en la demanda, se tiene que las dos tenían dentro de sus actividades la prestación de servicios de valor agregado internet, lo cual implica que su mercado general se circunscribe a dichos servicios, los cuales claramente pueden sustituirse entre sí. La alegación de la parte demandante, es que no debía tenerse en cuenta su mercado general, sino que debía segmentarse al sector al que las empresas se encontraban dedicadas, lo cual corresponde al mercado relevante, que como se concluyó previamente no es el que define si debe o no cumplirse el deber de informar. En consecuencia, no resulta de recibo el argumento de la parte actora, puesto que, es claro que en el sub examine, las empresas que participaron en la operación de integración sí realizaban la misma actividad y que la segmentación por clientes, empresariales o residenciales, que pretendía fuera realizado, no era necesaria para definir si debía o no cumplir el deber de información, por lo que la sanción impuesta se encuentra sustentada debidamente en la aplicación del artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

FUENTE FORMAL: LEY 155 DE 1959 – ARTÍCULO 4 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 99



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00050-01

Actor: TELMEX COLOMBIA S.A., SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y LUZ JEANNETTE ROVIRA GONZÁLEZ

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - SIC

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho– Fallo de Segunda instancia

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 28 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C”, en Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

1.1. Pretensiones

Las sociedades **Telmex Colombia S.A., Superview Telecomunicaciones S.A. en liquidación** y la señora **Luz Jeannette Rovira González**, por conducto de apoderado presentaron demanda presentaron demanda en ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – en adelante CCA , en contra de las Resoluciones nros.51320 del 1 de octubre de 2009² *“Por la cual se impone una sanción”* y 36475 del de julio de 2010³ *“por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*, expedidas por el

¹ Folios 16 a 67 cuaderno nro. 1.

² Folios 2 a 33 cuaderno anexo nro.1

³ Folios 35 a 68 cuaderno anexo nro.1



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

Superintendente de Industria y Comercio.

Como consecuencia de la nulidad de los actos demandados solicitó a título de restablecimiento del derecho lo siguiente:

“3.1. Que se declare que mis representadas no incumplieron con el deber legal de informar a la SIC conforme lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959,

3.2. Que se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio restituir la suma que pagó mi representada Telmex Colombia S.A. por concepto de multa impuesta, según se acredita con recibo adjunto, es decir, la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$496.9000.000) que fueron pagados el día 27 de julio de 2010.

3.3. Que se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio restituir la suma que pagó mi representada Superview Telecomunicaciones S.A. En Liquidación por concepto de multa impuesta, según se acredita con recibo adjunto, es decir, la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$496.9000.000) que fueron pagados el día 27 de julio de 2010.

3.4. Que se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio restituir la suma que pagó Luz Jeannette Rovira, representante legal de Telmex Colombia S.A. por concepto de multa impuesta que se acredita con recibo adjunto, es decir, la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$75.529.252) que fueron pagados los días 9 y 15 de septiembre de 2010

3.5. Que se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio pagar a mis representadas el interés bancario corriente sobre las sumas mencionadas en los numerales 3.2 a 3.4 anteriores, desde la fecha en que se pagaron las multas hasta la ejecutoria de la sentencia; en subsidio, se ordene actualizar las sumas mencionadas en los numerales 3.2 a 3.4 anteriores con base en el Índice de Precios al Consumidor que elabora el DANE, añadiendo un interés legal de 6% sobre base anual frente al período atrás mencionado. Adicionalmente, en cualquiera de los casos anteriores, que se reconozcan intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia hasta su pago, a la tasa más alta de intereses moratorio certificada por la Superintendencia Financiera.



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

3.6. *Que se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio al pago de los perjuicios morales causados a cada uno de mis poderdantes (Telmex Colombia S.A., Superview Telecomunicaciones S.A. En liquidación y Luz Jeannette Rovira) con la expedición de los actos acusados, los cuales estimamos en (i) una suma equivalente a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago a favor de Telmex Colombia S.A.; (ii) una suma equivalente a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago a favor de Superview Telecomunicaciones S.A. En liquidación y (iii) una suma equivalente a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago a favor de Luz Jeannette Rovira.*

3.7. *Con el fin de obtener el restablecimiento del pleno del derecho de mis representadas, que también se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio publicar un aviso en diario de amplia circulación nacional, así como en la pantalla principal de su página web a más tardar 3 días después de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso en el que informe acerca de la nulidad de las sanciones impuestas a Telmex Colombia S.A., Superview Telecomunicaciones S.A. y Luz Jeannette Rovira mediante la Resolución número 36475 del 16 de julio de 2010 y los numerales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO, NOVENO Y DÉCIMO de la Resolución número 51320 del 1 de octubre de 2000 ambas expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio”.*

1.2. Hechos probados y/o admitidos⁴

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

1.2.1. La Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, mediante oficio nro. 06-086483-00000-0000, del 31 de agosto de 2006, solicitó a la representante legal de Telmex informara sobre la operación de integración entre Telmex y Superview.⁵

⁴ La Sala advierte que no resumirá en este acápite los hechos en los que la demanda presenta realmente fundamento de derechos, como cuando narra la existencia de otras decisiones sobre integraciones por parte de la SIC, pues dichos aspectos serán analizados al momento de resolver el fondo del asunto.

⁵ Folio 5 cuaderno nro.1 de antecedentes administrativos



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

1.2.2. Mediante escrito del 8 de septiembre de 2006 los representantes legales de Telmex y Superview, remitieron a la SIC información relacionada con la operación de integración de las sociedades, por ellas representadas, explicando que en su sentir, no debían cumplir con el deber de informar contenido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.⁶

1.2.3. Por medio de la Resolución nro. 17651 de 14 de junio de 2007, la SIC, ordenó apertura de investigación, con el fin de establecer si Telmex y Superview actuaron en contravención de lo previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1999, acto en el cual igualmente se ordenó investigar a los representantes legales de las empresas.⁷

1.2.4. Una vez adelantada la respectiva actuación administrativa la SIC expidió la Resolución 51320 del 1 de octubre de 2009, por medio de la cual impuso sanción pecuniaria a cada una de las sociedades investigadas por la suma equivalente a mil quinientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (1500 smmlv), que correspondían a setecientos cuarenta y cinco millones trescientos cincuenta mil pesos (\$745.350.000), entretanto a la señora Luz Jeannette Rovira González, quien se desempeñaba como representante legal de Telmex, le impuso sanción pecuniaria por valor de ciento once millones ochocientos dos mil quinientos pesos (\$111.802.500).

1.2.5. En contra de la anterior decisión, los sancionados presentaron recurso de reposición, el cual se resolvió en Resolución nro. 36475 del 16 de julio de 2000, mediante la cual se modificó la sanción estableciéndose de la siguiente manera: (i) mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (1000 smmlv) para Telmex y Superview y (ii) setenta y cuatro millones quinientos treinta y cinco mil pesos (\$74.535.000), para la señora Luz Jeannette Rovira González, quien se desempeñaba como representante legal de Telmex.

⁶ Folios 10 a 37 cuaderno nro.1 de antecedentes administrativos

⁷ Folios 60 a 62 cuaderno nro.1. antecedentes administrativos



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

1.2.6. Según constancia del 30 de julio de 2010, las empresas Telmex y Superview, cancelaron el valor de la sanción pecuniaria por el monto total de la misma.⁸

1.2.7. Según constancia del 9 de septiembre de 2010, la señora Luz Jeannette Rovira González, canceló el valor total de la sanción pecuniaria que le fue impuesta.⁹

1.3. Normas violadas y concepto de violación

La parte actora presentó en su demanda los siguientes cargos de violación:

1.3.1. Falsa motivación

Adujo la parte demandante que, la SIC se fundamentó en un supuesto de hecho errado, ya que las empresas sancionadas no realizaban la misma actividad.

Manifestó la SIC consideró erradamente que los servicios de valor agregado representan una misma y única actividad, lo cual no resulta cierto, pues la misma doctrina de dicha entidad, ha definido que para poder determinar si se trata de empresas que ejercen la misma actividad, se requiere un estudio de mercado que implique una segmentación concreta y rigurosa.

Alegó que el deber de informar una integración empresarial al que refiere el artículo 4 de la Ley 155 de 1989, solo se hace presente cuando las empresas se encuentren dentro de un mismo mercado relevante y no cuando pertenezcan a mercados distintos, como es el caso de la prestación del servicio de internet corporativo, que tiene un mercado relevante diferente del que corresponde al internet residencial.

Indicó que la SIC no realizó un análisis de la actividad que desarrollaban las empresas demandantes, limitándose únicamente a

⁸ Folios 70 y 71 cuaderno anexo nro.1

⁹ Folio 72 cuaderno anexo nro.1



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

estudiar su objeto social, con lo que fundamentó falsamente sus actos, puesto que, el hecho que objeto social puede establezca determinada actividad no implica que la misma sea efectivamente ejercida, lo que acontece en el caso concreto, ya que si bien ambas empresas tienen dentro de su objeto la prestación del servicio de internet, lo desarrollan en mercados distintos, una en el corporativo y otra en el residencial.

Mencionó que con posterioridad a la adquisición de Superview, Telmex adelantó cuatro operaciones de integración, las cuales fueron informadas a la SIC, sin que las hubiese objetado.

1.3.2. Violación al artículo 4 de la Ley 155 de 1959

Señaló que los actos demandados desconocen el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, pues en el se establece para la procedencia de la obligación de informar una operación de integración empresarial, que las empresas objeto de esta desarrollen la misma actividad, supuesto que no se cumple en el caso de Telmex y Superview.

Argumentó que la aplicación del deber de información contenido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, requiere que concurren todos los requisitos exigidos, siendo el primero que, las empresas integradas, fusionadas o adquiridas desarrollen la misma actividad, para lo cual se necesita analizar si concurren en un mismo mercado relevante.

1.3.3. Violación de los artículos 333 y 13 de la Constitución Política

Arguyó que las decisiones sancionatorias de la SIC, contravienen la libertad económica y de empresa, pues en las mismas se estableció que empresas que no desarrollan la misma actividad están obligadas a informar a la entidad cualquier proceso de integración, lo que atenta contra la libre actividad económica, limitando la posibilidad de realizar operaciones que en nada afectan el mercado o que no pueden generar prácticas restrictivas de la competencia.

Consideró que los actos demandados desconocen el derecho a la igualdad, ya que en casos similares la SIC estableció que no existía el deber de informar la operación de integración por que se trataban de empresas que concurrían en mercados diferentes.



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

Anotó que lo anterior implica un cambio en la doctrina de la SIC, que vulnera el derecho a la igualdad de las empresas sancionadas, a quienes se les aplicó un criterio diferente del que fue utilizado en otros casos de similares condiciones.

1.3.4. Violación al debido proceso

Afirmó que los actos demandados violaron el debido proceso, ya que no valoraron la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente, que dan cuenta que las empresas demandantes realizaban actividades en mercados relevantes distintos.

Expuso que la decisión sancionatoria se fundamentó en los interrogatorios de los representantes legales de Telmex y Superview, los cuales fueron tomados fuera de contexto.

1.3.5. Violación a la buena fe y la confianza legítima

Sostuvo que los actos administrativos demandados desconocen el principio de buena fe, ya que las empresas demandantes dieron respuesta a un requerimiento del ente de control, en el que explicaron la operación de integración y manifestaron que no debían cumplir con el deber de información, manifestación ante la cual la entidad guardó silencio.

Agregó que la SIC aprobó integraciones realizadas con posterioridad a la de Superview, razón por la que se dio una confianza legítima en la actuación de las empresas demandantes.

Anotó que la SIC, había sentado una doctrina según la cual, en los casos en que las empresas no concurrieran en el mismo mercado relevante no debían informar sus operaciones de integración, lo que generó en los accionantes la confianza legítima de que su obrar estaba cubierto con dicha interpretación normativa.

2. Actuaciones procesales relevantes

2.1. Auto admisorio de la demanda



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

En auto del 17 de marzo de 2011¹⁰, se admitió la demanda disponiendo notificar a la SIC, para que en el término de fijación en lista diera contestación a la misma, propusiera excepciones y solicitara las pruebas que considerara pertinentes.

3. Contestación de la demanda

La SIC, por conducto de apoderado, contestó la demanda, manifestando su oposición a cada una de las pretensiones elevadas por la parte demandante¹¹.

Se pronunció frente a los argumentos de la demanda, controvirtiendo los mismos de la siguiente manera:

3.1. Indicó que las empresas sancionadas desarrollaban la misma actividad, lo cual se desprende del objeto social plasmado en sus certificados de existencia y representación, en el que se demuestra que su actividad empresarial correspondía a la prestación del servicio de valor agregado – internet-.

3.2. Señaló que, para que sea exigible la obligación de informar la operación de integración, en la misma deben concurrir tres elementos, el primero de orden subjetivo, correspondiente a que se trate de empresas que se dediquen a la misma actividad; el segundo de tipo objetivo, que refiere a que los activos individualmente considerados en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00) o más, así como que, se trate de una operación de fusión, consolidación o integración y el tercero del cronológico, según el cual, se debe informar antes de que se adelante la operación, para que la SIC pueda dar no objeción a la misma.

3.3. Precisó que en el caso concreto concurren los tres elementos, ya que se trató de una operación de integración de dos empresas que tenían por actividad la prestación del servicio de valor agregado – internet-, cuyos activos en conjunto superaban los veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00) y que no informaron en tiempo del negocio

¹⁰ Folios 74 y 75cuaderno nro.1

¹¹ El texto de la contestación fue presentado en dos ocasiones obrando la primea en folios 166 a 199 y la segunda en folios 207 a 233 del cuaderno nro. 1



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

que se celebraba, por lo que la ausencia de aviso sobre la operación daba lugar a la sanción impuesta.

3.4. Planteó que la información otorgada por las demandantes ante el requerimiento de la SIC, no era suficiente para cumplir con el deber de información, así como que no se desconoció la buena fe, ya que la misma no puede ser una excusa para desconocer la normativa aplicable a las autorizaciones de las operaciones de integraciones entre empresas que desarrollen la misma actividad.

3.5. Indicó que el análisis del mercado relevante no es procedente para establecer la obligación de informar la operación, ya que no es uno de los elementos exigidos por el artículo 4º de la Ley 155 de 1959.

4. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

4.1 De la parte demandante

La parte demandante dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentó alegatos¹² en los cuales reitero en general los argumentos de la demanda.

4.2. De la parte demandada

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión en primera instancia.

4.3. Concepto del Agente del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público no presentó concepto en primera instancia.

5. Sentencia de primera instancia

En fallo del 28 de enero de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión¹³,

¹² Folios 239 a 319 cuaderno nro.1

¹³ Folios 310 a 347 cuaderno nro. 1



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

denegó las pretensiones de la demanda, determinación que sustentó en las siguientes consideraciones:

5.1. El *a quo* estableció en primer lugar que la SIC, tenía en virtud de sus facultades de vigilancia e inspección la posibilidad de investigar y sancionar la conducta de Telmex y Superview.

5.2. Indicó que el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, establece tres elementos para definir el deber de informar una operación de integración, los cuales corresponden al subjetivo, objetivo y cronológico, los cuales se encuentran reunidos en el caso de Telmex y Superview.

5.3. Determinó que “[...] *las empresas que pretendan llevar a cabo una operación de integración no pueden incumplir con el deber de informar argumentando que no reunían las condiciones para ello, como es el caso que nos ocupa, pues la SIC no cuestionó la operación en sí mismos, sino el haberla realizado contrariando las normas de procedimiento que regulan las integraciones económicas por lo que el elemento anticompetitivo resulta irrelevante para este tipo de investigación; basta que se hayan dado los supuestos para exigir el aviso oportunamente y omitir este deber para imponer la sanción*”¹⁴.

5.4. Explicó que “[...] *en cuanto a la “falsa motivación respecto de la misma actividad” en los términos propuestos por el apoderado de las accionantes, esta Sala encuentra que no le asiste razón porque la aplicación del criterio de segmentación concreta y rigurosa para determinar los mercados relevantes, se efectúa a efectos de comprobar prácticas de competencias restrictivas y no, como en el caso sub examine, para fijar el deber de informar al ente de control accionado las operaciones de integración que se pretendan realizar, por tanto, las consideraciones hechas sobre los criterios de sustituibilidad de los servicios prestados por las demandantes sobran, pues el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, no instituye éste como criterio para saber si existe ese deber*”.

5.5. Afirmando que “*La omisión del deber de informar se configura cuando se presenten los supuestos establecidos en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, independientemente de si con la integración se cause o no un efecto dañino, es a la SIC a quien le corresponde una vez informada la operación, si la integración afecta o no el mercado*”.

5.6. Expuso que los alegados casos similares que los accionantes consideran desconocidos, no refieren a situaciones en las cuales se

¹⁴ Folio 342 cuaderno nro.1



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

debatiera la violación al deber de información, sino que se trataba de asuntos en los que se definía la existencia de prácticas restrictivas de la competencia o en los cuales el elemento subjetivo no se encontraba constituido, por tratarse se empresas que no cumplían la misma actividad.

5.7. Consideró que en el caso concreto era posible denegar las pruebas relacionadas con la determinación del mercado relevante, ya que las mismas resultaban impertinentes frente a la definición de si debía o no cumplirse el deber de informar la operación de integración, pues para ello solo se requería establecer si desarrollaban o no la misma actividad.

5.8. En relación con el principio de confianza legítima, especificó que el requerimiento realizado por la SIC no reemplaza el deber de información, así como que el hecho de que se autorizaran otras operaciones posteriores, nada tiene que ver con que se habilitará para no informar la celebrada entre los demandantes.

6. Recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

El demandante, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, interpuso recurso de apelación¹⁵ contra la sentencia de primera instancia, solicitando que la misma fuera revocada, para lo cual reitero de manera general los argumentos de la demanda, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

6.1. La sentencia desconoció que para que se cumpla con el deber de informar una operación de integración se requiere determinar que las empresas están en el mismo mercado relevante, el cual no puede definirse única y exclusivamente con la comparación de los objetos sociales.

6.1.1. Alegó que en el caso de la integración entre Telmex y Superview, era razonable no informar a la SIC, ya que las empresas se encontraban en mercados relevantes diferentes, pues la primera se dedicaba a la prestación del servicio de valor agregado en el segmento corporativo y la segunda a dicho servicio en hogares.

¹⁵ folios 359 a 407 cuaderno nro.1



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

6.2. Consideró que el *a quo* rompió con la confianza legítima, pues desconoció que previamente la SIC había creado una doctrina según la cual solo se debían informar las operaciones en que las empresas estuvieran en un mismo mercado relevante y no en las que simplemente presentaran un objeto social similar.

6.2.1. Adujo que de conformidad con el artículo 24 de la ley 1340 de 2009, el cual fue declarado exequible por la sentencia C- 537 de 2000, proferida por la Corte Constitucional, la SIC está obligada a su doctrina probable, la cual se constituye con tres decisiones en un mismo sentido.

6.3. Indicó que la sentencia prohija una interpretación según la cual debe informarse toda operación de integración, sin importar las características de las empresas que participen en ella, así no concurren en el mismo mercado relevante.

6.3.1. Precisó que el objeto social es diferente de las actividades que se desarrollan, pues es posible que el objeto social amplió permita varias actividades, pero que solo se desarrolle una determinada que recaiga sobre determinado mercado.

6.3.2. Ilustró su punto con casos hipotéticos, de integraciones entre empresas dedicadas al sector minero, pero en segmentos diferentes, como lo es el del oro y el carbón, así como el de dos empresas del sector de alimentos, dedicadas a tipos de alimentos diferentes.

6.4. En su sentir el concepto de actividad debe ser ligado necesariamente con el de mercado relevante, que es en el que puede llegarse a presentar una práctica restrictiva de la competencia.

7. Trámite en segunda instancia

7.1. Por auto del 1 de noviembre de 2013¹⁶, se admitió el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de la parte demandante.

¹⁶ Folio 4 cuaderno nro2



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

7.2. Mediante auto del 21 de abril de 2014¹⁷, se ordenó correr traslado para alegar.

7.2.1. La parte actora en escrito visible en folios 20 a 76 del cuaderno nro.2 reiteró los argumentos de la demanda y de la impugnación, por lo que la Sala se exime de resumirlos.

7.2.2. La parte demandada presentó alegatos de conclusión instancia¹⁸, en los que insistió en sus argumentos de defensa, con base en los cuales solicitó se confirmara la decisión de primera instancia.

7.2.3. El señor Agente del Ministerio Público, no emitió concepto en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del C.C.A y con el numeral 1 del Acuerdo número 357 del 5 de diciembre de 2017, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para proferir fallo dentro de los procesos de segunda instancia que sean remitidos por los Despachos de la Sección Primera, dentro de los cuales, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del citado acuerdo, el Despacho del Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, remitió el proceso de la referencia

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹⁹, de conformidad con el cual *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los*

¹⁷ Folio 7 cuaderno nro.2

¹⁸ Folios 8 a 15 cuaderno nro.2

¹⁹ Aplicable al presente asunto en virtud de lo dispuesto en el artículo 627 del Código General del Proceso y teniendo en cuenta que el término del traslado para alegar fue concedido mediante auto del 28 de enero de 2014, el presente asunto se encuentra para fallo en vigencia del Código General del Proceso (1 de enero de 2014, como lo dispone su artículo 627 y como lo definió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto de 25 de junio de 2014, expediente nro. 49.299, Consejero Ponente Enrique Gil Botero).



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.”

2. Los actos demandados

La demanda recae sobre las Resoluciones nros.51320 del 1 de octubre de 2009 “*Por la cual se impone una sanción*” y 36475 del de julio de 2010 “*por la cual se resuelven unos recursos de reposición*”, expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante las cuales se sancionó a los demandantes por incumplir el deber de informar la operación de integración realizada entre Telmex y Superview, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959,

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se debe confirmar o revocar la sentencia apelada, para lo cual examinará los argumentos del recurso de apelación y concretamente los siguientes problemas jurídicos:

3.1. ¿ Para definir si debe o no cumplirse el deber de informar una operación de integración conforme lo dispone el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, es necesario delimitar el mercado relevante?

3.2. ¿En el caso de la integración entre Telmex y Superview, existía la obligación de informar la operación a la SIC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959?

4. Razones jurídicas de la decisión

Bajo el panorama expuesto, la Sala resuelve los problemas jurídicos que subyacen al caso concreto, para lo cual, por razones de orden metodológico, abordará los siguientes ejes temáticos: (i) análisis del deber de informar las operaciones de integración empresarial establecido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959; (ii) como debe entenderse el concepto de misma actividad económica establecido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 y (iii) el caso concreto.

4.1. Análisis del deber de informar las operaciones de integración empresarial establecido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

4.1.1. Los planteamientos de la apelación se circunscriben principalmente a que el *a quo* interpreto indebidamente el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, al establecer que, para definir si debe cumplirse el deber de información, no es necesario delimitar el mercado relevante de las empresas que participan en la operación de integración.

4.1.2. En virtud de lo anterior y previo a abordar la resolución del caso concreto, la Sala estima necesario realizar un marco general de la obligación de informar a la SIC las operaciones de integración, fusión o consolidación empresarial, en el cual se abordará lo relacionado con su procedencia y finalidad.

4.1.3. La Ley 155 de 1959 estableció una serie de regulaciones que tenían por finalidad la protección del libre mercado a través de la prevención y sanción de las prácticas restrictivas de la competencia, con dicho propósito su artículo 4º estableció el deber de informar determinadas operaciones de integración, fusión o consolidación empresarial, norma que en la redacción vigente para la época de los hechos que dieron lugar a la expedición de los actos demandados era del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 4. Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto ascienden a veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00), o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.

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

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

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



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

empleo que impondrá el respectivo superior, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el Código Penal.²⁰.

4.1.4. La norma transcrita en primer lugar establece los supuestos que deben hacerse presentes para que una operación deba ser informada a la SIC, los cuales corresponden a elementos que deben verificarse en cada caso concreto, a fin de determinar si la integración, fusión o consolidación debe informarse.

4.1.4.1. El primero de los elementos que prevé la norma corresponde al subjetivo, el cual se configura cuando en la operación de integración, fusión o consolidación participen empresas que se dediquen a la misma actividad económica.

4.1.4.2. El segundo de los elementos establecidos es el objetivo, para el cual deben hacerse presentes dos supuestos, el primero que la operación que se adelante sea de fusión, integración o consolidación y el segundo que se trate de empresas cuyos activos individualmente considerados o en conjunto ascienden a veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00), o más.

4.1.5. Así las cosas, las empresas se encuentran obligadas a informar a la SIC de la operación de integración, fusión o consolidación que se va a adelantar, en todos aquellos casos en que concurren los elementos objetivo y subjetivo a los que se ha hecho mención en precedencia, por lo cual, es claro que en el deber de información concurre un tercer elemento, correspondiente a que el mismo debe ser cumplido de manera previa a la concreción de la operación a realizarse.

4.1.6. De otra parte, el artículo 4^o de la Ley 155 de 1959, prevé la finalidad del deber de información, la cual corresponde a verificar si la operación a ejecutarse puede generar una indebida restricción a la libre competencia, por lo que, el fin teleológico es prevenir que la integración, fusión o consolidación estribe en una práctica restrictiva de la competencia.

²⁰ Redacción vigente para la época de los hechos, ya que la norma fue modificada por el artículo 9^o de la Ley 1340 de 2009.



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

4.1.7. Por último el artículo objeto de análisis, establece que una vez cumplido el deber de información la entidad tiene 30 días para pronunciarse sobre la operación, en el sentido de dar visto bueno a la misma, condicionarla u objetarla. Igualmente la norma prevé que en caso de que se venza el término anteriormente señalado, opera el silencio positivo y la integración, fusión o consolidación puede ser concretada.

4.1.8. Respecto de la regulación contenida en la norma materia de estudio es necesario indicar que no puede confundirse la procedencia del deber de informar la operación de integración, fusión o consolidación, con la finalidad que tiene dicho acto, por lo cual no solo deben avisarse las operaciones en las que pueda existir una restricción a la libre competencia, sino todas aquellas en las que concurren los elementos subjetivos y objetivos a los que se hizo referencia en los párrafos precedentes.

4.1.9. En consecuencia, se puede concluir que cada integración, fusión o consolidación empresarial que se realice entre empresas que se dedican a una misma actividad debe ser informada y su finalidad es establecer si con la misma se puede generar una restricción a la competencia.

4.2. Como debe entenderse el concepto de misma actividad económica establecido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959

4.2.1. El apelante sostiene que tanto los actos administrativos demandados, como la sentencia de primera instancia, desconocieron que para considerar que dos empresas se dedican a la misma actividad debe definirse su mercado relevante y no basarse de manera exclusiva en su objeto social.

4.2.2. Respecto del anterior argumento de la parte apelante, es necesario abordar el estudio de lo que debe entenderse por misma actividad económica como fundamento del deber de informar operaciones de integración, fusión o consolidación empresarial.

4.2.3. Lo primero que debe precisarse es que el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 establece que el deber de información debe cumplirse



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

cuando las empresas que intervienen en una operación de integración, fusión o consolidación realizan una misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios, por lo cual, lo primero que debe analizarse es su objeto social, ya que el mismo delimita la capacidad de las personas jurídicas y por tanto las actividades que puede ejecutar, ello conforme lo establece el artículo 99 del Código de Comercio, norma que es de siguiente tenor:

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

4.2.5. Ahora bien, es necesario precisar que el objeto social se relaciona íntimamente con el mercado en el que la empresa realiza su actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora, esto teniendo en cuenta que la doctrina ha definido el mercado como el lugar en el cual “[...] *las fuerzas de la demanda de un bien o servicio entran en contacto con las fuerzas de la oferta de ese bien o servicio para realizar intercambios. Para las fuerzas de la demanda el mercado está integrado por todas aquellas empresas que ofrecen un producto determinado (con unas características bien definidas); y para las fuerzas de la oferta, se compone de todos aquellos demandantes a los que el oferente puede vender un determinado producto. Es importante retener que todo mercado nace y gira en torno a determinado bien o servicio cuya demanda viene a satisfacer. [...]*”²¹, concepto del que se concluye que en el mercado una empresa solo puede ofertar bienes y servicios que correspondan a aquellos para los cuales se encuentra habilitado por su objeto social.

4.2.6. En virtud de lo anterior, se tiene que las empresas que coinciden en su objeto social, tienen la virtualidad de desarrollar en el mercado una misma actividad, por lo que con ello bastaría para entender cumplido el requisito exigido por el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, sin embargo, en atención a que la parte apelante alega que el mercado que da lugar al deber de información es el relevante, la

²¹ Pellisé J, Mercado Relevante, Posición de Dominio y otras Cuestiones que Plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC, ARANZANDI, 2002, Pág. 47



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

Sala procede a analizar si dicho concepto tiene que ser analizado para la procedencia del referido deber.

4.2.7. Por mercado relevante, a diferencia del mercado general al que se ha venido haciendo referencia se entiende como *“una operación de individualización del mercado concreto sobre el que se proyecta la posición de dominio. Y esta individualización se realiza mediante la determinación y evaluación de los rasgos que diferencian el mercado relevante del mercado general y especialmente de los mercados individuales colindantes”*²².

Respecto de la importancia del mercado relevante, la doctrina ha definido que el mismo es necesario para la *“valoración y determinación de toda posición de dominio. Antes de decidir si existe monopolio, es necesario delimitar primero cuál es el mercado al que concierne dicha dominación”*.²³

4.2.8. Visto lo anterior se tiene que para definir el mercado relevante es necesario realizar la segmentación del mercado general, lo cual es un análisis que se debe realizar para definir si la operación de integración, fusión o consolidación puede tener por consecuencia una restricción a la libre competencia, lo que corresponde a la finalidad del deber de información establecido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 y no a uno de los elementos de procedencia de esta.

4.2.9. La conclusión precedente, se encuentra acompasada con lo dicho por la Sección Primera de esta Corporación que, en sentencia del 12 de abril de 2012, definió de la siguiente manera que el mercado relevante debe tenerse en cuenta para definir sobre si una operación de integración puede generar una restricción a la libre competencia:

“Bajo la perspectiva anterior, la entidad, con el propósito de determinar la estructura y composición del mercado relevante, requirió información de las intervinientes y de los competidores sobre la venta de bebidas isotónicas, lo que dio como resultado que para el año 2003, el 76.3% fue vendido por Quaker con la bebida Gatorade, el 19.7% por Postobón con la bebida Squash, el 3% por Panamco con la bebida Powerade y el 0,4% por Coljugos con la bebida Zapp; y que a raíz de la operación planteada, Postobón S.A. aumentaría su cuota de participación hasta alcanzar el 96.19%, generando una gran concentración en el mercado y los dos principales competidores Quaker y Postobón terminarían siendo uno sólo.

²² Pellisé J, óp cit., p. 48

²³ Pellisé J, óp cit., p. 46



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

De los mismos documentos aportados, entre ellos, el de “Caso Gatorade”, la entidad determinó que las dos terceras partes de las bebidas isotónicas se venden al detal (sin incluir supermercados), correspondiendo el 88% de las ventas a Gatorade, el 7% a Powerade y el 5% a Squash, por lo que la participación de Postobón en la operación proyectada sería del 95% a nivel detallista y del 70% a nivel de supermercados, por lo que el segundo competidor desaparecería del mercado .

Estima la Sala que en el expediente no aparecen desvirtuados los análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio, con base en los cuales afirma que las cifras de participación reflejan que la estructura del mercado relevante definido es altamente concentrada, con participación de pocas firmas y pocas marcas disponibles en el mercado y que, según informan las intervinientes no existen importaciones de bebidas isotónicas lo que limita las fuentes alternas de desplazamiento del consumidor y facilitaría la acción unilateral por parte de las intervinientes para alterar las condiciones del mercado”.²⁴

4.2.9. Aunado a lo anterior, es necesario indicar que considerar que debe definirse el mercado relevante de manera previa, esto es, para determinar si procede o no el deber de información la operación de integración, fusión o consolidación, no solo anticiparía el estudio que debe adelantar la SIC para definir sobre si la misma genera o no una restricción a libre competencia, sino que además, añadiría un elemento adicional a los contemplados por el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, lo que no puede ser de recibo, pues implicaría la creación de una regla extra legal.

4.2.10. Corolario de lo hasta aquí expuesto, se tiene que para definir si dos empresas realizan la misma actividad basta con analizar sus objetos sociales y la manera como el mismo se refleja en el mercado general y no en el mercado relevante, pues este último tiene relevancia no para la procedencia del deber de informar la operación, sino para definir sobre si esta puede generar una restricción a la libre competencia.

4.2.11. Finalmente en lo que atañe al presente acápite de la sentencia, es relevante indicar que las consecuencias jurídicas por la identidad de objetos y por tanto del mercado general en el que

²⁴ Consejo de Estado Sección Primera, sentencia de 12 de abril de 2012, CP. Maria Elizabeth García González, Rad. 25000-23-24-000-2005-90262-01



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

participan dos empresas, difieren de las que se presentan en el caso en que dicha coincidencia se de en el mercado relevante, esto ya que en el primer caso se esta ante del deber de informar sus operaciones de integración, fusión y consolidación y en el segundo ante la posibilidad de que la SIC objete o condicione dicha operación.

4.3. El caso concreto.

4.3.1. Dilucidadas las generalidades de la procedencia y finalidad del deber de información, así como la manera de entender el término misma actividad contenido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, se procede a analizar los argumentos presentados por el apelante, relativos a: (i) la SIC no tuvo en cuenta el mercado relevante para definir si debía informarse la integración celebrada entre Telmex y Superview; (ii) era razonable no informar la operación de integración entre Telmex y Superview y (iii) el desconocimiento del principio de confianza legítima, por haber la SIC expedido con anterioridad decisiones en las que determinó que para estar obligado a informar la operación de integración se requería que las empresas concurrieran en un mismo mercado relevante.

4.3.2. Frente al primero de los argumentos, correspondiente a que para definir sobre la procedencia del deber de informar la operación de integración era necesario definir si las empresas concurrían en el mismo mercado relevante, la Sala considera que tal como se concluyó en el anterior acápite, el mercado relevante debe ser tenido en cuenta para el análisis que sirva de fundamento para autorizar, condicionar u objetar la operación y no para establecer si las empresas debe cumplir con la obligación de avisar la integración a la SIC

Como consecuencia de lo anterior se tiene que para la procedencia del cumplimiento del deber de informar la operación de integración entre Telmex y Superview, no era necesario que la SIC estableciera que dichas empresas concurrían en un mismo mercado relevante y en consecuencia el argumento que se dirige contra la decisión de primera instancia no tiene vocación de prosperidad.

4.3.3. En cuanto al segundo argumento de la apelación, relacionado con que en el caso de la integración entre Telmex y Superview era



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01

Sentencia de segunda instancia

razonable no cumplir con el deber de informar, porque consideraba que no se trataba de empresas que concurrieran a un mismo mercado, por dedicarse una a la prestación del servicio de valor agregado (internet) corporativa y la otra al mismo servicio pero en hogares, se hace necesario realizar unas precisiones sobre si ello da lugar a entender que era válido no cumplir con la referida obligación.

4.3.3.1. Tal como se concluyó en el acápite anterior de esta providencia, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, establece como requisito para cumplir el deber de información el que las empresas realicen la misma actividad, elemento que se define teniendo en cuenta el objeto social y el mercado general que tienen las participantes del proceso de integración.

4.3.3.2. De esta manera se tiene que en efecto la identidad en el objeto social y la forma como el mismo se refleja en el mercado general en el que participan las empresas es un elemento importante para determinar si se debe cumplir el deber de información, sin embargo, tal como se ha advertido previamente, dicho mercado general no puede segmentarse de tal forma que implique el desconocimiento de la existencia de actividades correlacionadas, porque ello iría en contra de la finalidad teleológica de la norma, que no es otra que prevenir conductas que pueden estibar en prácticas restrictivas de la competencia.

4.3.3.3. En ese sentido, no puede pretenderse realizar una segmentación que derive en que para cumplir el deber de informar requiera determinarse el mercado relevante, pues es claro este tiene injerencia en la determinación que se adopte sobre la objeción, condicionamiento o aceptación de la integración y no en sí se está obligado a avisar de la misma.

4.3.3.4. Visto lo anterior, tenemos que la definición de que se entiende por misma actividad, parte del objeto social de las empresas que participan en la operación de integración, el cual se refleja en el mercado general al que las mismas concurren. Aunado al anterior parámetro, cobra importancia la determinación de si los productos o servicios que las empresas prestan son sustituibles entre sí, pues con ello se ratificaría que en efecto realizan una misma actividad.



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

4.3.3.5 Descendiendo al caso concreto, la parte apelante considera que no debía cumplirse el deber de informar, ya que las empresas se dedicaban a segmentos diferentes del mercado, a saber, corporativo y residencial.

4.3.3.6. De la revisión del objeto social de las empresas que participaron en la operación de integración, así como de las afirmaciones realizadas por su apoderado en la demanda²⁵, se tiene que las dos tenían dentro de sus actividades la prestación de servicios de valor agregado internet, lo cual implica que su mercado general se circunscribe a dichos servicios, los cuales claramente pueden sustituirse entre sí.

4.3.3.7. La alegación de la parte demandante, es que no debía tenerse en cuenta su mercado general, sino que debía segmentarse al sector al que las empresas se encontraban dedicadas, lo cual corresponde al mercado relevante, que como se concluyó previamente no es el que define si debe o no cumplirse el deber de informar.

4.3.3.8. En consecuencia, no resulta de recibo el argumento de la parte actora, puesto que, es claro que en el *sub examine*, las empresas que participaron en la operación de integración sí realizaban la misma actividad y que la segmentación por clientes, empresariales o residenciales, que pretendía fuera realizado, no era necesaria para definir si debía o no cumplir el deber de información, por lo que la sanción impuesta se encuentra sustentada debidamente en la aplicación del artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

4.3.4. En relación con el argumento del apelante, consistente en que los actos demandados y la sentencia de primera instancia desconocieron el principio de confianza legítima, ya que la SIC previamente había resuelto que para cumplir el deber de informar operaciones de integración, las empresas debían concurrir en el mismo mercado relevante, procede la Sala a realizar el análisis del mismo.

4.3.4.1. Al respecto la Sala debe precisar que el principio de confianza

²⁵ Puede verse el folio 24 del cuaderno nro.1



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria
y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

legítima no puede anteponerse en aquellos eventos en que se está frente a una obligación de orden legal, pues el principio de legalidad se convierte en una limitante a la convicción de que determinada actuación se ajusta a derecho.

4.3.4.2. Respecto a lo anterior debe tenerse en cuenta que la Ley delimita los elementos que deben concurrir para que se deba cumplir el deber de informar una operación de integración, por tanto, el principio de legalidad se constituye en un condicionamiento al obrar de buena fe y a la confianza legítima, pues los correspondientes requerimientos legales obligan a las empresas que realicen una operación de integración en la que se cumplan los requisitos para dar aviso a la SIC, a cumplir con dicha obligación.

4.3.4.4. Así las cosas, el principio de legalidad se convierte en un imperativo que limita cualquier actuación que pretenda anteponerse como fundada en la confianza legítima, pues impone como requisito *sine que non* de informar toda operación de integración que se celebre entre empresas que realicen la misma actividad y en la que concurren los demás elementos del artículo 4º de la Ley 155 de 1959.

4.3.4.5. En el mismo sentido resulta imperativo indicar que la confianza legítima no ampara las situaciones irregulares o ilegales, por cuanto en los casos en que se deba cumplir con una obligación legal, el Estado no puede exonerar de la misma, con fundamento en que previamente haya tomado decisiones en dicho sentido.

4.3.4.6. Corolario de lo expuesto, es claro que aún si existiesen pronunciamientos de la SIC que establezcan que para cumplir la obligación del artículo 4º de la Ley 155 de 1959, se requiere determinar el mercado relevante, los mismos resultan contrarios a dicha disposición normativa, razón por la cual no pueden ser fundamento de confianza legítima, pues con ello se desconocería el principio de legalidad.

4.3.5. Así las cosas, teniendo en cuenta ninguno de los argumentos de la parte apelante tienen asidero que permita revocar la sentencia de primera instancia, la misma habrá de confirmarse.



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria
y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia

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

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C”, en Descongestión, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



Demandante: Telmex Colombia S.A., y otros
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Radicado: 25000-23-24-000-2011-00050-01
Sentencia de segunda instancia



SC5780-6-1



GP 059-6-1

