



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 1 3 8 6 DE 2013

28 AGO 2013

Radicación: 11- 67811

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, y en los Decretos 2153 de 1992, 4886 de 2011¹ y el Decreto 019 de 2012 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 19466 del 29 de marzo de 2011², la Delegatura para la Protección de la Competencia ordenó abrir investigación para determinar si ALAMBRES Y MALLAS S.A. (en adelante ALMASA), TREFIACEROS LTDA. (en adelante TREFIACEROS) y TREFIALCO LTDA. (en adelante TREFIALCO), actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, es decir, si habían celebrado una operación de integración empresarial sin cumplir con el deber de información previa a esta Superintendencia.

La misma resolución ordenó abrir investigación contra RICARDO ANTONIO RAMÍREZ OVALLE, en su calidad de representante legal de ALAMBRES Y MALLAS S.A. y como persona natural; MAURICIO OTÁLORA RAMOS, en su calidad de representante legal de TREFIACEROS LTDA. y como persona natural, y LUIS FERNANDO OTÁLORA MARTÍNEZ en su calidad de representante legal de TREFIALCO LTDA. y como persona natural, para determinar si colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron la presunta conducta contraria a la libre competencia imputada a las empresas investigadas y, por consiguiente, si se configuró la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SEGUNDO: Que la Resolución de Apertura de Investigación fundamentó la presunta infracción al deber de información previa de operaciones de integración empresarial, en los siguientes hechos:

- Las sociedades ALMASA, TREFIACEROS y TREFIALCO se dedicaban a la misma actividad económica.
- El 6 de abril de 2011, mediante comunicación radicada en esta Superintendencia con el número 11-042910-0, las sociedades notificaron la operación de integración empresarial consistente en la compra, por parte de ALMASA, de la maquinaria que poseían TREFIACEROS y TREFIALCO para la producción de hierro figurado, mallas electrosoldadas, alambre recocido y alambre brillante
- Según las intervinientes en la integración, en conjunto poseían menos del 20% de participación en cada uno de los mercados relevantes presuntamente afectados, los cuales fueron definidos por ellas como los siguientes: mercado de venta de malla electrosoldada; mercado de alambre recocido (negro); mercado de alambre brillante; y

¹ Mediante el cual se derogó el Decreto 3523 de 2009 y el Decreto 1687 de 2010.

² Documento obrante a folios 475 a 493 del cuaderno público No. 2 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 5 1386 DE 2013 Hoja N°. 2

“Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación”

mercado de hierro figurado. Como consecuencia de la estimación de sus cuotas de participación, se debía entender que la operación solo requería la notificación y, en consecuencia, se debía entender autorizada.

- A 31 de diciembre de 2010, las investigadas reportaban activos e ingresos operacionales conjuntos valorados en \$110.411 millones de pesos y \$117.034 millones de pesos, respectivamente; montos superiores al umbral establecido por esta Superintendencia para el año de 2010 que, según Resolución No. 73849, ascendía a la suma de \$80.340 millones de pesos, equivalentes a 150.000 SMLV.
- Con base en la información recaudada en la etapa de averiguación preliminar, la Delegatura encontró que las sociedades contaban con una cuota de participación del 22.16% en la producción y comercialización de alambre recocido negro, y del 20.13% en la producción y comercialización de malla electrosoldada; superando preliminarmente el umbral del 20% en dos de los mercados relevantes señalados en párrafo anterior de esta resolución. De esa manera, para estos mercados se cumplía lo señalado en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 como presupuesto para informar una integración empresarial. Dicho análisis de los mercados presuntamente afectados se realizó teniendo en cuenta, entre otras, los reportes de ventas registradas en los mercados de producción y comercialización de alambre recocido negro y malla electrosoldada, informados a la SIC, tanto por las empresas intervinientes como por empresas competidoras en el país, para el año 2010.

Por su parte, en los mercados de producción y comercialización de los demás productos, esto es, hierro figurado (para el cual se calculó una participación del 17.4%) y alambre brillante (con participación del 16.97%), no se cumplía el umbral del 20% señalado por la ley.

En consecuencia, y encontrándose preliminarmente verificados los umbrales señalados en la norma, la Delegatura concluyó que existía mérito para abrir una investigación por la presunta vulneración al deber de información previa establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

TERCERO: Que cumpliendo el procedimiento previsto para este tipo de actuaciones en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado y adicionado por el artículo 155 del Decreto – Ley 019 de 2012, se agotaron las siguientes actuaciones:

- Se procedió a notificar a las empresas y personas vinculadas mediante la Resolución de Apertura de Investigación.
- Dentro del término señalado en la Ley, las investigadas presentaron descargos frente a la apertura de investigación y solicitaron y aportaron las pruebas que consideraron oportunas.
- Se ordenó abrir a pruebas el procedimiento mediante la Resolución No. 59623 del 4 de octubre de 2012³. En dicha resolución se decretaron las pruebas solicitadas por las empresas investigadas, y aquellas que se consideró necesario decretar de oficio.

³ Documento obrante a folios 581 a 587 del cuaderno público No. 2 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 5 1386 DE 2013 Hoja N°. 3

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

- Mediante la Resolución No. 9902 del 14 de marzo de 2013⁴, la Delegatura limitó la práctica de algunas pruebas, referidas en concreto a información requerida a tres (3) empresas que participaban en los diferentes mercados afectados. La limitación de las pruebas resultaba procedente en la medida que de las 43 empresas que se habían requerido, 40 de ellas reportaron la información solicitada a la SIC.

CUARTO: Que para determinar con exactitud las cuotas de participación en el mercado de las empresas intervinientes, a lo largo de la investigación la Delegatura redefinió los mercados presuntamente afectados. Para ello, adoptó la siguiente metodología:

- Debido a que en la etapa preliminar se incurrió en doble contabilización de participaciones -al haber tenido en cuenta la información de empresas que comercializaban los productos *pero que no los producían*-, en la etapa de investigación resultó procedente excluir de los cálculos de participaciones del mercado a las empresas comercializadoras. En efecto, como el mercado relevante de la integración era la producción de malla electrosoldada, alambre recocido, alambre brillante y hierro figurado, tener en cuenta también la participación de comercializadores del producto implicaba contabilizar dos veces un mismo producto, tanto en su etapa de producción, como en su etapa de comercialización.
- Se determinó que las investigadas hacían parte del mercado de producción de malla electrosoldada, hierro figurado, alambre recocido y alambre brillante, es decir, hacían parte de aquellos productores que fabrican y venden sus productos de manera directa a los consumidores y/o a las redes mayoristas y minoristas.
- De igual forma se incluyó la información correspondiente a importaciones y producción por concepto de maquila.

Habiendo analizado la información aportada al expediente, se logró concluir que la estimación inicial de cuota de participación de las empresas investigadas no resultaba ajustada a la realidad del mercado. En consecuencia, al redefinir la cuota de participación de las empresas en el mercado se logró establecer que las intervinientes no contaban, ni individual ni conjuntamente, con una cuota de participación del 20% o más. Así, no se cumplía con el supuesto objetivo para informar previamente la operación de integración ante esta Superintendencia.

QUINTO: Que una vez culminada la etapa probatoria, y de conformidad con lo ordenado por el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el Decreto-Ley 19 de 2012, el día 8 de abril de 2013 se realizó la audiencia previa al Informe Motivado, en el curso de la cual el apoderado de las investigadas presentó sus argumentos respecto de la investigación adelantada.⁵

⁴ Documento obrante a folios 1004 a 1006 del cuaderno público No. 4 del expediente.

⁵ La grabación de la audiencia de alegatos previa al Informe Motivado, obra en un CD a folio 1082 del cuaderno público No. 4 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00051386 DE 2013 Hoja N°. 4

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

Continuando con el trámite, el 30 de abril de 2013 la Delegatura trasladó a este Despacho el informe motivado con el resultado de la etapa de instrucción⁶ (en adelante, "Informe Motivado"), en el cual recomendó:

"Del material probatorio recaudado en el transcurso de la investigación, pudo establecerse que para el caso objeto de estudio, tal y como se ha expuesto a lo largo de este análisis, la vía que eligieron los investigados para dar cumplimiento al deber legal previsto en la Ley 1340 de 2009, fue la adecuada para este tipo de operaciones. Terminada la etapa probatoria, mediante el presente Informe Motivado, se pone en conocimiento del señor Superintendente de Industria y Comercio y de los investigados, los resultados de la investigación."⁷

SEXTO: Que el mismo 30 de abril de 2013, se corrió traslado del Informe Motivado a ALMASA, TREFIACEROS, TREFIALCO, y a RICARDO ANTONIO RAMÍREZ OVALLE, MAURICIO OTÁLORA RAMOS y LUIS FERNANDO OTÁLORA MARTÍNEZ, quienes a través del apoderado designado para este expediente, mediante comunicación radicada bajo el No. 11-067811-00280 del 28 de mayo de 2013⁸, presentaron sus observaciones al Informe Motivado, las cuales se resumen a continuación:

(...)

2. Para poder afirmar que los investigados incumplieron el numeral 1 del artículo 10 de la ley 1340 de 2009, es necesario que las intervinientes contaran con más del 20% en todos o algunos de los mercados relevantes afectados con la operación de integración, toda vez que de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la referida ley, cuando los interesados cuenten con menos del 20% del mercado relevante se entenderá autorizada la operación, para lo cual solo es necesario notificar la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio.

(..)

4. Como bien lo afirma el Informe Motivado, los mercados relevantes afectados a la operación de integración son la producción de malla electrosoldada, hierro figurado, alambre recocado y alambre brillante, es decir hacen parte de aquellos, los productores que fabrican y venden sus productos de manera directa a los consumidores y/o a las redes mayoristas y minoristas.

5. Así las cosas, para efectos de establecer la participación de las intervinientes en cada uno de los mercados, como bien se dice en el informe motivado, deben tenerse en cuenta "las cantidades producidas, importadas o maquiladas en cada uno de los productos objeto de análisis".

(...)

7. Efectuado el cálculo de participación de las intervinientes en los mercados de alambre recocado y malla electrosoldada, y teniendo en cuenta las consideraciones del numeral precedente, se desprende que la participación conjunta de ALAMBRES Y MALLAS S.A. ALMASA junto con TREFIALCO LTDA. Y TREFIACERO LTDA S.A. (sic) en cada uno de los mercados relevantes afectados con la operación al 31 de diciembre de 2010, era inferior al 20% y, por tanto, como se indica igualmente en el informe motivado, "el procedimiento

⁶ Documento obrante a folios 1083 a 1107 del cuaderno público No. 4 del expediente.

⁷ Página 25 del Informe Motivado.

⁸ Documento obrante a folios 1113 a 1116 del cuaderno público No. 4 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 5 1386 DE 2013 Hoja N°. 5

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

seguido por las intervinientes estuvo acorde con el deber previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009".

SÉPTIMO: Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuación, este Despacho concluye el presente caso en los siguientes términos:

7.1. COMPETENCIA

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".*

El numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁹, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "*[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica".*

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que "*[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas".*

Asimismo, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido: "*La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.*"

7.2. MARCO NORMATIVO

7.2.1 Conducta Investigada

De conformidad con la Resolución de Apertura de Investigación No. 19466 del 29 de marzo de 2011, en este caso se examinó la presunta infracción por parte de ALMASA, TREFIACEROS y TREFIALCO a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 (que modificó el artículo 4 de la Ley 155 de 1959), que ordena:

"Artículo 9. CONTROL DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES. *El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 quedará así:*

⁹ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 51386 DE 2013 Hoja N°. 6

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

- 1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o*
- 2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.*

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación [...]."

De la misma manera, se examinó si las personas naturales vinculadas a la investigación, RICARDO ANTONIO RAMÍREZ OVALLE, MAURICIO OTÁLORA RAMOS y LUIS FERNANDO OTÁLORA MARTÍNEZ, habían incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que establece:

"Artículo 26. Monto de las Multas a Personas Naturales. (...) Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio (...)"

7.2.2. Aplicación de la recomendación contemplada en el Decreto 019 de 2012

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 155 del Decreto Ley 019 de 2012: "Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado".

Teniendo en cuenta la norma transcrita, y que en el presente caso el Informe Motivado presentado por la Delegatura para la Protección de la Competencia concluye que ALMASA, TREFIACEROS y TREFIALCO, no incumplieron el deber de información previa señalado en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y, en consecuencia, no existe fundamento para sancionar ni a las empresas ni a las personas naturales investigadas, este Despacho acoge integralmente los argumentos expuestos en el referido informe, y procede al cierre de la investigación de la referencia. (El Informe Motivado allegado a este Despacho por la Delegatura se anexa a la presente resolución con el fin de que sean tenidos en cuenta las consideraciones y análisis económico en él reflejados).

RESOLUCIÓN NÚMERO 00051386 DE 2013 Hoja N°. 7

“Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación”

De conformidad con lo anterior, este Despacho considera pertinente referirse de forma sumaria a los siguientes aspectos relevantes en el caso bajo estudio.

7.3. CONSIDERACIONES DE ESTE DESPACHO

7.3.1. El control previo de integraciones empresariales

El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 establece los parámetros que deben tener en cuenta los agentes del mercado al momento de llevar a cabo una operación de integración, para determinar si la misma debe o no ser informada o notificada ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Conforme a dicha norma, las empresas que proyecten llevar a cabo una operación de integración empresarial, deberán informar previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio su realización, en aquellos casos en que cumplan con los supuestos previstos en dicho artículo: (i) subjetivo, (ii) objetivo; y (iii) supuesto cronológico.

En la resolución de apertura de investigación se endilgó a las investigadas el incumplimiento del deber de información previa, debido a que en esa etapa procesal y con la información que se había aportado al expediente, se determinó que a pesar de cumplirse los presupuestos legales para que la operación fuese informada, las intervinientes en la operación simplemente la habían notificado, es decir no la habían sometido al estudio de la Superintendencia, afirmando que tenían menos del 20% de participación en el mercado relevante en el cual tendría lugar la operación de integración.

En efecto, con base en la información que obraba en el expediente, la Delegatura consideró, que a pesar de haberse notificado la operación por parte de las intervinientes, se incumplió con una obligación en la medida en que las empresas contaban, según la Delegatura, con más del 20% del mercado relevante. Así, lo que procedía era informar la integración para su estudio y autorización, y no simplemente notificarla.

7.3.1.1 Descripción de la operación realizada

De conformidad con la información que obra en el expediente, la operación de integración realizada entre las intervinientes consistió en la compra por parte de ALMASA de la maquinaria y equipo que poseían las empresas TREFIACEROS y TREFIALCO, para la producción de hierro figurado, malla electrosoldada, alambre recocido y alambre brillante (Gráfica No 1).

En el análisis de la integración, resulta importante anotar, que la empresa ALMASA se encuentra bajo el mismo direccionamiento de GYJ FERRETERÍAS S.A.¹⁰.

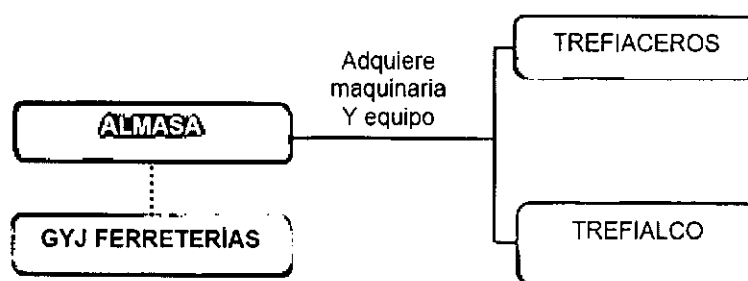
Gráfica No. 1

Operación de integración ALMASA, TREFIACEROS y TREFIALCO

¹⁰ Ver Folio 4 del cuaderno No. 1 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00051386 DE 2013 Hoja N°. 8

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"



Fuente: Elaboración SIC.

Durante el proceso de notificación iniciado por las investigadas ante esta Entidad, las intervinientes establecieron que el área geográfica donde operan corresponde al territorio nacional¹¹. De igual forma, las intervinientes dividieron en cuatro el mercado relevante de producto, y señalaron que su cuota de participación era menor al 20%. Para esa fecha reportaron la siguiente información en cuanto a participaciones:

Tabla No. 1
Participación de ALMASA y TREFIACEROS

MERCADO	Participación Porcentual (%)
Malla electrosoldada	15,9%
Alambre recocido (negro)	18,8%
Alambre brillante	6,8%
Hierro figurado	10,9%

Fuente: Expediente No. 11-67811, Folios 7, 8, 9 y 10, Cuaderno 1.

Teniendo en cuenta lo anterior, las empresas investigadas entendieron como autorizada la integración, toda vez que no superaban el 20% de participación en cada uno de los mercados relevantes presuntamente afectados, y, por consiguiente, sólo procedieron a notificarla ante la Superintendencia.

Tal y como lo señaló la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación, la integración empresarial entre ALMASA, TREFIACEROS y TREFIALCO estaría preliminarmente referida a los siguientes mercados relevantes¹²: (i) Mercado de producción y comercialización de Alambre Recocido (Negro) en Colombia, (ii) Mercado de producción y comercialización de Malla Electrosoldada en Colombia, (iii) Mercado de producción y comercialización de Alambre Brillante en Colombia y (iv) Mercado de producción y comercialización de Hierro Figurado en Colombia.

La definición de mercado señalada en la Resolución de apertura de investigación incluyó como competidores a productores de tales bienes, y a aquellos agentes que únicamente fueran comercializadores de dichos productos, teniendo en cuenta así a todos los agentes de la cadena de valor. De esta forma, la Delegatura realizó los cálculos de las

¹¹ Ver Folios 5 y 6 del cuaderno No. 1 del expediente.

¹² Ver Folios 486 y 487 del cuaderno No. 2 del expediente. Resolución 19466 de 2012 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 5 1386 DE 2013 Hoja N°. 9

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

participaciones de mercado con base en las ventas (reportadas en pesos) realizadas por las empresas que producían y comercializaban los productos objeto de estudio. De acuerdo a la información aportada al expediente, para el año 2010 se determinó que en los mercados de hierro figurado y alambre brillante, las investigadas no tenían una participación mayor al 20%. Por el contrario, analizados los mercados de producción y comercialización de alambre recocido y malla electrosoldada en el año 2010, se encontró que las sociedades tenían una participación del 22,16% y 20,13%, respectivamente, superando preliminarmente el umbral del 20%.

Así las cosas, en el presente caso el aspecto fundamental que debía dilucidarse era si las empresas intervinientes se encontraban cobijadas por la excepción prevista en la Ley 1340 de 2009, según la actual se entiende autorizada una integración en que las intervinientes tengan menos del 20% del mercado, o si, por el contrario, las intervinientes estaban obligadas a someter a pre evaluación su operación.

7.3.1.2 Presupuestos del control ex ante de integraciones

Para determinar si una integración empresarial debe ser informada a la Superintendencia de Industria y Comercio se deben cumplir tres requisitos principales: el subjetivo, el objetivo y el cronológico. A continuación se analiza si en el presente caso se cumplieron los supuestos para informar una integración empresarial o no y, por consiguiente, si hay lugar a una sanción por incumplir tal deber.

(i) Supuesto Subjetivo

Implica que las empresas que se pretendan integrar estén dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado, o que se encuentren dentro de la misma cadena de valor de dicho bien o servicio. Así, dentro de este supuesto se destacan dos preceptos:

- Que exista una pluralidad de empresas a integrarse; y
- Que esas empresas desarrollen la misma actividad o participen en la misma cadena de valor

Con base en la información que obra en el expediente, las empresas intervinientes participan en la misma industria, principalmente en las actividades de fabricación y comercialización de productos de acero. Sobre el particular, las empresas investigadas producían y comercializaban productos trefilados como son el alambre negro, hierro figurado, malla electrosoldada y alambre brillante, para la época de los hechos investigados.

(ii) Supuesto Objetivo

El supuesto objetivo se compone de dos elementos. En primer lugar, según lo establecido en la Resolución No. 73849 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio (vigente para la época de información de la operación), las empresas que individualmente o en conjunto, presentaran activos totales o ingresos operacionales superiores a ciento cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (150.000 SMLMV), estaban

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 5 1386 DE 2013 Hoja N°. 10

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

obligadas a informar previamente a esta Entidad las integraciones que pretendieran llevar a cabo.

A 31 de diciembre de 2010, tanto los activos totales como los ingresos operacionales conjuntos de **ALMASA**, **TREFIACEROS** y **TREFIALCO**, superaban los umbrales establecidos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 para surgiera el deber de informar una integración empresarial, que para el año 2010 eran de \$80.340 millones de pesos.

(iii) Supuesto Cronológico

Según el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, las empresas intervinientes en la integración que cumplan con los supuestos subjetivo y objetivo, deberán informar dicha operación con anterioridad a la materialización de la misma. Es decir, deberán informar ex ante la operación y obtener un pronunciamiento favorable de esta Entidad antes de realizarla. El aviso no podrá ser posterior a la concreción de la integración, sino que debe realizarse con antelación a la misma¹³, pues de no ser así se perdería el carácter preventivo de la norma.

La Resolución de apertura encontró que si bien las sociedades objeto de análisis notificaron previamente la operación, dicha notificación fue inadecuada, por cuanto las tres empresas superaban el umbral de participación en el mercado relevante para que surgiera el deber de informar (20%). Por consiguiente, lo que procedía en el presente caso era informar la operación para que la autoridad la evaluara, y no notificarla entendiendo que la misma ya se encontraba autorizada por contar las empresas con menos del 20% del mercado relevante.

Para establecer si las empresas estaban obligadas a informar o simplemente a notificar, es necesario definir el mercado relevante, a partir del cual se contabilizarán las participaciones de cada una de las empresas intervinientes.

(iv) Definición del mercado relevante en el Informe Motivado

Este Despacho concuerda con el análisis de la Delegatura, según el cual los mercados relevantes en este caso corresponden a: (i) mercado de alambre recocido (negro)¹⁴, (ii) mercado de alambre brillante¹⁵; (iii) mercado de venta de malla electrosoldada¹⁶; y (iv)

¹³ Ver artículo 6 del Decreto 1302 de 1964: "[P]ara los efectos de la autorización presuntiva que se establece en el párrafo 2° del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, el término de treinta días empezará a contarse desde (...)". A su vez, el párrafo 2 del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 establece: "Si pasados treinta días de haberse presentado el informe de que trata este artículo no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla."

¹⁴ Derivado del alambroón, el cual se trefila hasta alcanzar el diámetro requerido. Se utiliza en la industria de la construcción para el amarre en el armado del acero de refuerzo. Se conoce como alambre negro (por su apariencia superficial) o alambre dulce (por su alta ductilidad).

¹⁵ Generalmente se utiliza en manufactura de productos que una vez elaborados son sometidos a procesos de recubrimiento con cromo, cobre, plástico, PVC y pinturas para evitar la corrosión y obtener un mejor producto.

¹⁶ Son estructuras de acero planas en forma de panel, compuestas por barras de acero lisas o corrugadas que se encuentran entrelazadas entre cuadrículas y electrosoldadas en todos los puntos de encuentro. Proporcionan refuerzo para las placas de concreto, con el

RESOLUCIÓN NÚMERO 00051386 DE 2013 Hoja N°. 11

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

mercado de venta de hierro figurado¹⁷, donde se incluyen tanto la producción mediante el proceso de maquila como las importaciones de dichos productos, en todo el territorio nacional. Lo anterior, toda vez que las investigadas participan únicamente en el mercado de fabricación de productos trefilados o figurados, y no en el de comercialización de dichos productos.

Es importante anotar que al no incluir en el mercado de producto la comercialización de productos trefilados, se evita, como se señaló en el Informe Motivado, hacer una doble contabilización de la cantidad total producida en el mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se presentan las cuotas de participación de las intervinientes en la operación en los mercados señalados, con base en las cantidades producidas en el año 2010.

Tabla No. 2

EMPRESA	Cuota de participación			
	Alambre recocido	Malla electrosoldada	Alambre brillante	Hierro figurado
TREFIACEROS	1,0%	4,1%	0,1%	1,2%
TREFIALCO	2,4%	5,6%	0,5%	4,0%
ALMASA	15,3%	8,8%	10,5%	10,3%
TOTAL	18,7%	18,5%	11,1%	15,5%

Fuente: Informe Motivado, págs 23 y 24

Finalmente, este Despacho considera que sí era importante incluir en la definición del mercado relevante presuntamente afectado con la operación de integración analizada, tanto las importaciones de los productos mencionados como la producción mediante el proceso de maquila, dado que hacen parte de la oferta final de los productos definidos, y que no fueron incluidos en la Resolución de apertura de investigación.

7.3.1.3 No existe una violación a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009

El deber de informar una concentración económica, constituye el punto de partida del control previo, que por disposición legal debe ejercer esta Superintendencia sobre las integraciones empresariales. En este contexto, la obligación de informar constituye un mandato legal para los particulares, quienes deben solicitar a la Superintendencia el inicio de un procedimiento administrativo en aquellos casos en que cumplen con ciertos requisitos objetivos y subjetivos. Dicho procedimiento culmina con el pronunciamiento de la

fin de garantizar que la retracción en el fraguado no genere fisuras ni grietas en la superficie.

¹⁷ Acero proveniente del proceso de conformado en frío de barras y alambres de acero corrugado para refuerzo longitudinal y transversal de estructuras en concreto con diseño; se utiliza como refuerzo estructural para construcción con concreto.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 5 13 8 6 DE 2013 Hoja N°. 12

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

autoridad respecto de si autoriza la operación, la autoriza con condicionamientos, o la objeta, dependiendo de los efectos que genere en el mercado.

El control de las integraciones *ex ante* tiene entre uno de sus objetivos la preservación de la competencia efectiva en los mercados, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Al analizarse la naturaleza del control de integraciones como forma de protección de la libre competencia, se observa que está constituida por una actuación de carácter *ex ante*, descrita por la Corte Constitucional en Sentencia 228 del 24 de marzo de 2010 de la siguiente manera:

"(...)

*Estas razones también sirven de base para considerarse que no se está ante una presunción de abuso contraria al principio de buena fe. En efecto, lo que motiva a la intervención estatal representada en el control de integraciones empresariales es la necesidad de evitar que determinados modos de integración empresarial tengan (sic) un grado de incidencia del mercado que imposibilite la competencia efectiva entre oferentes y la garantía de los derechos de los consumidores. De ningún modo puede considerarse que un control de esta naturaleza presuponga la mala fe de las empresas concernidas en la operación de integración, pues el análisis que efectúa la autoridad administrativa se basa en criterios objetivos y cuantificables, que prescinden de una evaluación acerca del futuro comportamiento de las empresas que optan por integrarse."*¹⁸

Ahora bien, a partir de la expedición de la Ley 1340 de 2009 se creó una excepción a la obligación antes anotada, la cual tiene como objetivo excluir del control *ex ante* de aquellas operaciones que por la dimensión de las participaciones de sus intervinientes no son significativas. Para tal efecto, se consideró como límite ideal el del 20% del mercado. La norma señala:

"Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

- 1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o*
- 2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.*

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la

¹⁸ Sentencia C-228 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 5 1386 DE 2013 Hoja N°. 13

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación. (...) (Subrayado fuera de texto)

Así, existen dos posibles trámites al momento de realizar una integración empresarial, y serán los intervinientes quienes deberán escoger cuál es el camino adecuado dependiendo de la participación que tengan en los mercados relevantes involucrados. Los procedimientos previstos para cada una de las vías anotadas son diferentes. Por una parte, cuando se trata de una pre-evaluación, se tiene que el artículo 10 de la ya mencionada Ley 1340 de 2009¹⁹ contiene de manera general las fases del trámite en donde se solicita información específica de los mercados y de las empresas. Adicionalmente, a través de la Resolución 35006 de 2010²⁰, se impartieron instrucciones sobre el procedimiento para la autorización y notificación de las operaciones de integración empresarial y se adoptaron unas guías.

En la Resolución citada, además de incluirse la información que debe aportarse tanto en el trámite de pre-evaluación como en el de notificación, se consagra una obligación que están llamadas a cumplir las empresas intervinientes, y que señala expresamente:

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

En los términos expuestos, dispuso la ley expresamente que el trámite de notificación al igual que el de pre-evaluación debe realizarse de manera *ex ante* a la concreción de la operación.

Teniendo en cuenta los aspectos ilustrados en la presente resolución, este Despacho acoge la conclusión a la que llegó la Delegatura en su Informe Motivado, en relación a que las intervinientes de la operación de integración acudieron al trámite adecuado, esto es al de notificación y no al de pre-evaluación, toda vez que se encontraban inmersos en la excepción contenida en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, pues pese a que se cumplía el supuesto subjetivo y objetivo contenido en la norma, las participaciones de mercado eran inferiores al 20% en los mercados relevantes afectados. Adicionalmente, el trámite de notificación se efectuó de manera previa a la realización de la citada operación.

7.3.1.5 Responsabilidad de los señores RICARDO ANTONIO RAMÍREZ OVALLE, MAURICIO OTÁLORA RAMOS y LUIS FERNANDO OTÁLORA MARTÍNEZ

De conformidad con lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para *"Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la*

¹⁹ Modificado por el Decreto 019 de 2012.

²⁰ Modificada por la Resolución No. 52778 de 2011.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 5 138 6 DE 2013 Hoja N°. 14

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción (...)"

Así, para que se configure la responsabilidad de los representantes legales en este caso era prerequisite establecer la responsabilidad de la empresa a que pertenecen. De tal suerte que la responsabilidad de los administradores presupone la de la empresa.

En el caso particular, al no existir violación de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 en los términos ya indicados, este Despacho encuentra que los señores RICARDO ANTONIO RAMÍREZ OVALLE, MAURICIO OTÁLORA RAMOS y LUIS FERNANDO OTÁLORA MARTÍNEZ, como representantes legales de las empresas investigadas, no incurrieron en la responsabilidad prevista en el el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que ALAMBRES Y MALLAS S.A., TREFIACEROS LTDA. y TREFIALCO LTDA., no incumplieron lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, que establece el deber de informar integraciones empresariales ante la Superintendencia de Industria y Comercio en aquellos casos en que se cumplen los supuestos establecidos en la norma.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que RICARDO ANTONIO RAMÍREZ OVALLE en su calidad de representante legal de ALAMBRES Y MALLAS S.A., MAURICIO OTÁLORA RAMOS en su calidad de representante legal de TREFIACEROS LTDA., y LUIS FERNANDO OTÁLORA MARTÍNEZ en su calidad de representante legal de TREFIALCO LTDA., no incurrieron en la responsabilidad prevista en el el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR el cierre de la investigación iniciada mediante la Resolución No. 19466 del 29 de marzo de 2012, en contra de ALAMBRES Y MALLAS S.A., TREFIACEROS LTDA. y TREFIALCO LTDA., así como contra RICARDO ANTONIO RAMÍREZ OVALLE en su calidad de representante legal de ALAMBRES Y MALLAS S.A., MAURICIO OTÁLORA RAMOS en su calidad de representante legal de TREFIACEROS LTDA., y LUIS FERNANDO OTÁLORA MARTÍNEZ en su calidad de representante legal de TREFIALCO LTDA.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a ALAMBRES Y MALLAS S.A., TREFIACEROS LTDA. y TREFIALCO LTDA., así como a RICARDO ANTONIO RAMÍREZ OVALLE, MAURICIO OTÁLORA RAMOS y LUIS FERNANDO OTÁLORA MARTÍNEZ, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes al mismo.

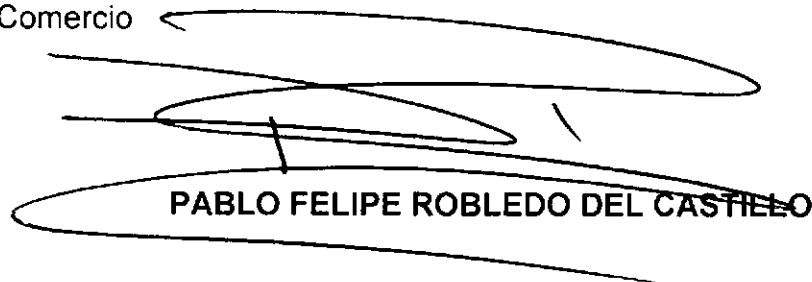
RESOLUCIÓN NÚMERO 000 5 1386 DE 2013 Hoja N°. 15

"Por la cual se ordena el cierre y archivo de una investigación"

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **28 AGO 2013**

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Blanca Isabel Castro Angarita
Revisó y Aprobó: Felipe Serrano Pinilla

NOTIFICAR:

**ALAMBRES Y MALLAS S.A.
TREFIACEROS LTDA.
TREFIALCO LTDA.
RICARDO ANTONIO RAMÍREZ OVALLE
MAURICIO OTÁLORA RAMOS
LUIS FERNANDO OTÁLORA MARTÍNEZ**
Apoderado
Doctor
JAIRO RUBIO ESCOBAR
Apoderado Especial
Calle 94 A No. 13- 34, Oficina 102
Teléfono: 6183279 / 6183282
Telefax: 6183451
Correo Electrónico: jrubio@rubioescobar.com
Bogotá D.C.