

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
JAVERIANA
SCHOOL OF LAW**



El control de las concentraciones empresariales en Colombia

*Alfonso Miranda L.
Juan D. Gutiérrez R.*

CEDEC COMPETITION LAW & ECONOMICS RESEARCH PAPER SERIES
WORKING PAPER NO. 07-03

Octubre 2007

El control de las concentraciones empresariales en Colombia

Alfonso Miranda Londoño¹
Juan David Gutierrez Rodríguez²

Resumen: El control a las concentraciones empresariales constituye una de las más importantes expresiones del Derecho de la Competencia. En efecto esta herramienta le permite a la autoridad de la competencia (cuando el control es previo como en el caso colombiano) impedir que se lleven a cabo operaciones que restrinjan indebidamente la competencia, o bien, autorizarlas en forma condicionada –a través de condicionamientos- con el fin de que la autoridad pueda garantizar la preservación de la libre competencia en los mercados. El propósito de este documento es hacer una presentación del régimen de control de concentraciones empresariales colombiano, determinar su naturaleza, su estructura, identificar las diferentes posiciones doctrinales adoptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y su evolución en los últimos años.

Palabras clave: *derecho de la competencia, concentración empresarial, control de concentraciones, condicionamientos, integraciones horizontales, integraciones verticales, concentraciones de conglomerado, Superintendencia de Industria y Comercio.*

Abstract: The mergers review is one of the most important aspects of the Competition Law. This tool allows the competition authority (when the review is *ex ante* as in the Colombian case) to hinder the transactions that unduly restrict competition or authorize them under certain conditions – through merger remedies- which guarantees the preservation of free competition in the markets. The purpose of this document is to present the Colombian merger review regime, determine its nature, its structure, identify the different doctrinal positions adopted by the Superintendency of Industry and Commerce and its evolution in the last years.

Key Words: *competition law, mergers & acquisitions, merger review, merger remedies, horizontal mergers, vertical mergers, conglomerate mergers, Superintendency of Industry and Commerce.*

JEL: K21, K23.

¹ El doctor Alfonso Miranda Londoño es abogado y socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y postgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socio de la firma Esguerra Barrera Arriaga Miranda Piquero González y Jaramillo. Correo: amirandal@cable.net.co.

² Juan David Gutiérrez Rodríguez. Abogado, Universidad Javeriana (Colombia). *European Master in Law and Economics* (becario *Erasmus Mundus* de la Comisión Europea) de la Universidad de Bologna (Italia) y la Universidad Erasmus Rotterdam (Holanda). *Advanced Political, Social and Economical Studies*, Universidad de Notre Dame (EE.UU) y The Phoenix Institute. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado en la Universidad Javeriana. Correo: jdg@cable.net.co.

Índice

| | |
|--|-----------|
| ÍNDICE | 3 |
| 1. INTRODUCCIÓN | 6 |
| 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES | 14 |
| 2.1 EL CONTROL DE CONCENTRACIONES COMO LÍMITE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA | 14 |
| 2.1.1 <i>Constitución de 1886 y posteriores reformas</i> | 15 |
| 2.1.2 <i>Limitaciones en la Constitución de 1991</i> | 16 |
| 2.2 EL CONTROL DE CONCENTRACIONES COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA INICIATIVA PRIVADA..... | 17 |
| 2.2.1 <i>Concentraciones empresariales en EEUU y la Comunidad Europea</i> | 21 |
| 2.2.2 <i>El control de concentraciones como expresión de la facultad de intervención del Estado en la economía</i> | 22 |
| 2.2.3 <i>Naturaleza jurídica del deber de informar a la SIC las operaciones de concentración</i> | 25 |
| 3. ASPECTOS CONSTITUCIONALES | 27 |
| 3.1 DEBATES EN LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991 SOBRE EL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA..... | 27 |
| 3.2 INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA | 29 |
| 4. EVOLUCION NORMATIVA..... | 31 |
| 4.1 LEY 155 DE 1959..... | 31 |
| 4.2 DECRETO 1302 DE 1964 – REGLAMENTO DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 155 DE 1959 | 32 |
| 4.3 DECRETO 2153 DE 1992..... | 33 |
| 4.4 DECRETOS DECLARADOS INEXEQUIBLES POR LA CORTE CONSTITUCIONAL..... | 34 |
| 5. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL..... | 37 |
| 5.1 CONCEPTO DE EMPRESA..... | 37 |
| 5.2 MISMA ACTIVIDAD ECONÓMICA..... | 37 |
| 5.2.1 <i>Casos en los cuales la SIC encontró que una integración vertical no requería autorización</i> | 39 |
| a. Colombia Móvil S.A. E.S.P. | 39 |
| b. Operación internacional <i>Chevron - Texaco</i> | 40 |
| 5.2.2 <i>Casos en los cuales la SIC encontró que una integración vertical requería autorización</i> | 41 |
| 5.3 FORMAS JURÍDICAS QUE CONSTITUYEN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN | 45 |
| 5.3.1 <i>Fusión</i> | 46 |
| 5.3.2 <i>Consolidación e integración</i> | 47 |
| 5.3.3 <i>Adquisición de Control</i> | 47 |
| 5.3.3.1 Matrices y subordinadas | 49 |
| 5.3.4 <i>Conclusión</i> | 51 |
| 5.4 CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL APLICADO A LAS OPERACIONES REALIZADAS EN EL EXTERIOR | 51 |
| 5.4.1 <i>Oficio radicado bajo el No. 00001365 de 2000</i> | 51 |

| | | |
|-------|---|----|
| 5.4.2 | Concentración empresarial internacional Chevron Texaco..... | 53 |
|-------|---|----|

6 EL DEBER LEGAL DE INFORMAR LAS CONCENTRACIONES Y LA FACULTAD DE LA SIC PARA CONTROLARLAS..... 54

| | | |
|-------|--|----|
| 6.1 | PRINCIPIO GENERAL..... | 57 |
| 6.2 | REGÍMENES DE AUTORIZACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES | 57 |
| 6.2.1 | <i>La reforma de los regímenes de autorización establecidos por la Resolución No. 22195 de 2006 de la SIC.....</i> | 61 |
| 6.3 | EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ES DE CARÁCTER PREVIO | 63 |
| 6.4 | CASOS EN QUE LA SIC DEBE OBJETAR LAS CONCENTRACIONES..... | 64 |
| 6.4.1 | <i>Definición del mercado relevante.....</i> | 64 |
| 6.4.2 | <i>Presunciones de operaciones que tienden a producir una indebida restricción a la competencia.....</i> | 65 |
| 6.4.3 | <i>Otros factores que podrían producir una indebida restricción a la competencia.....</i> | 66 |
| 6.5 | CASOS EN QUE LA SIC NO PUEDE OBJETAR LAS CONCENTRACIONES..... | 69 |
| 6.6 | INFORMACIÓN REQUERIDA PARA EL ESTUDIO DE LAS CONCENTRACIONES..... | 70 |

7. PROCEDIMIENTO ANTE LA SIC 79

| | | |
|-----|---|----|
| 7.1 | INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO | 79 |
| 7.2 | INFORMACIÓN ADICIONAL | 80 |
| 7.3 | SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO..... | 81 |
| 7.4 | EL DEBIDO PROCESO APLICADO A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES..... | 82 |

8. CONDICIONAMIENTOS IMPUESTOS POR LA SIC A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES 87

| | | |
|------|--|----|
| 8.1 | DESINVERSIÓN..... | 88 |
| 8.2 | MANEJO SEPARADO DE PARTE DEL NEGOCIO | 89 |
| 8.3 | PONER A DISPOSICIÓN DE COMPETIDORES LA CAPACIDAD DE PRODUCCIÓN O LA CAPACIDAD LOGÍSTICA..... | 90 |
| 8.4 | CONCENTRACIÓN VERTICAL: RELACIONES CON DISTRIBUIDORES O PROVEEDORES | 92 |
| 8.5 | TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA | 94 |
| 8.6 | PRECIOS..... | 95 |
| 8.7 | GARANTÍAS DEL TRASLADO DE BENEFICIOS EN EFICIENCIA A LOS CONSUMIDORES | 95 |
| 8.8 | MEDIDAS SOBRE MANTENIMIENTO DE MARCAS | 96 |
| 8.9 | PUBLICACIÓN DE INFORMACIÓN..... | 96 |
| 8.10 | CONTRATAR UN AUDITOR QUE CONTROLE EL CUMPLIMIENTO..... | 97 |
| 8.11 | CONSIDERACIONES FINALES | 97 |

9. PRINCIPALES DECISIONES DE LA SIC 99

| | | |
|------|---|-----|
| 9.1 | <i>EEPPM – ISAGEN.....</i> | 99 |
| 9.2 | <i>BAVARIA - LEONA</i> | 99 |
| 9.3 | <i>PELDAR - CONALVIDRIOS.....</i> | 99 |
| 9.4 | <i>ALIANZA SUMMA: AVIANCA – SAM Y ACES.....</i> | 100 |
| 9.5 | <i>MONÓMEROS – CARGILL</i> | 100 |
| 9.6 | <i>ETERNIT – COLOMBIT.....</i> | 100 |
| 9.7 | <i>EXXONMOBIL – CARBOQUÍMICA</i> | 102 |
| 9.8 | <i>POSTOBÓN – QUAKER.....</i> | 102 |
| 9.9 | <i>PROCTER & GAMBLE – COLGATE.....</i> | 103 |
| 9.10 | <i>SABMILLER PLC - BAVARIA S.A.</i> | 105 |

| | |
|------------------------------|------------|
| 10. CONCLUSIONES..... | 106 |
|------------------------------|------------|

| | |
|---|------------|
| ÍNDICE DE PROVIDENCIAS, RESOLUCIONES, OFICIOS Y CONCEPTOS CITADOS | 109 |
|---|------------|

| | |
|---|-----|
| I. SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL | 109 |
| II. SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS | 109 |
| III. OFICIOS Y RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO..... | 109 |
| <i>Concentraciones empresariales condicionadas u objetadas</i> | 109 |
| <i>Concentraciones empresariales de carácter vertical</i> | 111 |
| <i>Concentraciones empresariales no informadas</i> | 111 |
| IV. CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO | 111 |
| V. RESOLUCIONES DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS | 112 |

| | |
|---------------------------|------------|
| BIBLIOGRAFÍA | 113 |
|---------------------------|------------|

EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN COLOMBIA³

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes logros de la Asamblea Nacional Constituyente fue sin duda haber plasmado en la Constitución Política de 1991 el Derecho a la Libre Competencia Económica, en desarrollo del cual se prohíben las prácticas restrictivas de la competencia y las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado nacional⁴.

En el Derecho de la Competencia contemporáneo uno de los temas más importantes, en las legislaciones y en la actividad de las autoridades de la competencia a nivel mundial, es el de las concentraciones empresariales. En Colombia, se consideran concentraciones empresariales las operaciones de fusión, consolidación, integración, toma de control, compra de activos, pasivos y contratos, y en general todas aquellas operaciones por medio de las cuales se concentra la economía y los mercados.

Es importante señalar que este tipo de operaciones no son conductas que se encuentran prohibidas en sí mismas. Constituyen, por el contrario, una manifestación de la autonomía de la voluntad privada y del derecho a la libertad económica. Estas operaciones se consideran en general positivas puesto que fortalecen a las empresas, generan eficiencias, sinergias y ahorros de costos que benefician tanto a las empresas involucradas como a sus empleados, accionistas, proveedores, clientes y a la economía en general. Sin embargo, es indudable que afectan la estructura competitiva de los mercados, y que en ocasiones pueden reducir de manera indebida la competencia, en perjuicio de los consumidores, los competidores actuales o potenciales y de la economía en general; debido a las anteriores razones, en ocasiones las operaciones deben ser revisadas y controladas por la autoridad de la competencia.

El control a las concentraciones empresariales constituye una de las más importantes expresiones del Derecho de la Competencia. En efecto esta herramienta le permite a la autoridad de la competencia (cuando el control es previo como en el caso colombiano) impedir que se lleven a cabo operaciones que restrinjan indebidamente la competencia, o bien, autorizarlas en forma condicionada con el fin de que la autoridad pueda garantizar la preservación de la libre competencia en los mercados.

³ El presente texto es una versión actualizada y corregida del documento publicado en “Escritos Contemporáneos del Derecho de los Negocios”, Cámara de Comercio de Bogotá, 2007.

⁴ La Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación con la definición, naturaleza, límites y fundamentos del derecho a la libre competencia. Véase, entre otras, las siguientes providencias: Sentencia T-240/93, Sentencia C-560/94, Sentencia C-398/95, Sentencia C-093/96, Sentencia T-147/96, Sentencia C-535/97, Sentencia T-375/97, Sentencia SU - 182/98, Sentencia C-183/98, Sentencia C-352/98, Sentencia C-332/00, Sentencia C-1262/00, Sentencia C-1268/00, Sentencia C-616/01, Sentencia C-810/01, Sentencia C-815/01, Sentencia C-949/01, Sentencia C-369/02, Sentencia C-389/02, Sentencia C-615/02, Sentencia C-915/02, Sentencia C-974/02, Sentencia C-150/03, Sentencia C-654/03, Sentencia C-1035/03, Sentencia C-516/04, y Sentencia C-623/04.

El control previo o *ex ante* que realiza la autoridad de la competencia colombiana es un factor muy significativo para la política de competencia en el contexto de la globalización económica, “ya que al incrementarse el número de transacciones empresariales internacionales se requiere un mayor control por parte de las diferentes autoridades de competencia, a fin de prevenir y combatir aquellas prácticas anticompetitivas que pueden afectar el comercio internacional, la liberalización y el flujo de inversión mundial.”⁵

Aunque parezca contradictorio, la apertura del comercio mundial no necesariamente propicia el aumento de la competencia y la eficiencia en los mercados sino que, por el contrario, puede dar lugar a la realización de nuevas prácticas restrictivas de la competencia por empresas que tienen posición dominante, no solamente sobre el mercado de un país, sino sobre el de varios. Philippe Brusick, describe este problema en los siguientes términos:

*“El hecho a destacar es que las megafusiones, en sus constantes esfuerzos por lograr economías de escala, podrían terminar controlando los mercados mundiales ya sea mediante colusión entre ellas o concentrándose en monopolios mundiales. Algunos sectores tales como la aviación civil, las empresas aeronáuticas y espaciales ya han casi alcanzado esa posición. [...] Ante el notable proceso de cambio que se observa a nivel mundial, cualquier iniciativa para establecer y aplicar normas nacionales de competencia se enfrentará con los límites impuestos por las fronteras nacionales.”*⁶

Así las cosas, las operaciones de concentración empresarial que se realizan de manera sistemática en determinados sectores de la economía constituyen un importante reto que deberá afrontar el Derecho de la Competencia. Este proceso se ha acelerado gracias a la apertura de los mercados y a la competencia internacional que deben enfrentar estas empresas. Sin embargo el consenso que existe en Latinoamérica en cuanto al desarrollo legislativo sobre el tema del control de los acuerdos anticompetitivos y del abuso de la posición dominante, no se presenta en el tema del control de las concentraciones empresariales. Por ejemplo, en el Perú⁷ solamente se ha expedido legislación para controlar las concentraciones que se producen en el sector energético; mientras que en Chile⁸, que cuenta con mercados altamente competitivos, no se han dictado normas explícitas sobre la materia.

A pesar de que unos sesenta países cuentan con un régimen de control previo de concentraciones⁹, según un informe del *Comité Asesor de Política de Competencia Internacional*¹⁰ del Departamento

⁵ GRETA SPOTA, *Reflexiones en torno a las posibilidades de cooperación internacional en materia de competencia*, en Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 5 (1998), p. 40.

⁶ PHILIPPE BRUSICK. *Mundialización: fomentar la competencia o crear monopolios?*, en Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 11, (2000), p. 73.

⁷ En la actualidad existe un proyecto de ley que modifica la Ley de Competencia vigente, que incorpora – entre otros aspectos- un régimen previo de control de concentraciones. No obstante, es importante resaltar que dicho proyecto no ha sido acogido unánimemente y ha recibido duras críticas, especialmente por el profesor de Derecho de la Competencia de la PUCP, el doctor Alejandro Falla.

⁸ A pesar de ello, en Chile la autoridad de la competencia sí ha conocido de concentraciones en virtud de la cláusula general de prohibición que prohíbe la indebida restricción a la competencia.

⁹ INTERNATIONAL COMPETITION POLICY ADVISORY COMMITTEE (ICPAC). *Final Report*, (2000). Documento disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm> [visitado el 7 de septiembre de 2005]

¹⁰ En inglés, “*International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*”.

de Justicia de EE.UU., importantes académicos y juristas sostienen que el control de concentraciones es una forma excesiva e indeseable de intervención del Estado en la economía. El argumento central de quienes abogan por la abolición –o no expedición- de las normas sobre control de concentraciones consiste en que dicho control crea mayores costos que beneficios y que no es adecuado para economías pequeñas, cuyos mercados se encuentran en general bastante concentrados.

Si bien el control de concentraciones empresariales fue incluido en el Derecho de la Competencia Colombiano desde la Ley 155 de 1959, y las normas que rigen de manera principal su aplicación fueron expedidas antes de que entrara en vigor la Constitución Política actual, lo cierto es que este tema solamente comenzó a cobrar importancia a finales de la década de los noventa. En efecto, entre 1959 y 1999 ninguna operación de integración fue objetada o condicionada por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Como se observa en la Tabla No. 1, todas las operaciones informadas entre los años 1992 – 1997 fueron aprobadas por las SIC sin ningún tipo de condicionamiento.

Tabla No. 1.- Control de Concentraciones 1992 – 1997

| Año | Informadas | Autorizadas |
|--------------|------------|-------------|
| 1992 | 12 | 12 |
| 1993 | 35 | 35 |
| 1994 | 46 | 46 |
| 1995 | 56 | 56 |
| 1996 | 58 | 58 |
| 1997 | 135 | 135 |
| Total | 342 | 342 |

Fuente: SIC¹¹

Solamente a raíz de la realización de importantes operaciones empresariales, como la de *Bavaria – Leona*, la SIC comenzó a ejercer de manera decidida y bajo parámetros técnicos, el control previo de las concentraciones empresariales, especialmente durante la administración del Superintendente Emilio José Archila.¹² En efecto, desde el año 1999 hasta la fecha, la SIC ha sancionado en seis oportunidades¹³ a empresas que no cumplieron con el deber de información previa de las operaciones de concentración empresarial. Así mismo, en dos ocasiones la SIC ha revocado resoluciones que imponían sanciones a empresas que incumplieron el mencionado deber de información previa.¹⁴ La Tabla No. 2 muestra el número de operaciones informadas a la SIC y la

¹¹ Tomado de FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Derecho Societario, Tomo II* (Temis, 2002), p. 135.

¹² En el **punto octavo** de este documento, se analizan las principales decisiones de la SIC en relación con este tema.

¹³ 1) *Aviatur – Royal Tour y otros*, Resolución No 21743 del 21 de Octubre de 1999. 2) *Global Datatel y otros*, Resolución No 29313 del 2 de noviembre de 2002. 3) *Agrí Avícolas Integrados – Superpollo Paisa y otros*, Res. 8315 del 28 de marzo de 2003. y Res. 15917 del 6 de junio de 2003. (resolvió recurso de reposición y modificó parcialmente la sanción impuesta). 4) *Andinet – UOL*, Res. 21838 del 2 de septiembre de 2004. 5) *Promotora Bananera y otros*, Res. 21820 del 1 de septiembre de 2004. y Res. 28515 del 23 de noviembre de 2003 (resolvió recurso de reposición y modificó parcialmente la sanción impuesta). 6) *Industrias Haceb – Icasa*, Res. 21819 del 1 de septiembre de 2004 y Res. 29191 del 29 de noviembre de 2004. (resolvió el recurso de reposición y confirmó la sanción).

¹⁴ 1) *Stockler – Representaciones Kalima*, Res. 25415 de 2002 y Res. 35713 del 7 de noviembre de 2002. (resolvió recurso de reposición y revocó la sanción impuesta); y 2) *Tintas – Sinclair*, Res. 8307 del 28 de marzo de 2003 y Res. 19017 del 4 de julio de 2003 (resolvió el recurso de reposición y revocó la sanción impuesta).

decisión adoptada por la autoridad entre los años 1998 y 2007. La Tabla No. 3 muestra las decisiones de la SIC en términos porcentuales:

Tabla No. 2.- Control de Concentraciones 1998 – 2007

| Año | Informadas | Autorizadas | No requerían informar | Condicionadas | Objetadas | Archivadas o Desistidas | Trasladadas |
|------|------------|-------------|-----------------------|-----------------|-----------------|-------------------------|-----------------|
| 1998 | 132 | 132 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 1999 | 118 | 118 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 2000 | 126 | 123 | 1 | 2 ¹⁵ | 0 | 0 | 0 |
| 2001 | 121 | 93 | 21 | 3 ¹⁶ | 0 | 3 | 1 ¹⁷ |
| 2002 | 104 | 70 | 22 | 9 ¹⁸ | 1 ¹⁹ | 2 | 0 |
| 2003 | 62 | 47 | 11 | 3 ²⁰ | 0 | 0 | 1 ²¹ |
| 2004 | 97 | 90 | 0 | 2 ²² | 3 ²³ | 2 | 0 |

¹⁵ 1) *Peldar – Conalvidrios* (Of. 99077445 del 4 de febrero de 2000) y 2) *Bavaria – Leona* (Of. 0038295-0023 del 18 de julio de 2000 y Res. 25583 del 10 septiembre de 2003).

¹⁶ 1) *Guinness UDV – Atlas Comercial Seagram* (Of. 1046179 del 15 de agosto de 2001) y 2) *IBM – Informix Software* (Of. 1043208 del 31 de julio de 2001); y 3) *Monómeros – Cargill* (Por medio de la Res. 43636 del 24 diciembre de 2001 la operación fue objetada. Por medio de la Res. 3789 del 05 de febrero de 2002 la operación fue objetada. Por medio de la Res. 4304 del 13 de febrero de 2002 la SIC corrigió las anteriores resoluciones. Por medio de la Res. 13076 del 29 de abril de 2002 resolvió el recurso reposición y decidió autorizar la operación con condicionamientos.)

¹⁷ *Avianca – Sam y Aces* (La SIC asumió inicialmente competencia e inclusive objetó la operación (Res. 19534 del 08 de junio de 2001 de la SIC), durante el trámite del recurso de reposición interpuesto por las empresas, el Superintendente *ad – hoc*, nombrado para desatar el recurso debido a la recusación del titular, manifestó que la SIC no tenía competencia para analizar la operación informada y remitió el expediente a la Aeronáutica Civil - UAEAC. La autoridad aeronáutica autorizó la integración mediante la Res. 4888 del 12 de diciembre de 2001. Posteriormente la UAEAC, por medio de la Res. 6444 del 18 de diciembre de 2002, autorizó los acuerdos de “alianza comercial y de cooperación” entre *Copa Airlines* y *AeroRepública*.)

¹⁸ 1) *Ladrilleras Santa Fe y otros* (Of. 2009661 del 24 de abril de 2002); 2) *Hewlett Packard – Compaq* (Of. 2015377 del 3 de mayo de 2002); 3) *Industrias Estra - Cajas Plásticas* (Of. 2022479 del 5 de julio de 2002); 4) *Quaker – Promasa* (Of. 2049509 del 2 de octubre de 2002); 5) *Aviatur S.A. - Viajes Delta* (Of. 2064738 del 20 de septiembre de 2002); 6) *Aviatur S.A. - Korean World* (Of. 2066483 del 20 de septiembre de 2002); 7) *Pintuco - Industrias Permapint* (Por medio del Of. 02002439-06 del 2 de mayo de 2002 la operación fue condicionada. Por medio de la Res. 17723 del 5 de junio de 2002, la SIC resolvió el recurso de reposición y modificó los condicionamientos); 8) *Noel –Suizo* (Of. 1110475 del 20 de marzo de 2002); 9) *Robin Hood – Meals* (Of. 2061593 del 26 de noviembre de 2002).

¹⁹ *Eternit – Colombit* (Por medio de la Res. 14002 del 6 de mayo de 2002 la SIC objetó la operación. Por medio de la Res. 28828 del 6 de septiembre de 2002 resolvió el recurso de reposición y confirmó la resolución de objeción.)

²⁰ 1) *Comcel – Ocel y Celcaribe* (Of. 2114190 del 30 de enero de 2003); 2) *Eternit – Colombit* (Por medio de la Res. 7390 del 26 marzo de 2003 fue objetada la operación. Por medio de la Res. 19110 del 7 de julio de 2003 la SIC resolvió el recurso reposición y autorizó la operación con condicionamientos.); y 3) *DSM N.V – Roche Vitaminas* (Por medio de la Res. 22866 del 20 de agosto de 2003 la SIC condicionó la operación. Por medio de la Res. 25550 del 9 de septiembre de 2003 resolvió el recurso de reposición y modificó un condicionamiento).

²¹ *Promigas – Transportadora de Metano* la SIC trasladó el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - SSPD (Of. 3080469 del 24 de octubre de 2003.)

²² 1) *Amanco (Pavco) – Amero (Ralco)* (Por medio de la Res. 4861 del 27 febrero de 2004 condicionó la operación. Por medio de la Res 22338 del 8 de agosto de 2003 notificó nuevamente. Por medio de la Res. 5013 del 10 marzo de 2004 resolvió el recurso de reposición y modificó el condicionamiento.); 2) *Eternit (Mexalit) – Colombit* (Por medio de la Res 34712 del 11 de diciembre de 2003 la SIC condicionó la

| | | | | | | | |
|--------------------------|------------|------------|-----------|-----------------------|-----------------------|-----------|-----------------------|
| 2005 | 104 | 98 | 1 | 3²⁴ | 1²⁵ | 1 | 1²⁶ |
| 2006 | 105 | 97 | 1 | 4²⁷ | 1²⁸ | 2 | 0 |
| 2007²⁹ | 23 | 19 | 0 | 3³⁰ | 1³¹ | 0 | 0 |
| Total | 992 | 878 | 57 | 29 | 7 | 10 | 3 |

Fuente: Elaborado a partir de información de la SIC³²

Tabla No. 3.- El Control de Concentraciones 1998 – 2006 (%)

operación. Por medio de la Res 2508 del 13 de febrero de 2004 confirmó la resolución que impone condicionamientos.)

²³ 1) *Exxon Mobil – Carboquímica* (Por medio de la Res 4933 del 4 de marzo de 2004 la operación fue objetada en cuanto al producto DIDP. Por medio de la Res. 8113 del 21 de abril de 2004 la SIC aceptó desistimiento del recurso de reposición interpuesto por las partes contra la resolución que objeta la operación.); 2) *Postobón – Quaker* (Por medio de la Res. 16453 del 23 de julio de 2004 la operación fue objetada. Por medio de la Res. 27920 del 6 de diciembre de 2004 la SIC confirmó la resolución de objeción.); y 3) *Procter & Gamble – Colgate* (Por medio de la Res.28037 del 12 de noviembre de 2004 se objetó la operación. Por medio de la Res. 29807 del 29 de noviembre de 2004 se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la resolución de objeción.)

²⁴ 1) *Robin Hood – Meals* (Por medio de la Res. 5487 del 15 marzo de 2005 la SIC condicionó la operación. Por medio de la Res. 11665 del 23 de mayo de 2005 resolvió el recurso de reposición y confirmó la resolución que impuso condicionamientos); 2) *Valores Simesa y otros* (Res. 29661 del 16 de noviembre de 2005); y 3) *Televisa – Editora Cinco* (Res 33268 del 14 de diciembre de 2005).

²⁵ *Concretos de Occidente – Holcim* (Por medio de la Res. 35516 del 27 diciembre de 2005 la integración fue objetada por la SIC. Por medio de la Res. 14493 de 2006 la SIC resolvió el recurso de reposición y confirmó la resolución que objeta la operación).

²⁶ *Sociedades Gases del Norte del Valle – Gases de Occidente*, la SIC traslada el expediente a la SSPD por medio del Oficio 05110623 del 14 de diciembre de 2005. La SIC fundamenta el traslado en su Concepto No. 05096640 del 5 de diciembre de 2005.

²⁷ 1) *Cementos del Caribe S.A., Metroconcreto S.A., Concretos de Occidente S.A., Agregón. Logitrans S.A.* (Empresas integrantes del Grupo Argos) - *Cementos Andino S.A. - Concrecem S.A.* (Por medio de la Res. 13544 de mayo 26 de 2006 la SIC condicionó la operación); 2) *Éxito – Carulla* (Por medio de la Res. 34904 de diciembre 18 de 2006 la SIC condicionó la operación); 3) *Grupo Gerdau - Acerías Paz del Río S.A.* (Por medio de la Res. 35379 de diciembre 21 de 2006 la SIC objetó la operación. Por medio de la Res 2489 de 2 de febrero 2007 resolvió el recurso de reposición y autorizó la operación con condicionamientos). 4) *FENOCO S.A. vs Carbones del Caribe S.A., Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de los Andes S.A., Compañía Carbones del Cesar S.A., Drummond Coal Mining LLC., C.I. Prodeco S.A. y Carbones de la Jagua S.A.*

²⁸ *Dupont de Colombia S.A. - Plastilene S.A.* (Por medio de la Res. 923 de enero 24 de 2006 la SIC objetó la operación. Por medio de la Res 14493 de 7 de junio 2006 resolvió el recurso de reposición y confirmó la resolución de objeción).

²⁹ Consolidado a agosto de 2007.

³⁰ 1) *Aga-Fano, Fábrica Nacional de Oxígeno - Cryogas S.A.*, (Por medio de la Res. 7805 de marzo 22 de 2007 la SIC condicionó la operación. El recurso de reposición interpuesto por el apoderado de las partes no ha sido resuelto por la SIC); 2) *Bavaria, Latin Development Corporation, Cervecería Unión, Maltería Tropical, Cervecería Leona - Productora de Jugos a Gaseosas Posada Tobón* (Por medio de la Res. 9192 de marzo 30 de 2007 la SIC condicionó la operación); 3) *Mexichem – Pavco* (Por medio de la Res. 21345 del 16 de julio de 2007 la SIC objetó la operación. Las partes interpusieron recurso de reposición en contra del acto administrativo y la SIC modifica su decisión, autorizando de manera condicionada la operación mediante la Res. 29154 del 14 de septiembre de 2007.)

³¹ *Clorox Colombia S.A. – Colgate Palmolive Compañía*, (Por medio de la Res. 24374 de 8 de agosto de 2007 la SIC objetó la operación).

³² La Tabla No. 1 fue realizada a partir del Concepto No. 05120167 del 7 de diciembre de 2005 de la SIC, la información contenida en http://www.sic.gov.co/Servicios_en_Linea/promocion.php, y de los oficios y resoluciones enumeradas al final de este documento.

| Año | Informadas | Autorizadas | No requerían informar | Condicionadas | Objetadas | Archivadas o Desistidas | Trasladadas |
|----------|------------|-------------|-----------------------|---------------|-----------|-------------------------|-------------|
| 1998 | 100 % | 100 % | 0 % | 0 % | 0 % | 0 % | 0 % |
| 1999 | 100 % | 100 % | 0 % | 0 % | 0 % | 0 % | 0 % |
| 2000 | 100 % | 97,61 % | 0,79 % | 1,58 % | 0 % | 0 % | 0 % |
| 2001 | 100 % | 76,86 % | 17,35 % | 2,5 % | 0 % | 2,5 % | 0,83 % |
| 2002 | 100 % | 67,31 % | 21,15 % | 8,65 % | 0,96 % | 1,92 % | 0 % |
| 2003 | 100 % | 75,8 % | 17,74 % | 4,84 % | 0 % | 0 % | 1,61 % |
| 2004 | 100 % | 92,78 % | 0 % | 2,06 % | 3,09 % | 2,06 % | 0 % |
| 2005 | 100 % | 94,23 % | 0,96 % | 2,88 % | 0,96 % | 0,96 % | 0,96 % |
| 2006 | 100 % | 92,38% | 0,95% | 3,81% | 0,95% | 1,90% | 0% |
| Promedio | 100 % | 88,52 % | 6,55% | 2,92 % | 0,66 % | 1,04 % | 0,38 % |

Como se puede apreciar en las Tablas No. 1 a 3, el número de operaciones de concentración informadas en los últimos nueve años se ha mantenido estable. De igual forma se observa que el número de operaciones objetadas o condicionadas por esta autoridad ha sido bajo con respecto al total de las concentraciones informadas, con excepción del año 2002. En efecto, el promedio de operaciones condicionadas, desde 1998 hasta finales de 2006, es del 2,92% de las operaciones informadas y el promedio de operaciones objetadas en el mismo periodo es del 0,66%. Las anteriores cifras son similares a las que se presentan en la Unión Europea. Según Philip Lowe – Director General de Competencia de la Comisión de la Unión Europea- desde 1990 hasta finales del año 2003 la Comisión revisó más de 2,000 integraciones y adquisiciones, de las cuales el 90% fueron autorizadas incondicionalmente y solo 18 operaciones fueron objetadas, es decir menos del 1% de las presentadas.³³

³³ PHILIP LOWE, *Current Issues of EU competition law – The new competition enforcement regime*, en: North Western Journal of International Law and Business. 31 de diciembre de 2003. Ensayo disponible en: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html [consultado el 29 de agosto de 2005]. No obstante, el umbral que la norma establece y que precisa si una operación debe ser informada a la autoridad determinará la cantidad de concentraciones que son informadas al año. Así, una comparación más precisa sobre los porcentajes de operaciones condicionadas u objetadas en Colombia y en la Comunidad Europea debe tener en cuenta el tamaño de las economías comparadas y el hecho de que los umbrales establecidos por sus normas sobre control de concentraciones son diferentes. Mientras en Colombia el umbral establecido, como se verá en detalle en el punto 6.2 del presente documento, son los 100,000 salarios mínimos en activos o ingresos anuales conjuntos, que equivalen más o menos a US \$20'000.000,00, en la Comunidad Europea una concentración tendrá una *dimensión Comunitaria* y por lo tanto deberá ser conocida por la Comisión cuando: “2. (...) a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5000 millones de euros, y b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro. 3. Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando: a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2500 millones de euros; b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros; c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.” (Artículo 1, Regulación 139/2004). Véase estadísticas más precisas sobre las operaciones presentadas a la Comisión Europea en: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>

A pesar de que el número de operaciones objetadas y condicionadas se ha mantenido estable, el desarrollo doctrinal y la forma en que la SIC ha ejercido su facultad para controlar las concentraciones empresariales ha variado de manera sustancial durante las últimas tres (3) administraciones de la SIC.³⁴ Lo anterior puede apreciarse en los fundamentos jurídicos y análisis económico expuesto por la SIC en la parte motiva de las decisiones sobre la materia.

Debe advertirse sin embargo, que en Colombia solamente es posible para la academia y el mercado en general, conocer y analizar las decisiones por medio de las cuales la SIC objeta o condiciona operaciones de concentración empresarial, caso en el cual la autoridad expide una resolución en la cual se incluye la motivación completa de la decisión. Por el contrario, en los casos en los cuales la SIC autoriza las operaciones de concentración sin condicionamientos, no es posible conocer la motivación de la decisión, ya que la SIC la incluye en un informe reservado que no es posible consultar ni siquiera a las empresas interesadas.

Aunque existen razones que justifican mantener en reserva el análisis de la SIC sobre las operaciones de concentración empresarial que son autorizadas sin condicionamientos, lo cierto es que esta decisión le impide al mercado y a la academia tener conocimiento pleno del análisis económico que realiza la SIC respecto de este tipo de operaciones. Es por esto que hemos insistido en varias oportunidades ante la SIC, sobre la importancia de que esta motivación se haga pública, así sea mediante la expedición de una resolución pública y otra privada, como sucede en el caso de las objeciones y los condicionamientos. Lo anterior resulta particularmente importante en un país como Colombia en el cual el tema se encuentra desarrollado en normas antiguas y demasiado generales, y en el cual la autoridad no se ha molestado en expedir unas guías que orienten a los empresarios sobre el alcance y orientación del control de concentraciones empresariales.³⁵

En atención a lo anterior, el propósito de este documento es hacer una presentación del régimen de control de concentraciones empresariales colombiano, determinar su naturaleza, su estructura, identificar las diferentes posiciones doctrinales adoptadas por la SIC y su evolución en los últimos años. Para tal efecto, el documento abordará los siguientes temas:

- En el **punto 2** del documento se estudiará la naturaleza jurídica del control de concentraciones, como límite de la autonomía de la voluntad privada, del derecho de propiedad privada y del derecho a la libertad económica.
- En el **punto 3** se estudiarán los fundamentos constitucionales del control de concentraciones, lo cual incluye un análisis sobre los antecedentes a la Constitución de 1991, los debates que se

³⁴ El Dr. Emilio José Archila Peñalosa fue nombrado durante la presidencia de Andrés Pastrana Arango y ejerció el cargo entre septiembre de 1998 y el año 2001. Fue sucedido por la Dra. Mónica Murcia Páez, quien ejerció el cargo entre el año 2001 y el 2003. El Dr. Jairo Rubio Escobar fue nombrado por el Presidente Álvaro Uribe Vélez y ejerció el cargo desde el año 2003 hasta octubre del año 2007, cuando fue reemplazado por el doctor Gustavo Valbuena Q.

³⁵ Es necesario reconocer sin embargo, que algunos de los problemas generados por la antigüedad, generalidad y falta de precisión de las normas sobre control de concentraciones, que adicionalmente no se encuentran en un solo cuerpo normativo, han sido subsanados por la SIC al expedir la Circular Externa No. 010 del 19 de Julio de 2001, modificada por la Circular Externa No. 005 del 5 de mayo de 2003 (denominada, “Circular Única”) y por la Resolución No. 22195 de 2006 de la SIC, como será explicado en el **punto 6** de este documento.

produjeron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en torno al artículo 333 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con esta norma.

- En el **punto 4** se estudiará la evolución de la normativa sobre control de concentraciones.
- En el **punto 5** se analizará el concepto de “concentración empresarial” conforme a la normativa y doctrina colombiana, con el fin de determinar cuales actos jurídicos son considerados concentraciones empresariales.
- En el **punto 6** se analizará el deber legal de informar previamente las concentraciones, la facultad de la SIC para controlarlas y se presentarán los dos regímenes de autorización establecidos por la Circular Externa No. 10 de 2001 de la SIC (conocida como Circular Única), que fue modificada por la Resolución No. 22195 de 2006 de la SIC.
- En el **punto 7** se describirá el procedimiento administrativo que adelanta la SIC al estudiar las concentraciones empresariales.
- En el **punto 8** se hará una síntesis de los principales condicionamientos impuestos por la SIC a las operaciones de concentración en los últimos años.
- En el **punto 9** se presentará una reflexión sobre la relación entre las concentraciones y la posición de dominio en el mercado.
- En el **punto 10** se resumen las principales decisiones de la SIC en materia de concentraciones empresariales.

Antes comenzar el análisis sustancial del tema, es necesario aclarar las razones por las cuales hemos decidido utilizar la expresión “control de concentraciones empresariales” en lugar “control de integraciones empresariales” que es la expresión generalmente utilizada en Colombia por la SIC.

En Colombia el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, el Decreto 1302 de 1964 y el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, hacen referencia en forma indistinta a las “integraciones”, las “integraciones empresariales” y a la “integración jurídico-económica” expresiones, todas ellas, que se refieren al mismo fenómeno jurídico – económico. Es decir, que en ocasiones la norma hace referencia al concepto de “integración” como género y en ocasiones hace referencia al concepto de “integración” como especie. En efecto, las normas se refieren las “integraciones” tanto como género, como a una de las categorías jurídicas que pueden servir para realizar una concentración empresarial, junto con otras tales como la fusión, la consolidación y la adquisición de control. Los conceptos de “integración”, “fusión”, “consolidación”, “compra de activos” y “control” son adoptados por la normativa colombiana y la doctrina de la SIC como formas jurídicas que pueden tener el efecto de una operación de integración.

Adicionalmente, la doctrina de la SIC usa los conceptos de “concentraciones”, “concentraciones económicas”, y “concentraciones empresariales” como género. Es preciso anotar que este término es adoptado por la mayoría de las legislaciones de libre competencia latinoamericanas y del mundo. En esa medida, en este documento será usado como concepto genérico el término “concentración” mientras que los términos “integración”, “fusión”, “consolidación” y “control” serán usados como especies de las concentraciones empresariales.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

Las normas que conforman el Derecho de la Competencia en general, y en particular las que se refieren al control de las concentraciones empresariales, configuran una limitación a la autonomía de la voluntad privada, al derecho de propiedad privada y al derecho de libertad económica.

En efecto, el control de concentraciones, constituye una forma de intervención del Estado en la economía, que busca corregir las distorsiones producidas por los agentes económicos en el mercado que lo restringen sustancialmente. La intervención se justifica en la medida en que estas distorsiones no son resueltas por el propio mercado en el corto ni en el mediano plazo.

A continuación se estudiará la naturaleza jurídica del control de concentraciones, en cuatro ámbitos:

- Como límite de la autonomía de la voluntad
- Como límite del derecho de propiedad privada
- Como límite de la libertad de empresa y la iniciativa privada
- Como expresión de la facultad de intervención del Estado en la economía

2.1 El control de concentraciones como límite de la autonomía de la voluntad y del derecho de propiedad privada

Siguiendo al profesor Fernando Cancino Restrepo, la autonomía de la voluntad puede entenderse como la garantía que el ordenamiento jurídico consagra en virtud de la cual los individuos de una sociedad son libres de autorregular sus intereses privados.³⁶

Conforme a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, determinados negocios jurídicos deben ser previamente informados a la autoridad de competencia. Si la autoridad considera que la operación produciría una indebida restricción de la libre competencia en el mercado puede objetarla. Es decir, la autoridad prohíbe su perfeccionamiento por medio de un acto administrativo que debe ser motivado. Lo anterior, sin duda alguna, es una limitación a la autonomía de la voluntad privada en la medida en que el perfeccionamiento de cualquier acto jurídico que tenga como efecto una concentración empresarial que resulte finalmente objetada por la autoridad, constituye una violación de la ley, que además tendría objeto ilícito. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, los acuerdos, convenios, operaciones o conductas que contravengan las normas de libre competencia son “absolutamente nulos por objeto ilícito”.

El deber consagrado en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 también constituye una restricción al derecho de propiedad privada pues se sujeta la posibilidad de disponer de la propiedad a la decisión de una autoridad pública. De esta forma, el control de concentraciones limita la libertad de los individuos, en cuanto a su libertad de contratar y su libertad de disponer su propiedad.

³⁶ Véase FERNANDO CANCINO RESTREPO, *El postulado de la autonomía de la voluntad*, en Revista Universitas, No. 52, pp. 145 - 170 (1977).

De acuerdo a los juristas Ambroise Colin y Henry Capitant³⁷, las legislaciones consagran tres tipos de limitaciones al el derecho de propiedad:

- Limitación de orden civil, en virtud de las denominadas obligaciones de vecindad.
- Limitación de orden contractual, impuestas por el tradente a la persona a quien le transmite la propiedad.
- Limitación de orden administrativo, que consisten en aquellas restricciones impuestas “por la ley al propietario, por un interés publico.”³⁸

Entre las principales restricciones de orden administrativo Colin y Capitant mencionan las siguientes:

- Impuestas por motivos de interés general que justifican las expropiaciones.
- Impuestas por motivos seguridad y salubridad públicas, que justifican por ejemplo, las normas sobre construcción y uso de suelos en las ciudades.
- Impuestas por intereses de defensa nacional.
- Impuestas por intereses fiscales, como los arbitrios rentísticos
- Impuestas por motivos de economía social,

El mandato legal que obliga a los particulares a solicitar ante la SIC la iniciación de un procedimiento administrativo, con el fin de obtener una autorización para realizar una concentración empresarial, es una limitación al derecho de propiedad de orden administrativo. Esta limitación se justifica en aras de la protección de la libertad de competencia que se identifica con el interés general.

Las legislaciones de todo el mundo³⁹ han restringido la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad de diversas formas y Colombia no ha sido la excepción. El artículo 58 de la Carta Política vigente, que consagra el derecho de propiedad privada es el resultado de su evolución a lo largo del siglo XX, a través de las diferentes reformas a la Constitución de 1886, las normas que desarrollaron los preceptos constitucionales, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En ese sentido, es relevante hacer una breve presentación de la evolución del derecho de propiedad en Colombia, haciendo énfasis en las distintas formas por medio de las cuales ha sido limitado.

2.1.1 Constitución de 1886 y posteriores reformas

El artículo 31 de la Constitución de 1886, establecía como límite al derecho de propiedad la prevalencia del interés público sobre el individual. Este principio ha estado presente en casi todas las Constituciones de Colombia, incluso en las denominadas Constituciones Provinciales. Este principio fue temporalmente derogado por medio de del Acto Legislativo No. 3 del 31 de Octubre

³⁷ Véase AMBROISE COLIN Y HENRY CAPITANT, *Derecho Civil: Bienes, patrimonio y derechos reales, Volumen 2* (Editorial Jurídica y Universitaria, 2002), pp. 536 y ss.

³⁸ AMBROISE COLIN Y HENRY CAPITANT, *Derecho Civil: Bienes, patrimonio y derechos reales, Volumen 2* (Editorial Jurídica y Universitaria, 2002), p. 536.

³⁹ Incluso el Derecho Romano, contrario a la opinión predominante hace algunos años, no concebía la propiedad como un derecho absoluto; según Ernesto Peña Quiñones, en Roma el derecho de propiedad era definido como “[p]otestad plena pero limitada por la razón y por el derecho” ERNESTO PEÑA QUIÑONES, *Derecho real de dominio o propiedad: Alcances y limitaciones, Tomo III*, (Javegraf, 1994), p. 64.

de 1910 y posteriormente incluido por el artículo 10⁴⁰ del Acto Legislativo No. 1 de 1936. El artículo 10 incluye un nuevo concepto, el de la propiedad como *función social que implica obligaciones*, teoría desarrollada por el jurista francés Leon Duguit. De conformidad con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia, la noción de propiedad como función social incorpora:

“una concepción marcadamente solidarista o funcionalista, que, sin desconocerle al titular la facultad de utilizar, usufructuar y disponer libremente de los bienes en su provecho, le impone el deber de enrumbar el ejercicio de ese derecho por los cauces del bien común para que las ventajas que de él fluyan, se extiendan a la comunidad, en cuya representación actúa el propietario en función social.”⁴¹

Posteriormente, el artículo 6 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 modificó el artículo 32 de la Constitución de 1886 introduciendo la protección explícita a la libertad de empresa y a la iniciativa privada limitadas por el bien común. El artículo 6 establecía lo siguiente:

“Artículo 6.- El Artículo 32 de la Constitución Nacional quedará así:

Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.

Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular.”

2.1.2 Limitaciones en la Constitución de 1991

El artículo 58⁴² de la Carta vigente establece los siguientes límites al derecho de propiedad:

⁴⁰ “Artículo 10.- Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la Mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.”

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia M.P. Jairo E. Duque Pérez. Citada por ERNESTO PEÑA QUIÑONES, *Derecho real de dominio o propiedad: Alcances y limitaciones, Tomo III*, (Javegraf, 1994), p. 66.

⁴² “Artículo. 58.—(Reformado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 1999). Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de

- La prevalencia del interés público o social sobre el interés privado y la propiedad como función social. De esta forma la Asamblea Constituyente de 1991 recogió la tradición constitucional colombiana sobre la prevalencia del interés general y se preservó el concepto de propiedad como función social incorporado en 1936 a la Constitución de 1886.
- La función ecológica de la propiedad.
- La expropiación “[p]or motivos de utilidad pública o de interés social”.

La Constitución establece otros tipos de limitaciones de orden administrativo al derecho de propiedad, que se enumeran a continuación:

- Artículo 332: La propiedad estatal sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables.
- Artículo 336: Los arbitrios rentísticos.
- Artículo 72: El patrimonio cultural cuya propiedad está en cabeza de la Nación.

Por último, el artículo 333 consagra los principios de libertad de empresa y libertad de competencia económica, como instituciones duales, es decir como derechos y como responsabilidades. En efecto, de manera análoga a la limitación del derecho de propiedad, la Carta establece la libertad de competencia económica como “un derecho de todos supone responsabilidades” y le establece que la empresa “tiene una función social que implica obligaciones”.

Los preceptos citados y la obligación que establece el artículo 333 de la Carta en cabeza del Estado de impedir que se “obstruya o restrinja la libertad económica...” constituyen el marco constitucional del control de concentraciones económicas que será estudiado en el **punto 3** de este documento.

2.2 El control de concentraciones como límite a la libertad de empresa y la iniciativa privada

Según Peña Quiñones, la propiedad privada es el único pilar del derecho económico. Así el derecho de libre empresa y la libre iniciativa privada no serían instituciones jurídicas independientes o diferentes del derecho de propiedad. El profesor citado argumenta lo anterior en los siguientes términos:

“me aparto del criterio de tratar la libre empresa o la iniciativa privada en lo económico en la industria o el comercio, como un derecho o institución jurídica diferente o distinta del derecho de dominio, habida consideración de que la libre empresa o iniciativa privada no es otra cosa que una de las formas de manifestarse la propiedad, es lo que los

utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.”

civilistas y abogados de derecho privado conocemos como propiedad sobre bienes incorporeales....”⁴³

Es preciso disentir de la interpretación señalada, ya que la Constitución de 1991 consagró el derecho de libre competencia económica y la libertad de empresa y la iniciativa privada como instituciones jurídicas autónomas. En efecto, como lo hemos sostenido antes, para que una economía social de mercado como la que diseñó la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 pueda funcionar, es necesario que el Estado garantice dentro de límites razonables ciertos derechos económicos fundamentales, tales como la propiedad privada (Art. 58 C.P.), la libertad de empresa y la iniciativa privada (Art. 333 C.P.), la libertad para escoger profesión u oficio (Art. 26 C.P.), la libertad de asociación, (Art. 38 C.P.) y de manera principal, la libertad de competencia económica (Art. 333 C.P.). Al respecto la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“La Constitución ha elevado la libre competencia a principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa.”⁴⁴

Se entiende por libertad de competencia económica⁴⁵, la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela.

La libertad de competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras: a) por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el artículo 336 de la C.P.); b) por el reconocimiento de derechos de autor, marcas, patentes y demás derechos de la propiedad intelectual; c) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado; d) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y e) por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (“*dumping*”).

Como puede observarse, las dos primeras formas de restricción o alteración de la competencia son legales, en cuanto están contempladas y reglamentadas por normas de carácter constitucional y legal que plasman principios y protegen bienes jurídicos tales como el arbitrio rentístico del Estado o la protección de los derechos de la propiedad intelectual. En efecto, dentro de la escala de valores de nuestro ordenamiento jurídico se prefieren en ciertas instancias otros derechos por encima del derecho a la libre competencia económica.

Por otro lado, las tres últimas formas de restricción o alteración de la competencia arriba señaladas, es decir, el abuso del poder monopolístico, la realización de prácticas restrictivas de la competencia y la ejecución de actos desleales de comercio, constituyen “conductas patológicas”, que surgen de

⁴³ ERNESTO PEÑA QUIÑONES, *Derecho real de dominio o propiedad: Alcances y limitaciones, Tomo III*, (Javegraf, 1994), p. 62.

⁴⁴ *Ibíd.* Corte Constitucional. Sentencia No. T-240/93.

⁴⁵ Aquí se explica el concepto del Derecho a la Libre Competencia Económica desde el punto de vista de la oferta, en el sentido del derecho de ofrecer bienes servicios. No obstante, el Derecho a la Libre Competencia Económica también puede y debe ser considerado desde el ángulo de la demanda. Desde este ángulo se considera que todos los habitantes del territorio son consumidores y que todos los consumidores tienen un derecho constitucional a adquirir bienes y servicios en condiciones de libre competencia. Esta última faceta del Derecho de la Competencia se conoce como “libre escogencia”, la cual ha tenido importante desarrollo en la legislación de salud y en la financiera, para poner algunos casos.

manera espontánea sin que las leyes naturales del mercado puedan corregirlas o suprimirlas, y que por el contrario le introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio.⁴⁶

Las normas sobre control de concentraciones empresariales⁴⁷ se encuentran comprendidas dentro de las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia. No obstante, debe advertirse que por regla general las concentraciones empresariales se encuentran permitidas en desarrollo del principio constitucional de libertad de empresa e iniciativa privada y que la autoridad de la competencia solamente debe impedir aquellas integraciones que tiendan a producir una indebida restricción a la libre competencia.

Las concentraciones empresariales que se someten a la autorización de la autoridad de la competencia son aquellas que se realizan en forma voluntaria. Pero existen oportunidades en las cuales los mercados se concentran como consecuencia del fracaso de alguna o algunas de las empresas que compiten en un determinado mercado. Estos casos no son analizados por el derecho de la competencia (sino por las normas sobre procesos concursales), salvo en aquellos eventos en que la concentración económica se utiliza como mecanismo de salvamento para una empresa que en otras circunstancias fracasaría. De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia internacionales, en estas circunstancias es posible para los interesados argumentar el fracaso de la empresa como justificación para la integración (*failing industry defense*). En caso de acreditarse la inviabilidad de la empresa y que no existen otros compradores dispuestos a adquirirla diferentes a los competidores, la autoridad de la competencia podrá autorizarla a pesar de que los otros criterios aplicables le indiquen que debe impedirla. Esta solución se justifica como medio para la preservación del aparato productivo nacional, el mantenimiento de los empleos y de la riqueza nacional.

Las conductas anticompetitivas deben ser reprimidas por el Estado con el objeto de garantizar la libertad de competencia y la subsistencia misma de la economía de mercado. Para tal efecto nuestro sistema jurídico, con base en los principios del antiguo artículo 32 de la Constitución de 1886 y del actual artículo 333 de la Constitución de 1991 contemplan normas tales como las siguientes:

- a) Normas sobre prohibición a las prácticas restrictivas de la competencia y al abuso de la posición dominante en el mercado (contenidas principalmente en la Ley 155 de 1959, su decreto reglamentario, el 1302 de 1964 y en el Decreto 2153 de 1992);
- b) Normas sobre protección al consumidor (contenidas principalmente en el Decreto 3466 de 1982);
- c) Normas sobre derechos *antidumping* y compensatorios (contenidas en el Decreto No 991 de 1994); y
- d) Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenidas en la Ley 256 de 1996).⁴⁸

⁴⁶ Véase ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, *El Régimen General de la Libre Competencia*, en CEDEC III, Colección Seminarios N° 10, (Javegraf, 1999) pp. 17 – 48 (para una explicación de las principales características del Derecho de la Competencia puede consultarse).

⁴⁷ De conformidad con el Concepto de la SIC radicado bajo el No. 00071009-01 de 2000, "... en la legislación colombiana los actos de concentración corresponden a la denominación genérica de operaciones de integración empresarial." (Boletín Jurídico de la Superintendencia de Industria y Comercio No. 23 Diciembre de 2000., p.1).

⁴⁸ En la Constitución Política de 1991 se incluyeron además del artículo 333, otras normas relacionadas con las prácticas restrictivas de la competencia, los monopolios, y el acceso a la propiedad, sobre las cuales este análisis no recae. Sin embargo, de manera puramente enunciativa se reseñan las siguientes:

Aunque todas las normas jurídicas antes mencionadas garantizan la efectividad del derecho constitucional a la libre competencia económica, cada una de ellas tiene un orden diferente de prioridades. En efecto, las normas sobre prácticas restrictivas y abuso de la posición dominante en el mercado protegen en primer lugar el bienestar de los consumidores frente a las conductas unilaterales o concertadas de los productores o distribuidores, tendientes a evitar o disminuir la competencia; las normas sobre protección al consumidor dirigen su esfuerzo principal a exigir garantías mínimas de calidad y servicio para los consumidores; las normas *antidumping* protegen en primer lugar a los productores nacionales frente a las prácticas desleales de comercio internacional; y las normas sobre competencia desleal protegen a los competidores y consumidores frente a conductas de los participantes en el mercado que vulneren el principio de la buena fe comercial y el funcionamiento concurrencial del mercado.

La determinación específica de los bienes jurídicos protegidos por las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas se encuentra en el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, en el cual se establece que la SIC tiene la función de velar por la observancia de las normas sobre competencia con el fin de alcanzar, “en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.”

En este sentido puede concluirse que las normas sobre control a las integraciones empresariales facultan a la SIC para revisar las integraciones empresariales y objetar aquellas que produzcan una indebida restricción a la libre competencia, con el fin de proteger el bienestar de los consumidores y los derechos de los competidores. Sin embargo, es evidente que el principal bien jurídico protegido por estas normas es el mejoramiento de la eficiencia del aparato productivo nacional, razón por la cual, en palabras de la SIC, “de darse las condiciones para que la integración deba objetarse, el Superintendente deberá abstenerse de ello si los interesados demuestran que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que la operación resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que garanticen que la integración no implicará reducción de la oferta.”⁴⁹

-
- El artículo 57 de la Constitución dice que "La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas."
 - El inciso tercero del artículo 58 establece que "El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de la propiedad."
 - El artículo 60 dice que "El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria."
 - El artículo 64 de la Constitución dice que "Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa,....".
 - El artículo 75 de la Constitución dice que "El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley."
"Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético."

⁴⁹ Resolución No. 19354 del 8 de junio de 2001, p. 2.

Las operaciones de concentración gozan del potencial para generar eficiencias significativas al permitir una mejor utilización de los activos existentes, facilitándole a las firmas combinadas la reducción de costos en la producción, en una cantidad y calidad dadas, que ninguna de las firmas puede alcanzar sin la concentración. Ciertamente su beneficio principal es su potencial de generar eficiencias y esta es la razón por la cual las operaciones de concentración no están en sí mismas prohibidas.

2.2.1 Concentraciones empresariales en EEUU y la Comunidad Europea

Ni en el derecho de EEUU ni en de la Comunidad Europea las operaciones de concentración son ilegales *per se*. Solo en casos en los que el negocio jurídico supere determinados valores económicos la autoridad de la competencia evaluará los efectos que pueda producir sobre el mercado relevante en los cuales las dos empresas interesadas participan.

En EEUU los métodos para la evaluación de las integraciones han evolucionado en la siguiente forma:

- Inicialmente se utilizó el método del *efecto inherente*, que se basaba en la medición de las participaciones combinadas después de la operación.
- Posteriormente se utilizaron las directrices de la Corte Suprema de Justicia durante la era Warren, de conformidad con las cuales se debían declarar ilegales las concentraciones cuando creaban una entidad con una participación en el mercado superior al 30%, llevaban a la eliminación un rival particularmente agresivo de la competencia, conducían a la eliminación de una firma de tamaño significativo en un mercado que ha mostrado tendencia a la concentración.
- El método de las llamadas *bright lines rules* que centra la presunción de ilegalidad de las fusiones, en la concentración del mercado y la participación de las firmas fusionadas
- Todos los métodos anteriores han sido reemplazados por el método llamado *totality of circumstances*, actualmente aplicado por la Corte Suprema de Justicia, la Guía de Concentraciones Horizontales, la División Antitrust del Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (FTC). Este método destaca que la concentración del mercado y la participación no son definitivas, por lo que hay que evaluar todos los casos de manera individual, atendiendo a las circunstancias particulares que rodean cada transacción.

En la Comunidad Europea la regulación sobre concentraciones empresariales fue incorporada de manera tardía, por medio del Reglamento No. 4064 de 1989, que conforme al artículo 25 entró en vigencia el 21 de septiembre de 1990. Esta normativa ha sido revisada varias veces en los últimos años, específicamente a través del Reglamento No. 1310 de 1997 y el Reglamento No. 139 de 2004.

El principio que rigió la expedición de la legislación de fusiones, conforme al primer considerando del Reglamento No. 4064 de 1989, fue el de que esta debía ser un instrumento para la realización de los fines de la Comunidad Económica Europea, concretamente que en relación con “el

establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común”⁵⁰.

Lo anterior se justifica en la medida en que, según lo establece el Reglamento No. 4064 de 1989, la supresión de las fronteras interiores por la creación del Mercado Común generaría reestructuraciones empresariales –por medio de operaciones de concentración- que deben “valorarse de forma positiva porque responde a las exigencias de una competencia dinámica y puede aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las posibilidades de crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad...”⁵¹ No obstante, el control previo de concentraciones se establece para prevenir que dichas reestructuraciones puedan “impedir de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo...”⁵²

Actualmente la Comisión puede autorizar operaciones de concentración que contribuyan a la realización de objetivos fundamentales de la Comunidad Europea y permitan mejorar la producción o distribución de bienes, promover el progreso económico y técnico, no contengan restricciones que no sean indispensables y no eliminen sustancialmente la competencia en el mercado relevante.

El poder de la Comisión en este análisis es bastante amplio. Incluso ha mostrado simpatía por carteles conformados por empresas en crisis, que sufren los efectos de una recesión o depresión, para las cuales una aplicación rigurosa de las normas de competencia podría traer graves consecuencias, o generar desempleo. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Justicia. Así, por ejemplo, en el caso *Metro SB-Gross Märkte v. Comisión*, el Tribunal con un criterio bastante amplio sobre lo que constituye mejoría de la producción, consideró que la estabilización del empleo mejoraría las condiciones generales de producción en la Comunidad, razón por la cual era posible aprobar la operación.

En la actualidad la Comisión puede autorizar operaciones de concentración que contribuyan a la realización de objetivos fundamentales de la Comunidad Europea, permitan mejorar la producción o distribución de bienes, promover el progreso económico y técnico, no contengan restricciones que no sean indispensables y no eliminen sustancialmente la competencia en el mercado relevante.

2.2.2 El control de concentraciones como expresión de la facultad de intervención del Estado en la economía

Como se explicó anteriormente el artículo 333 de la Constitución Política establece la libertad de empresa y la iniciativa privada, así como la libre competencia económica como principios esenciales dentro de lo que se ha denominado la *Constitución Económica*. No obstante la importancia de estos principios, la misma Constitución Política así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional han señalado que existen límites para el ejercicio de estas libertades.

En efecto, el inciso 1º del artículo 333 de la C.P. establece al bien común como límite a la libertad económica y el inciso final de dicha norma señala que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

⁵⁰ Considerando 1 del Reglamento No. 4064 de 1989, en relación con la letra f) del artículo 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

⁵¹ Considerando 4 del Reglamento No. 4064 de 1989.

⁵² Considerando 5 del Reglamento No. 4064 de 1989.

Así mismo, el artículo 334 de la C.P. señala que la dirección general de la economía se encuentra a cargo del Estado, el cual intervendrá “en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

Conforme a las normas anteriores, el Estado puede adoptar diferentes medidas de intervención con el fin de racionalizar la economía y, en general, buscar el bienestar y la protección del interés general. Estas medidas de intervención pueden incluso restringir las libertades consagradas en el inciso primero del artículo 333 de la Constitución Política.

En relación con los límites a los que se encuentra sometida la libertad económica, la Corte Constitucional en sentencia C-560 de 1994, con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo señaló lo siguiente:

“El artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero advierte que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común.

La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social.

Así, en materias como las que tratan las normas demandadas, la Corte estima indispensable recalcar que, a la luz de la preceptiva constitucional vigente y siguiendo el criterio de la prevalencia del interés público en ella consagrado, no puede permitirse que aspectos tales como los límites de endeudamiento de las instituciones financieras, los topes de los créditos que ellas otorgan, las clases y requisitos de las garantías exigidas a los deudores, o los niveles de patrimonio mínimo de quienes ejercen la gestión financiera, queden librados a la más absoluta discreción de los entes participantes o dependan en forma exclusiva de las fuerzas del mercado y del incontrolado juego de la oferta y la demanda. La presencia estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto”.

Con posterioridad, la Corte Constitucional, en sentencia C-398 de 1995, igualmente con ponencia del Magistrado Dr. Hernández Galindo, reiteró las facultades de intervención del Estado en la economía en los siguientes términos:

“Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra

atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prolijado.

En un Estado Social de Derecho, dentro del cual el Poder Público asume responsabilidades tales como la racionalización de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que la de promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación de la política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones (artículo 334 C.P.), la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado. Esta se debe dar, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, todo lo cual implica indudables limitaciones, correctivos y controles para la iniciativa particular. Se trata, al fin y al cabo, de realizar fines esenciales del Estado como los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (Preámbulo y artículo 2º C.P.), en ejercicio de un papel dinámico y activo inherente a su función básica de dirección general de la economía (artículo 334 C.P.).

A juicio de la Corte, la libre competencia económica no excluye en modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios, como los indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución.”

En el mismo sentido, la sentencia C-043 de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte estableció que la libre iniciativa privada no es un límite para las actividades de intervención y regulación a cargo del Estado:

“(…) en un Estado Social de Derecho donde el Poder Público asume responsabilidades tales como la dirección general de la economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos, la libre iniciativa privada no puede erigirse como un derecho absoluto ni como un obstáculo insuperable para la actividad de intervención del Estado, particularmente en materia económica y de servicios públicos. Es así como el propio artículo 333 de la Carta permite el desarrollo de dicha iniciativa privada, pero ‘... dentro de los límites del bien común’ y, a su vez, faculta a la ley para delimitar su alcance ‘... cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.’”

Así las cosas, se observa que el control de concentraciones es una de las herramientas que tiene el Estado para intervenir en la economía con el fin de cumplir las finalidades señaladas en la Constitución Política.

En resumen, el control previo de concentraciones es una forma de intervención del Estado en la economía que limita la autonomía de la voluntad, el derecho de propiedad, la libre empresa y la iniciativa privada, con el fin de proteger el derecho a la libre competencia económica.

2.2.3 Naturaleza jurídica del deber de informar a la SIC las operaciones de concentración

El artículo 4 del Código Contencioso Administrativo (C.C.A.) establece las cuatro formas de iniciación de las actuaciones administrativas:

- Por medio del derecho de petición en interés general.
- Por medio del derecho de petición en interés particular.
- De oficio por las autoridades públicas.
- Por quienes “obren en cumplimiento de una obligación o deber legal.”

El control previo que adelanta la SIC es una actuación administrativa que por regla general es iniciada por las empresas interesadas en realizar una concentración empresarial en los términos establecidos por el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 y normas concordantes. Como se puede observar, no se trata de una actuación administrativa iniciada de oficio, pues son las personas interesadas quienes informan a la SIC la operación que pretenden realizar; es a raíz de dicha información que se inicia el procedimiento administrativo de autorización de la operación. Lo anterior, sin perjuicio de que la SIC inicie de oficio investigaciones administrativas con el fin de determinar si los agentes económicos han incumplido el deber de informar previamente la realización de este tipo de operaciones, lo cual constituye una infracción a las normas de libre competencia.

El derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, ha sido interpretado por la Corte Constitucional como un derecho fundamental y su ejercicio se encuentra regulado por el C.C.A. El derecho de petición en interés general es regulado por los artículos 5 al 8 del C.C.A. y de acuerdo a la doctrina la finalidad de esta petición es que la autoridad satisfaga las necesidades materiales de la población⁵³ o absuelva preguntas generales sobre sus actuaciones. Evidentemente por medio de la notificación previa a la SIC no se ejerce del derecho de petición en interés general.

El derecho de petición en interés particular se encuentra regulado por los artículos 9 al 16 del C.C.A. y de acuerdo a la doctrina permite obtener de parte de la autoridad “una decisión que declare, realice o proteja los derechos de la persona las formula.”⁵⁴ El procedimiento que establece el C.C.A. en relación con este tipo de derecho de petición es muy similar al procedimiento que establece la Ley 155 de 1959 respecto de la notificación previa de las concentraciones empresariales. No obstante, de acuerdo al profesor Jaime Vidal Perdomo, los derechos de petición generalmente no dan lugar al inicio de procedimientos administrativos sino a respuestas por parte de las autoridades.⁵⁵ Adicionalmente, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 establece expresamente una “obligación” de informar, es decir, que la decisión de informar no es potestativa de las personas que desean realizar una operación de concentración empresarial, como ocurre con la decisión de ejercer el derecho de petición.

⁵³ CARLOS ARIEL SÁNCHEZ. Acto administrativo: Teoría General. (Legis, 2004), p. 395.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho Administrativo*. (Legis, 2004), pp. 433.y ss.

Así las cosas, la obligación de informar las concentraciones empresariales, se ajusta a lo establecido por el artículo 27 del C.C.A.:

“**Artículo 27.**—Deber de colaboración de las autoridades. Cuando una norma imponga a una persona el deber de presentar una solicitud, una declaración tributaria o de otra clase o una liquidación privada, o el de realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa, las autoridades no podrán impedirlo ni negarse a recibir el escrito con el que se pretenda cumplir el deber. (...)”

En la actualidad la SIC considera que la notificación previa de las concentraciones empresariales se realiza en cumplimiento de un deber legal y se refiere a las sociedades que solicitan la autorización de la operación como “las intervinientes”. En el **punto 6** de este documento se explican de manera detallada las características del deber legal de informar las concentraciones.

3. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

3.1 Debates en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 sobre el artículo 333 de la Constitución Política

Lo que resulta claro después de estudiar los documentos y ponencias que se tramitaron en la Asamblea Nacional Constituyente es el sentido que se le quiso dar a la norma; es decir, el espíritu que el legislador debe plasmar al desarrollar normativamente el principio constitucional y que la autoridad de la competencia debe darle cuando aplique la ley.

Así, puede observarse cómo, a lo largo de los debates se plantearon diversas alternativas, grados e intensidades de control a las prácticas restrictivas de la competencia en general y de los monopolios en particular, para adoptar finalmente una posición madura, que corresponde con la evolución del Derecho de la Competencia en otras latitudes durante los últimos cien años. Es así como se aceptó la tesis de que el monopolio y el poder de mercado no son en sí mismos ilegales, sino que lo es en cambio el abuso del poder monopolístico o de la posición dominante en el mercado.

En este sentido, vale la pena resaltar el tenor de las primeras ponencias presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente y la forma en que se fue modificando el texto del artículo sobre "*Libertad Económica y Competencia*", hasta llegarse a la fórmula del actual artículo 333 de la Constitución:

En el informe de ponencia sobre *Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado*, presentado por los Constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero, que se encuentra publicado en la Gaceta Constitucional número 46 del día 15 de abril de 1991 (páginas 7 y s.s.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo sobre control a las prácticas restrictivas de la competencia:

"Artículo 1.- Libertad Económica y Competencia:

(...)

.El Estado, por mandato de la Ley, impide que se obstruya o restrinja la libertad económica y la competencia, regula o pone fin a los monopolios y controla cualquier forma de dominio de mercado que perjudique a la comunidad. (...)"

Como se puede observar, esta es una posición inicial bastante dura, que permite acabar con los monopolios cuando se considere que "perjudican a la comunidad", fórmula harto vaga que se presta a todo tipo de interpretaciones. Pero aún en este caso, los Constituyentes no pretendían imponer una prohibición absoluta de los monopolios, ni tampoco montar una persecución generalizada de los mismos, ya que en la conclusión de la exposición de motivos de esta parte de la norma se lee lo siguiente:

"Ni tampoco, conscientes de los resultados obtenidos en la experiencia europea, proponemos que la concentración sea reprimida per se sino cuando asuma la forma concreta de prácticas de la posición dominante

enderezadas a restringir la competencia o la libertad económica y, que por ello mismo, perjudique a la comunidad."

Posteriormente, en el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria, titulado *Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado*, presentado por los mismos Constituyentes nombrados, y publicado en la Gaceta Constitucional número 80, del jueves 23 de mayo de 1991 (páginas 18 y s.s.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo que presenta una notable diferencia con el anterior:

"Artículo 1.- Libertad Económica y Competencia:"

(...)

El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de posición dominante en el mercado. (...)"

El espíritu final del articulado sobre protección de la competencia, fue resumido por el Constituyente Jesús Pérez González-Rubio en la Ponencia para Segundo Debate titulada *Régimen Económico, Libre Empresa e Intervención del Estado*, en cuyos apartes más significativos se puede leer lo siguiente:

"La Libre Competencia es principio básico de este sistema económico. La nueva Constitución lo recoge de manera expresa al señalar que ella es un derecho de todos, que como cualquier derecho presupone responsabilidades. Es un postulado que quiere tutelar de tal manera, que le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, así como la de evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional."

"La verdad es que poniéndose a la altura de nuestro tiempo caracterizado por la internacionalización de la economía, que implica facilitar a las empresas nacionales ser todo lo grandes que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque avantes en el mercado internacional, no prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino apenas su abuso." (El subrayado es nuestro).

Por último, y como es sabido, el artículo 333 de la Constitución, fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente en la siguiente forma:

"Artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (El subrayado es nuestro).

3.2 Interpretación de la Corte Constitucional sobre el artículo 333 de la Constitución Política

Como se advirtió al comienzo de este documento la Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre la naturaleza del derecho de libre competencia económica, al cual le asigna las siguientes características:

- Se trata de un derecho individual que supone responsabilidades⁵⁶,
- Es un derecho económico de carácter no absoluto⁵⁷
- Es un derecho que no tiene carácter de fundamental⁵⁸ y que por lo tanto no puede ser protegido por la vía de la acción de tutela⁵⁹

Al definir la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996⁶⁰, la Corte manifestó sobre la justificación de la libre competencia como bien jurídico tutelado lo siguiente:

“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.”

La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes,

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-535/97 y Sentencia T – 583/03.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-915/02.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-375/97 y SU – 182/98..

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-021/05.

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-535/97.

se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.” (el subrayado es nuestro)

4. EVOLUCION NORMATIVA

4.1 Ley 155 de 1959

Las normas sobre concentraciones empresariales existen desde la expedición de la Ley 155 de 1959. En efecto, el artículo 4º de dicha ley, que constituye la norma fundamental en materia de control a las concentraciones, establece lo siguiente:

“Artículo 4.- Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancías o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20'000.000.00), o más, estarán obligados 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.

Parágrafo 1. El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, *[previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación]*⁶¹, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

Parágrafo 2. 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.

Parágrafo 3. 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 empleo que impondrá el respectivo superior, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el Código Penal.”

Si bien es cierto que la normativa vigente no define explícitamente lo que se entiende por una integración jurídico-económica, establece los lineamientos generales y las características que debe revestir la operación para determinar si debe ser informada a la autoridad.

Debe resaltarse que el parágrafo 1º establece el criterio principal a partir del cual la SIC debe prohibir u objetar una operación, el cual consiste en que la operación tienda a producir una “indebida restricción a la competencia”. Este criterio de prohibición es amplio y bastante vago, ya que en ningún lugar de la normativa define lo que se entiende por restricción “indebida”⁶² de la competencia. A pesar de que la palabra “indebida” es un típico concepto de texto abierto, su inclusión en la redacción de la prohibición es importante en la medida en que la Ley de Competencia colombiana no reprime cualquier tipo de restricción a la competencia. En efecto, se

⁶¹ El texto del parágrafo 1 del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 encerrado en paréntesis fue derogado expresamente por el artículo 53 del Decreto 2153 de 1992. El parágrafo del artículo 53 suprimió las funciones que la Ley 155 de 1959 asignaba al Consejo de Política Económica y Planeación.

⁶² Definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como lo “ilícito, injusto y falto de equidad.”.

prohíbe solamente aquellas que resultan indebidas, por oposición a ciertas formas de restringir la competencia en un mercado que pueden ser legítimas.

Debe precisarse que el artículo 5 del Decreto 1302 de 1964, como se verá en el punto 4.2 del presente documento, contiene dos presunciones de hecho que permiten establecer dos casos en los cuales una concentración tiende a restringir indebidamente la competencia. Asimismo, el “criterio de prohibición” ha sido desarrollado por la SIC a través de sus decisiones, en las que aplica un análisis de la estructura del mercado y de la forma en que éste resultaría afectado por la operación proyectada.

En el **punto 5** de este documento se analiza de manera detallada los aspectos más importantes a los que hace referencia el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

Finalmente, debe señalarse que el artículo 4 fue modificado en dos ocasiones por medio de decretos expedidos por el Gobierno, en virtud de facultades extraordinarias, que posteriormente fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional. En efecto, el artículo 239 del Decreto Extraordinario 1122 de 1999 y artículo 118 del Decreto 266 del año 2000 modificaron en su momento el artículo 4° de la Ley 155 de 1959.

4.2 Decreto 1302 de 1964 – Reglamento del artículo 4 de la Ley 155 de 1959

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 fue reglamentado por el artículo 5° del Decreto 1302 de 1964 en los siguientes términos:

“Artículo 5.- Para los efectos del párrafo 1° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, se presume que una concentración jurídico-económica tiende a producir indebida restricción de la libre competencia:

- a) Cuando ha sido precedida de convenios privados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre sí los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;
- b) Cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores o de los consumidores.

Parágrafo.- Al tenor de lo dispuesto en el artículo 4° de la misma ley, entiéndese por activos, individual o conjuntamente considerados, los activos brutos de las empresas que pretendan fusionarse o integrarse.”

Como se advirtió anteriormente el artículo transcrito establece dos presunciones de hecho en relación con las concentraciones que “tienden a producir una indebida restricción a la competencia”. La presunción contenida en el literal a) es clara y objetiva: la SIC debe objetar aquellas operaciones que se encuentren precedidas por convenios privados que infrinjan las normas de libre competencia, como podría ser el caso de acuerdos de precios o acuerdos de repartición de mercados.

La presunción contenida en el literal b) incorpora un concepto jurídico indeterminado: los *precios inequitativos*. Las normas sobre concentraciones empresariales no definen qué se entiende por *precio inequitativo* y la SIC tampoco lo ha definido de manera clara en sus decisiones.

Debe señalarse que por medio del Decreto 2513 de 2005, “Por el cual se reglamenta la Ley 155 de 1959 sobre prácticas restrictivas de la competencia”, se establece qué se entiende por precio inequitativo para el mercado de la leche cruda. Aunque esta definición solo aplica para este mercado, el Decreto es 2513 de 2005 es ilustrativo en la medida en que no existe ninguna otra norma que defina lo que se debe entender por *precio inequitativo*. El artículo 1 del Decreto 2513 de 2005 establece:

“Artículo 1.- Para los efectos del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, se entenderá por precio inequitativo de la leche cruda aquel que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio al cual el industrial vende leche y el precio pagado por este al productor, con respecto al promedio histórico de esa diferencia.

Parágrafo. Los criterios y la metodología para determinar la variación injustificada a que hace referencia el presente artículo, serán determinados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural mediante resolución, con fundamento en criterios objetivos, en métodos estadísticos y en la evaluación de variaciones en calidad, costos de transporte y otros elementos que puedan modificar de manera admisible el margen de rentabilidad del industrial o comprador.”

Como se aprecia en el artículo transcrito, esta definición de precio inequitativo contiene un concepto jurídico indeterminado en la medida en que al parámetro –que es relativamente objetivo – del promedio histórico de la diferencia entre “el precio al cual el industrial vende leche y el precio pagado por este al productor” se agrega el supuesto de que la diferencia sea “injustificadamente superior”. No existe una definición legal de lo que se considera *injustificado*, aunque el parágrafo del artículo citado establece que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural adoptará “criterios objetivos, en métodos estadísticos y en la evaluación de variaciones en calidad, costos de transporte y otros elementos” para determinar si la diferencia entre los precios fijados respecto de los precios promedios históricos se justifica.

El Decreto 1302 de 1964 contiene otras importantes normas de carácter procesal en relación al control de concentraciones empresariales, tema sobre el cual nos referiremos en el **punto 7** de este documento.

4.3 Decreto 2153 de 1992

El artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 consagra la llamada “excepción de eficiencia” de conformidad con la cual el Superintendente debe abstenerse de objetar aquellas operaciones en las cuales los interesados demuestren que se generarán mejoras significativas en eficiencia que se traducirán en ahorros de costos que no es posible obtener de otra manera y se garantice que no va a haber una reducción de la oferta en el mercado. La mencionada norma, que es similar con el artículo 81(3) del Tratado de Roma en relación a los requisitos que permiten exceptuar una conducta de la aplicación de las normas de competencia, establece lo siguiente:

“Artículo 51.- Integración de Empresas. El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del Artículo 4 de la Ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que pueden haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado.”

Fue con base en este artículo que se introdujo la adquisición de control como forma jurídica en virtud de la cual un negocio jurídico se considera una concentración empresarial, como se estudiará en el **punto 5.3** de este documento.

4.4 Decretos declarados inexecutable por la Corte Constitucional

Como se dijo anteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, el Gobierno expidió el Decreto 1122 del 26 de junio de 1999, “[p]or el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe.” En relación con la normativa de libre competencia, el artículo 230 del mencionado decreto le asignó a la SIC las facultades para decidir los casos de libre competencia en todos los sectores de la economía, con excepción del sector financiero y asegurador que para esos efectos continuó bajo la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera. El artículo 230 establecía lo siguiente:

“Artículo 230.- Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. La frase “...sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades”, contenida en el número 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, quedará del siguiente tenor: “...sin perjuicio, exclusivamente, de las competencias señaladas en las normas vigentes a la Superintendencia Bancaria.” “

En materia de control de concentraciones los artículos 239⁶³ y 240⁶⁴ establecían las siguientes reformas:

- Se modificaba el supuesto objetivo de la obligación de informar las concentraciones empresariales, estableciéndolo en 20,000 salarios mínimos legales mensuales.

⁶³ **“Artículo 239.-** Pronunciamiento de la Superintendencia sobre Integraciones Empresariales. Modifíquese el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 así:

"Artículo 4. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas que conjuntamente atiendan el 20% o más del mercado respectivo o cuyos activos superen una suma equivalente a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en los casos exigidos por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas. Además de las causales previstas en las normas vigentes, las operaciones deberán objetarse cuando sean el medio para obtener posición de dominio en el mercado.”

⁶⁴ **“Artículo 240.** Documentación requerida. El artículo 9 del Decreto 1302 de 1964 quedará así:

"Artículo 9o. La Superintendencia de Industria y Comercio señalará de manera general los documentos y la información que sea necesaria presentar con la solicitud de estudio.”

- Se incluía una regla *per se* en contra de las concentraciones cuyo efecto fuese la creación de una posición de dominio en el mercado, al establecer que la SIC debía objetar aquellas operaciones en las cuales se adquiriera una posición de dominio en el mercado relevante.
- Se confería a la SIC la facultad de determinar la información requerida al momento de solicitar la autorización o no objeción de las operaciones de concentración empresarial.

El Decreto 1122 de 1999 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-923 de 1999⁶⁵.

Unos meses más tarde, el Gobierno volvió a utilizar las facultades extraordinarias ya mencionadas y en virtud del numeral 5º del artículo 1 de la Ley 573 de 2000⁶⁶, expidió el Decreto 266 del 22 de febrero del 2000, por medio del cual designó a la SIC (artículo 120)⁶⁷ como única autoridad de libre competencia para todos los sectores de la economía.

En relación con el control de concentraciones empresariales, el artículo 118 del Decreto 266 de 2000 establecía:

“Artículo 118.- Pronunciamiento de la Superintendencia sobre integraciones empresariales. Modificase el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, el cual quedará así:

"Artículo 4. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas que conjuntamente atiendan el 25% o más del mercado respectivo o cuyos activos superen una suma equivalente a veinte mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en los casos exigidos por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas. Además de las causales previstas en las normas vigentes, las operaciones deberán objetarse cuando sean el medio para obtener posición de dominio en el mercado." (El subrayado es nuestro).

El artículo 118 fue modificado posteriormente por el artículo 1 del Decreto 414 de 2000 que establecía:

"Artículo 1.- En el artículo 118 del Decreto 266 de 2000, deberá leerse que la modificación es al inciso primero del artículo 4o. de la Ley 155 de 1959 y que

⁶⁵ M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁶ El artículo 1 de la Ley 573 de 2000, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-1316 del 26 de septiembre de 2000 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz), establecía: **“Artículo 1.- Facultades Extraordinarias.** De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término de quince (15) días contados a partir de la publicación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para: (...) **5.** Suprimir o reformar las regulaciones, procedimientos y trámites sobre lo que versó el Decreto 1122 de 1999, sin incluir ningún tema adicional. El ámbito de aplicación de las normas expedidas en desarrollo de las presentes facultades cobijará a los organismos públicos de cualquier nivel, así como aquellos que teniendo naturaleza privada ejerzan por atribución legal funciones públicas de carácter administrativo, pero sólo en relación con estas últimas. (...)"

⁶⁷ El artículo 120 establecía lo siguiente: **“Artículo 120.- Procedimiento para la toma de decisiones en procedimientos de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal.** Para el cumplimiento de las funciones relacionadas con promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como de las normas de competencia desleal, para todos los sectores económicos, que se inicien a partir de la vigencia del presente decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio adelantará el siguiente procedimiento: (...)"

los salarios mínimos legales mensuales vigentes en la suma de los activos de las empresas para el respectivo pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, es cincuenta mil (50.000).”

Como se aprecia en los artículos transcritos, el Decreto 266 de 2000 reproducía prácticamente el artículo 239 del Decreto 1122 de 1999 y corrió con la misma suerte, pues el Decreto 266 de 2000 también fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-1316 de 2000⁶⁸.

El Gobierno y el Congreso estaban decididos a asignar las facultades sobre libre competencia a la SIC, razón por la cual el día 2 de febrero de 2000, el Congreso expidió la Ley 555, por medio de la cual reguló la prestación del Servicio de Comunicaciones Personales – PCS (por sus siglas en inglés). Con la expedición de esta ley se pretendió establecer nuevamente a la SIC como autoridad única de libre competencia, en vista del fracaso sufrido con la declaratoria de inconstitucionalidad de los Decretos 1122 de 1999 y 266 de 2000. El párrafo del artículo 10 de dicha ley designó a la SIC como la autoridad de inspección y vigilancia de los regímenes de libre y leal competencia en “los servicios no domiciliarios de comunicaciones, así como de todos los demás sectores económicos.” Sin embargo, por medio de Sentencia C-1344 de 2000⁶⁹, la Corte Constitucional declaró inexecutable la frase “así como de todos los demás sectores económicos”.

⁶⁸ M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁹ M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

5. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

Respecto de lo que debe considerarse como una operación de concentración empresarial de aquellas que deben ser informadas a la SIC y autorizadas por dicha entidad antes de que entren a producir efectos en el mercado, la SIC ha señalado lo siguiente:

“El acto o actos jurídicos mediante los cuales se lleve a cabo la operación son relevantes sólo en la medida en que constituyan un medio idóneo y directo para situar de manera permanente y bajo un único órgano de gestión a dos o más empresas que antes competían como entidades independientes en el mercado. Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración sí está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio”⁷⁰

Es decir que para la SIC, siempre que como consecuencia de una operación dos empresas que previamente competían en un mismo mercado queden sometidas de manera permanente a un órgano único de gestión, tal operación, siempre que se cumplan los demás supuestos, debe ser informada, independientemente de cual sea el acto o actos jurídicos por medio de los cuales se logre esa unidad de gestión.

5.1 Concepto de empresa

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 hace referencia a la concentración de empresas. Por su parte, el artículo 25 del Código de Comercio establece que se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios, a través de uno o más establecimientos de comercio.

Como se puede observar, el control de concentraciones en Colombia tiene un ámbito subjetivo de aplicación amplio, ya que no se limita a las personas jurídicas o a las sociedades, sino que se refiere a las empresas, con lo que abarca cualquier actividad organizada que emprenda una persona, sea jurídica o natural, que desarrolle una actividad económica en los amplios términos descritos por el artículo 25 del Código de Comercio.

5.2 Misma actividad económica

El segundo punto al que hace referencia el artículo 4°, es el relativo a la actividad que desarrollan las empresas. La norma establece que las empresas que se dediquen a la “misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima,

⁷⁰ Concepto No. 00001365 de 2000 de la SIC.

producto, mercancías o servicios” deben informar la operación de concentración que pretendan adelantar.

Lo anterior puede interpretarse en el sentido de que las empresas se deben encontrar en el mismo eslabón de la cadena productiva, por lo cual, a luz de la normativa vigente, se podría decir que sólo las concentraciones horizontales requieren ser informadas y autorizadas.

No obstante lo anterior, las concentraciones horizontales no son las únicas susceptibles de producir una restricción a la libre competencia. Resulta claro que las concentraciones de carácter vertical también pueden producir un efecto negativo en el mercado, y es por ésta razón por la que en la práctica, la autoridad de la competencia obliga a que sean informadas también ésta clase de concentraciones.

De este modo, la SIC se ha pronunciado en múltiples ocasiones, con el objeto de hacer una interpretación del artículo en comento, y ha señalado que las empresas deben desarrollar la *misma actividad económica*, lo que no significa que deban pertenecer al mismo nivel de la cadena productiva, sino que deben pertenecer al mismo mercado. Así las cosas, según la SIC:

*“Es necesario aclarar que, en nuestro criterio la norma presupone que las intervinientes participen de la actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio dentro de un mismo mercado, es decir que, no es necesario que las empresas involucradas se encuentren ubicadas en el mismo nivel productor, abastecedor, distribuidor o consumidor sino que deben pertenecer al mismo mercado”.*⁷¹

De acuerdo con ésta interpretación de la autoridad de la competencia, las concentraciones empresariales de carácter vertical se encuentran cobijadas por el artículo 4°. Sin embargo, debe advertirse que en el pasado, en casos específicos, la SIC ha aceptado que no se requiere obtener la autorización o no objeción de la entidad, respecto de operaciones que podrían considerarse como de integración vertical en las cuales la SIC ha concluido que se trataba de mercados diferentes y que por lo tanto no se generaba concentración del mercado. Lo anterior ocurrió en los casos de *Colombia Móvil* y *Chevron – Texaco*⁷², que serán estudiados en el **punto 5.2.1** del presente documento.

Asimismo, a mediados del año 2007 el entonces superintendente de industria y comercio Jairo Rubio E. comentó en foros académicos y de manera informal que la SIC estudiaba la posibilidad de extender el ámbito de aplicación de las normas sobre control de concentraciones sobre las operaciones de conglomerado. Es decir, aquellas concentraciones entre empresas que no participan en la misma actividad económica (ni horizontal, ni verticalmente) antes de la operación, pero cuya integración podría tener efectos secundarios sobre la competencia y sobre las estructuras de mercado afectadas, por ejemplo reduciendo la competencia futura mediante la eliminación de un competidor potencial⁷³. A pesar de que tanto en EEUU como en la Comunidad Europea el control

⁷¹ Concepto 03017611 14 de mayo de 2003 de la SIC. En el mismo sentido se orienta el Concepto No. 03003014 de 28 febrero de 2003 de la SIC.

⁷² Res. 6384 del 23 de febrero de 2003 de la SIC.

⁷³ Véase THOMAS SULLIVAN AND JEFFREY L. HARRISON, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, Lexis Nexis, 4° ed., USA, (2003), pp. 356-361.

sobre concentraciones de conglomerado ha sido estudiado por la autoridades –no sin producir controversia entre los académicos y practicantes-, especialmente cuando se trata de una operación entre una empresa y su potencial competidor, consideramos que en Colombia la norma es clara al establecer como sujetos calificados a quienes se les aplica la norma a las empresas que se dedican a la misma actividad económica. Que las normas permitan a la autoridad evaluar operaciones entre empresas que no participan actualmente en la misma actividad económica es cuestión diferente a la discusión sobre si el control de operaciones de conglomerado es deseable o no con miras al cumplimiento de los fines del derecho de la competencia.

Todo lo anterior, lleva a concluir que se requiere una modificación en la normativa que regula el control de las concentraciones empresariales en el sentido de abarcar expresamente todas las concentraciones que eventualmente puedan producir un efecto negativo en el mercado, incluyendo las concentraciones verticales y de conglomerado, lo cual generará mayor seguridad jurídica y certeza respecto de las operaciones que deben ser informadas.

5.2.1 Casos en los cuales la SIC encontró que una integración vertical no requería autorización

a. Colombia Móvil S.A. E.S.P.

Las empresas *ETB S.A. E.S.P.* y *EEPPM E.S.P.* crearon a *Colombia Móvil S.A. E.S.P.* con el fin de participar en la convocatoria pública para el otorgamiento de una licencia para la prestación del servicio público de telefonía móvil PCS, de conformidad con la Ley 555 de 2000.

Una vez el Ministerio de Comunicaciones le adjudicó la licencia de PCS a *Colombia Móvil S.A. E.S.P.*, el doctor Mauricio Velandía, actuando en su propio nombre, formuló denuncia ante la SIC en contra de *ETB* y *EEPPM*, por supuesta infracción de las normas de competencia, que habría consistido en la realización de una operación de integración empresarial sin contar con la previa autorización o no objeción de la SIC.

El doctor Velandía argumentó en su denuncia, que la creación de *Colombia Móvil* era una operación de integración vertical entre *EEPPM* y *ETB*. Debe tenerse en cuenta que en oportunidades anteriores la SIC había estudiado operaciones de integración empresarial mediante la creación de empresas, como fue el caso de *Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta – Proinsa S.A.* que se comentará más adelante.

Como consecuencia de la denuncia la SIC abrió una investigación preliminar dentro de la cual las empresas investigadas demostraron que la creación de *Colombia Móvil* no constituía una operación de integración empresarial, puesto que no se generaba ningún tipo de concentración en el mercado relevante. En efecto, las empresas investigadas demostraron que tanto *EEPPM* como *ETB* participaban del mercado de la telefonía fija – TPBC, pero ninguna de ellas participaba en el mercado de la telefonía móvil. De otra parte se demostró también que *Colombia Móvil* era una empresa creada para prestar servicios de telefonía móvil PCS y que por lo tanto, la operación en cuestión no afectaba la competencia ni incrementaba la concentración en el mercado de los servicios de TPBC ni en el mercado de los servicios de telefonía móvil PCS. Como consecuencia de lo anterior, la SIC cerró la investigación preliminar.

b. Operación internacional *Chevron - Texaco*

En el año 2001 las sociedades *Chevron* y *Texaco*⁷⁴ se fusionaron en el exterior, como consecuencia de lo cual se formó la *Chevron Texaco Corporation*. Dicha operación no fue informada a la SIC en Colombia de manera previa, puesto que las empresas consideraron que no se encontraban bajo los supuestos del artículo 4° de la Ley 155 de 1959.

La SIC inició una investigación formal en contra de las sociedades filiales de *Chevron* y *Texaco* en Colombia, por incumplir el deber legal de información de concentraciones empresariales. Después de un complejo proceso, la SIC decidió el caso mediante Resolución 06384 del 28 de febrero de 2003, por medio de la cual decidió archivar la investigación sin sanciones para los investigados.

Durante el curso del proceso las empresas demostraron ante la SIC que la operación de integración empresarial internacional entre *Chevron* y *Texaco* no había tenido lugar aún en Colombia debido a que las empresas, en Colombia, no se dedicaban a la misma actividad económica. En efecto, mientras que *Chevron* se dedicaba al negocio de la exploración y explotación de hidrocarburos (denominada en inglés “upstream”), *Texaco* se dedicaba a la actividad de comercialización de combustibles y lubricantes (denominado en inglés “downstream”). De hecho, posteriormente, cuando la empresa *Chevron Texaco* decidió comercializar formalmente combustibles y lubricantes marca *Chevron* en Colombia, solicitó y obtuvo autorización de la SIC para el efecto.

Al respecto establece la SIC, en la parte considerativa de la decisión que se comenta, lo siguiente:

“Para que una integración sea informada a la Superintendencia de Industria y Comercio SIC se requiere la presencia del supuesto subjetivo, objetivo y cronológico.”

Supuesto subjetivo: Concepto de empresa.

“Abarca cualquier tipo de organización capaz de establecer de manera autónoma su comportamiento sobre el mercado, independientemente de si esta unidad económica es conformada por varias personas jurídicas, o del carácter directo o indirecto de su intervención. De esta manera la actividad desarrollada por una empresa comprenderá todos aquellos mercados de bienes y servicios en los que la organización económica participa.”

(...)

*“Aun considerando que *Chevron Petroleum Company of Colombia* continuaba ostentando el carácter de empresa, en tanto percibía los ingresos mismos de la actividad, para este Despacho la conclusión sigue siendo la misma, y es que la operación de integración corporativa adelantada por sus matrices en Estados Unidos, la cual tuvo efectos en nuestro país debido a que dicha integración se extendió a las filiales que participan en el mercado colombiano, no requería de aviso previo, pues*

⁷⁴ Resolución 6384 de febrero 28 de 2003 de la SIC.

como a continuación veremos, no concurre en el mismo mercado que Texas Petroleum Company.”

(...)

“Así pues y como quiera que en el análisis realizado por este Despacho, se ha podido corroborar que el elemento subjetivo no se da, tenemos entonces que Chevron Petroleum Company of Colombia y Texas Petroleum Company no habrían sido destinatarias del mandato contenido en el citado artículo 4, a pesar de haberse dado una integración corporativa en Estados Unidos, cuyos efectos en el mercado colombiano, se da a través de las filiales de Chevron Petroleum Company y Texas Petroleum Company. Por ello en tanto que deben concurrir los tres elementos mencionados, la ausencia del subjetivo impide la estructuración de la norma, de manera que por substracción de materia resulta estéril continuar con el análisis de los otros supuestos.” (negrillas son del texto)

5.2.2 Casos en los cuales la SIC encontró que una integración vertical requería autorización

Como se advirtió anteriormente en el caso *Chevron Texaco*, la SIC asimiló la expresión “la misma actividad” a que las empresas intervinientes hicieran parte del mismo eslabón la cadena productiva. Lo anterior fue argumentado por la SIC en los siguientes términos:

*“Lo anterior, nos lleva a la razón por la cual las integraciones que deben informarse son las de empresas que desarrollan la misma actividad, pues si corresponden a mercados diferentes no habría problema en principio. De ahí que la norma establezca, para la empresas que desarrollan la misma actividad de producción, distribución o comercialización, esto es, aquellas que se encuentren ubicadas en un mismo eslabón de la cadena, el deber de informar de manera previa los procesos de integración que pretendan llevar a cabo.”*⁷⁵ (negrillas fuera de texto)

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la SIC se ha apartado de la doctrina anteriormente señalada, o bien, que casos como el de *Colombia Móvil* y *Chevron Texaco* han sido excepciones frente a otros casos de concentraciones verticales que han sido analizadas por la SIC en ejercicio de facultad de control de concentraciones. En efecto, desde 1999⁷⁶ la SIC ha conocido de concentraciones verticales, como ocurrió en los siguientes casos:

- “*AgribRANDS Purina Colombia – Incubadora del Centro*”⁷⁷,
- “*Terminal Marítimo Muelles El Bosque– Operadores Portuarios*”⁷⁸,

⁷⁵ Resolución No. 06384 de Febrero 28 de 2003.

⁷⁶ La Resolución No. 21820 de 2004 de la SIC hace referencia a las integraciones verticales analizadas entre el año 1999 y el año 2001.

⁷⁷ Oficio No. 9932461 de 1999.

⁷⁸ Oficio No. 1102822 de 2001.

- “Siderúrgica Boyacá – Laminados Andinos”⁷⁹,
- “Sociedad Centurión – El Olimpo Ltda. y Agrícola Casaloma”⁸⁰,
- Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta
- Noel – Suizo⁸¹,
- Agri Avícolas Integrados y otros⁸²,
- Promotora Bananera. – Arizona Investment Corporation⁸³,
- Productora de Papeles – Carvajal.⁸⁴,
- Suministros de Colombia. – Minerales Industriales⁸⁵.

En el mismo sentido, los Conceptos No. 01107902 del 30 de enero de 2002 y No. 03003014 del 28 de febrero de 2003 de la SIC han fijado la posición de la autoridad respecto del control de concentraciones verticales, en el sentido de que estas también pueden ser evaluadas por la SIC.

A continuación se resumen los aspectos más relevantes de los casos mencionados, de los cuales se deduce claramente que en la actualidad la SIC considera que las operaciones de concentración vertical de empresas que participan en un mismo mercado requieren de la autorización o no objeción de la SIC.

La mayor discusión doctrinaria se ha dado entorno a la interpretación del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, específicamente en cuanto al significado de la expresión “misma actividad”. Por medio del Concepto No. 0110790 del 2002 la SIC fijó su posición sobre la interpretación del artículo mencionado en los siguientes términos:

“En nuestro criterio, la norma presupone que las intervinientes participen de la actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio dentro de un mismo mercado, es decir, que no es necesario que las sociedades intervinientes en la integración se encuentren ubicadas en el mismo nivel productor, abastecedor, distribuidor o consumidor sino que deben pertenecer al mismo mercado, por lo que, mientras una de las empresas no participe, ni directa ni indirectamente del mismo mercado de la otra empresa, la operación planteada no tendrá efectos de concentración en el mercado y por lo tanto no deberá ser informada.”⁸⁶ (cursivas fuera de texto)

Esta posición fue reproducida posteriormente en el Concepto No. 03003014 del 28 de febrero de 2003.

⁷⁹ Oficio No. 1100040 de 2001.

⁸⁰ Oficio No. 1053341 de 2001.

⁸¹ Resolución No. 19313 de junio 25 de 2002.

⁸² Resolución No. 8315 de marzo 28 de 2003.

⁸³ Resolución No. 28515 de noviembre 23 de 2004.

⁸⁴ Resolución No. 25012 de septiembre 30 de 2004

⁸⁵ Resolución No. 29661 de noviembre 16 de 2005

⁸⁶ Concepto No. 01107902 del 30 de enero de 2002.

Posteriormente la SIC reiteró esta posición en el caso de *Agri Avícola Integrados y otros*⁸⁷. *Agri Avícola* es una sociedad cuyo objeto social es la siembra de cultivos y la comercialización de sus productos agrícolas. Esta sociedad había sido constituida por varias empresas dedicadas a la explotación de actividades avícolas que potencialmente requerirían los productos de *Agri Avícola* como materias primas para sus procesos productivos. La SIC describió la operación en los siguientes términos:

“nos encontramos frente a una integración por la creación de una empresa en común, en la que los socios fundadores comparten el control de la empresa productiva de las materias primas.”

De acuerdo a la SIC, a pesar de que la operación que se realizó fue de tipo vertical, esta debía ser informada previamente a la SIC. Al respecto explicó la entidad lo siguiente:

“aunque las empresas investigadas no han perdido su individualidad en el mercado y tampoco se han concentrado en una sola unidad económica, poseen inversiones en una empresa que produce materia primas requeridas en el desarrollo de sus procesos productivos, lo que en cualquier momento habría de permitirles una reducción de costos y mayores eficiencias en la realización de sus respectivos procesos.”

La Resolución No. 15917 de junio 6 de 2003 que resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 8315 de 2003, argumentó de manera más clara por qué la creación de *Agri Avícola* por parte de varias empresas dedicadas a actividades avícolas constituyó una integración vertical que debió ser informada previamente en los siguientes términos:

*“La circunstancia señalada pone de manifiesto la realización de una integración vertical, en la que las empresas sancionadas estarían participando a través de Agri Avícolas en una actividad anterior. En la medida en que decidieron unir esfuerzos, para constituir una empresa que les serviría como puente de participación en una fase anterior de la cadena avícola, definieron que su participación en el mercado de las materias primas sería conjunta. Valga señalar que en las integraciones de carácter vertical no se presenta una concentración sobre la actividad en la que compiten las empresas intervinientes, como sucede en las horizontales, sino que la búsqueda de sinergias está dada en la participación de actividades complementarias o conexas.”*⁸⁸

Respecto de qué se entiende por “misma actividad”, la Resolución No. 15917 de junio 6 de 2003 coincide plenamente con Concepto No. 0110790 del 2002 la SIC, antes citado. La resolución mencionada estableció:

“cuando la correspondencia se presenta en el mismo nivel o fase de la cadena productiva estaremos ante una integración de carácter horizontal. A su vez, cuando las empresas pertenecen a mercados

⁸⁷ Resolución No. 8315 de marzo 28 de 2003. Se resuelve recurso de reposición contra la anterior Resolución por medio de la Resolución No. 15917 de junio 6 de 2003.

⁸⁸ Resolución No. 15917 de Junio 6 de 2003.

conexos, relacionados entre si, o cuando convergen en una misma actividad en un eslabón anterior a posterior de la cadena productiva, nos encontramos frente a una integración de tipo vertical.”⁸⁹

Las resoluciones expedidas por la SIC fueron impugnadas por las empresas intervinientes ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en sentencia del 4 de agosto de 2005⁹⁰, ratificó la interpretación de la SIC en los siguientes términos:

“la Sala encuentra que las sociedades demandantes se dedican a una actividad productiva similar, que es el levante, engorde, y procesamiento de pollo, así mismo encuentra que constituyeron una empresa denominada Agri Avícola Integrados S.A. cuyo objeto social principal es la producción de maíz y soya.

Para determinar si la constitución de dicha empresa encaja dentro de una integración, hay que tener en cuenta que Agri Avícola Integrados S.A. produce las materias primas necesarias para el levante, engorde y procesamiento de pollo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que dichas sociedades constituyeron una nueva empresa, que aunque no se dedica a la misma actividad de las constituyentes, sí tiene un objeto social relacionado con la cadena productiva que desarrollan, lo cual en determinados momentos puede tener una injerencia en el mercado.

De otra parte, la norma también establece en su última parte, cualquier que sea la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración, por lo que esta norma no establece alguna forma específica de integración.

Al no consagrarse una forma específica de integración, la conducta desplegada por las sociedades demandantes al constituir una sociedad que produce maíz y soya, productos necesarios para sus procesos productivos, constituye una forma de integración de empresas.

Para la Sala, la Superintendencia obró conforme a derecho, que en ningún momento incluyó una conducta que no estaba regulada por la norma. (...)

Conforme a todo lo anterior, concluye la Sala que las sociedades demandantes debieron haber informado a la Superintendencia de Industria y Comercio la forma de integración que realizaron al unirse y constituir Agri Avícola...”⁹¹

⁸⁹ Resolución No. 15917 de Junio 6 de 2003.

⁹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B. Magistrado Ponente, Carlos Enrique Moreno Rubio. Expediente 2003-00930-01.

⁹¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B. Magistrado Ponente, Carlos Enrique Moreno Rubio. Expediente 2003-00930-01.

En el caso de *Promotora Bananera S.A.*⁹² del año 2004, la SIC estableció de manera expresa el criterio según el cual tanto las integraciones horizontales como las verticales son susceptibles de restringir indebidamente la competencia. De acuerdo a la SIC en la medida en que el artículo 333 de la Carta Política establece que el Estado, por mandato de la ley, debe impedir la obstrucción o restricción de la libre competencia, es necesario realizar un control *ex ante* (previo) a las concentraciones verticales. En términos de la SIC:

*“negar el control ex ante de las operaciones de tipo vertical, conduciría a que este derecho de carácter constitucional pudiera verse restringido u obstruido ante la mirada inerte del Estado, lo que evidentemente no corresponde al mandato constitucional, ni al desarrollo de su interpretación (...) Acorde con lo anterior, ha de considerarse que las integraciones entre empresas pertenecientes a un mismo mercado, ya sea horizontal o verticalmente, que presenten el nivel de activos establecido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, deberán ser informadas previamente a su realización...”*⁹³

En conclusión, conforme con la doctrina de la SIC, el supuesto subjetivo necesario para verificar la aplicabilidad de las normas sobre concentraciones empresariales, de conformidad con el cual se requiere que las empresas se dediquen a una “misma actividad” no se limita a que las empresas participen en el mismo nivel de la cadena productiva. De conformidad con lo manifestado en el Concepto No. 01107902 por “misma actividad” se entiende “al artículo determinado, materia, prima, producto, mercancía o servicios’ sobre el cual recae o tiene efectos la operación.”⁹⁴

Por último, la SIC argumenta que la facultad que le atribuye el numeral 14 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1993 para pronunciarse sobre las concentraciones empresariales no distingue si estas son de tipo horizontal o de tipo vertical.

5.3 Formas jurídicas que constituyen operaciones de concentración

Respecto de lo que debe considerarse como una operación de concentración empresarial que debe ser informada a la SIC antes de que produzca efectos en el mercado, la SIC ha señalado lo siguiente:

“El acto o actos jurídicos mediante los cuales se lleve a cabo la operación son relevantes sólo en la medida en que constituyan un medio idóneo y directo para situar de manera permanente y bajo un único órgano de gestión a dos o más empresas que antes competían como entidades independientes en el mercado. Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera

⁹² Resolución No.28515 de Noviembre 23 de 2004. La *Promotora Bananera*, cuyo objeto social es la comercialización de banano en el exterior y en el país, adquirió el 100% de las acciones de *Arizona Investment Corporation*.

⁹³ Resolución No.28515 de Noviembre 23 de 2004.

⁹⁴ Resolución No.28515 de Noviembre 23 de 2004.

que sea la forma jurídica de la integración sí esta dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio”⁹⁵

Es decir, conforme a la doctrina de la SIC, toda operación que tenga como efecto que dos empresas que participaban en un mismo mercado actúen de manera permanente, bajo un órgano único de gestión, debe ser informada independientemente de cual sea el acto o actos jurídicos por medio de los cuales se logre esa unidad de gestión.

Un tema que merece una explicación especial, es el referido a la obligación, contenida expresamente en la normativa, de informar las operaciones que produzcan como efecto la *fusión*, *consolidación* o *integración* de las actividades económicas organizadas, sea cualquiera la forma jurídica que se adopte para producir ese resultado.

Este punto resulta determinante a la hora de identificar una concentración jurídico-económica, ya que como anteriormente se anotó, las normas no definen éste concepto, pero se establece el resultado en virtud del cual es posible determinar cuándo se está en presencia de una concentración empresarial. En efecto, cualquier negocio jurídico que produzca como resultado la fusión, consolidación o integración de dos o más empresas y que cumpla con las características del artículo 4° de la varias veces citada Ley 155 de 1959, debe ser informado.

5.3.1 Fusión

El artículo 172 del Código de Comercio colombiano establece lo siguiente:

“**Artículo 172.-** Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.”

La fusión es una figura típica del derecho societario, por medio de la cual dos o más compañías se integran para crear una nueva, o una o más son absorbidas por otra. A diferencia de las normas sobre control de concentraciones empresariales, el artículo citado hace referencia exclusiva a sociedades constituidas de conformidad con la ley.

En su concepción legal, la fusión está regulada como una intrincada operación que conduce a la extinción, sin liquidación, de una o más compañías y a la integración de asociados, activos, pasivos y empresas en una sola sociedad.⁹⁶

La Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado también, con el objeto de definir que se debe entender por fusión en materia de concentraciones empresariales. Para la SIC, una fusión es:

⁹⁵ Concepto No. 00001365 de 2000 de la SIC.

⁹⁶ FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Grupo de Sociedades, subordinadas, fusiones, concentraciones, compra de activos*, en: Derecho de la Competencia. (Editorial El Navegante, 1998).

“Cualquier mecanismo utilizado para buscar la unión de dos o más empresas en una compañía existente, o para constituir una nueva compañía. En el primer caso, la empresa absorbente trae para sí el patrimonio y los socios de la otra u otras empresas a fusionarse, mientras en el segundo caso, las sociedades a ser fusionadas desaparecen para trasladar su contenido a una nueva sociedad que las sucederá.”⁹⁷

5.3.2 Consolidación e integración

Sobre estos dos conceptos también se ha pronunciado la SIC, con el objetivo de señalar su significado en relación con el tema de concentraciones empresariales.

Conforme con la doctrina de la SIC la consolidación “generalmente se refiere al proceso secuencial mediante el que una empresa que ya tenía participación en la otra, adquiere el control de la segunda a través de la transferencia de activos netos”.⁹⁸ De esta forma una simple compra venta de activos como podrían ser marcas o importantes fuentes de abastecimiento (e.g. una mina o un manantial) pueden tener como efecto una concentración empresarial.

De otra parte, la SIC ha definido la “integración”, como una especie del género de las integraciones jurídico-económicas, en los siguientes términos:

“puede definirse como la alianza o unión de dos o más empresas para formar una sola a través de la creación o implementación de esquemas operativos del diseño y ejecución de políticas comunes en aspectos financieros, administrativos, técnicos, comerciales, operativos y, en general, de cualquier caso de decisión empresarial que influya en el desarrollo presente y futuro de las actividades de la empresa resultado de la integración cuyo objetivo es el de crear una empresa de mayor tamaño, que puede expandir sus actividades y proyectarse en mejores condiciones a competir tanto interna como externamente”.⁹⁹

Así, por ejemplo, un contrato consistente en una “alianza estratégica” entre dos empresas, en el cual se definan políticas comunes de comercialización comunes regidas bajo un órgano director común, puede llegar a constituirse en una forma de concentración empresarial.

5.3.3 Adquisición de Control

El legislador incluyó, a través del Decreto 2153 de 1992, una nueva forma jurídica con efecto de concentración empresarial: la adquisición de control. En efecto, el artículo 51 de dicho Decreto, al incluir la denominada excepción de eficiencia -a la cual nos referiremos más adelante- estableció

⁹⁷ Concepto No. 96048285 de 1.996 de la SIC. En el mismo sentido se orienta el Concepto No. 96023249 de 1.996 de la SIC.

⁹⁸ Concepto No. 96048285 de 1.996 de la SIC

⁹⁹ Concepto No. 96046922 de 1996 de la SIC

que el Superintendente no podrá objetar los casos de fusiones, consolidaciones, concentraciones o *adquisiciones de control de empresas* que le sean informados, en desarrollo del deber impuesto en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, cuando se demuestre que pueden producir mejoras significativas en eficiencia, que se traduzca en ahorro de costos que no se pueda obtener de otra manera, siempre que no se reduzca la oferta en el mercado.¹⁰⁰ Como se puede observar, fue en esta norma que se introdujo el concepto de *adquisición del control de empresas*, como una de las formas jurídicas que pueden revistar las concentraciones empresariales que deben ser informadas a la SIC.

El numeral 4° del artículo 45 del Decreto 2153 consigna una definición de control en los siguientes términos:

“(…) **Control:** La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa (…)”

La SIC se ha pronunciado en los siguientes términos, en relación al concepto de *adquisición de control* como forma de concentración empresarial:

“*Habrá control cuando como resultado de una operación, la empresa tenga la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa....*”¹⁰¹

El control de empresarial definido por el Decreto 2153 de 1992 es una situación fáctica que no requiere ser declarada por una autoridad estatal. De acuerdo a la doctrina de la SIC, esta no tiene la facultad de pronunciarse sobre situaciones de subordinación.¹⁰² Para efectos de la revisión que realiza la SIC sobre las concentraciones, es suficiente que la relación entre dos o más empresas se ajuste a la situación de hecho contemplada por el decreto mencionado. Sin perjuicio de lo anterior, en virtud del Decreto 1080 de 1996 la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de declarar, de oficio o a petición de parte, respecto de las sociedades matrices, subordinadas o de un grupo empresarial “la situación de vinculación y ordenar la inscripción en el registro mercantil, en los casos en que se configure una situación de control que no haya sido declarada ni presentada para su inscripción, e imponer las sanciones a que haya lugar por dicha omisión”¹⁰³.

¹⁰⁰ Decreto 2153 de 1.992: “**Artículo 51.-** Integración de Empresas. El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del Artículo 4 de la Ley 155 de 1959 (…)”

¹⁰¹ Concepto No. 98052130 de 1.998 de la SIC

¹⁰² El Concepto No. 9805213 de 1998 estableció que: “conforme con el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio son específicas. No existe norma posterior que faculte a esta Superintendencia a pronunciarse sobre situaciones de subordinación.”

¹⁰³ **Artículo 2.- Funciones de la Superintendencia de Sociedades.** La Superintendencia de Sociedades desarrollará las atribuciones administrativas y jurisdiccionales que le corresponden, mediante el ejercicio de las siguientes funciones: (…)

22. Ejercer respecto de las matrices, subordinadas y grupo empresarial, las contempladas en la Ley 222 de 1995, referentes a:

a. Comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados y ordenar la suspensión de tales operaciones, si lo considera necesario.

La ley no establece causales taxativas que configuren la situación de control, ya que cualquier operación que comporte dicho resultado, será considerada como constitutiva de tal fenómeno. Con posterioridad a la expedición del Decreto 2153, la Ley 222 de 1995 estableció presunciones de hecho sobre la subordinación o el control de una sociedad por una o más personas. A continuación describiremos el régimen de sociedades matrices y subordinadas establecido por la Ley 222 que fue incorporado al Código de Comercio.

5.3.3.1 Matrices y subordinadas

El artículo 26 de la ley 222 de 1995, por el cual se modificó el artículo 260 del Código de Comercio, definió la situación de subordinación o control en la que se puede encontrar una sociedad, frente a otra u otras sociedades, o incluso frente a personas naturales o entes no societarios. Según este artículo, para que se configure tal situación, se requiere que el poder de decisión de la sociedad se encuentre sometido a la voluntad de su controlante (matriz), bien sea directamente, caso en el que la subordinada se llamará filial, o a través o con la participación de subordinadas de la matriz, caso en el que la controlada se denominará subsidiaria¹⁰⁴.

Es de notar que el régimen de matrices y subordinadas es un tema específico del derecho de sociedades, por lo que se requiere que la entidad que se controle sea una persona jurídica. Tema diferente al relacionado con el control de las concentraciones empresariales (promoción de la competencia), ya que en éste, a diferencia de aquel, hablamos de empresas y no de sociedades como quedó establecido. No obstante lo anterior, la definición del control societario debe ser tenida en cuenta dentro del análisis de las concentraciones empresariales, ya que las actividades económicas que pueden resultar concentradas, se realizan de manera principal a través de sociedades, razón por la cual puede decirse que las operaciones por medio de las cuales se adquiera el control o se realice concentración de sociedades, constituyen uno de los casos de concentraciones empresariales.

Lo anterior quiere decir que, cuando nos encontramos frente a uno de los supuestos de control establecidos en el régimen de matrices y subordinadas, la autoridad de la competencia debe ser informada sobre la operación por medio de la cual se obtuvo el control, para que se pronuncie sobre la aprobación u objeción de la misma.

b. Determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.

c. Declarar, de oficio o a solicitud de parte, la situación de vinculación y ordenar la inscripción en el registro mercantil, en los casos en que se configure una situación de control que no haya sido declarada ni presentada para su inscripción, e imponer las sanciones a que haya lugar por dicha omisión.

d. Constatar la veracidad del contenido de los informes especiales que los administradores de sociedades controladas y los de sociedades controlantes deberán presentar ante sus asambleas o juntas de socios y, si fuere del caso, adoptar las medidas a que hubiere lugar.

(...) (Subrayado fuera de texto)

¹⁰⁴ Ley 222 de 1995. Artículo 26: “Subordinación. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

El artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la ley 222 de 1995¹⁰⁵, enunció una serie de casos en los que se presume la existencia de la subordinación, si los presupuestos de hecho se configuran. Estos casos son, el denominado control por participación en el capital social, la subordinación por el control de las votaciones en las asambleas de socios o juntas generales, y por último el llamado control externo o económico, de conformidad con el cual en virtud de un acto o contrato, se adquiere una influencia dominante sobre una sociedad.

Los tres casos mencionados, que no se excluyen entre sí, al configurarse, someten el poder de decisión de la sociedad controlada a la voluntad de otra u otras personas. Pero estos casos no son taxativos, por lo que cualquier situación que comporte el mismo resultado, configurará la situación de subordinación.

- a. **Control interno por participación Capital.** Se verifica cuando se posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, o las subordinadas de éstas.
- b. **Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria.** Ésta modalidad se presenta cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva, si la hubiere. Este es un criterio que complementa al anterior, para poder determinar que grupo es el controlador de la sociedad en aquellos casos en que el capital social está atomizado en pequeños inversionistas¹⁰⁶.
- c. **Control externo o económico.** Ésta forma de control también se ha denominado "subordinación contractual" y se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante (en términos del numeral tercero del artículo 27 de la ley 222 de 1995) en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios.

¹⁰⁵ Artículo 27 ley 222 de 1995: "Presunciones de subordinación. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

PAR. 1°—Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PAR. 2°—Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior".

¹⁰⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos*. 2º edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1999, p. 168.

5.3.4 Conclusión

Lo antes expuesto permite concluir que las modalidades de concentración, establecidas en las normas sobre control de las concentraciones empresariales, se configuran de manera amplia por lo cual dentro de las mismas se puede incluir cualquier negocio jurídico que genere como resultado la fusión, consolidación, integración o toma de control entre dos o más empresas, con lo que se le da primacía a la realidad económica sobre las formas jurídicas. Lo anterior, es acorde con lo expresado por la SIC en los siguientes términos:

“El acto o actos jurídicos mediante los cuales se lleve a cabo la operación son relevantes sólo en la medida en que constituyan un medio idóneo y directo para situar de manera permanente y bajo un único órgano de gestión a dos o más empresas que antes competían como entidades independientes en el mercado. Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración sí esta dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio”¹⁰⁷

5.4 Concepto de concentración empresarial aplicado a las operaciones realizadas en el exterior

En el caso de las concentraciones realizadas en el exterior, el criterio de la SIC ha sido el de exigir que sean reportadas cuando los productos de ambas empresas se vendan en el mercado Colombiano (aplicación de la *teoría de los efectos*), siempre que tengan presencia directa en Colombia (así sea a través de subsidiarias o controladas), de tal manera que se produzca una concentración del mercado. La SIC ha considerado que la participación indirecta a través de distribuidores independientes, no produce concentración del mercado.

La interpretación de la doctrina de la SIC contenida en el párrafo anterior, se basa en lo que la entidad ha manifestado en los conceptos y decisiones que a continuación se exponen.

5.4.1 Oficio radicado bajo el No. 00001365 de 2000

Por medio del oficio radicado bajo el No. 00001365 de 2000, la SIC contestó una consulta en la cual se le plantearon diversas hipótesis. En la mencionada oportunidad la SIC manifestó lo siguiente:

“2.1. Dos sociedades extranjeras abastecedoras de un mismo tipo de bien que es comercializado por distribuidores colombianos se fusionan en el exterior y como resultado de ello obtienen el 100% de las ventas en el mercado colombiano.

¹⁰⁷ Concepto No. 00001365 de 2000 de la SIC.

*Esta hipótesis consideramos que no se encuadra dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y **no requieren informar a la Superintendencia de Industria y Comercio, pero atendiendo que ni económica ni jurídicamente son comerciantes en Colombia***". (negrilla fuera de texto)

(...)

2.3. Las sociedades extranjeras compañías del sector de servicios, con operaciones globales independientes en todo el mundo, una de ellas con operaciones en Colombia a través de una de sus subsidiarias, se fusionan en el exterior, quedando con una participación del 80% en el mercado colombiano sobre un determinado servicio.

*De acuerdo con las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, esta operación deberá ser informada a la Superintendencia de Industria y Comercio, **en la medida en que aumente niveles de concentración del mercado particular.*** (negrillas fuera de texto)

De otra parte, en el caso que con la operación descrita solo se obtenga el 0,8% de las ventas en el mercado colombiano sobre dicho bien, igualmente debe informarse a ésta entidad si los activos conjuntamente considerados ascienden a más de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes."

Del concepto transcrito es posible extraer las siguientes conclusiones:

- Una operación entre dos empresas radicadas en el exterior, que no tienen presencia directa en Colombia (a través de empresas controladas), pero cuyos productos se comercializan en Colombia a través de comercializadores independientes no es una operación de integración empresarial que deba ser informada a la SIC de conformidad con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959; lo anterior, debido a que las empresas involucradas en la operación no tienen participación jurídica ni económica en el mercado colombiano.
- Una operación entre dos empresas radicadas en el exterior, una de las cuales tiene presencia directa en Colombia (a través de empresas controladas), cuyos productos (de ambas empresas) se comercializan en Colombia, constituye una operación de integración empresarial que debe ser informada a la SIC de conformidad con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, en la medida en que aumente los niveles de concentración del mercado particular.
- Como consecuencia de lo anterior, cuando una empresa que participa en forma directa en el mercado colombiano es adquirida o controlada por otra que no tiene ningún tipo de participación directa o indirecta en dicho mercado (y cuyos productos no se venden en el mismo), la operación no aumenta la concentración del mercado particular ya que lo que se presenta es la sustitución de una empresa por otra, razón por la cual la operación no requiere ser informada.

5.4.2 Concentración empresarial internacional *Chevron Texaco*

En este caso, analizado en el **punto 5.2.1** del presente documento, el análisis de la SIC se ajustó a lo anteriormente explicado. Uno de los aspectos más interesantes del caso consiste en que a pesar de que *Chevron* solamente realizaba en Colombia al momento de la integración actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, algunas referencias de lubricantes de marca *Chevron* eran importados y comercializados en forma independiente por *Eduardoño Ltda.*, a pesar de lo cual la SIC consideró que no se presentaba una concentración del mercado. Lo anterior, precisamente porque *Eduardoño* no era controlada en forma directa o indirecta por *Chevron*, sino que definía en forma independiente y autónoma su política empresarial y la comercialización de los productos *Chevron*, razón por la cual no podía afirmarse que dicha empresa estuviera participando en el mercado colombiano de los lubricantes.

6 EL DEBER LEGAL DE INFORMAR LAS CONCENTRACIONES Y LA FACULTAD DE LA SIC PARA CONTROLARLAS

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959, concordante con el numeral 14 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, establece que “[l]as empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) o más, estarán obligadas a informar...” a la SIC 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.

Las normas citadas consagran el deber de información al que se ven sometidas las empresas que proyecten concentrarse, y constituyen el punto de partida del control preventivo o *ex ante* que realiza la SIC. En ejercicio de la mencionada facultad de control, la SIC analiza las mencionadas operaciones de concentración antes de que se hayan perfeccionado con el fin de establecer el efecto que producirían sobre el mercado y condiciona u objeta aquellas que pueden llegar a producir una indebida restricción de la libre competencia.¹⁰⁸

Por ello, las empresas que proyecten concentrarse y que se encuentren bajo los supuestos previstos en la Ley 155 de 1959, están sujetas al cumplimiento de un deber legal, que consiste en informar previamente las operaciones que pretendan llevar a cabo, para lo cual deben acompañar la información que el ordenamiento jurídico requiere.

En consecuencia, abstenerse de solicitar la autorización correspondiente puede producir importantes consecuencias desfavorables para las partes que realicen la integración, entre ellas las siguientes:

- Imposición de medidas cautelares por parte de la SIC, consistentes en la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, con base los numerales 10 y 11 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.
- El Superintendente puede ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas contrarias a las normas sobre derecho de la competencia, de conformidad con el numeral 13 del artículo citado.
- Imposición de multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la infracción por parte de la SIC a las empresas por faltar al deber de información consagrado en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, con fundamento en lo establecido por el numeral 2° del artículo 2 y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

¹⁰⁸ En este sentido, consagra el artículo 333 de la Constitución Política, que “[l]a libre competencia económica es un derecho de todos -agregando que- el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”. (Subrayado es nuestro)

- Imposición de multas hasta por trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la infracción, por parte de la SIC a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren las conductas violatorias de las mencionadas normas, con fundamento en lo establecido por el numeral 2º y el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Al respecto resulta importante citar algunas sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en las que se han ratificado los argumentos expuestos por la SIC en los diversos actos administrativos en los cuales ha impuesto sanciones por el incumplimiento del deber legal de información establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959:

- Caso Aviator¹⁰⁹**. La SIC inició una investigación en contra de la *Agencia de Viajes y Turismo Aviator y otros*, con el fin de determinar si se había informado de manera previa sobre la realización de una operación de integración empresarial¹¹⁰. Dentro de dicha investigación la SIC estableció que *Aviator* había perfeccionado un contrato de administración de ventas con las sociedades *Royal Tours Ltda.*, *Intours Turismo Ltda.*, *Rutas, Viajes y Turismo Ltda.* y *Esmeralda Tours de Colombia Ltda.*, que generó una integración entre ellas, antes de obtener la autorización de la entidad, de conformidad con lo previsto por el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, razón por la cual le impuso sanciones.¹¹¹
- Caso Superpollo Paisa., Indupollo S.A. y otros (Agri Avícola)¹¹²**. La SIC inició una investigación en contra de *Superpollo Paisa S.A.*, *Indupollo S.A.* y *otros*, con el fin de determinar si se había informado de manera previa la realización de una operación de integración empresarial. Dentro de dicha investigación la SIC estableció que las empresas citadas anteriormente se dedicaban a una actividad productiva similar, consistente en el levante, engorde y procesamiento de pollos, y que constituyeron una empresa denominada *Agri Avícola Integrados S.A.* cuyo objeto social principal era la producción de maíz y soya, antes de obtener la autorización de la entidad, de conformidad con lo previsto por el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, razón por la cual le impuso sanciones.¹¹³

Por otra parte, de lo dicho en los literales 10, 11 y 13 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, se deduce que la SIC puede impedir, como medida cautelar, la efectiva realización de una integración empresarial cuya autorización no se le haya consultado, cuando de la información en su poder se deduzca que se producirá una indebida restricción a la libre competencia.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera Subsección A), del día tres (3) de mayo de 2001. Acción de Nulidad y restablecimiento del Derecho de *Aviator y otros* contra la Superintendencia de Industria y Comercio. Magistrada Ponente Marta Álvarez de Castillo. Salvamento de Voto de la Magistrada Beatriz Martínez Quintero.

¹¹⁰ Resolución No. 1636 del día 8 de febrero de 1999 de la SIC.

¹¹¹ Resolución No. 21743 del día 21 de octubre de 1999 de la SIC. El recurso de reposición interpuesto por los investigados fue resuelto por medio de la Resolución No. 01 del día 3 de enero de 2000, por medio de la cual se confirmó el acto recurrido.

¹¹² Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera Subsección B), del día cuatro (4) de agosto de 2005. Acción de Nulidad y restablecimiento del Derecho de *Superpollo Paisa y otros* contra la Superintendencia de Industria y Comercio. Magistrado Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹¹³ Resolución No. 8315 del día 28 de marzo de 2003, por medio de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una sanción por violación del artículo 4 de la Ley 155 de 1959. El recurso de reposición interpuesto por los investigados fue resuelto por medio de la Resolución No 15917 del día 6 de junio de 2003, por medio de la cual se confirmó el acto recurrido.

Así mismo, conforme con la normativa, la SIC podría llegar a solicitar la nulidad de la operación cuando esta ya se haya producido, lo cual no ha ocurrido hasta la fecha en el derecho colombiano. Sin lugar a dudas el mayor riesgo en estos casos tiene que ver con la sanción que la ley impone a los actos jurídicos celebrados en violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En efecto, de conformidad con lo previsto por el artículo 19 de la Ley 155 de 1959, “Los acuerdos, convenios u operaciones prohibidos por esta ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito.” Esta norma se aplica en concordancia con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, según el cual “En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de “objeto ilícito.”

La primera pregunta que debe resolverse es si la realización de una operación sin cumplir con el deber legal de informar previamente a la SIC, se adecua a lo previsto en los artículos señalados anteriormente. La finalidad de la normativa de concentraciones empresariales es impedir la realización de operaciones que restrinjan indebidamente la competencia en los mercados. Las concentraciones empresariales están permitidas como regla general y tan sólo se prohíbe su realización cuando la autoridad encuentra que pueden restringen indebidamente la competencia. En ese sentido, una operación que no comporte ningún riesgo para los mercados y que es realizada por las empresas sin avisar previamente a la SIC comporta el incumplimiento de un deber legal pero no es una conducta que restrinja indebidamente la competencia. Diferente es el caso de una operación que no solo incumpla con el deber legal de informar previamente sino que también restrinja indebidamente la competencia, cuestión que debe ser probada por la SIC en un procedimiento administrativo, y para lo cual una *desinversión* producto de la declaratoria de la nulidad absoluta podría ser justificada. Debe precisarse que la declaratoria de nulidad absoluta por objeto ilícito de una operación de integración empresarial es un asunto de competencia de un Juez de la República y que no puede ser decretada directamente por la SIC.

La redacción de la normas hace que sean plausibles dos interpretaciones diferentes en relación a los efectos jurídicos de incumplir el deber legal de informar previamente una operación. Por un lado, una interpretación según la cual la nulidad por “objeto ilícito” solo aplica para las operaciones que además haberse realizado sin el cumplimiento del deber legal resulten ser restrictivas de la competencia y, por otra parte, una posición en virtud de la cual el incumplimiento del deber de información comporta una violación a las normas de libre competencia y por tanto puede dar lugar a una nulidad por “objeto ilícito” de toda la operación.

Consideramos que la primera interpretación se ajusta a derecho y es consecuente con la finalidad de las normas de libre competencia. En primer lugar, se ajusta a derecho puesto que jurídicamente el acto de incumplir un deber legal es diferente al de infringir la normativa por realizar una conducta prohibida. En segunda lugar, como anotamos anteriormente, la finalidad de la normativa es impedir la realización de integraciones que puedan tener como efecto una restricción indebida al mercado relevante y no la prohibición general de las concentraciones empresariales. Asimismo, una autoridad estatal como la SIC debe aplicar las normas de forma tal que los beneficios para la sociedad sean superiores a los efectos negativos de su aplicación. La declaratoria de nulidad absoluta de una operación que no fue informada previamente, pero que no comporta un riesgo para el mercado, produciría devastadoras consecuencias económicas para las empresas involucradas, sus administradores, accionistas, trabajadores, acreedores y en algunos casos para la economía nacional en su conjunto.

6.1 Principio general

De conformidad con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959¹¹⁴, las operaciones de consolidación, fusión, integración o toma de control entre empresas dedicadas a la misma actividad, cuyos activos individual o conjuntamente considerados asciendan a COL\$20'000.000.00 o más, deben ser previamente informadas a la SIC.

Obviamente, en Colombia todas o casi todas las operaciones de integración empresarial deben ser avisadas a la SIC, debido al bajo umbral señalado por la Ley de 1959: COL\$ 20'000.000,00. Sin embargo, resultaría altamente ineficiente que la autoridad general de competencia tuviera que revisar o estudiar absolutamente todas las concentraciones empresariales que se realizan en el país, ya que como se sabe, solamente algunas, muy pocas, tienen el potencial de generar problemas de libre competencia. Por esta razón, la SIC, con buen criterio, estableció dos sistemas de autorización (uno general y otro particular), con el fin de facilitar el ejercicio de sus funciones y la actividad de las empresas.

6.2 Regímenes de autorización de las concentraciones empresariales

En consideración a la amplitud de la norma trascrita, con el fin de determinar en qué casos las operaciones de integración deben ser informadas, la SIC definió un *régimen de autorización general* y uno de *autorización particular*, los cuales se encuentran contenidos en la Circular Externa No. 010 de 2001 (Circular Única) expedida por dicha entidad, la cual fue modificada por la Resolución No. 22195 de 2006¹¹⁵. La SIC estableció criterios objetivos para determinar qué operaciones están autorizadas de manera general. Es decir, las operaciones que cumplan con los requisitos no requieren informar ni remitir documento alguno a la SIC, que tampoco realizará ningún análisis sobre la misma. Por el contrario, en caso de que la operación se adecue a los criterios definidos por la SIC para el *régimen de autorización particular*, las empresas deberán informar a la SIC, presentar una documentación muy detallada sobre su operación para que la SIC defina si dicha operación puede ser autorizada o si debe ser condicionada u objetada.

El Capítulo II del Título VII de la Circular Única establece lo siguiente:

**“CAPÍTULO SEGUNDO [116]
INTEGRACIONES**

2.1 RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN GENERAL

¹¹⁴ Véase el texto del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 en el punto 4.1 del presente documento.

¹¹⁵ La Resolución No. 22195 del 25 de agosto de 2006 fue expedida por el Superintendente de Industria y Comercio en virtud de la facultad otorgada por el numeral 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 que establece: “**Artículo 2.- Funciones.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...) 21. Instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en la materia a que hace referencia el numeral anterior, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación; (...)”. La Resolución No. 22195 de 2006 modifica los Capítulos II y III del Título VII de la Circular Única y, por ende, deroga la Circular Externa No. 05 de 2003.

¹¹⁶ Modificado por el artículo 1 de la Resolución Número 22195 de 2006 de la Superintendencia de Industria y Comercio que derogó la Resolución Externa Número 005 de 2003.

Con el alcance previsto en el numeral 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, entiéndase, de manera general y para todos los efectos, que pertenecen al régimen de autorización general, las operaciones de integración realizadas entre empresas que cumplan con las siguientes condiciones:

a) Que tengan ingresos operacionales anuales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y,

b) Que tengan activos totales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARAGRAFO PRIMERO. *Para efectos de calcular los ingresos operacionales y los activos totales en conjunto señalados en precedencia, se tendrá en cuenta la sumatoria de los valores registrados en los estados financieros de las empresas intervinientes y las empresas del mismo Grupo Empresarial que se encuentran dentro del territorio nacional, del año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se avisa a la SIC la operación de integración.*

PARAGRAFO SEGUNDO. *Entiéndase por Grupo Empresarial lo señalado en los artículos 27 y 28 de la Ley 222 de 1995^[117], así como aquellas*

¹¹⁷ Los artículos 27 y 28 de la Ley 222 de 1995 establecen lo siguiente: **Artículo 27.- Presunciones de subordinación.** Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior.”

“Artículo 28.- Grupo empresarial. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.”

*empresas que están bajo un mismo direccionamiento o control en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992*¹¹⁸.

PARAGRAFO TERCERO. *El salario mínimo legal mensual vigente que se utilizará para el cálculo es el correspondiente al año fiscal inmediatamente anterior a aquel que se avisa a la SIC la operación de integración.*

PARAGRAFO CUARTO. *Las empresas que cumplan con las condiciones descritas no necesitarán remitir a esta entidad ningún documento, ni esperar respuesta o pronunciamiento alguno. Bastará, para que se entienda cumplido el requisito previsto en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, que en el caso de sociedades, el representante legal de cada empresa solicitante en la operación de integración, ponga en conocimiento del órgano social competente para decidir dicha operación y que éste dé su aprobación de manera documentada y justificada. En los demás casos, bastará que quien tenga autoridad para tomar la decisión, deje constancia escrita del cumplimiento de las condiciones indicadas.*

De la información, soporte y aprobación, se deberá guardar constancia junto con los demás papeles del comerciante.

PARAGRAFO QUINTO. *Cuando las operaciones a que se refiere el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 se proyecten llevar a cabo entre empresas que pertenecen a un mismo Grupo Empresarial, en los términos del parágrafo segundo, no existirá deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.*

2.2 RÉGIMEN DE INFORMACIÓN PARTICULAR

En desarrollo de lo previsto en el literal h del artículo 9 del Decreto 1302 de 1964 y en el numeral 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, y con el fin de que la Superintendencia de Industria y Comercio determine si la operación genera una indebida restricción a la competencia, las operaciones de integración que no estén dentro del régimen de autorización general, deberán ser informadas a esta Superintendencia, adjuntando la información señalada en el presente numeral.” (negrillas fuera de texto)

De conformidad con la Circular Única de la SIC, una operación de concentración empresarial estará sometida al *régimen de autorización general* –y por lo tanto la SIC no evaluará sus posibles efectos-

¹¹⁸ El numeral 4° del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 establece lo siguiente: “**Artículo 45.- Definiciones.** Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el Artículo anterior se observarán las siguientes definiciones: (...) **4. Control:** La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.”

cuando las empresas involucradas, y las empresas del mismo grupo empresarial, conjuntamente tengan ¹¹⁹:

- (i) ingresos operacionales anuales inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes ¹²⁰, medidos con base en las ventas del año anterior a la integración; y
- (ii) activos totales inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes ¹²¹.

El cálculo de las anteriores condiciones, conforme con el párrafo primero del punto 2.1 del Capítulo II del Título VII de la Circular Única, se realizará a partir de los valores registrados en los estados financieros “del año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se avisa a la SIC la operación de integración.”

Las demás operaciones de integración estarán sometidas al *régimen de autorización particular* y deberán ser informadas a la SIC de manera previa y obtener la autorización de dicha entidad, antes de que se haga efectiva la operación.

El objetivo del *régimen de autorización general* es que se entienda concedida la autorización para realizar la integración, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la Circular Única. De ésta manera, las empresas que pertenecen a éste régimen no tendrán que esperar el pronunciamiento de la SIC ni presentar ante ella ningún documento. De acuerdo con el párrafo cuarto del punto 2.1 del Capítulo II del Título VII de la Circular Única, la obligación de las empresas –cuando se trate de sociedades– consiste en que el representante legal debe poner en conocimiento del órgano social sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas por la Circular Única y que este decida “de manera documentada y justificada”. En otros casos, como cuando no se trate de sociedades, la obligación de las empresas consiste en que quien tenga la competencia para decidir sobre la realización de la operación “deje constancia escrita del cumplimiento de las condiciones indicadas.”

En el otro extremo se encuentra el *régimen de información particular*, al que pertenecen las empresas que pretenden integrarse que no cumplen con una o ninguna de las condiciones señaladas anteriormente. Las operaciones de integración que aquellas pretendan desarrollar, deberán ser informadas de forma previa a la SIC, de acuerdo con lo señalado en la Circular Única.

De conformidad con la doctrina de la SIC ¹²², para determinar las operaciones de concentración empresarial que requieren autorización de la SIC, debe analizarse el cumplimiento de tres supuestos: el subjetivo, el objetivo y el cronológico.

¹¹⁹ Se trata de condiciones conjuntivas (y).

¹²⁰ Equivalentes a \$ 40.800.000.000 pesos para las operaciones presentadas en el año 2007 –conforme con el párrafo tercero del punto 2.1 del Capítulo II del Título VII de la Circular Única– en la medida en que el salario mínimo vigente para el año 2006 es \$ 408.000 pesos.

¹²¹ Equivalentes a \$ 40.800.000.000 pesos para las operaciones presentadas en el año 2007 –conforme con el párrafo tercero del punto 2.1 del Capítulo II del Título VII de la Circular Única– en la medida en que el salario mínimo vigente para el año 2006 es \$ 408.000 pesos.

¹²² Véase Resolución 06384 del 28 de febrero de 2003 y Resolución 8307 del 28 marzo de 2003.

- **El supuesto subjetivo:** Se cumple cuando la operación se realiza entre empresas que se dedican a una *misma actividad económica* en el mismo mercado geográfico. Es decir, cuando como consecuencia de la operación, se presenta una concentración del mercado relevante. No obstante lo anterior, la SIC, tal y como consta en el **punto 5.2** de este escrito ha estudiado las operaciones de integración vertical y posiblemente en el futuro haga lo mismo con integraciones de conglomerado.
- **El supuesto objetivo:** Se cumple cuando se dan dos circunstancias: i) Que las empresas involucradas tengan activos individual o conjuntamente considerados por COL\$20'000.000,00 o más; y ii) Que las empresas pretendan fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica que utilicen para el efecto. Es preciso reiterar que el supuesto objetivo ha sido desarrollado por la doctrina de la SIC con el fin de evitar que se tengan que revisar las operaciones demasiado pequeñas. En efecto, como ya se advirtió, de conformidad con la Circular Única, solamente las operaciones sometidas al sistema de autorización particular requieren ser informadas; aquellas sometidas al sistema de autorización general, por el contrario, no requieren ser informadas a la SIC y se consideran autorizadas de manera general. La única obligación que tienen las empresas sometidas al sistema de autorización general, es la de dejar constancia de que la operación reúne los requisitos del mencionado sistema en las actas de sus órganos de gobierno.
- **El supuesto cronológico:** Se refiere a que las empresas que cumplen con los dos supuestos anteriores, deben informar la operación a la SIC y obtener la autorización de dicha entidad, de manera previa a la realización de la operación.

A continuación se presentarán las principales reformas introducidas por la Resolución No. 22195 de 2006 de la SIC, que modifica la Circular Única, en materia de control de concentraciones. Los ajustes incorporados por la SIC se justifican en virtud de “las condiciones cambiantes del mercado”, conforme con el tercer considerando de la resolución.

6.2.1 La reforma de los regímenes de autorización establecidos por la Resolución No. 22195 de 2006 de la SIC

La Resolución No. 22195 de 2006 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio reformó los Capítulos II (*Integraciones*) y III (*Competencia Desleal*) del Título VII de la Circular Única.

El artículo 1 de la resolución modificó, de manera general, los siguientes aspectos del capítulo relacionado con las integraciones empresariales:

- Condiciones sobre los regímenes de autorización.
- Cálculo de los valores tenidos en cuenta para determinar el cumplimiento de dichas condiciones.
- Documentación e información que debe ser suministrada por las empresas que solicitan la autorización particular de la SIC.

En primer lugar, debe señalarse que la reforma fue positiva en la medida en que la redacción anterior de la Circular Única resultaba confusa y equívoca a la hora de definir los sistemas de autorización¹²³.

En cuanto a las condiciones que determinan si una operación está sometida al régimen general o al régimen particular, se destacan los siguientes cambios introducidos por la resolución:

- En cuanto a las condiciones que determinan si una operación está sometida al régimen general se producen varias reformas. En primer lugar, se sustituye el criterio relacionado con la participación en el mercado –individual o conjunta de las empresas- por el criterio relacionado con los ingresos operacionales de las mismas. El nuevo criterio es más objetivo, en la medida en que este no suscitará discusión en cuanto a si las empresas lo cumplen o no en la medida en que este consiste en un valor que simplemente debe ser constatado con los estados financieros registrados. Por el contrario, en la medida en que la determinación de la participación de las empresas en un mercado depende de la determinación del mercado relevante que sería afectado por la operación, es posible que haya discusión sobre el cumplimiento de dicha condición. Por otra parte, para doctrinantes como la doctora María Clara Lozano, la eliminación del criterio de participación por el criterio cuantitativo podría dejar a ciertos mercados por fuera del control de la SIC en la medida en que en algunos, ninguna combinación de empresas podría alcanzar las condiciones cuantitativas fijadas por la Circular Única.
- En segundo lugar, se eleva el valor de la condición relacionada con los activos de las empresas, pasando de 50,000 salarios mínimos a 100,000 salarios mínimos. El efecto evidente de este cambio será que un mayor número de operaciones estarán sometidas al régimen general de autorización, disminuyendo la carga de procedimientos adelantados por la SIC.
- En tercer lugar, se aclara el método para calcular los activos y se define qué activos deben ser contabilizados. De acuerdo con la resolución, se debe tener en cuenta los activos totales de las empresas que hacen parte de la operación, así como de las empresas del grupo empresarial, del que hacen parte, que se encuentren dentro del territorio nacional. Antes de la reforma introducida por la resolución no era pacífico el debate sobre qué activos debían ser tenidos en cuenta. En efecto, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 y la Circular Única de 2001 no establecían explícitamente si los activos de las empresas solicitantes que debían ser considerados para determinar si una operación cumple con el presupuesto objetivo correspondían a los activos totales o a los activos relacionados directamente con la concentración empresarial¹²⁴.

¹²³ En efecto, antes de ser reformada la Circular Única establecía lo siguiente: “que la Superintendencia de Industria y Comercio no objetará las operaciones de fusión, consolidación, (...) que no presenten una de las siguientes condiciones: -Que conjuntamente representen el 20% o menos del mercado respectivo(...), o; - Cuyos activos conjuntamente considerados no superen del equivalente de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes...” (el subrayado es nuestro).

¹²⁴ Antes de la reforma establecida por la resolución, se consideraba que la norma hacía referencia a los activos totales de las empresas, pues siguiendo el principio general del derecho, “*donde el legislador no distingue, no debe distinguir el intérprete*” (*ubi lex non distinguit, nec non distinguere*). Este principio se encuentra consagrado en el artículo 27 del Código Civil que establece: Este principio se encuentra consagrado en el artículo 27 del Código Civil que establece: “**Artículo 27.-** Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)” Este principio ha sido adoptado por la

- En cuarto lugar, como se advirtió anteriormente, se incorpora explícitamente un concepto ampliado de “grupo empresarial”. En efecto el párrafo segundo del punto 2.1 del Capítulo II del Título VII de la Circular Única establece que se entiende por “grupo empresarial” no solo lo señalado en los artículos 27 y 28 de la Ley 222 de 1995 sino que lo extiende al concepto de control establecido por el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992
- En quinto lugar, la resolución no modifica el unidad monetaria utilizada para determinar el nivel activos –pues hace referencia al salario mínimo legal mensual vigente– pero sí establece que se toma el salario mínimo “correspondiente al año fiscal inmediatamente anterior a aquel que se avisa a la SIC la operación de integración”.
- En sexto lugar, elimina la referencia a la responsabilidad personal de quien manifiesta el cumplimiento de criterios para que las empresas queden sujetos al régimen de autorización general y para quien aprueba la realización de la operación¹²⁵.
- En séptimo lugar, el párrafo quinto del punto 2.1 del Capítulo II del Título VII de la Circular Única establece que las operaciones entre empresas de un mismo “grupo empresarial”, por ejemplo de reestructuración o reorganización, no deben ser notificadas previamente a la SIC.
- En octavo lugar, la resolución aumentó y precisó la información y documentos que deben ser remitidos por las empresas que solicitan autorización de la SIC para llevar a cabo una operación de integración. Las modificaciones en relación con la remisión de información y documentos, será explicada con mayor detalle en el **punto 6.6** del presente documento.

6.3 El control de concentraciones es de carácter previo

Como se deduce de la lectura del inciso primero del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, el control de concentraciones es de carácter previo. Es decir, que en los casos previstos por la ley, los interesados deben solicitar autorización a la SIC, antes de realizar la transacción respectiva. Es con base en dicha obligación de informar las operaciones de integración empresarial, que el numeral 14 del

Corte Constitucional (Sentencias C-583/99 y C-963/03, entre otras), la Corte Suprema de Justicia (Sentencias C-0500131860041998-00174-01 de julio 7 de 2005, entre otras) y por la SIC (Concepto 0144745 -2001, Concepto 02018875 -2002 y Concepto 99043847-2002, entre otros). Por lo tanto, la regla contenida en la Circular Única de 2001 debía ser interpretada en el sentido de que los activos que deben ser tenidos en cuenta por la SIC, para determinar si la operación de concentración debe ser informada previamente, es la totalidad de los activos de las empresas solicitantes. En las decisiones de la SIC es claro que la evaluación del supuesto que establece la Circular Única de 2001 se refiere a la totalidad de los activos que es determinado a partir del último estado financiero aprobado por las empresas. Por ejemplo, en la Resolución 21383 de 2004 la SIC estableció lo siguiente: “En lo atinente a la suma de los activos a que se hace referencia en la norma, dejamos en claro que este dato debe provenir de los últimos estados financieros aprobados, en las cuales se refleje la realidad económica. Estos documentos serán la fuente para tipificar el elemento [objetivo]. (...) Conforme a los balances generales aportados al expediente, para el año 2002 los **activos totales** de la empresa ANDINET estaban valorados en la suma de...” (negrillas fuera de texto)

¹²⁵ En efecto, antes de la reforma, la Circular Única establecía: “La manifestación y aprobación comprometerá la responsabilidad personal en los términos del número 16 del artículo 4° del decreto 2153 de 1992.”

artículo 4° del decreto 2153 de 1992 le confiere al Superintendente de Industria y Comercio la facultad de “Pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas.”

Abstenerse de solicitar la autorización correspondiente puede producir importantes consecuencias desfavorables para las partes que realicen la concentración, como se advirtió anteriormente.

6.4 Casos en que la SIC debe objetar las concentraciones

De conformidad con lo previsto por el parágrafo 1° del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, la SIC deberá objetar aquellas operaciones que produzcan “una indebida restricción a la libre competencia”. Es deber de la SIC determinar, mediante un procedimiento administrativo, los mercados que afectaría una operación empresarial proyectada entre dos o más empresas, así como sus posibles efectos, específicamente en cuanto a su capacidad para restringir indebidamente la competencia en el(los) mercado(s) relevante(s).

En el siguiente punto se estudiará la forma como la autoridad de la competencia define el mercado relevante de una operación de concentración. Posteriormente en los puntos 6.4.2 y 6.4.3 se analizarán las situaciones en las que la SIC debe objetar una operación avisada.

6.4.1 Definición del mercado relevante

Evidentemente, el punto de partida del procedimiento es la definición de los mercados relevantes (o mercados de referencia) entendidos como aquellos mercados de bienes y/o servicios delimitados geográficamente que se verían afectados de una u otra forma por la concentración. El anterior es tal vez el punto más contencioso en el procedimiento administrativo que adelanta la SIC¹²⁶. Por lo general, los apoderados de las partes argumentan que el mercado relevante de la operación incluye determinados bienes y/o servicios y que abarca determinada zona geográfica, mientras que la autoridad considera que el mercado relevante es menor que aquél que describen los apoderados.

El mercado relevante comprende tres aspectos, el “mercado producto”, el “mercado geográfico” y el “mercado temporal”. El primero se entiende como el conjunto de productos o servicios sustitutos entre sí en virtud de su similitud en precios, usos y características. Que un bien sea sustituto de otro se traduce en el hecho de que conforme con la percepción de los consumidores cualquiera de los bienes puede satisfacer sus necesidades a un precio similar. Las autoridades de la competencia analizan la posibilidad de sustitución de un producto por otro, con base en las características, usos y precios de los productos, vistos en primer lugar desde el punto de vista del consumidor. Así, en caso de que el bien x subiera de precio, los consumidores se volcarían a comprar al bien y en la medida en que satisface sus mismos requerimientos. El grado de elasticidad de la demanda de un bien está

¹²⁶ Ejemplos: i) ¿el mercado es el del concreto en general, o debe segmentarse en concreto premezclado y concreto in situ?; ii) ¿el mercado es el de los productos de limpieza, o debe segmentarse en detergente en polvo y detergente en barra?; iii) ¿el mercado es el de la leche, o debe segmentarse en leche fresca, y leche pasteurizada, leche UHT?; iv) ¿el mercado es de las revistas, o debe segmentarse según el contenido de la revista y el tipo público que la lee?; v) el mercado es el de la cerveza, o debe incluirse también las bebidas espirituosas?; y vi) el mercado es el de los helados, o debe segmentarse según el canal de distribución y la presentación del producto?

determinada por la existencia de bienes sustitutos. Entre más elástica sea la demanda de un bien respecto de otro bien (*elasticidad cruzada de la demanda*¹²⁷), más sensibles serán los consumidores a los cambios de precios y por ende, habrá más propensión a consumir los bienes que se consideren sustitutos y que tengan el menor precio.

Para determinar la sustituibilidad de diferentes bienes para determinar el mercado relevante de una concentración las SIC se basa en los estudios de consumo y de mercadeo aportados por las empresas solicitantes o aquellos que sean de público conocimiento. Asimismo, debe señalarse que en Estados Unidos la definición del mercado relevante se realiza por lo general a través del *test del monopolista hipotético o método SSNPI*¹²⁸, cuyas siglas traducen literalmente “*pequeño pero significativo y no transitorio incremento del precio*”. El método consiste en partir del mercado más pequeño (e.g. incluir solo un tipo de producto) y asumir hipotéticamente que el mercado es servido por un monopolista. Si los consumidores se volcasen a otro(s) producto(s) en caso de que el monopolista aumentase el precio, a un nivel “*pequeño pero significativo y no transitorio*”, la autoridad considerará que todos los bienes hacen parte de un mismo mercado. El mismo ejercicio se repite con otros bienes hasta el punto en que ante el aumento de precio los consumidores no se volcarían a consumir otros productos, concluyendo así la autoridad que el mercado relevante no incluye otros bienes.

El segundo aspecto contenido en el concepto de “mercado relevante” es el “mercado geográfico”, entendido como el territorio en el que las empresas afectadas desarrollan sus actividades de suministro de productos y prestación de servicios, en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otros territorios vecinos.

Por último, debe considerarse el “mercado temporal”, que hace referencia al período de tiempo en el cual se analizan las características del mercado ya analizadas. Este período es generalmente el correspondiente al año anterior a la realización de la operación de concentración empresarial.

6.4.2 Presunciones de operaciones que tienden a producir una indebida restricción a la competencia

Como se vio anteriormente, el artículo 5° del Decreto 1302 de 1964 establece dos presunciones legales en virtud del cual se presume “que una concentración jurídico-económica tiende a producir indebida restricción de la libre competencia” y por lo tanto debe ser objetada por la SIC. De conformidad con lo previsto en el artículo citado, la SIC está obligada objetar aquellas operaciones que se encuentren en una de las siguientes situaciones:

- Cuando han sido precedidas de convenios privados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre si los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;
- Cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen

¹²⁷ Mide la respuesta o sensibilidad de la cantidad demandada de un bien ante un cambio de precio en otro bien..

¹²⁸ Small but Significant and Nontransitory Price Increase.

o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores o de los consumidores.¹²⁹

6.4.3 Otros factores que podrían producir una indebida restricción a la competencia

En la actualidad la SIC no tiene la obligación legal de objetar las operaciones de integración por el mero hecho de que a través de las mismas se adquiera una posición de dominio en el mercado.¹³⁰ Lo anterior se ajusta al artículo 333 de la Carta Política que establece que el Estado “evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” pero no prohíbe la obtención de la posición dominante.

El nivel de concentración del mercado que generaría una operación que se informe a la SIC es uno de los aspectos más relevantes para determinar si la operación tiende a “*restringir indebidamente la competencia*”. Sin embargo, como lo establece expresamente la Resolución No. 22195 de 2006 de la SIC de 2006¹³¹, como lo ha reiterado la SIC en sus decisiones y como lo manifestó el ex Superintendente Jairo Rubio E.¹³², el hecho de que una operación genere una alta concentración no implica que necesariamente deba ser objetada. Lo anterior debido a que la estructura del mercado

¹²⁹ En el caso de la integración *Avianca – Aces*, Resolución No. 19354 del 8 de junio de 2001, la SIC no encontró probadas ninguna de las causales de que trata el artículo 5º del Decreto 1302 de 1964, sino que fundamentó su objeción en forma exclusiva en la circunstancia de que la operación de integración produce una posición dominante de mercado, que de acuerdo con el análisis de la SIC le permitiría abusar en contra de los consumidores, los competidores y otros agentes económicos.

¹³⁰ Como se explicó arriba, la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma contenida en el artículo 118 del Decreto 266 de 2000, de conformidad con la cual “[a]demás de las causales previstas en las normas vigentes, las operaciones deberán objetarse cuando sean el medio para obtener posición de dominio en el mercado.”

¹³¹ El considerando cuarto de la resolución, establece lo siguiente: “Que la posibilidad de restringir indebidamente la competencia no es una consecuencia necesaria del tamaño de las empresas involucradas o su participación en el mercado. Sin embargo, un tamaño muy pequeño de las empresas involucradas en la operación, en términos de activos y ventas, que impliquen una participación ínfima en el mercado del ente integrado, son conclusivos de que la operación pretendida no generará preocupaciones en materia de competencia.”

¹³² Según el ex Superintendente Rubio: “Una alta cuota de participación aunque es indicativa de poder de mercado, no es determinante de su existencia, pues es preciso dilucidar si antes del mediano plazo, pueden ingresar otros competidores para hacer frente a las decisiones de la resultante del proceso. En este sentido, si la resultante adquiere como consecuencia de la operación una cuota considerable del mercado, pero no existen barreras que impida el ingreso de competidores, la integración no genera problemas para la competencia. Sin embargo, cuando el estudio de la operación pone en evidencia amabas situaciones, estamos, por regla general, frente a una operación que tiende a restringir de manera indebida la competencia. Sin embargo, estos otros elementos en la valoración de las operaciones de integración, como lo son, entre otros, las barreras de entrada, la competencia potencial, la capacidad de reacción de los competidores, el poder de negociación de los consumidores o las importaciones, se basan, igualmente, en la definición del mercado relevante de producto; de ahí la necesidad de que las empresas que quieran involucrarse en procesos de integración tenga muy claro los lineamientos que desde hace varios años ha venido estableciendo la Superintendencia de Industria y Comercio, los cuales se basan, sustancialmente, en los mismos lineamientos establecidos por las autoridades de competencia de Estados Unidos, de la Unión Europea y de Canadá.” JAIRO RUBIO ESCOBAR, *El control sobre las integraciones empresariales*. Documento disponible en:

http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Articulos/2005/Control_Integraciones_Empresariales.pdf
[visitado el 7 de abril de 2006]

permite que se preserve la competencia cuando las barreras de entrada son bajas al igual que los costos hundidos o cuando hay competidores que cuentan con capacidad instalada ociosa.

En la operación de integración de *Robin Hood – Meals*, informada el 3 marzo de 2005, la SIC estableció que a pesar de que la operación produciría una importante concentración en el mercado de Helados Institucionales, que se traduciría en un aumento del índice Herfindahl Hirschman (HHI)¹³³ de 1,684 puntos, la operación no restringiría indebidamente la competencia, debido a la estructura y características que presentaba el mencionado mercado. Según la SIC, los efectos de la concentración se neutralizarían por los siguientes factores:

- El nivel de inversión requerida para competir en el mercado no es alto, lo cual indica que las barreras de entrada son bajas.
- Los “costos hundidos” son bajos en relación con la inversión inicial, luego las barreras de salida son bajas.
- El canal de distribución de los “Helados Institucionales” no constituye una barrera de entrada.
- Existen competidores en el mercado de “Helados Institucionales” con capacidad para competir en el mercado y hacerle contrapeso a la concentración empresarial proyectada.
- Las empresas del mercado de “Helados para el Hogar” tienen nivel alto de capacidad ociosa y pueden adaptar sus líneas de producción para producir “Helados Institucionales”.

La SIC expuso su análisis en los siguientes términos:

“Así, pues, dado el elevado porcentaje de participación de mercado que alcanzaría la sociedad integrada una vez se lleve a cabo la operación y la importante variación en los índices de concentración, a continuación se analiza el entorno competitivo y las condiciones de acceso al mercado, con el propósito de determinar si la operación de integración que está siendo analizada conlleva o no una posible restricción indebida de la competencia.

2.3 Condiciones de competencia

No obstante la preocupante variación de los índices de concentración en el mercado de helados institucionales, del análisis realizado fue posible vislumbrar que dada la estructura y características prevalecientes en el mismo, la operación proyectada difícilmente conllevaría a una indebida restricción a la competencia.

Según se desprende de la información aportada por las intervinientes, este mercado requiere de montos de inversión inferiores a los del mercado de helados de impulso a base crema. Cabe resaltar que en el mercado de helados institucionales, los activos considerados de difícil

¹³³ Índice utilizado por las autoridades de la competencia de EEUU y que consiste en sumar los cuadrados de la participación de todas las empresas participantes del mercado. De acuerdo al valor resultante se compara con una tabla previamente establecida por la autoridad que clasifica el mercado como **No Concentrado** (HHI debajo de 1000), **Moderadamente Concentrado** (HHI entre 1000 y 1800) y **Altamente Concentrado** (HHI por encima de 1800).

recuperación, por ser de uso exclusivo de la industria de helados y no tener usos alternativos, representan un porcentaje reducido de la inversión inicial requerida; en el caso de de ROBIN HOOD corresponden al 13%, mientras que para MEALS son equivalentes al 23% de dicho monto.

(...)

Por lo anterior, es posible afirmar que la inversión inicial no se constituye como una barrera de ingreso al mercado, toda vez que el porcentaje de la misma considerado como de difícil recuperación no es representativo y, en esa medida, el grado de riesgo percibido por el potencial entrante se reduce sustancialmente.

Adicionalmente, según señalan las intervinientes, la inversión en publicidad no es indispensable para dar a conocer los productos en el mercado de helados institucionales. Lo anterior permitiría inferir, que no existen costos hundidos por concepto de inversión en publicidad, y por ende, es posible descartar la existencia de barreras a la entrada motivadas por dicha circunstancia.

En relación con el canal de distribución del segmento institucional, es necesario considerar que los clientes a los cuales son suministrados los productos cuentan, por lo general, con su propia infraestructura de congelación. En esta medida, no se hace indispensable que el fabricante provea una red de congeladores para abastecer el mercado y, en consecuencia, no se puede inferir la presencia de una barrera a la entrada en este aspecto, a diferencia de lo evidenciado en el mercado de helados de impulso a base de crema.

Como corolario de lo anterior, se tiene que el nivel de costos hundidos y, en general, las barreras a la entrada existentes en este mercado son sustancialmente distintas a aquellas percibidas en el mercado de helados de impulso a base de crema, por lo cual no se percibe una dificultad de entrada al mercado para potenciales entrantes.

Por otra parte, existe una variedad de competidores en el mercado institucional de helados, con un tamaño y capacidad suficiente para ejercer un contrapeso efectivo a la resultante de la operación, tal es el caso de POPSY, INALAC y MIMO's. En este orden de ideas, la nueva entidad no estaría en capacidad de afectar los precios o la oferta del mercado dado que el cliente de este tipo de producto se encuentra en posibilidad de desplazarse a otros oferentes.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la infraestructura requerida para la elaboración de helados del segmento institucional, es común a la infraestructura utilizada en la producción de helados del segmento hogar, sin necesidad de realizar una inversión adicional. Por consiguiente, sería de esperarse que en el evento que el ente integrado

pretendiese fijar niveles de precios inequitativos, los actuales agentes económicos que participan del segmento hogar podrían en el muy corto plazo redireccionar su producción y comenzar a colocar una mayor oferta de esta clase de productos en el mercado sin necesidad de realizar inversiones adicionales que implicasen una desventaja competitiva para ellos en materia de precios.

(...)

En línea con lo anterior, se observa la presencia de empresas que participan en el mercado de helados para el hogar, las cuales cuentan con capacidad ociosa suficiente para abastecer el mercado de helados institucional, sin afectar la producción en su segmento original.

Ahora bien, según se muestra en las tablas, el porcentaje de capacidad ociosa para la producción de helados institucionales en manos de las intervinientes, es comparable con la de sus competidores, en razón a lo cual es posible afirmar que no ostentan una ventaja comparativa significativa en este aspecto.

En suma, no existe evidencia de que la operación proyectada pueda restringir la competencia en el mercado de helados institucionales, en razón a que no está acreditada la existencia de barreras a la entrada o expansión de los competidores que participan actualmente en dicho mercado.”¹³⁴

6.5 Casos en que la SIC no puede objetar las concentraciones

Como se explicó anteriormente, el artículo 51 Decreto 2153 de 1992 estableció la cláusula o excepción de eficiencia en virtud de la cual el Superintendente deberá abstenerse de “objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que pueden haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado.”

A partir de la anterior norma la SIC establece que la cláusula de eficiencia solo es aplicable cuando se cumplan las cuatro condiciones en los siguientes términos:

“Para que esta cláusula o excepción pueda ser aplicada, es necesario que se de estricto cumplimiento a todas y cada una de las siguientes condiciones:

- a. La operación debe generar mejoras significativas en eficiencia.*
- b. Dichas mejoras deben producir ahorros en costos.*
- a. Los ahorros generados no pueden ser alcanzados por otros medios.*

¹³⁴ Resolución 5487 de 2005 de la SIC.

d. Se debe garantizar que no habrá reducción de la oferta.”¹³⁵

Conforme a la doctrina de la SIC la carga de la prueba respecto de estas eficiencias está en cabeza de las empresas que solicitan su autorización para llevar a cabo la operación de concentración. Así no solo las partes deben establecer qué eficiencias se obtendrán, sino que deberá acreditar su cuantía por medio de parámetros objetivos y razonables.

Conforme a la doctrina de la SIC, ejemplos de eficiencias que se ajustan al artículo 51 del Decreto son la eliminación de duplicidad de cargos y el ahorro de costos en fletes de transporte siempre y cuando se acredite su cuantía.

Por el contrario, la reducción de costos en la compra materia prima por los descuentos realizados por los proveedores en virtud del mayor volumen de materia prima demanda, no es considerada una eficiencia según la SIC puesto que este ahorro se debe “al mayor poder de mercado”¹³⁶. De igual forma no es considerada por la SIC como eficiencia la mayor rentabilidad derivada del aumento en las ventas debido a la operación de concentración.

6.6 Información requerida para el estudio de las concentraciones

El artículo 9° del Decreto 1302 de 1964, enumera los documentos que deben anexar los interesados en obtener la autorización de la SIC para realizar una operación de integración. La mencionada norma dice lo siguiente:

“Artículo 9.- Toda solicitud tendiente a obtener la autorización para una concentración jurídico-económica de empresas, deberá contener los siguientes anexos informativos:

- a. Certificación expedida por la secretaría general de la Superintendencia de Regulación Económica, acerca de la circunstancia de que ninguna de las empresas de que se trate ha sido sancionada o reconvenida por la práctica de sistemas o procedimientos de la libre competencia;
- b. La capacidad de operación, los mercados abastecidos por la empresas interesadas en la integración;
- c. Los sistemas de operación en general, y concretamente de transporte, distribución y venta establecidos por las empresas que pretenden fusionarse, consolidarse o integrarse;
- d. Certificación de la secretaría de la Superintendencia de Regulación Económica, sobre presentación de los documentos exigidos correspondientes al semestre anterior a la fecha de la solicitud conforme a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 155 de 1959;
- e. Copia de escritura de constitución de cada una de las sociedades interesadas y de las escrituras reformativas del contrato de sociedad, registradas conforme a la Ley, más el certificado de la Cámara de

¹³⁵Res. 14002 del 6 de mayo de 2002 de la SIC.

¹³⁶ Resolución 14002 del 6 de mayo de 2002 la SIC.

Comercio, o de la entidad correspondiente, que acredite quiénes tienen su representación si se trata de personas jurídicas; por si se trata de personas naturales, certificado de la Cámara de Comercio en donde conste que la empresa se haya inscrita en el registro público de comercio;

- f. Copia del último balance de cada empresa, debidamente autenticado;
- g. Si se tratare de sociedades, copias completas de las actas en que conste las autorizaciones de fusión, consolidación o integración acordadas por las respectivas asambleas generales de socios y las juntas directivas, o copia registrada de los documentos en que se convinieren las condiciones de fusión, consolidación o integración si se trata de empresas de propiedad individual;
- h. Las demás informaciones que solicite el director ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica, cuando considere que las establecidas en este artículo no son suficientes.”

La información requerida por el artículo 9 del Decreto 1302 de 1964 debe ser complementada por la que requiere la Circular Única de 2001 de la SIC, que fue modificada por la Resolución No. 22195 de 2006, en los siguientes términos:

“En desarrollo de lo previsto en el literal h del artículo 9 del Decreto 1302 de 1964 y en el numeral 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, y con el fin de que la Superintendencia de Industria y Comercio determine si la operación genera una indebida restricción a la competencia, las operaciones de integración que no estén dentro del régimen de autorización general, deberán ser informadas a esta Superintendencia, adjuntando la información señalada en el presente numeral.

2.2.1 De la operación proyectada

2.2.1.1 Señalar la forma jurídica que revestirá la operación de integración, describiendo la misma e indicando las empresas involucradas.

2.2.1.2 Allegar copia completa de los documentos de análisis y valoración del negocio o proyecto de inversión, tenidos en cuenta para efectos de decidir respecto de la realización de operación de integración que se informa.

2.2.1.3 Precisión de los tiempos en que sucederán los pasos de la integración.

2.2.1.4 Si se trata de sociedades, copias completas de las actas en que consten las condiciones de la operación proyectada y su autorización por las respectivas asambleas o juntas de socios y las juntas directivas. Si se

trata de empresas de propiedad individual, documento que contenga las condiciones de la operación proyectada.

2.2.2 De las empresas intervinientes

Cada una de las empresas intervinientes en la operación, debe:

2.2.2.1 Identificar y describir detalladamente las actividades económicas desarrolladas

2.2.2.2 Relacionar los productos ofrecidos.

2.2.2.3 Allegar certificado de existencia y representación, expedido con antelación no mayor a treinta (30) días. Con el cumplimiento de este requisito, se entenderá cumplida la exigencia señalada en el artículo 9 literal e) del Decreto 1302 de 1964.

2.2.2.4 Allegar Balance General y Estado de Resultados del año fiscal inmediatamente anterior, con sus respectivos anexos y notas, elaborados de conformidad con lo previsto en el artículo 29 del Decreto 2649 de 1993.^[137]

2.2.2.5 Adjuntar Informe de Gestión del año inmediatamente anterior.

2.2.2.6 Anexar relación de socios o accionistas, señalando porcentaje de participación en el capital social.

2.2.2.7 Allegar relación de inversiones permanentes.

2.2.2.8 Suministrar una relación de las personas jurídicas pertenecientes al mismo Grupo Empresarial, en los términos del parágrafo segundo precedente. Para el efecto, debe anexar estructura u organigrama, señalando razón y objeto social de cada una de las empresas que forman parte de la organización, porcentajes de participación y, en caso de aplicar, actividades económicas desarrolladas en el territorio nacional.

2.2.2.9 Relacionar estado de los bienes de propiedad intelectual.

2.2.3 Del mercado producto

¹³⁷ El artículo 29 del Decreto 2649 de 1993 establece lo siguiente: “**Artículo 29.-** Estados Financieros Extraordinarios. Son estados financieros extraordinarios, los que se preparan durante el transcurso de un período como base para realizar ciertas actividades. La fecha de los mismos no puede ser anterior a un mes a la actividad o situación para la cual deban prepararse.

Salvo que las normas legales dispongan otra cosa, los estados financieros extraordinarios no implican el cierre definitivo del ejercicio y no son admisibles para disponer de las utilidades o excedentes.

Son estados financieros extraordinarios, entre otros, los que deben elaborarse con ocasión de la decisión de transformación, fusión o escisión, o con ocasión de la oferta pública de valores, la solicitud de concordato con los acreedores y la venta de un establecimiento de comercio.”

2.2.3.1 Allegar una relación de los productos ofrecidos de manera coincidente por las empresas intervinientes y aquellos que forman parte de una misma cadena productiva, en adelante ‘productos afectados’.

2.2.3.2 Respecto de cada producto afectado señalar lo siguiente:

- a. Descripción detallada.*
- b. Presentaciones disponibles o modalidades de servicio.*
- c. Marcas.*
- d. Principales usos y aplicaciones.*
- e. Población objetivo o target de consumo, describiendo sus características.*
- f. Principales hábitos de consumo.*
- g. Segmento de clientes y descripción.*
- h. Relación de los productos que pueden reemplazarlo por tener uso y aplicaciones similares, explicando para cada uno las razones por las cuales cumple tal condición.*
- i. Relación de los productos que pueden reemplazarlo por tener características y precio similares, explicando para cada uno las razones por las cuales cumple tal condición.*
- j. Copia de estudios de mercado, adjuntando la ficha técnica, y copia de informes internos realizados por el área comercial o semejante.*
- k. Descripción detallada del proceso de fabricación y/o prestación del producto.*
- l. Relación de productos con los cuales el producto afectado comparte total o parcialmente la línea de producción, indicando la etapa compartida.*
- m. Relación de las ventas mensuales (en pesos y volumen) realizadas en cada departamento del país durante los tres (3) años fiscales anteriores a la presentación de la operación.*
- n. Relación mensual de los precios en fábrica durante los tres (3) años fiscales anteriores a la presentación de la operación.*
- o. Relación mensual del precio al distribuidor durante los tres (3) años fiscales anteriores a la presentación de la operación.*
- p. Relación mensual del precio al consumidor, discriminado por departamento, durante los tres (3) años fiscales anteriores a la presentación de la operación.*
- q. Estructura de costos mensuales para el año fiscal anterior a la presentación de la operación, explicando cada uno de sus componentes.*

2.2.4 Del mercado geográfico

2.2.4.1 Delimitar el mercado geográfico que corresponde a cada producto afectado, señalando los criterios tenidos en cuenta.

2.2.4.2 Para cada una de las plantas o bodegas de abastecimiento de los productos afectados en el territorio nacional, perteneciente a las empresas intervinientes, señalar:

- a. Ubicación en el territorio nacional;*

b. Zona de influencia o radio promedio (en kilómetros) de cubrimiento, relacionando las ciudades y departamentos atendidos en orden de importancia. Para el caso de servicios, indicar la ubicación geográfica de las oficinas de atención y su cobertura por departamento.

c. Capacidad total de producción al año (en volumen e indicando la unidad de medida) para cada uno de los productos afectados, durante los tres (3) años fiscales anteriores a la presentación de la operación.

d. Producción al año (en volumen e indicando la unidad de medida) de cada uno de los productos afectados, durante los tres (3) años fiscales anteriores a la presentación de la operación.

e. Destino anual de la producción por zona geográfica (departamento y/o ciudad) de cada uno de los productos afectados, durante los tres (3) años fiscales anteriores a la presentación de la operación.

f. Tamaño mínimo óptimo de planta (en volumen e indicando la unidad de medida) para cada producto afectado.

2.2.4.3 Señalar el peso porcentual que representa el costo de transporte sobre el precio de fábrica de cada producto afectado desde la planta de producción a los distintos departamentos de cobertura.

2.2.4.4 Relacionar la cuota de mercado estimada de las empresas intervinientes en cada mercado de producto afectado en el territorio nacional y cualquier otro mercado geográfico, para los últimos tres (3) años.

2.2.5 De los competidores

Para cada una de las empresas competidoras de los productos afectados, indicar:

2.2.5.1 Razón social completa y datos de contacto.

2.2.5.2 Relación de productos ofrecidos y las marcas que los identifica.

2.2.5.3 Cuota estimada de participación en cada mercado de producto afectado en el territorio nacional y cualquier otro mercado geográfico, para los últimos tres (3) años.

2.2.5.4 Ubicación geográfica de las plantas de producción.

2.2.5.5 Zonas de cobertura en el territorio nacional.

2.2.5.6 Estimación de la capacidad instalada.

2.2.5.7 Precios al público (en pesos colombianos) de los productos sustitutos de los productos afectados.

2.2.6 De las condiciones de entrada

2.2.6.1 Señalar la inversión (en pesos colombianos) y el tiempo necesario (en número de días) que requeriría un nuevo competidor para participar en el territorio nacional, con un volumen similar de productos afectados al que poseen las empresas intervinientes.

2.2.6.2 Señalar las limitaciones de orden legal, económico o cualquier otro, que deben ser tenidas en cuenta para entrar al mercado de productos afectados en el que participan las empresas intervinientes.

2.2.6.3 Relacionar, en caso de conocer, las empresas que han entrado y salido del mercado durante los últimos tres (3) años.

2.2.6.4 Relacionar razón social y datos necesarios para el contacto de las empresas que se encuentran en otros mercados, que pueden adecuar sus instalaciones productivas e iniciar actividades en los mercados de los productos afectados en los que participan las empresas intervinientes en el territorio nacional. Para cada empresa relacionada, en la medida de las posibilidades, señalar:

a. Relación de los productos ofrecidos actualmente.

b. Capacidad de oferta o producción que podría destinar a los productos afectados.

c. Monto de inversión (en pesos colombianos) y tiempo (en días) estimado que se requiere para que adecue sus instalaciones productivas e inicie actividades en los mercados de los productos afectados en los que participan las empresas intervinientes.

2.2.7 De los clientes

2.2.7.1 En caso de existir diferentes segmentos de clientes, señalar el porcentaje de las ventas que corresponde a cada segmento.

2.2.7.2 Allegar una relación de los diez (10) principales clientes de cada producto afectado por segmento de cliente, señalando datos de contacto y la cantidad de producto adquirido por cada uno para el año inmediatamente anterior.

2.2.8 De las materias primas e insumos

Para cada una de las materias primas e insumos empleados en el proceso de producción de los productos afectados, señalar:

2.2.8.1 Relación de materias primas e insumos empleados, señalando el peso porcentual que representan dentro del precio en fábrica del producto.

2.2.8.2 Relación de las empresas proveedoras de materias primas e insumos, señalando los datos necesarios para su contacto.

2.2.8.3 *Tamaño estimado de la oferta nacional (en pesos colombianos y volumen).*

2.2.8.4 *Relacionar las importaciones totales efectuadas al territorio nacional de las materias primas más importantes dentro del proceso productivo para el año fiscal anterior a la presentación de la operación.*

2.2.8.5 *Precio CIF, condiciones arancelarias, de transporte y seguros, bajo las cuales las materias primas importadas ingresan al país.*

2.2.8.6 *Participación o relaciones de las empresas intervinientes con los proveedores de materias primas.*

2.2.9 *De los distribuidores*

2.2.9.1 *Indicar los canales de distribución utilizados para los productos afectados.*

2.2.9.2 *Señalar el porcentaje de las ventas de producto afectado, distribuido a través de cada canal de distribución.*

2.2.9.3 *Señalar las condiciones comerciales y políticas de precios por canal de distribución.*

2.2.9.4 *Explicar los requerimientos necesarios para la distribución del producto afectado.*

2.2.9.5 *Allegar una relación de las empresas que distribuyen los productos afectados a las empresas intervinientes, señalando para cada una lo siguiente:*

- a. *Razón social y datos necesarios para el contacto.*
- b. *Zona geográfica atendida.*

2.2.9.6 *Participación o relaciones de las empresas intervinientes con los distribuidores. Señalar, en caso de existir, cláusulas de exclusividad.*

2.2.10 *De los comercializadores*

2.2.10.1 *Allegar una relación de las empresas comercializadoras de los productos afectados de las empresas intervinientes, señalando para cada una lo siguiente:*

- a. *Razón social y datos necesarios para el contacto.*
- b. *Zona geográfica atendida.*

2.2.10.2 *Señalar las condiciones comerciales y política de precios por canal de comercialización.*

2.2.10.3 *Explicar los requerimientos necesarios para la comercialización del producto afectado.*

2.2.10.4 Participación o relaciones de las empresas intervinientes con los comercializadores. Señalar, en caso de existir, cláusulas de exclusividad.

2.2.11 De las importaciones y exportaciones

Para cada uno de los productos afectados señalar:

2.2.11.1 Subpartida arancelaria.

2.2.11.2 Volumen y valor de las exportaciones anuales durante los tres (3) años fiscales anteriores a la presentación de la operación.

2.2.11.3 Volumen y valor de las importaciones anuales durante los tres (3) años fiscales anteriores a la presentación de la operación, indicando país de procedencia, aranceles, costos de transporte e importador.

2.2.11.4 Importaciones efectuadas por las empresas intervinientes durante los tres (3) años fiscales anteriores a la presentación de la operación.

2.2.11.5 Señalar estimación del precio (en pesos colombianos) de los productos importados en el territorio nacional y en los principales departamentos o ciudades de cobertura de las empresas intervinientes.

PARAGRAFO PRIMERO. *De acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y 9 del Decreto 1302 de 1964, la Superintendencia de Industria y Comercio se reserva la posibilidad de requerir información adicional a la señalada en el presente numeral.*

PARAGRAFO SEGUNDO. *La información que se remita para el análisis de esta Superintendencia deberá presentarse por escrito (en idioma castellano) y en archivo magnético. La información estadística deberá adjuntarse en hoja de cálculo electrónica.*

PARÁGRAFO TERCERO. *De acuerdo con el parágrafo 2° del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 6° del Decreto 1302 de 1964, el término de treinta (30) días no comenzará a contarse hasta tanto esta Superintendencia reciba toda la información que debe facilitarse para el pronunciamiento sobre las operaciones de integración que pertenezcan al régimen de información particular.”*

Como se puede observar, se amplió el tipo de información y documentación requerida por la SIC para analizar una operación. Conforme con el quinto considerando de la resolución que modificó la Circular Única, para el análisis de una operación las empresas deben allegar la “información suficiente sobre los mercados afectados por la operación de integración, de tal forma que sea más expedito su proceso de evaluación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.”

Asimismo, debe resaltarse que, en virtud de la reforma, se establece la obligación de que la información y documentos sean remitidos en idioma castellano, tanto por escrito como por medio magnético.

7. PROCEDIMIENTO ANTE LA SIC

7.1 Iniciación del procedimiento

De conformidad con parágrafo segundo del artículo 4° de la ley 155 de 1959, citado en el punto 4.1 de este documento, una vez presentada a la SIC la solicitud de autorización o no objeción, la autoridad cuenta con treinta (30) días para pronunciarse sobre la misma. El pronunciamiento de la SIC puede ser en uno de tres sentidos:

- Autorización plena, sin condicionamientos
- Autorización condicionada
- Objeción

Conforme al artículo 62 de la Ley 14 de 1913, Régimen Político y Municipal, “los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario.” Por lo tanto el término de 30 días que establece la Ley 155 de 1959 corresponde a días hábiles, que por regla general equivalen a unos 45 días calendario.

De conformidad con lo previsto por el parágrafo segundo del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, “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.”

Como se puede observar, las normas sobre concentraciones empresariales consagran el silencio administrativo positivo a favor de las empresas que solicitan la autorización o no objeción de la SIC respecto de una operación de este tipo.

En relación con la forma en que se debe contar el término para el acaecimiento del silencio administrativo positivo, consagrado por la Ley, el artículo 6° del Decreto 1302 de 1964 establece lo siguiente:

“Artículo 6.- Para los efectos de la autorización presuntiva que se establece en el parágrafo 2° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, el término de treinta (30) días empezará a contarse desde la fecha en que la respectiva solicitud de permiso de fusión, consolidación o integración jurídico – económica pase al estudio del director ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica. Esta fecha deberá hacerse constar en el libro que para tal efecto llevará la Superintendencia de Regulación Económica. (El subrayado es nuestro).

Es evidente que esta norma pretendía ampliar el término de 30 días concedido por el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 para el estudio de las concentraciones, mediante la creación de un trámite previo que concluía con la radicación de la solicitud en el Despacho del Director Ejecutivo de la Superintendencia.

Esta norma reglamentaria pugna abiertamente con la Ley puesto pretende extender, sin contar con facultad para ello, el tiempo con que cuenta la Entidad para el estudio de la integración, y por consiguiente, restringe el derecho que le concede la Ley 155 de 1959 a los interesados en la integración, a perfeccionarla.

Sin embargo, esta disposición aparentemente no ha sido aplicada por la SIC, ya que los términos se cuentan desde la radicación de la solicitud y no existe el trámite de inscribir en un libro el momento en que la solicitud de integración entra al despacho del Superintendente, ni tampoco existe el mencionado libro. De otra parte la autoridad de la competencia ya no es la Superintendencia de Regulación Económica y en la planta administrativa de la SIC no existe el cargo de Director Ejecutivo.

Debe concluirse por lo tanto, que el término de 30 días que la Ley concede a la autoridad para estudiar la operación y pronunciarse sobre la misma, comienza a correr a partir del día siguiente al de la radicación de la respectiva solicitud.

7.2 Información adicional

Es posible que la SIC requiera información adicional a la presentada por los interesados, caso en el cual puede requerirlos por una sola vez, con el objeto de que la complementen. En ese caso el término para decidir queda interrumpido y solamente volverá a correr una vez los particulares hayan radicado la información solicitada.

Al respecto establece el artículo 7º del Decreto 1302 de 1964 lo siguiente:

“Artículo 7.- Cuando las informaciones presentadas con la petición de permiso, no proporcionen suficientes elementos de juicio para que el director ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica pueda adoptar la correspondiente decisión de fondo, el término de treinta (30) días a que se refiere el artículo anterior, no empezará a correr a favor de las empresas interesadas sino a partir de la fecha en que el director ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica reciba las informaciones adicionales que sobre el particular haya solicitado, o a partir de la fecha en que venza el término por dicho funcionario para que le sean suministradas”. (subrayado fuera de texto).

Es por lo tanto posible que una vez radicada una solicitud de autorización para la realización de una integración empresarial, la SIC determine que no cuenta con la información suficiente para estudiar la integración, caso en el cual tiene la oportunidad de formular un Requerimiento de Información Adicional (RIA). En estos casos la SIC indica a los solicitantes que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 13 del Código Contencioso Administrativo, cuentan con un término de dos (2) meses para dar respuesta al requerimiento de la autoridad, so pena de que la solicitud se entienda desistida.¹³⁸

De conformidad con el artículo 11 del C.C.A., en caso de que se presenten solicitudes incompletas, la autoridad debe indicarle al peticionario cuales son las informaciones o documentos que le hacen falta y si éste insiste en radicar, debe recibírsele dejando constancia de las advertencias.

¹³⁸ Código Contencioso Administrativo: **“Artículo 13.-** Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documentos o las informaciones de que tratan los artículos anteriores, no da respuesta en el término de dos (2) meses. Acto seguido se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud.”

Según lo dispuesto por el artículo 12 del C.C.A., cuando las informaciones que aporte el interesado no sean suficientes para decidir, se le requerirá por una sola vez, con toda precisión para que aporte lo que haga falta. Este requerimiento tiene la facultad de interrumpir (no de suspender) el término establecido para que la autoridad decida, el cual se comenzará a contar desde la fecha en que el interesado aporte la información adicional, pero las autoridades no pueden solicitar más complementos y deben proceder a fallar con base en la información de que dispongan. El artículo 12 del C.C.A. dispone textualmente lo siguiente:

“Artículo 12.- Si las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa no son suficientes para decidir, se le requerirá, por una sola vez, con toda precisión y en la misma forma verbal o escrita en que haya actuado, el aporte de lo que haga falta. Este requerimiento interrumpirá los términos establecidos para que las autoridades decidan. Desde el momento en que el interesado aporte nuevos documentos o informaciones con el propósito de satisfacer el requerimiento, comenzarán otra vez a correr los términos pero, en adelante, las autoridades no podrán pedir más complementos, y decidirán con base en aquello de que dispongan.” (subrayado fuera de texto).

Resulta importante destacar finalmente que la SIC puede objetar una integración cuando no se le hayan suministrado las informaciones necesarias sobre los “antecedentes, modalidades y finalidades de la operación”. Dice al respecto el artículo 8° del Decreto 1302 de 1964 lo siguiente:

“Artículo 8.- Cuando el director ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica objetare una operación de fusión, consolidación o integración de empresas, no porque tiendan a producir una indebida restricción de la libre competencia sino por cualquier otro de los motivos expresados en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, o porque no se le hayan suministrado las informaciones necesarias sobre los antecedentes, modalidades y finalidades de la operación, la resolución correspondiente no requerirá el concepto previo del Departamento Administrativo de Planeación. (subrayado fuera de texto).

7.3 Silencio administrativo positivo

Como ya se advirtió, en el evento de que transcurra el término previsto por la ley para el pronunciamiento de la SIC sin que este se produzca, se entenderá que se ha configurado el silencio administrativo positivo y los particulares podrán proceder a realizar la integración.

Es tan claro que el término que la ley le otorga a la SIC para la revisión de concentraciones es un límite a la actuación de la SIC concedido en favor de las empresas solicitantes, que para proteger el derecho a que las operaciones no objetadas queden autorizadas de manera automática, el legislador consagró la mayor de las garantías que ofrecen los procedimientos administrativos, como lo es el silencio administrativo positivo.

En efecto, se trata de una institución procesal de carácter excepcional, que sustrae casos particulares a la norma general del silencio administrativo, cuyo carácter general es el de ser negativo. Así lo establece el artículo 41 del Código Contencioso Administrativo:

“Artículo 41.- Silencio positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Se entiende que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74”.

El carácter positivo del silencio administrativo que aplica a las concentraciones empresariales se encuentra consagrado en el ya citado párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 155 de 1959 en los siguientes términos:

“Parágrafo 2. 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. (...)”

El Consejo de Estado ha dicho en materia de silencio administrativo positivo:

“Es la ley la que otorga efectos positivos en los casos específicamente señalados por la misma, ante la abstención de la administración de resolver un recurso o una petición, que en tal caso el legislador ha previsto que debe entenderse favorable al administrado, el cual adquiere un derecho que no puede ser desconocido, sino en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 41 del Código Contencioso Administrativo”. (subrayado fuera del texto).

De este modo, el silencio previsto como positivo por el legislador para las concentraciones empresariales, es la garantía procesal que opera en caso de que no se resuelva la petición en el término correspondiente, con lo que nace a la vida jurídica un acto administrativo presunto, que contiene la decisión de autorizar a los particulares para realizar la operación de integración empresarial.

7.4 El debido proceso aplicado a las concentraciones empresariales

El principio constitucional del debido proceso fue consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 29.- El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y

el juzgamiento; a un debido proceso sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”
(El subrayado es nuestro).

El Constituyente de 1991 fue explícito en extender el respeto al debido proceso a las actuaciones administrativas. De acuerdo con el mandato constitucional del artículo 29 transcrito, la decisión sobre la autorización o no objeción de la SIC a una operación de integración que le sea informada en cumplimiento de la obligación establecida en la Ley 155 de 1959, debe gobernarse por el principio del debido proceso.

En materia de derecho al debido proceso son múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional. En la Sentencia C-540 de 1997, la Corte se pronunció sobre las implicaciones de desconocer el debido proceso administrativo en los siguientes términos:

“El desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes.” (El Subrayado es nuestro).

En la Sentencia C-214 de 1994, el alto tribunal se expresó en los siguientes términos:

“Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa debe aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción”.

“En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta fundamental como garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional”.

“Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normatiza

mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales, encaminadas a asegurar el ejercicio regular de sus competencias." (El subrayado es nuestro).

Asimismo, en la Sentencia T-078 de 1998, la Corte señaló:

"Dentro de las garantías constitucionales que establece la Carta Política, enmarcada como garantía fundamental, se encuentra el debido proceso (artículo 29 CP.). De esta manera, el debido proceso constituye un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento para las actuaciones tanto judiciales como administrativas, para la defensa de los derechos de los ciudadanos, razón por la cual deben ser respetadas las formas propias del respectivo proceso.

Lo anterior garantiza la transparencia de las actuaciones de las autoridades públicas y el agotamiento de las etapas previamente determinadas por el ordenamiento jurídico. Por ello los ciudadanos sin distinción alguna, deben gozar del máximo de garantías jurídicas en relación con las actuaciones administrativas y judiciales encaminadas a la observancia del debido proceso." (El subrayado es nuestro)

Finalmente, sobre el debido proceso en materia administrativa, la Corte también expresó en la Sentencia T-352 de 1996:

"Del debido proceso en las actuaciones administrativas hace parte la sujeción de la administración a las reglas propias del trámite respectivo. Cuando la ley señala unos determinados elementos integrantes de la actuación, en especial si son en beneficio del administrado o han sido instituidos en garantía de sus derechos, y la administración omite cumplirlos, viola el debido proceso y compromete la validez de los actos que sean resultado de la actuación viciada. Atañe a la jurisdicción Contencioso Administrativa, en principio, definir esa validez, si bien, de manera extraordinaria, cuando la decisión que adopten los jueces administrativos puede resultar apenas formal y teórica, es decir carente de idoneidad y aptitud para la efectiva protección de los derechos fundamentales, o en casos de perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela en lo que respecta al imperio de los preceptos constitucionales para el caso concreto." (subrayado fuera del texto).

Es igualmente importante hacer referencia al principio constitucional de la presunción de inocencia consagrado en el mismo artículo citado. El control de las concentraciones empresariales forma parte de las normas sobre promoción de la competencia y prohibición de las prácticas restrictivas de la misma. Sin embargo, las concentraciones empresariales no están prohibidas de manera absoluta, sino que por el contrario se encuentran permitidas en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y en desarrollo del principio de libertad económica consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política.

Debido a que las integraciones empresariales aumentan la concentración de la economía y pueden llegar a vulnerar la libre competencia, las normas sobre la materia requieren que cuando se vayan a realizar operaciones significativas de este tipo, se informen de manera previa a la autoridad, con el fin de que impida aquellas produzcan una indebida restricción de la libre competencia.

Sin embargo, la forma y oportunidad que tiene la SIC para objetar o impedir las concentraciones que produzcan una indebida restricción de la libre competencia, se encuentra reglada y limitada de manera específica en favor de las empresas solicitantes. Esto en la medida en que, se repite, las concentraciones empresariales no están prohibidas *per sé*, por lo cual, la autoridad de la competencia no puede partir de la base de que la integración es perjudicial para el mercado y estigmatizarla previamente antes de realizar el estudio correspondiente.

Precisamente el objetivo de la norma que establece el silencio administrativo positivo en favor de las empresas solicitantes, es que si al momento de cumplirse el término previsto para su acaecimiento no existe demostrada causal de objeción, o en caso de existir ésta no es alegada, la operación quede autorizada de forma automática.

En conclusión, la autoridad de la competencia se encuentra sometida al cumplimiento del debido proceso administrativo al momento de estudiar una integración empresarial que le sea informada.

En consecuencia, no podría la SIC, so pretexto de estar investigando por prácticas comerciales restrictivas a las empresas que se piensan integrar, suspender el término consagrado en la ley para pronunciarse sobre la objeción a la operación, en la medida en que ambos procedimientos son independientes. En otros términos, y en relación con lo que anteriormente se mencionó, si al momento de estudiar la operación no existen causales para objetar, la operación debe ser aprobada sin perjuicio de las investigaciones que la SIC deba iniciar en cumplimiento de sus funciones.

En nada afecta al estudio de una operación, una investigación por prácticas comerciales restrictivas que se inicie paralelamente o con posterioridad al conocimiento de aquél, ya que al comenzarse el estudio de la operación de integración no existe ni existía una decisión que condene a las empresas en el sentido de violar la ley de competencia.

Lo anterior se pudo comprobar en el caso de la integración *Pavco - Ralco*¹³⁹, en el cual la SIC, con posterioridad a la presentación de la solicitud de autorización o no objeción de la operación de concentración, decidió suspender el trámite con el fin de iniciar una investigación en contra de las empresas solicitantes por la supuesta realización de acuerdos anticompetitivos de fijación de precios.

Las empresas alegaron que con independencia del ejercicio de la facultad de la SIC para iniciar las investigaciones por presuntas prácticas restrictivas que estime pertinentes, término para decidir sobre la autorización de la integración no podía ser suspendido puesto que la ley lo concede como un límite a la facultad de la autoridad para revisar las operaciones de concentración empresarial, un límite que opera en favor de las empresas solicitantes.

Finalmente las empresas solicitantes fueron autorizadas para llevar adelante la operación de concentración mediante la imposición del condicionamiento consistente en la venta de la marca

¹³⁹ Resolución 5013 del 10 marzo de 2004.

Ralco, y la SIC aceptó las garantías ofrecidas por las empresas, con lo cual dio por terminada en forma anticipada la investigación que había iniciado.

8. CONDICIONAMIENTOS IMPUESTOS POR LA SIC A LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

La SIC tiene la facultad tanto para objetar una integración empresarial, como para aprobarla sin condicionamiento alguno. Sin embargo, la autoridad de la competencia también cuenta con la facultad para aprobar o autorizar una integración empresarial sujetándola al cumplimiento de ciertas obligaciones o condiciones impuestas por ella.

La imposición de condicionamientos no se encuentra expresamente regulada en la ley. Se trata de una creación doctrinal de la Superintendencia, basada en las facultades de promoción de la competencia que le otorga la ley, por medio de la cual obliga a las entidades involucradas en la operación a cumplir determinadas obligaciones a las que queda sujeta la autorización de la integración.

Esta herramienta es utilizada por la SIC con el fin de contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos de operaciones que no merecen ser objetadas. En ese sentido el artículo 44 del Decreto 2153¹⁴⁰, señala que para el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia la SIC podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos contrarios a la libre competencia.

En este sentido, la SIC ha desarrollado doctrina en el sentido de imponer condicionamientos a aquellas operaciones de integración empresarial, que por sus características no deben ser objetadas, pero podrían llegar a producir algún efecto nocivo en el mercado.

En la práctica, la Superintendencia ha impuesto un variado número de condicionamientos a algunas de las concentraciones que ha estudiado. El presente capítulo hace un análisis de todos los casos que se han presentado y los expone en forma sistemática de acuerdo a la clase de obligación de la que se trata, con el objeto de determinar cuales podrían ser los eventuales condicionamientos que impondría la SIC a una futura integración. Lo anterior sin perjuicio de que, como se advirtió, al no estar regulado el tema en la ley, pueda la Superintendencia generar doctrinalmente uno nuevo y diferente.

Vale la pena mencionar que existe la posibilidad para las entidades involucradas en la operación, de ofrecer a la SIC condicionamientos para que dicha autoridad apruebe la integración. Es decir, en ésta situación no es la Superintendencia la que impone el condicionamiento, sino que son las mismas compañías que se quieren integrar, las que ofrecen a la autoridad el cumplimiento de determinadas obligaciones, que a los ojos de la Superintendencia satisfagan el objetivo de contrarrestar los posibles efectos negativos que la integración tiene en el mercado.

¹⁴⁰ “**Artículo 44.- Ámbito Funcional.** La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.

Así mismo resulta importante destacar que no existe una instancia formal en la que se puedan discutir los condicionamientos, antes de la expedición del acto administrativo correspondiente, con el objeto desarrollar los argumentos que generen que la SIC retire o en su defecto modifique los que ha impuesto.

A pesar de lo anterior, la SIC en algunos casos ha permitido cierto nivel de comunicación al respecto. Sin embargo, en caso de que no se permita tal comunicación, la forma de hacer valer los argumentos en contra de los condicionamientos impuestos, es a través del recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo respectivo. Habiendo agotado la vía gubernativa, y en caso de que la decisión no haya sido modificada, el mencionado acto administrativo es susceptible de ser demandado jurisdiccionalmente ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La desventaja que presenta llegar hasta ésta instancia es que, por un lado los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, por lo cual se entienden ajustados a derecho mientras no se declaren nulos, y por otro, que los procesos judiciales pueden llegar a durar en promedio entre 5 y 8 años.

8.1 Desinversión

En dos casos diferentes estudiados por la SIC, ésta autoridad impuso la obligación de que de manera previa a la realización de la integración, se cumplieran los condicionamientos por ella señalados. Es decir, los condicionamientos que a continuación se explicarán, debieron cumplirse antes de que se levantara a cabo la operación, a diferencia de los demás condicionamientos impuestos por la SIC, que deben cumplirse con posterioridad a la realización de la integración empresarial.

Se impuso como primera medida, en el caso *DSM – Roche Vitaminas Colombia S.A.*¹⁴¹, que de manera previa a la realización de la integración, se cumplieran las siguientes obligaciones:

- a. Se terminen los contratos de ventas exclusivas respecto de alguna o algunas de las marcas.
- b. Que se transfiera o ceda a cualquier título una o más de las marcas que se adquirirían.
- c. Que se informe a la SIC, la identidad del adquirente y la manera en que se garantice su participación en la comercialización del respectivo o respectivos productos en el territorio nacional.

En estos casos la SIC dispone expresamente que el cumplimiento de lo dispuesto en la respectiva resolución es fundamento de hecho para la aprobación de la operación presentada y por consiguiente, el incumplimiento de las condiciones impuestas deviene en la objeción de la operación de integración cuya autorización se solicita.

En relación con la segunda de las obligaciones impuestas en el caso señalado, la SIC en el caso *Eternit – Colombit* impuso como condicionamiento previo a la realización de la operación, la venta de alguna de las marcas adquiridas por medio de la integración.

En las operaciones de *Pavco – Ralco* y *Televisa – Editora Cinco*, la SIC impuso un condicionamiento de desinversión posterior a la realización de la integración autorizada.

¹⁴¹ Resolución No. 22866 del 20 de agosto de 2003 de la SIC

8.2 Manejo separado de parte del negocio

Este condicionamiento impuesto por la SIC¹⁴² en el caso *Noel – Suizo*, busca que la entidad resultante de la operación de integración maneje separadamente del resto de sus negocios aquel que fue objeto de la operación. En otros términos, la SIC obligó a que se mantuviera una estructura comercial independiente del resto de las compañías que manejan la totalidad de alguna o algunas de las marcas.

En tal sentido, la unidad que maneja separadamente el negocio objeto de la operación recibiría las mercancías de las plantas de las compañías, las cuales le serían despachadas a un precio que equivaldría de manera exacta al costo real de fabricación más un tanto por ciento (4% o 5% por ejemplo). La compañía podría solicitar a la SIC la modificación del porcentaje citado si dicha modificación se justifica a efectos de cubrir los costos de logística, administrativos, impuestos o recargos de los servicios del área de producción que no sean directamente imputables al costo de producción. En tal caso, el porcentaje se modificaría de manera idéntica para todas las unidades.

En desarrollo de la independencia que debe mantener la unidad que maneje las marcas separadas, sus objetivos y metas se fijarían sin subordinación del logro de objetivos del resto de los negocios de las compañías. Sus metas se concretarían en resultados económicos que buscarían maximizar el beneficio económico y/o la participación de mercado que generen las marcas separadas exclusivamente. El beneficio o perjuicio de las demás marcas de las compañías no favorecería o perjudicaría el logro de dichos objetivos.

Sin embargo, aclara la SIC, los procesos productivos, logísticos, de administración, abastecimiento y soporte podrían actuar de manera integrada. Dichas funciones no limitarían la gestión de las marcas separadas y no generarían obstáculos que impidan el cumplimiento de las metas que se establezcan para dicha unidad. La función de producción buscaría servir a las unidades comerciales al menor costo posible de acuerdo con las calidades de los productos y trasladaría de forma equitativa a los costos de las marcas, las eficiencias productivas que poseen las compañías.

Como lo que se busca con éste condicionamiento es que se mantengan estructuras separadas, como si se tratara de dos empresas diferentes para no generar restricciones en el mercado, entre la unidad separada y el resto de las compañías que manejen otras marcas no se podrán realizar actos que sean restrictivos de la libre competencia.

En tal sentido, con la finalidad pretendida en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, no se podrían realizar acuerdos que:

- a. Tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
- b. Tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros. No obstante, las condiciones de venta a la unidad que maneje las marcas separadas no serían tenidas en cuenta para efectos de determinar condiciones discriminatorias con terceros.
- c. Tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre los productos que comercializa dicha unidad y las demás compañías. No obstante lo anterior, se podrá preservar o fortalecer la presencia regional de las marcas de las compañías como se

¹⁴² Resolución No. 19313 del 25 de junio de 2002 de la SIC

encontraban previamente a la formalización de la operación de integración. En todo caso a los administradores de la unidad que maneje las marcas separadas no se les podrán imponer metas de reducción de presencia regional o que estimulen el retiro de una zona específica.

- d. Tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cantidades o cuotas de producto que se van a comercializar en los mercados.
- e. Tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de los productos a terceros a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio.
- f. Tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
- g. Tengan por objeto o tengan como efecto impedir a los terceros el acceso a los canales de comercialización.

No obstante las condiciones anteriores, en el caso de clientes comercializadores que comercialicen más del 1% de las ventas totales de las compañías integradas, éstas, por razones comerciales o de rentabilidad podrían limitar o afectar los niveles de suministro a dichos clientes, si las ventas de los productos de las compañías representan menos del 1% de las ventas de un comercializador en particular. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en los artículos 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

La compañía interesada debería presentar el esquema organizacional, las funciones y las metas que se exigirá al equipo comercial que maneje las marcas separadas y acordaría con la Superintendencia la forma como corregiría las no conformidades que la Superintendencia observe específicamente para garantizar el nivel de independencia que se requiere para efectos de dar cumplimiento a las condiciones de este número.

Para el efecto se deberían reportar al auditor las listas de precios de venta de los productos de las compañías, discriminando cuando los precios sean diferentes según el comercializador, proveedor, canal de distribución o zona geográfica al igual que las cantidades vendidas o compradas de cada producto aplicables durante el trimestre. Igualmente los volúmenes vendidos por línea de producto durante el mismo período. El auditor debería analizar la información remitida por las compañías y remitirla a la Superintendencia conjuntamente con el reporte de su análisis. Dichos análisis deberían estar enfocados a determinar si la compañía están dando cumplimiento al manejo separado de las marcas.

8.3 Poner a disposición de competidores la capacidad de producción o la capacidad logística

La Superintendencia impuso en el caso *Noel - Suizo*¹⁴³ para la entidad resultante de la integración, la obligación de producir para terceros, potenciales competidores.

Los productos que se fabriquen no tendrán que ser diferentes a los productos del portafolio actual de las empresas y se haría al costo de ventas (incluyendo los costos en los que se incurra en las plantas por adecuar las líneas al cambio de referencia) mas una margen que, para el caso que estudió la SIC, era máximo la mitad del porcentaje que representaba el margen de utilidad bruta que reportó la compañía en un año determinado anterior a la operación, respecto del costo de ventas.

¹⁴³ Resolución No. 19313 del 25 de Junio de 2.002 de la SIC

La Superintendencia señaló en el caso mencionado que, dicha fabricación se realizará siempre y cuando exista capacidad disponible en el momento que se requiera, no implique inversiones en planta o capacidad adicional de fabricación o de almacenamiento. La calidad se certificará por los métodos de control y laboratorio que hoy existen en la empresa dejando adecuado registro de las condiciones de proceso y entrega. El solicitante, no obstante, podrá aplicar los controles de calidad adicionales que considere pertinente asumiendo el costo.

En caso de que se imponga éste condicionamiento por parte de la autoridad, las compañías no estarían obligadas a asumir los riesgos que provienen del transporte o comercialización del producto, ni a responder ante terceros por problemas causados por el mal manejo del producto. El interesado protegería al fabricante con pólizas de seguro actualizadas cuyas coberturas y montos sean razonables y en todo caso no serían mas exigentes que las coberturas que las compañías posean.

Así mismo, la SIC estableció que las compañías no tienen la obligación de usar líneas de fabricación más automatizadas para la producción por encargo de terceros salvo que el pedido ocupe dos turnos de producción de una de dichas líneas. En temporadas podrían dar preferencia a su producción propia.

La fabricación por su parte, sería en una planta que sirva razonablemente los intereses de las dos partes y que pueda prestar el servicio en condiciones similares a las actuales de los productos de las empresas. Los productos se entregarían en la planta productora.

La Superintendencia dejó claramente establecido que el contrato de fabricación no le daría al usuario la posibilidad de acceso a las instalaciones o al conocimiento de los procesos y la tecnología del fabricante.

Para facilitar el transporte las empresas se comprometerían a poner a disposición de terceros la lista de sus proveedores de servicio de transporte y a no exigir la exclusividad de estos en la prestación del servicio o a renunciar a ella en el caso de que exista.

Las compañías se comprometerían a dar a conocer la lista de empresas con las que tienen contratos de manejo de punto de venta. También la lista de empresas que conozcan aunque no sean usuarias de sus servicios pero que presten tal labor, y además se comprometerían a no exigirles exclusividad.

Las compañías integradas deberían informar al auditor¹⁴⁴ cada solicitud de fabricación que un competidor haga a la compañía. Adicionalmente le indicarían si la solicitud fue atendida y en caso contrario las razones por las cuales no se atendió de esa forma. Las compañías integradas deberían informar al auditor el precio al que se fabricarían los productos y el desglose de los costos aplicables. El auditor verificaría que el precio se encuentre adecuado al máximo previsto en la condición y verificaría la correspondencia de los costos reales. El auditor en el reporte trimestral

¹⁴⁴ Como se puede observar en este documento, en el presente caso, mediante la Resolución No. 19313 del 25 de Junio de 2.002, la Superintendencia de Industria y Comercio obligó a las empresas a nombrar un auditor externo para verificar el cumplimiento de los condicionamientos impuestos para efectos de autorizar la integración. Como más adelante se observará, el nombramiento de un Auditor puede constituir otro de los condicionamientos que imponga la SIC.

adjuntaría una relación de los casos que se presentaron y la conclusión de las verificaciones que habría llevado a cabo, de las cuales debería conservar un soporte.

En relación con el mismo tema de poner a disposición de los competidores la capacidad de producción o la capacidad logística, la Superintendencia impuso en el caso *Bavaria - Leona*¹⁴⁵ la obligación de certificar semestralmente el volumen de producción anual, y en caso que lo producido efectivamente fuera menor que lo que se obtuvo para un determinado año (o un promedio de algunos años que la SIC escoja como indicativo), deberían permitir la entrada de terceros interesados en producir en la o las plantas de las empresas, por períodos de al menos 2 años, en condiciones razonables y de mercado.

Finalmente, la SIC mediante Oficio No. 00038295 del 18 de julio de 2000, y en el mismo caso de *Bavaria - Leona*, impuso otro condicionamiento consistente en la obligación de informar, señalando la disposición de recibir ofertas y la forma como éstas podrían allegarse, en relación con las plantas de su propiedad respecto de las cuales se tenga la intención o el proyecto de cierre definitivo y que no vayan a ser usadas en el giro ordinario de sus negocios. La intención de enajenación se concretaría publicando la oferta.

Los equipos y maquinaria de la planta respectiva deberían ofrecerse en las condiciones en que se encuentren al momento del cierre y el precio aceptable mínimo de venta sería el de reposición, señaló la SIC.

8.4 Concentración vertical: relaciones con distribuidores o proveedores

La SIC, en el caso *Peldar – Conalvidrios*¹⁴⁶, impuso la obligación a la entidad resultante de la operación, de informar periódicamente la participación en el capital de clientes y proveedores y de estos en las empresas vinculadas.

Así mismo, impuso también, en el caso *Hewlett Packard - Compaq*¹⁴⁷, la obligación para la entidad resultante de abstenerse de establecer relaciones exclusivas con sus distribuidores.

El objetivo de este y de los otros condicionamientos que se han clasificado bajo éste subtítulo, es el de evitar que, además de restringirse la libre competencia en el mercado a través de la integración horizontal, se logre restringir a través de concentraciones verticales con sus proveedores o distribuidores.

En este sentido, la Superintendencia impuso un condicionamiento, en el caso *Monómeros - Cargill*¹⁴⁸, consistente en la obligación de abstenerse de mantener cláusulas de repartición de mercado con sus distribuidores. Advirtió también la autoridad que, en el evento de que existieran, dichas cláusulas deberían ser eliminadas de manera inmediata.

¹⁴⁵ Oficio No. 00038295 del 18 de julio de 2000 de la SIC

¹⁴⁶ Oficio No. 99077445 del 4 de febrero de 2000 de la SIC

¹⁴⁷ Oficio No. 02015377 de Mayo 3 de 2002 de la SIC

¹⁴⁸ Resolución No. 13076 del 29 de abril de 2002 de la SIC

Otro condicionamiento impuesto por la SIC en el caso *Noel - Suizo*¹⁴⁹, y que eventualmente podría imponerse a futuras concentraciones, consiste en la obligación de desmontar los planes de fidelización con tiendas y almacenes que: a) Premien o exijan la exclusividad en el suministro de los productos de las compañías a las tiendas; b) Impliquen la venta del producto a precios por debajo del costo; c) Corresponden a planes tipo millas que se obtienen acumulando puntos por cada compra.

Sin embargo, la misma SIC estableció que exonerará a las compañías del cumplimiento de la eliminación de los planes de fidelización si existe un plan de este tipo que sea ofrecido por un de un competidor que: a) Cuento, de acuerdo con la encuesta de mercado, con una participación similar o superior a la de las compañías en un canal, región o línea de producto, caso en el cual el plan se circunscribirá a dicho canal, o línea de producto; b) Tenga una capacidad de producción en la línea de producto igual o superior a la capacidad actual de las empresas, de conformidad con la certificación que expida una firma proveedora de equipos de reconocida trayectoria que cuente con dicha información. En tal caso el plan aplicaría a dicha línea.

Es igualmente posible que la SIC, en ejercicio de su facultad de aprobar una integración con condicionamientos, imponga uno por medio del cual, como efectivamente ya lo hizo en el caso *Bavaria - Leona*¹⁵⁰, se establezca la obligación de no vetar la venta o suministro de materias primas a potenciales competidores en la producción o distribución de los respectivos bienes o servicios y de ofrecer a los terceros condiciones de mercado para el acceso a las materias primas o insumos por ellas elaborados.

Sobre este mismo punto resaltó la SIC la obligación de mantener, directa o indirectamente, esquemas que permitan la adquisición de sus productos en pequeñas cantidades.

En caso que existan proveedores distintos de los que se ocupan los números inmediatamente anteriores, los partícipes de la operación avisada no podrían pactar cláusulas de exclusividad con esos proveedores. En caso que ya existan cláusulas o convenios de exclusividad, las personas participantes de la operación avisada deberían hacer todo lo jurídicamente posible para eliminarlas.

Lo anterior se entendería sin perjuicio de la existencia de cláusulas de la nación más favorecida.

Por otro lado, la SIC obligó en el caso *Bavaria - Leona*¹⁵¹ a que se modificaran los contratos que se utilicen para la distribución de sus productos, eliminando las cláusulas de exclusividad. En el mismo sentido, y en el mismo caso, se impuso también la obligación de eliminar las relaciones de exclusividad en la compra y venta de los productos con los puntos de venta y detallistas. La anterior exigencia vincularía de igual manera a los distribuidores en sus relaciones con puntos de venta o detallistas.

El pronunciamiento de la SIC llegó hasta el punto de señalar que las exclusividades por producto en el punto de venta no podrían conservarse ni pactarse, ni siquiera en los casos que el productor o distribuidor de los productos haya aportado bienes al punto de venta, tales como equipos, estantes o elementos de publicidad.

¹⁴⁹ Resolución No. 19313 del 25 de junio de 2002 de la SIC

¹⁵⁰ Oficio No. 00038295 del 18 de julio de 2000 de la SIC

¹⁵¹ Oficio No. 00038295 del 18 de julio de 2000 de la SIC

Finalmente, la Superintendencia con el objetivo de evitar que la entidad resultante de la operación hiciera un uso indebido de su posición de dominio en el mercado, impuso en el caso *Bavaria - Leona*¹⁵² la obligación de abstenerse de subordinar las ventas de sus productos a los distribuidores y detallistas, a la condición de vender los demás productos de las empresas.

A su vez, las empresas no podrían subordinar las ventas de cualquier otro producto distinto al objeto de la operación producido por empresas vinculadas a distribuidores o detallistas, a la condición de vender exclusivamente el producto objeto de la operación de integración entre ellas mismas.

8.5 Transferencia de tecnología

En consonancia con la regulación general sobre prácticas comerciales restrictivas, contenida en el Decreto 2153 de 1.992, la SIC ha impuesto una serie de condicionamientos en diferentes casos que tienen por objeto evitar que la entidad resultante de la operación impida o evite que sus competidores accedan a los desarrollos tecnológicos, sin los cuales pueden verse rezagados en el mercado y puede llevarlos a su desaparición.

Así las cosas, el primero de estos pronunciamientos lo produjo la SIC en el caso *Peldar – Conalvidrios*¹⁵³ en el que obligó a no negar la asesoría y transferencia tecnológica, cuando se solicite en condiciones de mercado por un competidor o eventual competidor y a brindar la asesoría y conceder la transferencia de tecnología en condiciones por lo menos equivalentes a las pactadas con alguna de las empresas involucradas en la operación.

También podría imponerse a una futura integración, un condicionamiento impuesto en el caso *Noel - Suizo*¹⁵⁴ por la SIC consistente en la obligación de abstenerse de incurrir en conductas que: a) Tengan por objeto o tengan como efecto la limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos; b) Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos para los demás competidores. En este sentido las empresas no podrían exigir exclusividad en el uso de tecnología a los proveedores de esta. No obstante lo anterior, esta condición no implicaría la obligación de compartir los desarrollos tecnológicos.

Finalmente, la SIC ha obligado, como lo hizo en el caso *Bavaria – Leona*,¹⁵⁵ a no pactar con productores de tecnología o proveedores de servicios informáticos o de conocimientos, nacionales o extranjeros, cláusulas de exclusividad o cláusulas por medio de las cuales se conviertan en únicos clientes en el territorio nacional, o mediante las cuales restrinjan el acceso por parte de terceros u obliguen a adquirir los servicios en condiciones injustificadamente gravosas, solamente en la medida que se prevea que si algún potencial competidor requiere la tecnología, tendría acceso a la misma en las condiciones de mercado vigentes al momento de la adquisición por parte del tercero.

En caso que ya existan dichas cláusulas o convenios, las personas participantes de la operación avisada deberían hacer todo lo jurídicamente posible para eliminarlas.

¹⁵² Oficio No. 00038295 del 18 de julio de 2000 de la SIC

¹⁵³ Oficio No. 99077445 del 4 de febrero de 2000 de la SIC

¹⁵⁴ Resolución No. 19313 del 25 de junio de 2002 de la SIC

¹⁵⁵ Oficio No. 00038295 del 18 de julio de 2000 de la SIC

En cualquier caso, señaló la SIC, el tercero potencial competidor que pretendiera hacer uso de la tecnología exclusiva debería indemnizar en valores actualizados a las empresas por lo que éstas hubieren pagado de más a fin de obtener la tecnología en exclusiva y debería ofrecer esta condición a los partícipes en los territorios en que el tercero tenga contratos de exclusividad como los que aquí se describen.

En desarrollo de lo previsto, se respetarían en todo caso los derechos de exclusividad derivados de la propiedad industrial.

8.6 Precios

En el caso *Peldar – Conalvidrios*, la SIC impuso como condicionamiento, que se reporten justificadamente las variaciones de precios anuales que resulten para los productos objeto de la integración¹⁵⁶.

Así mismo, podría imponerse la obligación, como en el caso *Bavaria – Leona*, de poner a disposición de la SIC la siguiente información sobre variación en precios: identificación de la empresa, producto, región, marca, presentación y precio de venta al distribuidor, discriminada por cada marca.

Simultáneamente, las empresas involucradas pondrían a disposición de la SIC la información de costos para la fecha de variación del precio, en formato adecuado para su fácil interpretación.

Esto lo hace la Superintendencia con el fin de evitar que los precios de los productos objeto de la operación se eleven injustificadamente, y que en consecuencia se afecte el mercado y a los consumidores.

8.7 Garantías del traslado de beneficios en eficiencia a los consumidores

En consonancia con las tendencias internacionales, la SIC ha impuesto condicionamientos a las concentraciones en el sentido de obligar a que las eficiencias que se producen de aquellas operaciones se trasladen a los consumidores.

Las eficiencias que se producen de una integración son un factor determinante a la hora de aprobar la operación. Por eso, si para la autoridad de la competencia, las eficiencias que se esperan se produzcan, pueden contrarrestar, e incluso ser mayores que los eventuales efectos restrictivos que la misma tendría para el mercado, no sería justificable objetar dicha operación. Sin embargo, para asegurar que los beneficios en eficiencia se trasladen a los consumidores, la Superintendencia ha obligado a las empresas involucradas a que se comprometan a lograr ese objetivo.

Con base en el caso *Noel – Suizo* estudiado por la SIC¹⁵⁷, podría imponerse a futuras concentraciones, la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para que una parte de las eficiencias de la integración se trasladen al consumidor.

¹⁵⁶ Oficio No. 99077445 del 4 de febrero de 2000 de la SIC

¹⁵⁷ Resolución No. 19313 del 25 de junio de 2002 de la SIC

En todo caso, las compañías se comprometerían a no subir precios por encima del Índice de Precios al Consumidor. En caso que las compañías pretendan incrementar los precios en un porcentaje superior, lo podrían hacer hasta por un porcentaje que equivalga al incremento ponderado de los costos de los insumos productivos, los cuales deberían sustentar ante la SIC. Lo anterior sin perjuicio de los incrementos del precio final que se generen por impuestos adicionales.

Las compañías podrían solicitar a la SIC un incremento del margen bruto si éste se justifica para recuperar alguna porción del mismo perdida durante el período que rige la condición.

Igualmente, y con el mismo objetivo, se podría imponer la obligación para las empresas involucradas como se hizo en el caso *Bavaria - Leona*, de aportar un compromiso que refleje los beneficios económicos que se generarán para la demanda como consecuencia de la operación, en relación con la calidad de los productos, cantidades o precios, entre otros.

8.8 Medidas sobre mantenimiento de marcas

La SIC impuso la obligación en el caso *Bavaria - Leona*¹⁵⁸ a las entidades interesadas en la integración, de mantener por lo menos 2 marcas para los productos objeto de la operación, cuyas ventas conjuntamente representen un porcentaje determinado de la capacidad de producción de alguna de las empresas o de la resultante.

8.9 Publicación de información

Con el fin de lograr transparencia y un mejor control sobre la entidad resultante, la SIC impuso en el caso *Peldar – Conalvidrios*¹⁵⁹ la obligación de hacer públicas periódicamente las condiciones de venta de sus productos, de manera que cualquier adquirente pueda establecer de manera exacta las que le corresponderían según sus particularidades, incluyendo pero sin limitarse a: a) Producto; b) Cantidades; c) Precios; d) Formas de Pago y e) Descuentos. Se podrían imponer publicaciones periódicas en un medio idóneo para que alcance a todos los potenciales compradores o proveedores. No podrían existir condiciones de venta que no correspondan a las publicadas.

En el mismo caso y con el mismo fin, se impuso la obligación de hacer públicas periódicamente las condiciones de adquisición de materias primas, de manera que cualquier proveedor pueda establecer de manera exacta las que le corresponderían según sus particularidades, incluyendo pero sin limitarse a: a) Producto; b) Cantidades; c) Precios; d) Formas de Pago y e) Descuentos. Se podrían imponer publicaciones periódicas en un medio idóneo para que alcance a todos los potenciales compradores o proveedores. No podrían existir condiciones de adquisición que no correspondan a las publicadas.

Podría imponerse, con base en el caso estudiado por la SIC de *Noel - Suizo*¹⁶⁰, la obligación de informar a los competidores interesados, cuales son los proveedores de materias primas del exterior,

¹⁵⁸ Oficio No. 00038295 del 18 de julio de 2000 de la SIC

¹⁵⁹ Oficio No. 99077445 del 4 de febrero de 2000, de la SIC

¹⁶⁰ Resolución No. 19313 del 25 de junio de 2002 de la SIC

los precios los precios de compra, la forma de acceder a dichos proveedores y su ubicación y/o los intermediarios que utiliza. Las compañías elaborarían un reporte mensual con dicha información.

Se podría obligar también a que las empresas involucradas en la operación se comprometan a no exigir o renunciar a la exclusividad en el suministro a dichos proveedores, y la relación comercial se establecerá entre el interesado en la materia prima y el proveedor o intermediario respectivo.

Si los competidores tuvieran dificultades que les impidieran acceder a dichos proveedores, las compañías, deberían plantear a la SIC una forma de operación que por su intermedio facilite el acceso a dichos proveedores.

En el mismo caso la SIC impuso la obligación de publicar durante un tiempo (dos años por ejemplo), en un periódico de amplia circulación nacional, un número de avisos (dos anuales por ejemplo), que consignen la integridad de los condicionamientos impuestos por la SIC. Adicionalmente, se debería indicar que cualquier incumplimiento podría ser reportado a la SIC y que su incumplimiento sería causal para que la operación de integración deba deshacerse.

8.10 Contratar un auditor que controle el cumplimiento

Como última gran clase de condicionamientos que en la práctica ha impuesto la SIC, aparece la obligación consistente en contratar un auditor que controle el cumplimiento de los condicionamientos impuestos.

Así la Superintendencia obligó, en el caso *Noel – Suizo*,¹⁶¹ a contratar un servicio de auditoría que se encargue de verificar el cumplimiento de todas las condiciones señaladas y de hacer las verificaciones específicas que solicite la SIC. El tiempo que dedique dicha firma sería tal que pueda cumplir de manera adecuada con las tareas que supone.

En el caso referido, la SIC señaló que las compañías podrían solicitar que dicho servicio lo preste la firma de revisoría fiscal. No obstante, la SIC podría solicitar que dicha tarea la realice una persona diferente si dicha firma no cumple con la obligación en las condiciones que se exige. En tal caso, las empresas propondrían a la SIC una firma alternativa que preste el servicio, demostrando ante la SIC su trayectoria experiencia y profesionalismo. Sin perjuicio de las sanciones que le fueran aplicables, la SIC podría solicitar el cambio del auditor cuando quiera que no cumpla de manera adecuada con las tareas encomendadas.

El auditor debería enviar trimestralmente a la SIC un reporte donde informe del cumplimiento dado por parte de las compañías integradas de las condiciones previstas.

8.11 Consideraciones finales

Vale la pena destacar nuevamente, que el tema de los condicionamientos no se encuentra regulado en la ley, por lo cual, los casos a los que en éste capítulo se han hecho referencia, han sido mera creación doctrinal de la Superintendencia, con el objeto de aprobar las operaciones que por sus

¹⁶¹ Resolución No. 19313 del 25 de junio de 2002 de la SIC

características no deben ser objetadas, pero que sin embargo podrían generar algún tipo de restricción al mercado. Restricción que precisamente se busca disminuir o atenuar con los diferentes condicionamientos.

La importancia del anterior capítulo radica en que, a partir de los casos estudiados, se puede determinar los eventuales condicionamientos que podrían imponerse a futuras concentraciones que se intenten desarrollar.

9. PRINCIPALES DECISIONES DE LA SIC

9.1 *EEPPM – ISAGEN*

EEPPM pretendía adquirir las acciones que la Nación y la FEN poseen en *ISAGEN S.A. E.S.P.* En virtud de tal operación, *EEPPM* adquiriría el 52.6% de las acciones de *ISAGEN*, lo cual le otorgaría una capacidad neta de generación de 3.815 MW/Hora. La SIC negó por primera vez en su historia una integración, debido a que de conformidad con lo previsto por el artículo 3° de la resolución 42 de 1999 de la CREG, ningún generador puede poseer una capacidad de generación neta superior a la “franja de potencia”, que para el año 2000 estaba en 3672 MW hora.

En los últimos tiempos se ha venido discutiendo en el país el tema de la posición dominante en el mercado, a raíz de diversos temas, tales como la privatización de *ISAGEN* y la fallida reestructuración del Estado.

Como se recordará, el Ministerio de Minas se pronunció sobre la inconveniencia de que *Empresas Públicas de Medellín* adquiriera el control de *ISAGEN*, por cuanto en esa forma obtendría una posición dominante en el mercado de generación de energía.

9.2 *Bavaria - Leona*¹⁶²

Bavaria S.A., junto con algunas de sus subordinadas, solicitó autorización para comprar un importante paquete accionario de *Cervecería Leona S.A.* y para celebrar con dicha empresa un contrato de producción. La SIC no objetó la operación, pero impuso condicionamientos con el fin de minimizar su impacto sobre la competencia. Los condicionamientos se refieren a temas como publicidad, tecnología, informática y conocimientos cerveceros, producción nacional de malta, acceso a materias primas, capacidad instalada nacional, distribución, cambios en precios, puntos de venta, eficiencia de la operación en el mercado, marcas y productos de leona, cierre de plantas, condiciones de venta a distribuidores y detallistas y disposición de acciones de leona. El esquema de cumplimiento incluye la presentación de una póliza y de informes en caso de ocurrencia de determinados eventos.

9.3 *Peldar - Conalvidrios*

Se solicitó autorización para llevar a efecto la concentración empresarial de *Cristalería Peldar S.A.* y *Compañía Nacional de Vidrios S.A., Conalvidrios*. Al igual que en el caso *Bavaria-Leona*, la SIC no objetó la operación, pero impuso condicionamientos con el fin de minimizar su impacto sobre la competencia. Los condicionamientos se refieren a temas como adquisición de envases en pequeñas cantidades, suministro de envases genéricos, asesoría y transferencia tecnológica y reporte de variación de precios, la publicación de condiciones de ventas, la publicación de condiciones de

¹⁶² Oficio No. 00038295 del 18 de julio de 2000 de la SIC

adquisición de materias primas e informe periódico de la participación de capital de clientes y proveedores de estos en *Cristalería Peldar S.A.*

9.4 *Alianza Summa: Avianca – Sam y Aces*

Las aerolíneas solicitaron a la SIC autorización para llevar a cabo una integración empresarial. La entidad objetó la operación por considerar que la nueva aerolínea adquiriría posición dominante en el mercado, lo cual produciría una indebida restricción a la libre competencia. Las aerolíneas interpusieron recurso de reposición contra la decisión, y luego de que se nombrara un Superintendente *ad hoc* por la recusación del titular, la SIC revocó la decisión de objeción, se declaró incompetente y remitió el expediente a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. La autoridad aeronáutica autorizó la integración sin condicionamientos mediante la Res. 4888 del 12 de diciembre de 2001.

9.5 *Monómeros – Cargill*

En octubre de 2001 las empresas *Monómeros Colombo-Venezolanos S.A. (Monómeros)* y *Cargill Cafetera de Manizales S.A. (Cargill)* presentaron una solicitud de autorización para una operación de concentración que consistiría en la adquisición de control de *Monómeros* sobre una nueva sociedad que se constituiría para desarrollar el negocio de fertilizantes de *Cargill*. El mercado relevante de la operación, de acuerdo a la SIC, era el mercado nacional de fertilizantes.

Por medio de la Resolución 3789 del 05 de febrero de 2002, que fue corregida por la Resolución 4304 del 13 de febrero de 2002, la operación fue objetada por las siguientes razones:

- La elevada concentración del mercado que se produciría., en la medida en que el índice HHI se aumentaría de 2,737 a 4,036.
- La disminución de competencia efectiva, pues ninguna empresa estaría en capacidad de rivalizar y hacer contrapeso a la empresa producto de la operación.
- Las empresas solicitantes monopolizarían la importación de fertilizantes.
- Se disminuye la dinámica del mercado pues las barreras de entrada a nuevos competidores son muy altas. Las barreras de entrada consisten en la alta capacidad ociosa de las empresas existentes, en los altos aranceles para la importación de fertilizantes y la fortaleza financiera que exige mantenerse en la actividad,

Finalmente, de acuerdo al SIC, las solicitantes no probaron que las eficiencias que alegaron se ajustaran a lo establecido en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992.

Por medio de la Resolución 13076 del 29 de abril de 2002 la SIC resuelve el recurso reposición interpuesto por las solicitantes y decide modificar la Resolución 3789 de 2002 en el sentido autorizar la operación informada con condicionamientos.

9.6 *Eternit – Colombit*

En enero de 2002 las empresas *Eternit Colombiana S.A.*, *Eternit Atlántico S.A.*, *Eternit Pacifico S.A.* (conjuntamente denominadas *Eternit*) y *Colombit S.A.*, (*Colombit*) solicitaron a la SIC autorización para realizar una operación de concentración que consistiría en la compra – por parte de la sociedad *Mexalita S.A.* mayor accionista de las sociedades *Eternit* - de las acciones de la sociedad Nefibowm B.V. en la sociedad total de acciones de Colombia, que correspondían al 81.5% del total de las acciones de *Colombia*.

El mercado relevante de la operación, de acuerdo a la SIC, era el mercado nacional de productos de cubiertas, productos acabados en fibrocemento y tanques de agua.

Las empresas solicitantes presentaron y cuantificaron las siguientes eficiencias que produciría la operación:

- Especialización y optimización de las diferentes líneas de producción y a reducción de costos de compra de materias primas.
- Reducción de costos por el ahorro de fletes nacionales por adecuación logística comercial
- Incremento en los volúmenes de placas planas
- Incremento en los volúmenes de tubería de PVC
- Incremento en los volúmenes de tubería de
- Reducción de gastos administrativos y comerciales

No obstante, por medio de la Resolución 14002 del 6 de mayo de 2002 la SIC objeta la operación por las siguientes razones:

- Alta concentración en el mercado de placas de fibrocemento en la medida en que el índice HHI aumentaría de 3,716 a 6,579.
- La operación disminuiría la posibilidad que tendrían los competidores de rivalizar en el mercado de cubiertas de fibrocemento con la empresa resultantes de la operación y hacerle contrapeso.
- La empresa producto de la operación concentraría el 88% de la capacidad instalada ociosa de toda la industria.
- No existen productos sustitutos a los productos, especialmente en relación con los productos para vivienda de interés social, luego la demanda de productos que hacen parte del mercado relevante es inelástica.
- La inversión inicial para montar una empresa es demasiado alto y existen elevados costos hundidos, lo que constituye barreras de entrada que hacen poco probable que entren nuevos competidores.
- El alto costo de los fletes para las importaciones de los productos no los hace viable como productos sustitutos.

En cuanto a las eficiencias argumentadas por las partes, la SIC manifiesta que las partes no probaron que dichas eficiencias no pueden ser obtenidas por medios distintos a la concentración y tampoco se justificó por qué se obtendrían las cuantías señaladas. Algunas de las eficiencias alegadas no fueron reconocidas como tales como la reducción de costos en la compra materia prima por los descuentos otorgados por los proveedores en virtud del mayor volumen de materia prima demanda, puesto que este ahorro se debe “al mayor poder de mercado y en consecuencia no puede

considerarse como una mayor eficiencia.”¹⁶³ Tampoco fue reconocida como eficiencia la mayor rentabilidad derivada del aumento en las ventas debido a la concentración.

Por medio de la Resolución 28828 del 6 de septiembre de 2002 la SIC resuelve el recurso de reposición interpuesto por las partes y confirma la Resolución 14002 de 2002

9.7 Exxonmobil – Carboquímica

En noviembre de 2003 bajo las sociedades *Exxonmobil de Colombia S.A. (Exxonmobil)* y *Carboquímica S.A.* solicitaron a la SIC autorización para realizar una operación de concentración que consistiría en un acuerdo de producción y comercialización entre las dos sociedades, entre otros, en relación con el suministro por parte de *Exxonmobil* a *Carboquímica* de materia prima para la elaboración del plastificante DINP. De acuerdo a la SIC el convenio produciría una integración horizontal “en la medida que *CARBOQUIMICA* perderla su presencia en el mercado como comercializador del mencionado producto, trasladando su cuota de participación a *EXXON COLOMBIA*.”¹⁶⁴

El mercado relevante de la operación, de acuerdo a la SIC, era el mercado nacional del plastificante denominado DIDP.

Por medio de la Resolución 4933 del 4 de marzo de 2004 la operación fue objetada por las siguientes razones:

- La entidad resultante de la operación tendría una participación del 99% del mercado de DIDP.
- La existencia de altas barreras de entrada por la alta inversión – y complejos equipos tecnológicos – requeridos para iniciar una empresa que pueda competir en el mercado, el exceso de capacidad instalada ociosa, dificultad para importar productos, y las barreras en la comercialización del producto.

Las eficiencias que señalan las empresas en su solicitud no fueron cuantificadas ni justificadas, razón por la cual la SIC consideró que no se ajustaban a los supuestos del artículo 51 del Decreto 2153 de 1992.

9.8 Postobón – Quaker

Postobón S.A. y *Productos Quaker S.A. (Quaker)* – subsidiaria de *PepsiCo Inc.* – solicitaron a la SIC autorización para realizar una operación de concentración que consistiría en la realización de un acuerdo de franquicia entre *PepsiCo* y *Postobón*, el cual le otorgaría a *Postobón* “el derecho exclusivo a producir, vender y distribuir los productos de la marca *Gatorade* en el territorio nacional.”¹⁶⁵ Conforme a lo establecido por la SIC, el acuerdo de franquicia tendría por efecto una concentración económica de tipo horizontal en la medida en que *Quaker* desaparecería del mercado

¹⁶³ Resolución 14002 del 6 de mayo de 2002 la SIC.

¹⁶⁴ Resolución 4933 del 4 de marzo de 2004.

¹⁶⁵ Resolución 16453 del 23 de julio de 2004 de la SIC.

de las bebidas isotónicas y la comercialización de las dos marcas líder en el mercado - *Squash* y *Gatorade* – quedaría en cabeza de *Postobón*.

El mercado relevante de la operación, de acuerdo a la SIC, era el mercado nacional de bebidas isotónicas. La determinación del mercado relevante de la operación fue el punto de discusión más importante en este caso. *Postobón* que produce la bebida *Squash* y *Quaker* que produce la bebida *Gatorade*, argumentaron en su solicitud que el mercado relevante era “el mercado de bebidas refrescantes que incluye: gaseosas, jugos caseros, agua de llave, refrescos en polvo, bebidas isotónicas líquidas y bebidas isotónicas en polvo.”¹⁶⁶ No obstante, de acuerdo al análisis de la SIC el mercado relevante afectado por la operación estaba compuesto exclusivamente por las bebidas isotónicas puesto que las demás bebidas no eran consideradas sustitutas en cuanto a sus características, uso, precio y percepción de los consumidores.

Por medio de la Resolución 16453 del 23 de julio de 2004 la operación fue objetada por las siguientes razones:

- Por medio de la operación *Postobón* adquiriría el 96.19 % del mercado de bebidas isotónicas líquidas.
- Existencia de importantes barreras de entrada que desincentivarían la entrada de nuevos competidores como:
 - El amplio reconocimiento de la marca *Gatorade*. El efecto de lo anterior consiste en que los potenciales competidores tendrían que invertir grandes sumas en publicidad, que es un típico costo hundido.
 - La dificultad de adquirir una red distribución con la que cuenta *Postobón* que en un 80% era propia.
 - La integración vertical de *Postobón* con empresas que le suministran materias primas.
 - Exceso de capacidad instalada ociosa – del 45 % - en la producción de bebidas isotónicas.

Con respecto a las eficiencias argumentadas por las solicitantes en la solicitud de autorización, la SIC consideró que estas no fueron debidamente cuantificadas y justificadas.

Por medio de la Resolución 27920 del 6 de diciembre de 2004 la SIC resuelve el recurso de reposición interpuesto por las partes y confirma la Resolución 16453 de 2004.

9.9 Procter & Gamble – Colgate

Procter & Gamble Colombia Ltda. (Procter & Gamble) y *Colgate Palmolive Compañía (Colgate)* solicitaron a la SIC autorización para realizar una operación de concentración que se realizaría en Colombia en virtud del acuerdo realizado en el exterior por sus sociedades matrices *The Procter & Gamble Company* y *The Colgate Palmolive Company*.

El mercado relevante de la operación, de acuerdo a la SIC, era el mercado nacional de los detergentes en polvo. El punto central de discusión en esta operación también consistió en la

¹⁶⁶ *Ibíd.*

determinación del mercado relevante. Sobre la importancia de determinar el mercado relevante, la SIC se pronunció en los siguientes términos:

“La delimitación del mercado de producto constituye uno de los aspectos más controvertidos del análisis de las operaciones de integración, dado que establece el marco de referencia a partir del cual se evalúan los efectos de la operación proyectada. Para su delimitación, es necesario tener en cuenta que el elemento clave corresponde al grado de sustituibilidad que presenten los productos, esencialmente desde el punto de vista de la demanda. El punto de partida para la delimitación del mercado de producto en operaciones de integración, consiste en incluir aquellos bienes idénticos o similares en los cuales las intervinientes se encuentran compitiendo, y sobre los cuales tiene efectos la operación proyectada. El paso siguiente es ampliar el rango de productos hasta incluir los bienes sustitutos, hacia los cuales se desplazaría el consumidor en caso de presentarse un aumento en el precio, una disminución en la calidad del producto o cualquier otro factor de competencia que altere las condiciones del mercado, entre otros aspectos.”¹⁶⁷

De acuerdo a las empresas solicitantes el mercado relevante estaba constituido por el mercado de “Productos Empleados para Lavar Ropa, que incluye: detergentes en polvo, detergentes líquidos, jabones en barra (detergentes en barra, barras sintéticas y barras de cebo), blanqueadores y suavizantes, pues según manifiestan, todos los productos sirven para un mismo propósito: satisfacer las necesidades de los consumidores en el proceso de lavado y limpieza de su ropa y, por tanto, existe un elevado grado de sustituibilidad entre ellos.”¹⁶⁸

Sin embargo la SIC concluyó que, “[t]eniendo en cuenta los hábitos de lavado de los consumidores, tanto en el proceso de lavado a mano, como en el proceso de lavado de ropa en lavadora...”¹⁶⁹ el mercado puede segmentarse en dos el segmento de lavado a mano que incluye los detergentes y jabones en barra y el segmento de lavado en lavador que incluye detergentes en polvo y líquidos.

Por medio de la Resolución 28037 del 12 de noviembre de 2004 se objetó la operación en virtud de las siguientes razones:

- Aumento considerable de la concentración de los mercados relevantes, que se traduce en la variación del índice HHI de 2,896 a 5,326.
- Ausencia de bienes sustitutos para los diferentes productos que hacen parte del mercado relevante.
- Disminución efectiva de la competencia, pues según la SIC, “[d]e llevarse a cabo dicha operación, las principales marcas por volumen de facturación y de dimensiones en el mercado de detergentes quedarían bajo un direccionamiento común.

Por medio de la Resolución 29807 del 29 de noviembre de 2004 la SIC resuelve el recurso de reposición interpuesto por las partes y confirma la Resolución 28037 de 2004.

¹⁶⁷ Resolución 28037 del 12 de noviembre de 2004 de la SIC.

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ *Ibíd.*

9.10 *SabMiller plc - Bavaria S.A.*

Esta operación resulta importante no solamente por su tamaño, sino por la discusión respecto de la necesidad de informar la operación a la SIC, en atención a que *SabMiller plc* no participaba de manera directa en el mercado colombiano de las cervezas.

Por medio del Oficio 5083695 del 23 de septiembre de 2005 la SIC autorizó la operación sin imponer ningún tipo de condicionamiento.

10. CONCLUSIONES

Uno de los retos más importantes para las autoridades de la competencia de Latinoamérica y el Caribe, como es el caso de la autoridad Colombiana, es precisamente el de la consolidación de regímenes de libre competencia – en especial en el control de concentraciones – adecuados para las estructuras de mercado existentes en sus respectivos países.

La dependencia de la larga tradición en la ejecución de normas antimonopolio en Estados Unidos (EE.UU.) y la novedosa aplicación de las mismas en la Unión Europea a mediados del siglo XX por parte de las autoridades latinoamericanas era entendible en una primera etapa por la falta de trayectoria en este campo. Sin embargo, la experiencia adquirida en la aplicación de las normas que promueven la libre competencia desde comienzos de la década de los noventa debe permitir a las autoridades de la competencia producir análisis coherentes con las particulares condiciones económicas que se presentan en los mercados.

No es justificable que se transplanten normas o teorías estadounidenses o europeas sin hacer un análisis riguroso de la conveniencia para nuestras economías. Un ejemplo de lo anterior es la aplicación de los sistemas de análisis norteamericanos sobre concentraciones empresariales. En general, la medición del poder de mercado en una industria se hace por medio de los índices de concentración que determinan los coeficientes de concentración. Estos índices cuantitativos del poder de mercado son usados por las autoridades de la competencia para determinar si una operación de concentración puede llegar a producir una restricción excesiva de la libre competencia. En el caso de EE.UU., los parámetros contenidos en las “*Guías para concentraciones*” expedidas por la Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia de EE.UU., en particular las correspondientes al HHI, son demasiado estrictos para economías pequeñas y concentradas como las de América Latina. Es evidente que la aplicación estricta de estos parámetros no es apropiada para las economías Latinoamericanas. Además, economistas como Samuelson y Nordhaus advierten sobre la precaución que se debe tener al interpretar los resultados de estos índices, pues estos suelen ser engañosos, sobre todo por la dificultad de determinar exactamente cuál es el mercado relevante al cual debe aplicarse el índice.¹⁷⁰

Para ilustrar lo anterior, es relevante citar a la doctora Ana Julia Jatar, que comenta el interesante resultado de la discusión que se dio en la Superintendencia de Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela, respecto de los parámetros que debían aplicar para el control de las concentraciones:

“En la experiencia venezolana reciente, se han puesto de manifiesto diversas tendencias. La reforma estructural ha cambiado los incentivos, haciendo que las compañías abandonen algunas áreas de actividad para concentrarse en su negocio principal. Esto ha implicado que tengan que reducir su participación en industrias en las que eran pequeños actores, para hacerse más grandes en las que ya eran importantes. A menudo, dos conglomerados se intercambian los activos de tal manera que cada uno abandona un área de actividad a favor del otro. El impacto resultante

¹⁷⁰ PAUL A. SAMUELSON, y WILLIAM D. NORDHAUS, *Economía*. (McGraw – Hill, 1994)., pp. 204 – 205.

sobre las relaciones de concentración generalmente es muy grande. ¿Se debería autorizar este proceso?

Después de las reformas económicas y la liberalización comercial, en Venezuela se han realizado fusiones y adquisiciones en una amplia gama de sectores, tales como el de alimentos, pinturas, bebidas, baldosas de cerámica, seguros y automóviles. En la mayoría de las fusiones, el HHI antes de la fusión era superior a 2000 y algunas tuvieron un aumento del HHI de 700. De igual modo, la mayoría de las relaciones de concentración de las dos compañías más grandes (C2) eran más de 50 % antes de la fusión. Esto significa que, aunque según las normas de EE.UU. o Alemania estas fusiones no pasarían, nosotras las dejamos pasar. Estas normas internacionales nos hicieron debatir durante largas horas sobre temas para los que sabíamos que no existía una respuesta correcta, sino más bien dilemas por resolver. Habiendo analizado las economías de escala, las barreras a la entrada, la historia de rivalidades (o no), la competencia efectiva, la competencia internacional potencial, decidimos en la mayoría de los casos que era mejor dejar que las empresas se reorganizaran después de tanto años de indiferencia gubernamental, pero dejando muy en claro que la oficina de competencia aplicaría estrictamente las normas de conducta vigentes.”¹⁷¹

En conclusión, si bien EE.UU. tiene un régimen de libre competencia con más de 100 años de maduración y la Unión Europea uno con más de cincuenta años de aplicación, y por lo tanto son referentes importantes para América Latina, nuestras autoridades de la competencia están en capacidad y tienen el deber de aplicar criterios propios que se ajusten a nuestras economías y a la finalidad de esta normativa que es el beneficio del consumidor.

En cuanto al caso colombiano, los siguientes temas deberían ser abordados por parte del Congreso que en los últimos años ha estudiado varios proyectos de ley presentados por diferentes congresistas:

- Necesidad de contar con una normativa y una autoridad únicas de libre competencia.
- Conveniencia de establecer una autoridad colegiada de competencia.
- Conveniencia de ampliar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la autoridad de la competencia.
- Necesidad de brindar seguridad jurídica en el análisis de las concentraciones empresariales:
 - Posibilidad de consultar a la autoridad de la competencia, en forma confidencial, cuando exista duda sobre la obligación de informar una integración.
 - Criterios claros y predecibles sobre la forma de medir el mercado relevante, la sustituibilidad de los productos y las barreras de ingreso.
 - Criterios claros y predecibles para autorizar, condicionar u objetar las concentraciones empresariales.

¹⁷¹ ANA JULIA JATAR., *Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: El caso de Venezuela*. Documento disponible en: <http://www.procompetencia.gov.ve/politicacompetenciavenezuela.html> [consultado el 10 de mayo de 2005]

Por su parte, teniendo en cuenta la amplitud de las normas sobre control de concentraciones, sería conveniente que la SIC expidiera guías de concentraciones –como lo han hecho otros países como Panamá, México, Venezuela, Argentina y Brasil– que sirvan como base conceptual a los interesados y desarrollen los criterios generales incluidos en la ley, en relación con los condicionamientos, medición del mercado, sustituibilidad de productos, elasticidad cruzada de la demanda, utilidad y cálculo de los índices de concentración, criterios para la imposición de condicionamientos, etc.

ÍNDICE DE PROVIDENCIAS, RESOLUCIONES, OFICIOS Y CONCEPTOS CITADOS

I. Sentencias de la Corte Constitucional

- Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-560 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia. T-291 de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia. C-398 de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 1998. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-624 de 1998. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-923 de 1999. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1316 de 2000. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1344 de 2000. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

II. Sentencias de los Tribunales Administrativos

- Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera Subsección A), del día tres (3) de mayo de 2001. Acción de Nulidad y restablecimiento del Derecho de AVIATUR y OTROS contra la Superintendencia de Industria y Comercio. Magistrada Ponente Marta Álvarez de Castillo. Salvamento de Voto de la Magistrada Beatriz Martínez Quintero.
- Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B. Magistrado Ponente, Carlos Enrique Moreno Rubio. Expediente 2003-00930-01.

III. Oficios y Resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio

Concentraciones empresariales condicionadas u objetadas

- *Peldar – Conalvidrios*, Of. 99077445 del 4 de febrero de 2000.
- *Bavaria – Leona*, Of. 0038295-0023 del 18 de julio de 2000 y Res. 25583 del 10 septiembre de 2003.
- *Guinness UDV – Atlas Comercial Seagram*, Of. 1046179 del 15 de agosto de 2001.
- *IBM – Informix Software*, Of. 1043208 del 31 de julio de 2001.
- *Monómeros – Cargill*, Res. 43636 del 24 diciembre de 2001, Res. 3789 del 05 de febrero de 2002, Res. 4304 del 13 de febrero de 2002 y Res. 13076 del 29 de abril de 2002.
- *Avianca – Sam y Aces*, Res. 19534 del 8 de junio de 2001, Res. 22720 del 16 de julio de 2001, Res. 22941 del 17 de julio de 2001, Res. 22942 del 17 de julio de 2001 y Res. 29437 del 7 de septiembre de 2001.
- *Ladrilleras Santa Fe y otros*, Of. 2009661 del 24 de abril de 2002.

- *Hewlett Packard – Compaq*, Of. 2015377 del 3 de mayo de 2002.
- *Industrias Estra - Cajas Plásticas*, Of. 2022479 del 5 de julio de 2002.
- *Quaker – Promasa*, Of. 2049509 del 2 de octubre de 2002.
- *Aviatur S.A - Viajes Delta*, Of. 2064738 del 20 de septiembre de 2002.
- *Aviatur S.A - Korean World*, Of. 2066483 del 20 de septiembre de 2002.
- *Pintuco - Industrias Permapint*, Of. 02002439-06 del 2 de mayo de 2002 y Res. 17723 del 5 de junio de 2002.
- *Noel –Suizo*, Of. 1110475 del 20 de marzo de 2002.
- *Robin Hood – Meals*, Of. 2061593 del 26 de noviembre de 2002.
- *Eternit – Colombit*, Res. 14002 del 6 de mayo de 2002 y Res 28828 del 6 de septiembre de 2002.
- *Comcel – Ocel y Celcaribe*, Of. 2114190 del 30 de enero de 2003.
- *Eternit – Colombia*, Res. 7390 del 26 marzo de 2003 y Res. 19110 del 7 de de julio de 2003.
- *DSM N.V - Roche Vitaminas*, Res. 22866 del 20 de agosto de 2003 y Res. 25550 del 9 de septiembre de 2003.
- *Promigas - Transportadora de Metano*, Of. 3080469 del 24 de octubre de 2003. Expediente trasladado a la SSPD.
- *Amanco (Pavco) – Amero (Ralco)*, Res. 4861 del 27 febrero de 2004, Res 22338 del 8 de agosto de 2003 y Res. 5013 del 10 marzo de 2004.
- *Eternit (Mexalit) – Colombia*, Res 34712 del 11 de diciembre de 2003 y Res. 2508 del 13 de febrero de 2004.
- *Exxonmobil – Carboquimica*, Res. 4933 del 4 de marzo de 2004 y Res. 8113 del 21 de abril de 2004.
- *Postobón – Quaker*, Res. 16453 del 23 de julio de 2004, y Res. 27920 del 6 de diciembre de 2004.
- *Procter & Gamble – Colgate*, Res.28037 del 12 de noviembre de 2004 y Res. 29807 del 29 de noviembre de 2004.
- *Robin Hood – Meal*, Res. 5487 del 15 marzo de 2005 y Res. 11665 del 23 de mayo de 2005.
- *Valores Simesa y otros*, Res. 29661 del 16 de noviembre de 2005.
- *Televisa – Editora Cinco*, Res. 33268 del 14 de diciembre de 2005.
- *Concretos de Occidente – Holcim*, Res. 35516 del 27 diciembre de 2005 (la SIC no ha resuelto el recurso de reposición interpuesto por las partes.)
- *Sociedades Gases del Norte del Valle . Gases de Occidente*, Oficio 05110623 del 14 de diciembre de 2005. Expediente trasladado a la SSPD.
- *Dupont – Plastilene*, Res. 923 del 24 de enero de 2006 y Res. 14493 del 7 de junio de 2006
- *Cementos del Caribe S.A., Metroconcreto S.A., Concretos de Occidente S.A., Agrecón. Logitrans S.A. (Empresas integrantes del Grupo Argos) - Cementos Andino S.A. - Concrecem S.A.*, Res. 13544 de mayo 26 de 2006.
- *Éxito – Carulla*, Res. 34904 de diciembre 18 de 2006
- *Grupo Gerdau - Acerías Paz del Río S.A.*, Res. 35379 de diciembre 21 de 2006 y Res. 2489 de 2 de febrero 2007.
- *Aga-Fano, Fábrica Nacional de Oxígeno - Cryogas S.A.*, Res. 7805 de marzo 2007.
- *Bavaria, Latin Development Corporation, Cervecería Unión, Maltería Tropical, Cervecería Leona - Productora de Jugos a Gaseosas Posada Tobón*, Res. 9192 de marzo 30 de 2007.
- *Clorox Colombia S.A. – Colgate Palmolive Compañía*, Res. 24374 de 8 de agosto de 2007.
- *Mexichem – Pavco*, **Res. 21345 del 16 de julio de 2007 y Res. 29154 del 14 de septiembre de 2007.**

Concentraciones empresariales de carácter vertical

- *Agribands Purina Colombia– Incubadora del Centro*, Oficio No. 9932461 de 1999.
- *Terminal Marítimo Muelles El Bosque – Operadores Portuarios*, Oficio No. 1102822 de 2001.
- *Siderúrgica Boyacá – Laminados Andinos.*, Oficio No. 1100040 de 2001.
- *Sociedad Centurión – El Olimpo Ltda. y Agrícola Casaloma.*, Oficio No. 1053341 de 2001.
- *Noel – Suizo*, Resolución No. 19313 de junio 25 de 2002.
- *Promotora Bananera – Arizona Investment Corporation* Resolución No.28515 de noviembre 23 de 2004.
- *Productora de Papeles – Carvajal.* Resolución No. 25012 de septiembre 30 de 2004.
- *Suministros de Colombia. – Minerales Industriales.* Resolución No. 29661 de noviembre 16 de 2005.

Concentraciones empresariales no informadas

- *Aviatur – Royal Tour y otros*, Resolución No 21743 del 21 de octubre de 1999.
- *Global Datatel y otros*, Resolución No 29313 del 2 de noviembre de 2002.
- *Stockler – Representaciones Kalima*, Res. 25415 de 2002 y Res. 35713 del 7 de noviembre de 2002.
- *Chevron – Texaco*, Res. 6384 del 23 de febrero de 2003.
- *Tintas – Sinclair*, Res. 8307 del 28 de marzo de 2003. y Res. 19017 del 4 de julio de 2003.
- *Agrí Avícolas Integrados – Superpollo Paisa y otros*, Res. 8315 del 28 de marzo de 2003. y Res. 15917 del 6 de junio de 2003.
- *Andinet – UOL*, Res. 21838 del 2 de septiembre de 2004.
- *Promotora Bananera y otros*, Res. 21820 del 1 de septiembre de 2004. y Res. 28515 del 23 de noviembre de 2003.
- *Industrias Haceb – Icasa*, Res. 21819 del 1 de septiembre de 2004 y Res. 29191 del 29 de noviembre de 2004.

IV. Conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio

- Concepto No. 96023249 de 1996.
- Concepto No. 96046922 de 1996.
- Concepto No. 96048285 de 1996.
- Concepto No. 98052130 de 1998.
- Concepto No. 00071009-01 de 2000.
- Concepto No. 00001365 de 2000.
- Concepto No. 01107902 del 30 de enero de 2002.
- Concepto No. 03017611 14 de mayo de 2003.
- Concepto No. 03003014 de 28 febrero de 2003.
- Concepto No. 03017611 14 de mayo de 2003.
- Concepto No. 03082344 del 26 de septiembre de 2003.
- Concepto No. 05096640 del 5 de diciembre de 2005.

V. Resoluciones de otras autoridades administrativas

- *Avianca – Sam y Aces*, Res. 4888 del 12 de diciembre de 2001 de la UAEAC.
- *Copa Airlines – AeroRepública*, Res. 6444 del 18 de diciembre de 2002 de la UAEAC.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, *El derecho de la competencia en Colombia*, en: Revista de Derecho Económico No. 9, p. 52- 69 (Librería del Profesional, 1989).
- , *El Régimen General de la Libre Competencia*, en CEDEC III, Colección Seminarios N° 10, p. 17 – 48. (Javegraf, 1999).
- ALFONSO MIRANDA LONDOÑO y JUAN DAVID GUTIÉRREZ R., *Compilación de Normas de Derecho de la Competencia en Colombia: Referencias Jurisprudenciales, Concordancias y Anotaciones*, (Cámara de Comercio de Bogotá, 2005).
- ALFONSO MIRANDA LONDOÑO y CARLOS PABLO MÁRQUEZ E., *Intervención pública, regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación*, (Universidad del Quindío y Corporación José Ignacio Márquez, 2005).
- AMBROISE COLIN Y HENRY CAPITANT, *Derecho Civil: Bienes, patrimonio y derechos reales, Volumen 2* (Editorial Jurídica y Universitaria, 2002).
- ANA JULIA JATAR,. *Políticas de competencia en economías recientemente liberalizadas: El caso de Venezuela*. Documento disponible en:
<http://www.procompetencia.gov.ve/politicacompetenciavenezuela.html> [consultado el 10 de mayo de 2005]
- CARLOS ARIEL SÁNCHEZ. Acto administrativo: Teoría General. (Legis, 2004).
- ERNESTO PEÑA QUIÑONES, *Derecho real de dominio o propiedad: Alcances y limitaciones, Tomo III*, (Javegraf, 1994).
- FERNANDO CANCINO RESTREPO, *El postulado de la autonomía de la voluntad*, en: Universitas , No. 52, P. 145 - 170 (1977).
- FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, *Grupo de Sociedades, subordinadas, fusiones, concentraciones, compra de activos*, en: Derecho de la Competencia. (Editorial El Navegante, 1998).
- , *Derecho Societario*, Tomos I y II (Temis, 2002).
- GRETA SPOTA, *Reflexiones en torno a las posibilidades de cooperación internacional en materia de competencia*, en: Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 5, P. 73 – 78. (1998).
- INTERNATIONAL COMPETITION POLICY ADVISORY COMMITTEE (ICPAC). *Final Report*, (2000). Documento disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/icpac/finalreport.htm> [visitado el 7 de septiembre de 2005]
- JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho Administrativo*. (Legis, 2004).

JAIRO RUBIO ESCOBAR, *El control sobre las integraciones empresariales*. Documento disponible en:

http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Articulos/2005/Control_Integraciones_Empresariales.pdf [visitado el 7 de abril de 2006]

PAUL A. SAMUELSON, Y WILLIAM D. NORDHAUS, *Economía*. (McGraw – Hill, 1994).

PHILIPPE BRUSICK. *Mundialización: fomentar la competencia o crear monopolios?*, en Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 11, P. 73 – 78. (2000).

THOMAS SULLIVAN Y JEFFREY L. HARRISON, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, Lexis Nexis, 4º ed., USA, (2003).