



CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN COLOMBIA

ANDRÉS JARAMILLO HOYOS¹

RESUMEN

El presente artículo tiene como propósito ilustrar sobre el estado actual de los conceptos más importantes que contienen las disposiciones acerca del control que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las concentraciones empresariales, así como su posterior desarrollo a partir de su interpretación y aplicación por dicha entidad.

Palabras clave: concentración empresarial; mercado relevante; control; sanciones administrativa.

MERGERS IN COLOMBIA

ABSTRACT

This papers aims to present the current state of the key concepts contained in the rules and procedures regarding the merger con-

¹ Abogado egresado de la Universidad Javeriana y especialista en Derecho de los Negocios en la Universidad Externado de Colombia y Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Javeriana.

trol that the Colombian Competition Authority, the Superintendence of Industry and Commerce, may do, as well as the manner how they have been interpreted and applied by said entity.

Key words: *Merger control; relevant market; control, administrative fines.*

1. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 señala lo siguiente:

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

Por su parte, la Resolución 10930 de 2015 señala lo siguiente:

“Las operaciones empresariales de fusión, consolidación, adquisición de control o concentración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada, deben ser informadas a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando concurren en ellas los siguientes supuestos;”

Lo primero que se aprecia es que mientras la ley habla de fusión, consolidación, adquirir el control o integración, la Resolución no se refiere a integración sino a concentración. Pero pasemos a analizar el concepto:

1.1 EMPRESA

La ley se refiere a empresas. Es decir, las operaciones a las que se está refiriendo la norma son fusiones, consolidaciones, adquisición de control o integración, de empresas.

Respecto a lo que debe entenderse por empresa, mediante Resolución 6384 de 2003, la SIC señaló lo siguiente:

“Como primera medida debemos establecer la noción de empresa, entendida ésta, como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios,¹⁰⁰ 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.

A este respecto, ha expresado la doctrina que, “los artículos 25 y 515 del código de comercio instituyen la triada estructural de la empresa a través del prisma del derecho mercantil, a saber:

“a) El empresario, o sea, el titular de los bienes materiales e inmateriales destinados a la actividad empresarial y sujeto de derechos y obligaciones que surgen en desarrollo de las mismas.

“b) La actividad económica, organizada por el empresario con la finalidad de producir bienes o de prestar servicios, y

“c) El establecimiento o conjunto de elementos materiales e inmateriales integrados y combinados por el empresario conforme a un plan predeterminado, para llevar a cabo la actividad económica organizada.

“Estos tres elementos jurídicamente identificados han de coexistir siempre en razón de que son estructurales de la empresa. Si falta alguno, o todos tres no están coordinados y armonizados, la configuración de la empresa resulta imposible porque tal trinomio es indisociable.”¹⁰¹

“La empresa es ante todo un círculo de actividades regido por la idea organizadora del empresario actuando sobre un patrimonio y dando lugar a relaciones jurídicas y a otras de puro hecho. La empresa es un concepto dinámico mientras que su patrimonio es un concepto estático. Y, además, toda empresa en funcionamiento es un conjunto dinámico de elementos heterogéneos integrados por cosas corporales, derechos y relaciones materiales de puro hecho. Más esta organización no es ni sujeto de derecho, ni universalidad de hecho o de derecho, ni una individualidad jurídica (...)”

Desde un punto de vista económico a la empresa se le considera como “... un conjunto de individuos reunidos con el fin de producir algo, es decir;

convertir los insumos o recursos en bienes deseados”, o como una “... organización que convierte los insumos en productos.”

Por lo tanto, en principio las operaciones a las que se refiere la norma serían aquellas que se refieran a un “*establecimiento o conjunto de elementos materiales e inmateriales integrados y combinados por el empresario conforme a un plan predeterminado, para llevar a cabo la actividad económica organizada.*”

A pesar de lo anterior, la SIC ha considerado que hay integraciones empresariales en operaciones que se refieren a la simple compra de activos individualmente considerados, como compra de máquinas, de marcas, o de activos que no se encuentran organizados para llevar a cabo una actividad económica determinada.²

1.2 FUSIÓN

Ahora bien, respecto a las operaciones que deben considerarse una integración, como se dijo, la norma legal señala que ellas son la fusión, la cual, según el artículo 172 del Código de Comercio, se presenta cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

El concepto de fusión en el Código de Comercio está limitado a sociedades y no se extiende a empresas que es a lo que se refiere la ley de competencia.

Al trasladarlo a este asunto, debería entenderse entonces como la unión de dos o más establecimientos o conjunto de elementos materiales e inmateriales integrados y combinados para llevar a cabo una actividad económica organizada, los cuales pertenecen a diversos empresarios, bien sea uniéndolos a uno de esos conjuntos de bienes organizados o creando uno nuevo.

² Así por ejemplo, las Resoluciones Nos. 04861 del 27 de febrero de 2004, 33268 de 2005, 019729 de 2008 y 029154 de 2007, Así por ejemplo, Resolución No. 35516 del 27 de diciembre de 2005.

1.3 CONSOLIDACIÓN

La otra forma de integración es la consolidación. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consolidarse significa:

- “1. *tr.* Dar firmeza y solidez a algo.
2. *tr.* Convertir algo en definitivo y estable. Consolidar un derecho.
3. *tr.* Reunir; volver a juntar algo quebrado o roto, de modo que quede firme.
4. *tr.* Asegurar del todo, afianzar más y más algo como la amistad, una alianza, etc.
5. *tr.* Econ. Integrar en uno solo los balances de una sociedad matriz con los de sus empresas filiales.
6. *prnl. Der.* Reunirse en un sujeto atributos de un dominio antes disgregado.”

De acuerdo con concepto de la SIC, consolidarse es adquirir el control de una empresa, sobre la que ya se tenía participación, mediante la transferencia de activos netos.³

1.4 TOMA DE CONTROL

La otra forma de concentración es la toma de control. El control es definido por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 en los siguientes términos:

“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.”

3 Concepto No. 96048285 de 1996 de la SIC.

El concepto de consolidación y el de toma de control ponen de presente varias discusiones interesantes:

1.4.1 El control societario y el control competitivo

De acuerdo con el artículo 260 del Código de Comercio, reformado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, “*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*”.

De conformidad con el numeral primero del artículo 261 del Código de Comercio, se presume la existencia de subordinación en los siguientes casos:

- a. 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 estas. Al tener ese porcentaje del capital social se supone que la matriz puede tomar decisiones en el máximo órgano social y las mismas no pueden posteriormente ser modificadas por los demás accionistas.
- b. En todo caso, cabe la posibilidad de que 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 requieran una mayoría calificada, caso en el cual no se presentaría el control, para efectos de integraciones o que esas decisiones le correspondan a otro órgano social.
- c. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos que constituyan la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea de accionistas. lo cual supone que independientemente de tener la mayoría del capital, quien controla puede tomar

- las decisiones en el máximo órgano social y las mismas no pueden ser reversadas por ese órgano.
- d. En este caso, la posibilidad de que no se de control en términos de integraciones empresariales solamente se presentaría si las decisiones sobre 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 sean competencia de otro órgano social.
 - e. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva, lo cual supone que aunque no se tenga la mayoría accionaria, si se puede elegir la mayoría de la Junta, de forma tal que en ese órgano social, supuestamente los elegidos por quien sería el controlante, votarían en el sentido en que ese controlante indique y que, como en cualquier elección de Junta, el controlante elegirá la mayoría de ese órgano social, las decisiones tomadas por esa Junta, se mantendrán.
 - f. Obsérvese que la Ley 222 de 1995 sustituyó la norma anterior que hacía referencia a tener la mayoría mínima decisoria en las Juntas, por tener la mayoría requerida para elegir a la mayoría de miembros de Junta Directiva, lo cual muestra que el legislador tuvo presente dos cuestiones: (i) que la mayoría decisoria en una Junta depende del quórum, lo que hacía que el supuesto de control no fuese permanente sino que variara de acuerdo a los asistentes a una Junta, y; (ii) que los administradores no son representantes de un socio o accionista en particular, por lo que resultaba extraño considerar que un socio tenía la mayoría de una Junta.
 - g. Para efectos de concentraciones empresariales, se requiere que las decisiones sobre 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, sean competencia de la Junta Directiva.

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

Lo primero que debe recordarse es que estas son presunciones de hecho, por lo que admiten prueba en contrario.

En segundo lugar, se observa es que el control societario supone que la matriz puede tomar las decisiones unilateralmente y con vocación de permanencia o estabilidad.

Sin embargo, la SIC con fundamento en lo que se ha denominado el control negativo, el cual se fundamenta en el aparte de la definición de control del Decreto 2153 de 1992 que señala que control es “*La posibilidad de influenciar directa o indirectamente*”, ha concluido que la concentración por toma de control puede verificarse a pesar de que no se obtengan mayorías que permitan tomar decisiones unilateralmente sino por el hecho de adquirir o tener porcentajes que permitan bloquear decisiones. Así, en la Resolución 5545 de 2014, la SIC señaló:

“Por ello, lo crucial para que exista control desde el punto de vista del derecho de la competencia no es el cumplimiento de los presupuestos del Código de Comercio para que exista control corporativo, sino el hecho de que determinada empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra en el mercado, lo cual algunas veces coincidirá con un control corporativo, pero otras veces no.

“De lo anterior se colige que la existencia de control desde la perspectiva del derecho de la competencia no necesariamente genera los efectos propios de la subordinación o control en el derecho de sociedades, como lo son, entre otras, las inscripción del vínculo de control en el registro mercantil de la sociedad controlada; consolidación de los estados financieros de las entidades vinculados; prohibición de la imbricación;

la acumulación procesal en caso de concurso de compañías vinculadas y la responsabilidad de las matrices en relación con ciertas obligaciones de la subordinadas. Esto en la medida en que, se repite, una empresa puede tener la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra en el mercado, pero no necesariamente cumplir con los presupuestos del artículo 261 del Código de Comercio, o de cualquier forma someterla a su voluntad. “

“(…)

“La OCDE ha reconocido las siguientes situaciones en las que los accionistas con participación minoritaria tienen la posibilidad de influenciar la administración de la sociedad y, por consiguiente su desempeño competitivo, de manera independiente o conjunta con otros accionistas.

- (i) Cuando la participación minoritaria le otorga al accionista el derecho de determinar la estrategia comercial de la empresa (como por ejemplo, la facultad de nombrar más de la mitad de los miembros de los órganos de administración), o cuando es muy probable que la participación minoritaria le otorgue al accionista una mayoría de facto en las reuniones de accionistas (e.g.) si el restante de las acciones está ampliamente dispersas en muchos inversionistas).*
- (ii) Cuando los estatutos de una sociedad requieren una mayoría calificada o especial para adoptar decisiones comerciales estratégicas de la empresa. En estos eventos, aunque la participación minoritaria no le otorga al accionista el poder de adoptar las decisiones comerciales estratégicas, si es suficiente para conferirle al accionista minoritario un derecho de veto sobre dichas decisiones y, por ende, le otorga un control negativo.*
- (iii) En los eventos en donde un accionista minoritario no puede, de manera individual y exclusiva, controlar la adopción de decisiones comerciales estratégicas, pero puede impedir que otros accionistas adopten dichas decisiones, se configura una situación de control conjunto. El control conjunto se evidencia, principalmente en dos situaciones: (i) cuando los estatutos o acuerdos de accionistas le otorgan a uno o más accionistas minoritarios la facultad de influenciar el comportamiento comercial de la empresa (e.g. derecho de veto); y (ii) cuando, en la ausencia de derechos específicos, dos o más accionistas minoritarios reúnen la mayoría de los derechos de voto y actúan de manera conjunta en el ejercicio de estos derechos.”*

Igualmente ha sostenido que ese control competitivo negativo puede tenerse inclusive a través de figuras contractuales y sobre empresas y no sobre sociedades. Así, en Resolución 3085 de 2015, la SIC manifestó:

“Para efectos de determinar la existencia de control competitivo, esta Superintendencia no tiene que demostrar que el presunto controlante efectivamente haga uso de la influencia que tiene sobre la empresa, ni demostrar que la ha ejercido en el pasado. Por ende, es suficiente con que la posibilidad de influenciar exista para que se configure el control en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

“Dicha influencia se puede configurar, o bien porque una empresa adquirió control corporativo sobre otra y tiene la facultad de tomar por sí misma todas las decisiones competitivas de la compañía (control positivo), o bien porque, a pesar de no tener un control positivo, tiene la posibilidad de influenciar las decisiones que afectan o determinan la manera que la empresa compite en le mercado, por ejemplo impidiendo o requiriendo su aval para que la empresa opere y tome algunas decisiones estratégicas para su funcionamiento en el mercado (control negativo).”

14.2 El control conjunto

Como lo señala la Ley 222 de 1995, el control puede ser ejercido por una o más personas.

Sobre la aplicación del control conjunto sostuvo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección B, en sentencia del 7 de junio de 2001, lo siguiente:

“(…) se presenta en consecuencia, el control conjunto cuando una pluralidad de personas controlan una o más sociedades, manifestando una voluntad de actuar en común diferente a la affectio societatis, mediante circunstancias tales como la participación conjunta en el capital de varias empresas, la coincidencia en los cargos de representación legal, la actuación en conjunto en los órganos sociales, las cuales deben ser apreciadas en conjunto”.

Sobre el particular, la Superintendencia de Sociedades y la de

Valores en Resolución conjunta No. 661-1333 de 24 de septiembre de 1999 explicaron, sobre el control conjunto lo siguiente:

*“En el caso que nos ocupa interesa de manera especial el denominado control conjunto. Como claramente lo señala el transcrito artículo 260, el control puede ser ejercido por una persona o por un conjunto de personas. El control conjunto se puede apreciar de diferentes maneras que evidencien la voluntad de actuar en común, como una motivación que va más allá de la *afectio societatis* propia de toda sociedad comercial. Mientras que ésta se concreta en la intención de formar una sociedad en situación de igualdad jurídica (cualitativa) y de colaborar para que ella logre la realización de la finalidad común, en aquélla lo que se evidencia es que una pluralidad de asociados expresan reiteradamente una ‘única voluntad’, aunque cada socio conserva sus derechos y obligaciones propias. Se trata de analizar en cada caso la existencia de circunstancias que demuestren una actuación ‘en bloque’ o la presencia de un interés común adicional a la *afectio societatis* que permita aplicar los supuestos de control a un conjunto de personas que se ubiquen en la relación de subordinación como controlantes.”*

Como se aprecia el Tribunal y las Superintendencias mencionadas señalan que debe existir una manifestación de voluntad en virtud de la cual las varias personas deciden actuar en común.

A diferencia de lo anterior, en la Resolución 5545 de 2014, la SIC señaló:

*“Por último, este Despacho debe advertir que el concepto de control conjunto en el derecho de la competencia es distinto al concepto que se tiene de este término en el derecho de sociedades. En el derecho de sociedades se presenta el control conjunto cuando una sociedad se encuentra sometida a la voluntad de una pluralidad de personas, manifestando una voluntad de actuar en común distinta de *afectio societatis*. Sin embargo, a diferencia del derecho de la competencia, el derecho de sociedades no prevé que un derecho de veto de un accionista minoritario sobre decisiones estratégicas para el desempeño competitivo de una empresa de lugar a control conjunto. Mientras que en materia societaria el control conjunto llevará inmerso el actuar común de dos personas frente a la política empresarial de una sociedad, en materia de competencia el control conjunto implica*

que varias personas tengan la posibilidad de influenciar, bien actuando conjuntamente o de forma independiente, decisiones que afectan el desempeño de una empresa en el mercado, como es el caso, se repite, de un derecho de veto en cabeza de un accionista minoritario para tomar una decisión sobre estrategia competitiva.”

Como se aprecia, para la SIC, el hecho de que por la existencia de mayorías calificadas para tomar determinadas decisiones dentro de la asamblea de accionistas de una sociedad se requiera el voto de una persona, implica que entre ella y los demás accionistas, existe un control conjunto.

Considero que ello es errado porque para poder hablar de control conjunto debe existir algún acuerdo entre los accionistas para votar en el mismo sentido determinadas decisiones y bajo el entendido que con el voto de los agentes que tienen ese acuerdo, se pueden tomar las decisiones sin la voluntad de ninguna otra persona.

Si no existe el acuerdo para votar conjuntamente no hay control conjunto. Esa posición de la SIC implica que en todas las sociedades en las que no hay control individual, siempre habrá control conjunto, puesto que para tomar decisiones en esas sociedades debe llegarse a un acuerdo entre los accionistas, dado que ninguno puede imponerlas.

Al parecer la SIC confundió control conjunto con control negativo.

1.4.3 El control negativo y el paso al positivo

Otro aspecto controversial es el relativo a la obligación de informar o notificar la adquisición de control negativo y si después de autorizado el mismo, al adquirir el denominado control positivo, resulta necesario volver a informar o notificar tal cambio de control.

Sobre la obligación de informar la adquisición de controles negativos, el doctor Felipe Serrano Pinilla señala en su artículo “El Concepto de “Control” en el Régimen Colombiano de Integraciones Empresariales y

sus implicaciones frente a la adquisición de Participaciones Minoritaria”, afirma que si existe tal obligación en los siguientes términos:

“Ahora bien, cuando no existe control corporativo de una empresa sobre otra (es decir no son un solo agente del mercado), pero sí control negativo desde el punto de vista del derecho de la competencia, puede ocurrir que el controlante tenga algunos puestos en la junta directiva de la controlada, sin que adquiera la mayoría de votos en la misma. La adquisición de estos derechos debe ser informada o notificada a la SIC si cumple con los demás requisitos de los supuestos subjetivo y objetivo para informar integraciones empresariales.”

En relación con la obligación de informar el paso de control negativo a positivo, la SIC en la Resolución 3085 de 2015 señaló:

“Ahora bien, teniendo en cuenta que se encuentra demostrado que TERPEL tiene control negativo sobre sus EDS afiliadas, surge la pregunta frente a la obligación que tendría de informar una eventual operación de integración en la que adquiera el control positivo de alguna EDS. La respuesta es afirmativa. En la Resolución 32184 de 2014, la SIC fue clara en señalar que los cambios de control negativo a control positivo deber ser informados a la autoridad, en la medida en que configuran cambios en el poder que tiene una persona jurídica o natural sobre otra. Mientras que en el control negativo la persona puede tener influencia sobre algunas decisiones de estrategia competitiva de la empresa controlada, en el control positivo tiene la facultad de operar la empresa en el día a día, además de tomar la mayoría de las decisiones que afectan la forma en que compete en el mercado, ejerciendo ahora sí una influencia dominante.”

Otro aspecto que debe analizarse para efectos de determinar si se da o no una integración empresarial es la vocación de permanencia y estabilidad de la operación.

En efecto, la SIC ha señalado que esta se da cuando la operación permita que dos empresas que compiten en un mercado, actúen **de manera permanente** bajo un órgano único de gestión.⁴

El punto complicado de definir es qué se entiende por “permanente”. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, permanente es:

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

- “1. *adj. Que permanece.*
2. *adj. Sin limitación de tiempo.*”

Igualmente, en la Resolución 4851 de 29013 la SIC señaló que la operación debe tener vocación de permanencia y eliminación de la competencia.

De acuerdo con dicha definición, si la operación que permite la toma de control o consolidación tiene un plazo determinado, no habría permanencia.

La dificultad en este aspecto es determinar cuánto tiempo se considera suficiente para sostener que se trata de una integración.

Evidentemente cada mercado en particular tiene condiciones diferentes que hacen que un determinado lapso de tiempo pueda considerarse suficiente para sostener que hay una permanencia y eliminación de la competencia, mientras que ese mismo periodo de tiempo no sea suficiente para sostener que hay permanencia.

Por último, y no por ello menos importante es determinar si para que pueda hablarse de concentración empresarial, las empresas involucradas deben actuar en el mismo mercado relevante.

En efecto, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 señala:

“Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, (...)”

“(...)”

“En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, (...)”

En la Resolución 10930 de 2015 se define la cadena de valor en los siguientes términos:

“Se entiende por cadena de valor: el conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido es una actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera. Cada actividad o eslabón le agrega sucesivamente valor al producto, desde su creación hasta que llega al consumidor final.”

Las normas contables no definen qué es un insumo. Sin embargo, si contienen el concepto de costos, los cuales representan erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la adquisición o la producción de los bienes o la prestación de los servicios, de los cuales un ente económico obtuvo sus ingresos.

De acuerdo con este concepto, podría afirmarse que si una empresa produce un bien o servicio que es un costo de otra, ambas se encuentran en la misma cadena de valor y por lo tanto, en el mismo mercado relevante.

Normalmente la SIC define el mercado relevante para efectos de determinar los efectos de la operación, pero no lo hace con el fin de analizar si la operación que se realiza es o no una concentración empresarial.

Sin embargo, en oficio No. 12-098436-00002-0000 del 16 de junio de 2012 la SIC consideró que como quiera que las empresas intervinientes en la operación participaban en mercados geográficos diferentes, el hecho de que una le entregara la totalidad de activos necesarios para la prestación de servicios y la cediera los contratos con los clientes que tenía en el mercado geográfico en el que ella actuaba, no implicaba una concentración empresarial. Lo anterior resulta lógico puesto que lo único que sucede con una operación como la descrita es el cambio de un agente por otro pero no una concentración de empresas en el mercado por la unión de dos agentes.

2. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Como se dijo, la SIC analiza el mercado relevante para identificar los participantes, las cuotas de participación y los posibles efectos de la operación.

La determinación del mercado relevante implica tres decisiones técnicas y objetivas fundamentales: (a) de una parte la definición del producto (entendiendo por éste el bien o servicio de que se trate); de otra (b) la definición técnica y objetiva del espacio geográfico a ser analizado y (c) de tiempo en el que se analiza el mercado.

2.1 LA DEFINICIÓN DEL MERCADO DE PRODUCTO

La SIC ha considerado que el mercado relevante *“permite determinar los bienes o servicios entre los que pueden presentar una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian, lo cual se deriva, entre otros elementos de análisis, de la evaluación sobre la sustituibilidad entre los distintos productos ofrecidos y demandados.”*⁵

Desde el punto de vista de los productos, la definición del mercado relevante requiere de un análisis adecuado del producto o servicio afectado, su naturaleza, uso, precios, características y productos sustituibles. Atendiendo parámetros utilizados por autoridades como la Comisión Europea⁶, la SIC evalúa los pro-

5 Cita de las siguientes decisiones proferidas por la SIC: Resolución 0255 del 14 de enero de 2010 página 7. Resolución 29937 del 11 de junio de 2010. página 10.

6 Véase Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”, Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013. (“36. *En una primera etapa, un análisis de las características de los productos y de sus utilidades previstas permite a la Comisión limitar el ámbito de investigación de los productos de sustitución. Sin embargo, las características de los productos y sus utilidades previstas no bastan para concluir que dos productos son sustitutivos desde el punto de vista de la demanda. La intercambiabilidad de funciones y la similitud de características pueden no constituir en sí criterios suficientes, ya que la reacción de los consumidores a una variación de los precios relativos también puede deberse a otros factores. Por ejemplo, el mercado de componentes de automóviles y de piezas de recambio originales [sic] puede estar sujeto a distintas presiones desde el punto de vista de la competencia, lo que llevará a distinguir entre dos mercados pertinentes. Inversamente, las diferencias en las características de*

ductos o servicios en términos de características, usos y precios⁷. En dicho análisis tiene en cuenta además el procedimiento de fabricación y distribución, la población objetivo y los hábitos de consumo, entre otros elementos.

2.2 LA DEFINICIÓN DEL MERCADO GEOGRÁFICO

La determinación del mercado relevante también requiere una definición geográfica. La Comisión Europea ha definido el mercado relevante geográfico en los siguientes términos:

*“8. El mercado geográfico de referencia se define como sigue:
«El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.»⁸*

La SIC ha definido el mercado relevante geográfico en los mismos términos en varias decisiones en materia de control previo de integraciones empresariales⁹.

los productos tampoco bastan en sí mismas para afirmar que no existe ninguna sustituibilidad de la demanda, dado que ésta dependerá en gran medida de la forma en que los consumidores valoren las diferentes características.”)

- 7 Véase las siguientes decisiones proferidas por la SIC: Resolución 0255 del 14 de enero de 2010, página 7 y siguientes. Resolución 29937 del 11 de junio de 2010. página 10 y siguientes.
- 8 Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”, Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013.
- 9 Véase las siguientes decisiones proferidas por la SIC: Resolución 0255 del 14 de enero de 2010, páginas 15 y 16. Resolución 38171 de del 27 de Julio de 2010, páginas 19 y siguientes.

2.3 DEFINICIÓN TEMPORAL DEL MERCADO

Otro punto que debe revisarse al momento de definir el mercado relevante es el factor temporal. En efecto, como lo explica el autor Jaume Pellisé Capell en su obra, “La explotación abusiva de una posición dominante”:

“Sobre todo desde que irrumpió con fuerza en la doctrina la idea de la competencia potencial¹⁰, los autores suelen señalar, de forma expresa o tácita, que la delimitación de un mercado nunca debe perder de vista el factor temporal, pues los mercados lejos de ser instituciones estáticas, son profundamente dinámicos y es normal que su configuración funcional y especial varíe con el tiempo. Por ello, la situación competitiva de un mercado debe apreciarse en un espacio temporal que tenga la amplitud precisa, para permitir calibrar con la mayor corrección posible la dimensión dinámica de la competencia de ese mercado¹¹. Piénsese, por ejemplo, en la importancia que el factor tiempo juega en la elasticidad de la oferta y de la demanda¹²; o en la relevancia que tiene a la hora de calibrar

10 [PIE DE PÁGINA 555 DELTEXTO ORIGINAL] “WILLIAN J. BAUMOL, JOHN C. PANZAR y ROBERT D. WILLIG: «On the Theory of Perfectly-Contestable Markets» en JOSEPH E. STIGLITZ & G. FRANK MATHEWSON: “New Developments in the Analysis of Market Structure”, London: Mcmillan press, 1986, págs. 339 y ss. También en *Contestable Markets and the theory of industry Structure*, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982; y BILEY: *Contestability and the Design of Regulatory and antitrust Policy*, 71 *American Economics Review*, 178, 183 (1981). En el plano jurídico ver también WHISH., Ídem, págs. 11 y ss.”

11 [PIE DE PÁGINA 556 DELTEXTO ORIGINAL] “Véanse VILÀ COSTA: El «abuso de posición dominante» en la CEE. Colección Cuadernos de administración pública, Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1979; pág. 126. WHISH: *Competition Law*, London/Edimburgh: Butterworths, 1993, pág. 289.”

12 [PIE DE PÁGINA 557 DELTEXTO ORIGINAL] “CASAS PARDO: *Curso de economía*. Madrid, 1981, pág. 507. Los economistas entiende [sic] que el factor tiempo es decisivo a la hora de contemplar la elasticidad de la oferta y de la demanda. En efecto, un comprador no pagará lo mismo si, necesitando el producto, dispone de tiempo para comprar que si no lo tiene; en el segundo caso deberá pagar más. E igualmente ocurre con la oferta, si se considera a muy corto plazo (en el presente), estará integrada sólo por los bienes ya fabricados en poder de las empresas; si se contempla a corto plazo, estará integrada por los bienes ya

mercados de productos fuertemente estacionales o perecederos, como son, por ejemplo, los de ciertas frutas de estación o los de productos de moda que varía fácilmente con el tiempo¹³; o en las variaciones que pueden operarse en la extensión geográfica de una empresa o de una industria en expansión o en retracción, según el momento o el lapso temporal en que sea contemplada; etc. De ahí que la delimitación del mercado relevante exija también una cautelosa determinación del segmento temporal en el que deberá enmarcarse el mercado y valorar después la posición de dominio. (...)

La importancia del factor tiempo ha sido reconocida por la doctrina comunitaria. En el Enésimo Informe General de la CECA [Comunidad Económica del Carbón y el Acero] la Comisión subrayó la importancia el factor temporal, al reconocer la imposibilidad de delimitar el mercado relevante de una vez para todas¹⁴.¹⁵ (subrayado fuera de texto)

Una vez la autoridad define el mercado relevante en sus tres ámbitos –producto, geográfico y temporal– la autoridad entra a analizar el grado de competencia que se presenta en el mismo y las posibles consecuencias que la operación tendría para esa competencia.

Para tal efecto, identifica los competidores existentes y los potenciales, los consumidores del producto, las barreras de entrada y de salida al mercado definido. Dentro de los análisis relativos a los competidores y consumidores un elemento clave consiste en la determinación la capacidad de reacción de estos frente a las

fabricados más la nueva producción que puedan ofertar las empresas sin necesidad de variar sus capacidades productivas; y, finalmente, a largo plazo la oferta no sólo debe considerar las existencias y la capacidad de producción de las empresas existentes, sino también los posibles cambios de la capacidad productiva de las empresas ya instaladas, y la posible variación del número de empresas establecidas en la industria (Ibidem).”

- 13 [PIE DE PÁGINA 558 DELTEXTO ORIGINAL] “VILÀ COSTA: Ibidem, pág. 126.”
- 14 [PIE DE PÁGINA 561 DELTEXTO ORIGINAL] “*Enésimo Informe General de la CECA*, pág. 358.”
- 15 CAPELL PELISÉ, Jaume. “La Explotación Abusiva de la Posición Dominante”. Editorial Civitas, 2005, páginas 157 y 158.

conductas que pudieran ser desplegadas por la empresa que quedaría una vez se realice la operación.

3. DEBER DE INFORMAR O NOTIFICAR UNA OPERACIÓN

El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, establece que “... *las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor...*”, deberán **informar** a la SIC, sobre las operaciones “... *que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse*”, siempre y cuando se cumplan con las siguientes condiciones:

- Que las empresas en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la SIC,¹⁶ o
- Que las empresas, al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada hayan tenido, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la SIC;¹⁷

Para efectos de determinar los activos e ingresos que deben considerarse con el fin de determinar si se cumplen con los umbrales antes mencionados, la Resolución 10930 de 2015 señala:

Para determinar los ingresos operacionales a que se refiere el literal anterior, únicamente se tendrán en cuenta aquellos obtenidos en el territorio nacional, tanto por las empresas intervinientes, como por aquellas empresas que cumplan las siguientes condi-

16 Actualmente cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

17 Actualmente cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ciones: i) se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control con las empresas intervinientes; y ii) desarrollen la misma actividad económica o se encuentren en la misma cadena de valor de las empresas intervinientes.

Para determinar los activos totales a que se refiere el literal b) del presente numeral, se tendrán en cuenta aquellos ubicados en el territorio nacional, tanto de las empresas intervinientes, como de aquellas empresas que cumplan las siguientes condiciones: i) se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control con las empresas intervinientes; y ii) desarrollen la misma actividad económica o se encuentren en la misma cadena de valor de las empresas intervinientes.

Cuando las empresas intervinientes participen en el mercado colombiano exclusivamente a través de exportaciones hacia Colombia, y no tengan ingresos operaciones o activos totales en el territorio nacional, se deberán contabilizar los activos totales e ingresos operaciones de dichas empresas en el extranjero, y los de aquellas que cumplan las siguientes condiciones: i) se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control con las empresas intervinientes; y ii) desarrollen la misma actividad económica o se encuentren en la misma cadena de valor de las empresas intervinientes.

Para las empresas intervinientes que participen en el mercado únicamente a través de establecimientos permanentes en los términos del Estatuto Tributario Colombiano, de tal forma que no tengan una persona jurídica constituida en el territorio nacional, se deberán contabilizar los activos totales e ingresos operacionales vinculados a dichos establecimientos.

Así mismo, se deberán contabilizar los ingresos operaciones obtenidos en el territorio nacional y los activos totales ubicados en el territorio nacional de las empresas que cumplan las siguientes condiciones: i) se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control con las empresas intervinientes; y ii) desarro-

llen la misma actividad económica o se encuentren en la misma cadena de valor de las empresas intervinientes.

En el evento de que una empresa colombiana tenga ingresos por exportaciones a otros países, la Resolución no aclara si esos ingresos deben considerarse para efectos de determinar si se cumple con el umbral.

Si se acude a las normas tributarias podría argumentarse que los ingresos por exportaciones son ingresos de fuente no nacional y por lo tanto no obtenidos en el territorio nacional.

Adicionalmente, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 establece que se **entenderá autorizada la operación proyectada** en los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las anteriores condiciones¹⁸, pero que en conjunto cuenten con una participación en el mercado relevante que sea inferior al 20%. En este caso, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 dispone que las intervinientes únicamente deberán **notificar** a la SIC sobre la operación que se proyecta realizar.

La Ley no precisa si la notificación debe ser previa o posterior a la integración, aunque la expresión “*se entenderá autorizada*” da a entender que podría ser notificada inclusive después de haberse realizado. Sin embargo, en el numeral 3.1 de la Resolución 10930 de 2015 se señaló lo siguiente:

“3. Trámite de notificación de concentraciones económicas

3.1 Operaciones sujetas a este trámite

Estarán obligadas a notificar una operación de concentración a la Superintendencia de Industria y Comercio, con anterioridad a su ocurrencia, las empresas intervinientes que: (...)”

La Resolución 10930 de 2015 establece que las empresas pueden realizar la operación sin necesidad de esperar respuesta de la SIC.

18 Es decir, respecto del valor individual o conjunto de los ingresos operacionales o respecto del valor individual o conjunto de los activos totales

Finalmente la Ley 1340 de 2009 establece que las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

En una época la SIC consideró que las operaciones entre empresas del mismo grupo empresarial estaban exentas del deber de notificación pero no del de ser informadas.

Afortunadamente, la Resolución 10930 de 2015 estableció que además de las operaciones entre empresas que no cumplieran con los umbrales económicos, también estaban exentas del deber de informar o notificar las siguientes:

- “a) Las operaciones de concentración en las que las intervinientes se encuentren subordinadas a un mismo agente de mercado, por encontrarse en una de las situaciones descritas en el artículo 261 del Código de Comercio.*
- b) Las operaciones de concentración en las que exista relación de subordinación entre las intervinientes, por encontrarse en una de las situaciones descritas en el artículo 261 del Código de Comercio.”

Obsérvese que la ley habla solamente de empresas que pertenecen al mismo Grupo Empresarial, pero la Resolución, con absoluta lógica excluyó las realizadas entre empresas entre las que exista control societario.

Lo anterior puesto que evidentemente si ya existe un control, ya no puede hablarse de dos agentes independientes en el mercado, supuesto necesario para poder hablar de integración.

4. CONSECUENCIAS DE INCUMPLIR EL DEBER DE INFORMAR O NOTIFICAR

Ejecutar la operación sin haber obtenido la autorización o no objeción por parte de la SIC o sin notificarla puede generar la imposición de multas para cada una de las intervinientes hasta por una suma equivalente a 100.000 SMLMV y de hasta 2.000 SMLMV para los representantes legales.

Adicionalmente, la SIC tendría las facultades para:

- a. Ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la operación;
- b. Ordenar, como medida definitiva, la terminación de la operación.

¿Las normas cumplirán el requisito de tipicidad y legalidad?

Como se ha visto, realizar una integración empresarial sin obtener autorización o haber notificado a la SIC de manera previa puede dar lugar a una sanción.

Así mismo, hemos explicado que el concepto de lo que se considera una integración empresarial no es el más preciso.

El artículo 6 de la Constitución Política señala que los particulares solamente son responsables por la infracción de la ley y el artículo 29 de la misma norma establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado:

*“Tanto en materia penal como disciplinaria, **la garantía constitucional del principio de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas**, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la*

Carta, bien sea porque no determine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación. El mandato contenido en el artículo 29 de la Carta Política exige al legislador definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas disciplinariamente, el señalamiento anticipado de las respectivas sanciones, el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales para la investigación y la definición de las autoridades competentes que dirijan y resuelvan sobre la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios investigados.”¹⁹ (Subrayado fuera del texto).

Sobre este punto ha sostenido igualmente la Corte Constitucional:

“Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa” (se subraya).²⁰

La Corte ha reiterado así mismo que el principio de legalidad no permite que la administración sea quién determine el fundamento de sanciones que ella misma pueda imponer a los particulares. En este sentido, en sentencia C-827 de 2001, la Corte anotó:

“Así mismo, ha señalado la Corte que “la definición de un infracción debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado”.²¹ En ese orden de ideas ha destacado que “Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un

19 Sentencia C-653 de 2001, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

20 Corte Constitucional. Sentencia C-597 de noviembre 6 de 1996. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-1161 de 2000. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa”.²²

*“Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir “también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas”.²³ “Las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferirse al Gobierno una facultad abierta en esta materia”.*²⁴

En mi opinión, la constante evolución de lo que debe entenderse por integración empresarial, mediante decisiones de la autoridad administrativa y no del legislador, ponen de presente que la ley no cumplió con el principio de tipicidad, y que la definición de cuál es la conducta sancionable, ha quedado en manos de la administración, con lo cual se desconoce el principio de legalidad.

22 Corte Constitucional. Sentencia C-597 de noviembre 6 de 1996. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

23 Corte Constitucional. Sentencia C-417 de octubre 4 de 1993. Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte No 3. En el mismo sentido ver la Sentencia C-280 de junio 25 de 1996. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

24 Corte Constitucional. Sentencia C-827 de agosto 8 de 2001. Magistrado ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.