

**LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES Y SU RELEVANCIA EN EL DERECHO A  
LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA**

**MANUELA BETTIN MONROY**

**ANTONIA VÉLEZ MURILLO**

**Monografía para optar al título de abogado**

**Asesor**

**Juan Esteban Vélez Villegas**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLÍN**

**2020**

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

---

Firma presidente del jurado

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

Medellín, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

## TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN .....	4
<b>1. INTEGRACIONES EMPRESARIALES.....</b>	<b>6</b>
1.1. ¿QUÉ SON LAS INTEGRACIONES? .....	6
1.2. TIPOS DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES.....	8
1.2.1. <i>Integración Vertical</i> .....	8
1.2.2. <i>Integración Horizontal</i> .....	9
1.2.3. <i>Conglomeración de Sociedades</i> .....	10
1.3. DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN.....	11
1.3.1. <i>Figura de fusión</i> .....	11
1.3.1.1. <i>Tipos de fusiones</i> .....	13
1.3.1.2. <i>Procedimiento para realizar una fusión por absorción o por creación</i> .....	17
1.3.1.3. <i>Protecciones que se derivan de la fusión</i> .....	21
1.3.2. <i>Figura de adquisición</i> .....	24
1.3.3. <i>Figura de compra global de activos y pasivos</i> .....	25
1.3.4. <i>Figura de situación de control y grupo empresarial</i> .....	28
<b>2. DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA .....</b>	<b>31</b>
2.1. PRINCIPIO DE LIBERTAD ECONÓMICA.....	31
2.2. LIBERTAD DE COMPETENCIA .....	32
2.2.1. <i>Ley 155 de 1959</i> .....	39
2.2.2. <i>Decreto 1302 de 1964 – reglamento del artículo 4 de la ley 155 de 1959</i> .....	42
2.2.3. <i>Constitución política de 1991</i> .....	44
2.2.4. <i>Decreto 2153 de 1992</i> .....	46
2.2.5. <i>Ley 1340 de 2009</i> .....	47
2.3. ESTRUCTURAS DE MERCADO.....	49
2.3.1. <i>Noción del mercado</i> .....	49
2.3.2. <i>Componentes del mercado</i> .....	50
2.3.3. <i>Competencia de mercados</i> .....	51
2.4. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA .....	55
2.4.1. <i>Acuerdos Anticompetitivos</i> .....	58
2.4.2. <i>Actos Anticompetitivos</i> .....	59
2.4.3. <i>Abuso de Posición Dominante</i> .....	60
2.4.4. <i>Competencia desleal</i> .....	69
<b>3. LAS INTEGRACIONES COMO AMENAZA A LA COMPETENCIA. ....</b>	<b>70</b>
3.1. CONTROL DE LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES.....	72
3.2. SUPUESTOS PARA INFORMAR. ....	78
3.3. MERCADO RELEVANTE.....	80
3.4. GUN JUMPING O VIOLACIÓN AL DEBER DE INFORMAR Y CONCENTRARSE SIN HABER SIDO NOTIFICADO DE LA AUTORIZACIÓN CONSAGRADO EN LOS ARTÍCULOS 9 Y 25 DE LA LEY 1340 DE 2009.....	84
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>88</b>

## **RESUMEN**

En el mundo corporativo la regla general es que el empresario esté buscando constantemente alternativas con el objetivo de que su empresa crezca de manera significativa. Para esto, el empresario cuenta con varias maneras de cumplir con su propósito, siendo las más comunes las llamadas integraciones empresariales.

Ahora bien, así como las integraciones generan impactos positivos para el empresariado tales como la reducción de costos, ampliación en el mercado, ampliación de la oferta -lo que le permite atraer a un porcentaje mayor de consumidores-, entre otras, a su vez pueden resultar siendo una amenaza al derecho a la libre competencia, dado que la magnitud que ostente la operación proyectada, podría acaparar un porcentaje del mercado bastante significativo, dificultando así la competencia en un mercado específico.

La presente monografía de grado tiene como propósito analizar la relación inherente que existe entre las integraciones empresariales y el derecho a la libre competencia, estudiando cada concepto por separado, para luego terminar por proponer la relación estrecha que se da de manera natural entre ambos.

## **PALABRAS CLAVES**

Integración empresarial, derecho a la libre competencia, mercado relevante, control, deber de notificar, deber de informar, gun jumping, Superintendencia de Industria y Comercio, fusión, adquisición, compra global de activos y pasivos, situación de control y grupo empresarial, practicas restrictivas de la competencia, acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos, posición dominante.

## INTRODUCCIÓN

¿Alguna vez se ha preguntado qué tan competitivo es el mercado? ¿cree usted que entre más marcas existan en un mercado, más competencia hay? o ¿alguna vez se ha puesto a pensar en que dos o más productos similares pueden hacer parte de distintos mercados?

En el mes de marzo del 2004 las sociedades PRODUCTOS QUAKER LTDA., subsidiaria de PEPSICO INC., en Colombia y POSTOBÓN S.A., informaron a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “SIC”) sobre una operación de integración indirecta, más concretamente, una operación de franquicia, la cual consistía en facultar legalmente a POSTOBÓN para producir, vender y distribuir productos GATORADE en el territorio nacional. Es importante resaltar que es PEPSICO INC., quien a través de su subsidiaria QUAKER LTDA., comercializa la marca GATORADE en el territorio nacional.

Hay que empezar por aclarar que la sociedad POSTOBÓN produce, embotella y comercializa una marca de bebidas isotónicas llamada SQUASH, mercado al cual también pertenece la marca GATORADE. Es evidente que, dado el caso que la operación se ejecutara, el mercado de las bebidas isotónicas en el territorio nacional tendría única y exclusivamente un comercializador, siendo este POSTOBÓN, consolidándose así una operación de integración de tipo horizontal (Superintendencia de Industria y Comercio, 2004, Resolución 16453)

El problema se centraba en definir cuál era realmente el mercado relevante al que pertenecían las marcas GATORADE y SQUASH. Las empresas intervinientes por su parte, argumentaban que estas dos marcas pertenecían al mercado de bebidas refrescantes. En cambio, la SIC, luego de analizar y comparar las marcas en cuestión con el resto de bebidas pertenecientes al mercado que

argumentan las empresas intervinientes, concluye que realmente el mercado relevante o el mercado que se vería afectado por la operación sería únicamente el mercado de las bebidas isotónicas, las cuales además no cuentan con sustitutos en el mercado de bebidas refrescantes. Así las cosas, la SIC decide objetar la operación, entre otras razones, porque POSTOBÓN adquiriría el 96,19% del mercado de las bebidas isotónicas, hecho que impondría barreras de entrada al mercado muy grandes y desincentivadores para los potenciales competidores.

A partir del caso anteriormente reseñado, es evidente que las integraciones empresariales, aunque para el empresario puedan resultar muy beneficiosas, e incluso se crea que es una actividad benevolente con el mercado, muchas veces puede terminar por afectar negativamente la competencia. Es por esto que el Estado faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) para velar, proteger y promover la competencia en el país, de manera rigurosa, a través de imposiciones legales a las personas, bien sea jurídicas o naturales, que los obliguen a no desconocerla como entidad protectora del derecho a la competencia so pena de incurrir en sanciones legales.

Es así como este escrito pretende a analizar la relación inherente que existe entre las integraciones empresariales y el derecho a la competencia en Colombia, desarrollando cada concepto por separado para luego comentar íntegramente la relación entre estas dos nociones objeto de estudio.

## **1. INTEGRACIONES EMPRESARIALES**

### **1.1. ¿QUÉ SON LAS INTEGRACIONES?**

El presente capítulo tiene como fin presentar un estudio sobre las operaciones transaccionales correspondientes a las integraciones empresariales vía las figuras jurídicas denominadas como fusiones y adquisiciones de participaciones para el control en el capital,

conocidas en el mundo corporativo como M&A (*mergers and acquisitions*), compraventa global de activos y pasivos y situaciones de control y grupos empresariales, las cuales serán objeto de estudio. Sin embargo, es importante mencionar que a su vez existen otras vías jurídicas alternas a las ya mencionadas que sirven como vehículo para integrar empresas.

Dicho de otra manera, las figuras jurídicas objeto de estudio se encuentran al servicio del empresario para fortalecer su posición económica.

Cabe entonces preguntarse por parte del empresario qué figura escoger para el fortalecimiento empresarial por él decidido. Para responder este interrogante tendrá dicho empresario que establecer varios factores, como los siguientes:

(...) i) Establecer si la Sociedad adquirente debe o no asumir las obligaciones de la entidad adquirida; ii) determinar el efecto de responsabilidades solidarias y el problema de la desestimación de la personificación jurídica de la Sociedad en hipótesis de subordinación; iii) confirmar si es indispensable la participación de las asambleas generales de accionistas de algunas o de todas las sociedades participantes; iv) analizar si por efecto de la operación, los accionistas tendrán derechos especiales, como el retiro, el avalúo, la vacatio, etc.; v) verificar las simplificaciones tributarias de la operación (...) (Solomon, 1994, citado por Reyes, 2017, p.102)

Antes de proceder al estudio de estas figuras jurídicas, se hace necesario dejar claro que existen en el derecho corporativo los conceptos denominados concentración o integración empresarial, de las cuales hacen parte las figuras mencionadas, y colaboración empresarial, con el objetivo, desde el punto de vista teórico, de esclarecer las diferencias entre ambos conceptos, ya que, si bien pueden ser similares, sus propósitos resultan totalmente diferentes en el mundo corporativo.

Por su parte, en los contratos de colaboración empresarial, los partícipes tan solo buscan el reparto de los beneficios o utilidades que esa colaboración les pueda reportar, pero conservando siempre su individualidad y su independencia, es decir, que el único objetivo que los mueve es el disfrute de unas eventuales utilidades sin que se les pase por la cabeza siquiera, la concentración

empresarial, vía fusión, adquisición de participaciones y compraventa global de activos y pasivos, de manera que, no se afecte la identidad jurídica y económica de cada una de las Sociedades, mientras que los mecanismos de concentración económica tienen como finalidad la integración de capitales y de estructura administrativa de manera que hay una confusión entre el capital y el modo de producción quedando como un todo.

Las integraciones empresariales según la SIC son

(...) cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas o para adquirir el control de una empresa en otra ya existente o para crear una nueva empresa con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente. El término integración implica, sin importar la forma jurídica de la operación, la combinación de una o más actividades en las cuales cesa la competencia entre las empresas que llevan a cabo la integración, posterior al perfeccionamiento de la misma. Una Integración horizontal es aquella realizada entre empresas que participan en el mismo eslabón de la cadena de valor y una Integración vertical es aquella realizada entre empresas ubicadas en diferente eslabón de producción y/o distribución, pero en la misma cadena de valor. (SIC, sf, párr. 3.)

Conforme con lo expuesto por la SIC, se puede deducir que la integración empresarial tiene como objetivo fundamental la concentración empresarial que, según el Doctor Alfonso Miranda Londoño, se presenta cuando “(...) lo que antes eran dos o más empresas que participaban de manera independiente en el mercado, quedan sometidas permanentemente a la dirección de un solo órgano de gestión (...) (Miranda, 2012, p. 9)”.

## **1.2. TIPOS DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES.**

Como se ha venido desarrollando, el empresario busca en una integración fortalecer su empresa, reducir costos, aumentar ingresos y conseguir más participación en el mercado. Para ello, existe en el mundo corporativo tres tipos de integraciones que dependerán de la idea de negocio que tenga el empresario para materializar la operación, las cuales se desarrollarán a continuación.

### **1.2.1. Integración Vertical**

Las integraciones verticales, se presentan cuando las empresas interesadas en la integración desarrollan actividades distintas pero que hacen parte del proceso productivo de una de ellas, es decir, no ejecutan la misma actividad económica, pero concurren en la misma cadena productiva.

Este tipo de integraciones se presentan de tres formas:

- i. Integración vertical hacia atrás, que resulta cuando la sociedad interesada crea empresas que producen los materiales que utilizará para durante la terminación de sus productos, conforme con su objeto social.
- ii. Integración vertical hacia adelante, que ocurre cuando la sociedad interesada crea empresas que se dediquen a la comercialización y venta de sus productos finales.
- iii. Integración vertical compensada, que se presenta cuando la sociedad interesada crea empresas que producen y distribuyen los materiales que ella necesita para la fabricación de sus productos finales.

Por su lado, el Doctor Reyes Villamizar, expresa que,

(...) quienes están integrados verticalmente pueden reducir los costos de intermediación dentro de un mismo proceso económico. Se procura, entonces, la unión de empresarios que se dediquen a actividades económicas anteriores (proveedores) o posteriores (clientes), respecto de las que cumple la que propende a la integración (v.gr., producción de insumos, manufactura, transporte, distribución y comercialización) (...) (Reyes, 2017, p.105)

Para esclarecer aún más en qué consiste este tipo de integración se presentará un caso hipotético: GASEOSAS BETTIN S.A., se integra a través de una fusión con AZUCAR VÉLEZ S.A.S., donde es evidente que si bien, ambos no producen el mismo bien o servicio, es decir, no ejecutan la misma actividad económica, sin embargo, se encuentran en la misma cadena de producción del producto final que en este caso son las bebidas azucaradas.

### **1.2.2. Integración Horizontal**

Las integraciones horizontales se presentan cuando las empresas involucradas ejercen la misma actividad económica o prestan servicios similares, con el fin de lograr **i)** un mayor posicionamiento económico en determinado mercado, obteniendo así un mayor control sobre dicho mercado y, **ii)** de expandir con mayor facilidad el mercado aprovechando empresas existentes en otros territorios.

Estas dos posibilidades traen consigo un riesgo latente de una eventual ejecución de prácticas monopolísticas, aunque posiblemente no en estricto sentido, puesto que, la misma fusión hace que la competencia entre dichas empresas participantes en la operación desaparezca, pues gracias a la integración, aquellos agentes económicos pasarán a ser uno solo. Hay que tener en cuenta también la participación en el mercado con la que resultaría aquella empresa fruto de la operación de integración, porque si aquél llega a ser muy alto, la posibilidad de reducción de la competencia y la de consolidar un monopolio o al menos alcanzar una posición dominante será bastante grande; ahora bien, si es un mercado en el que concurre un número considerable de empresas, pues el riesgo de reducir la competencia y alcanzar una posición dominante o un monopolio podría ser mucho más reducida que en el anterior escenario.

Para esclarecer aún más en qué consiste este tipo de integración se presentará un caso hipotético: VOLAR ALTO S.A., se integra a través de una fusión con MÁS CERCA DE LAS NUBES S.A.S. En este caso, ambas sociedades detentan la misma actividad económica.

### **1.2.3. Conglomeración de Sociedades**

Cuando dos o más empresas con objeto social distinto y que no hacen parte de una misma cadena de producción se integran, estamos frente a una conglomeración de sociedades. La idea de la conglomeración es unir distintas sociedades, que pueden detentar o no la misma actividad económica o encontrarse o no en la misma cadena de producción, donde una de ellas es quien tiene el control de las demás del grupo.

Reducción de riesgo, motivos de gerencia y/o economías de escala o alcance son algunos de los objetivos que se buscan al realizar una conglomeración de sociedades. Para esclarecer un poco más a que hacen referencia este tipo de integración, se presentará un caso hipotético: MANUELA AGUACATE S.A.S., adquiere el 70% de las acciones que representan el capital suscrito de ESMALTES ANTONIA S.A. En este caso, son dos empresas totalmente disímiles en cuanto a su actividad económica y cadena de producción, y aun así la primera tiene el control en la toma de decisiones de la segunda.

### **1.3. DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN**

Las fusiones, adquisiciones, compraventa global de activos y pasivos y/o la situación de control y grupo empresarial constituyen el vehículo más común e idóneo para lograr el crecimiento empresarial y la capacidad fortalecida para competir en el mercado nacional e incluso, como consecuencia de la globalización, en el mercado internacional, de manera que las figuras jurídicas reseñadas constituyen la estrategia que los empresarios utilizan para fortalecer sus planes de expansión, reducción de costos y consolidación de la empresa en el mercado, crear ventajas competitivas e incrementar los beneficios para sus accionistas e incluso y de suma importancia aumentar la participación que una empresa tiene en el mercado, esta última situación de especial interés por cuanto se podría presentar una infracción en contra de la libre competencia y conocida en el mundo corporativo como “*Gun Jumping*” que consiste en la violación al deber de no afectar la libre competencia, y del que más adelante se desarrollará.

#### **1.3.1 Figura de fusión**

El típico caso de concentración empresarial es la fusión de sociedades. Como se explicó anteriormente, la concentración o integración empresarial debe ser fruto de un análisis que amerita la unión de especialistas para decidir si es o no conveniente una concentración empresarial, e

incluso es de trascendental importancia el análisis de los diferentes factores que se puedan involucrar, tales como el mercado, la competencia, los beneficios tributarios, los clientes, etc.

Según el artículo 172 del Código de Comercio existe 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”, de manera que, la fusión implica necesariamente una reforma estatutaria.

El Doctor Francisco Reyes Villamizar manifiesta

La palabra fusión puede tomarse en sentido económico o jurídico, en el primero, significa cualquier forma de concentración empresarial (adquisición de participaciones mayoritarias, compra de activos y pasivos o fusión propiamente dicha). En sentido jurídico societario la unión estrecha entre sociedades de manera que solo subsiste una persona jurídica que absorbe los patrimonios de las otras sociedades participantes en la operación (...) (Reyes, 2017, p. 109)

De manera que, la fusión a diferencia de la adquisición supone la disolución de una o unas de las sociedades intervinientes en la operación.

La fusión empresarial tiene como objetivos, según la doctrina reseñada por Andrés Acevedo Niño, en su libro “El riesgo de incurrir en gun jumping en las fusiones y adquisiciones de empresas en Colombia”, son la

(...) búsqueda de sinergias<sup>1</sup>, eficiencias tributarias, aprovechar el potencial inexplorado de una compañía, caprichos de los gerentes, entre otros. De esta manera, el empresario que adelante una operación de este tipo pretende una expansión de su actividad empresarial, ya sea mediante una integración vertical, una integración horizontal o un conglomerado. Esto último ocurre cuando las empresas involucradas no son competidoras ni hacen parte de una misma cadena de producción (...) (Acevedo, 2017, p.304-305).

---

<sup>1</sup> Según la RAE, sinergia, del latín *synergia*, es la acción de dos o más causas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales. Esto en el derecho empresarial se traduce a los beneficios que obtendrían dos o más empresas al integrarse de una forma u otra, puesto que aumentarían los ingresos mientras se reducen los costes, a diferencia de su competencia individual.

Sobre lo expuesto, Reyes Villamizar afirma:

(...) La finalidad principal de las operaciones de fusión, adquisición o compra global de activos y pasivos, consiste en la concentración empresarial. Tal objetivo está ligado a las modalidades económicas de integración horizontal y vertical. Por la primera de ellas, el empresario procura la unión estrecha con otros que tengan por objeto actividades económicas iguales o semejantes a las que este realiza. La modalidad de concentración comentada le permite al empresario así integrado, obtener una posición más sólida dentro del mismo ramo de actividad económica (producción, distribución o comercialización de determinado bien o servicio). Como efecto colateral, la integración horizontal puede ocasionar la eliminación de los competidores en el mismo renglón económico y motivar una posición dominante del empresario (...) (Reyes, 2017, p.104 - 105).

Es en este tipo de integraciones donde cobra importancia el fenómeno restrictivo denominado “*gun jumping*” mencionado anteriormente. Este concepto hace referencia a la infracción de la obligación conocida como *standstill* que consiste en no ejecutar actos que desdibujen la individualidad de las empresas participantes en la operación proyectada, tanto económica como administrativamente, sin antes haber recibido autorización expresa por parte de la entidad encargada de dicha autorización.

El anterior concepto, se desarrollará de manera más exhaustiva más adelante.

#### **1.3.1.1. Tipos de fusiones**

Conforme con la definición dada por el artículo 172 del Código de Comercio, se tiene que en Colombia existen dos clases de fusiones, fusión por absorción y fusión por creación.

##### Fusión por absorción

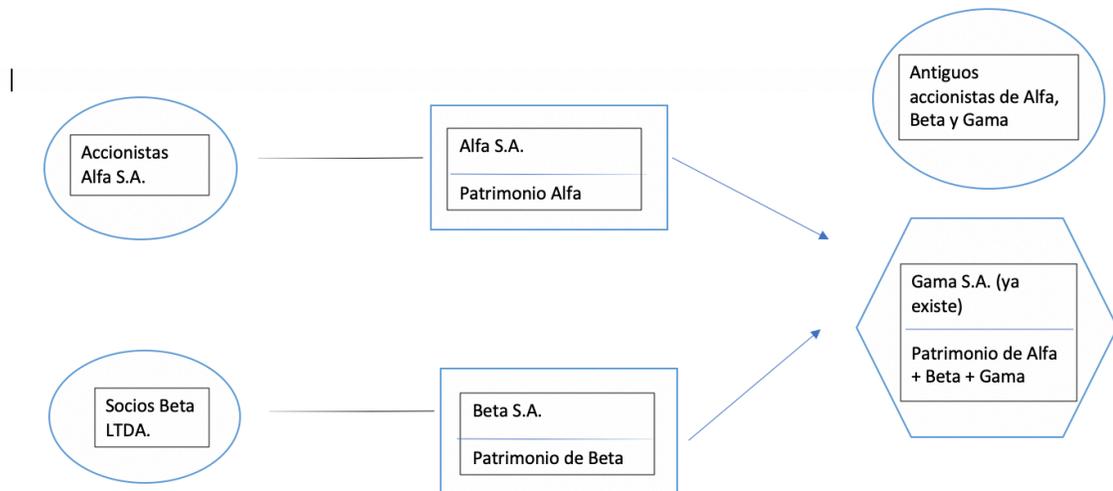
Esta fusión se presenta cuando una o varias sociedades, que se denominarán absorbidas, se disuelven sin liquidarse transfiriendo en bloque su patrimonio a una sociedad ya existente, que se denominará absorbente, la que, como es apenas lógico, amplía su capital social como consecuencia de dicha transferencia del patrimonio a ésta. En este caso, lo normal es que se haga una relación

de intercambio mediante la cual se establece la proporción en que aumentarán las acciones en poder de los accionistas de la absorbente.

Se hace pertinente aclarar que la transmisión del patrimonio de la absorbida a la absorbente comprende tanto los activos como los pasivos, derechos y obligaciones. Una vez disuelta la absorbida, le corresponderá a la absorbente cubrir todas las obligaciones y ejercer todos los derechos de la absorbida, y en igual sentido, desde el momento del registro de la operación cumplir con las obligaciones impositivas de aquella. En los contratos vigentes donde era parte contractual la absorbida, la absorbente asume la posición contractual de aquella.

Un capítulo especial merece la posibilidad que tienen los accionistas de ejercer el derecho al retiro, de tanta importancia, que la ley exige que en la convocatoria del órgano social que habrá de decidir la fusión se deberá dejar constancia expresa que en el orden del día se sesionará sobre este punto, situación que no tiene otra connotación que la de proteger a los accionistas no favorecidos con la fusión.

Por otro lado, el aumento de capital podría implicar una reforma estatutaria eventual en cuanto al aumento del capital autorizado de la absorbente cuando el capital que entra de la absorbida supere el autorizado de la absorbente. Una vez, se registre la operación y se determine la composición del capital suscrito y el pagado se deberá proceder a una emisión de acciones a prorrata de la composición accionaria de la Sociedad absorbente, a menos que en los acuerdos de fusión se haya determinado otra cosa.



(Reyes (2017). Fusiones por absorción [figura]. Recuperado de Derecho societario, Tomo II, tercera edición, p. 126).

### Fusión por creación

Esta fusión se presenta cuando dos o más sociedades se extinguen sin liquidarse para crear un nuevo ente jurídico. La unión de las dos sociedades que se extinguen entra a conformar el patrimonio de la nueva sociedad, de manera que, la nueva sociedad igualmente adquiere los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas.

Sobre este aspecto, la Superintendencia de Sociedades en el Oficio 220 – 10481 del 27 de marzo de 2001 expuso lo siguiente:

(...) EFECTOS DE LA FUSIÓN Entre las diferentes implicaciones de un proceso de tal naturaleza pueden enumerarse: la modificación al contrato social; la disolución de las sociedades sin implicar la inmediata liquidación de su patrimonio social; la extinción de entes jurídicos y la transmisión patrimonial, consecuencia esta última de la cual se va a ocupar este punto del estudio. Como enunciado debe decirse que la sociedad absorbente o la nueva compañía adquiere los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión (Inciso segundo del artículo 172 C.Co), que trae como consecuencia directa que las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías subsistan solamente respecto de la sociedad absorbente (inciso segundo del Artículo 175 C.co). “Preceptos que se confirman de manera expresa en el artículo 178 ibídem, que señala que es en virtud del perfeccionamiento del acuerdo de fusión, que la sociedad absorbente adquiere

los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas (...) (Superintendencia de Sociedades, 2001, Oficio 220 – 10481)

No sobra advertir que cuando por efecto de la fusión se traslada el dominio de un bien sujeto a registro, el documento contentivo de la fusión deberá constar en Escritura Pública. Sobre este aspecto, en el concepto referido expuso la Superintendencia de Sociedades:

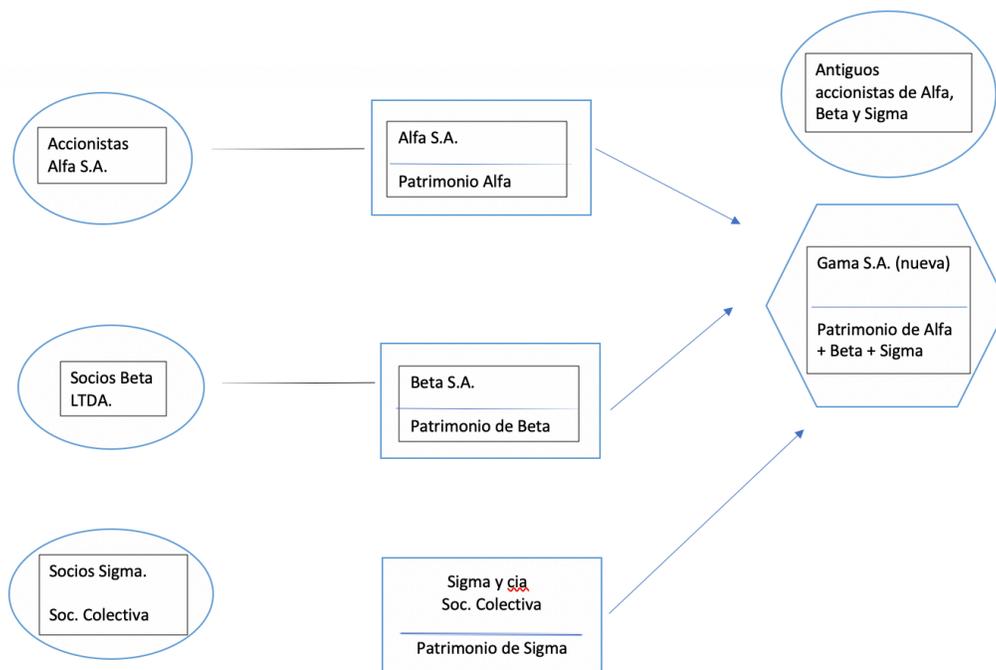
“(…) Y debe entenderse perfeccionada la fusión cuando la escritura pública que contiene el acuerdo y en la que se formalizan los documentos previstos en el artículo 177 ídem, se inscribe en el registro mercantil del domicilio de las sociedades, ya que por ser una reforma estatutaria debe cumplir con tal exigencia para que tenga efectos ante terceros (artículo 158 C.Co).

Así que la escritura de formalización del acuerdo de fusión se erige en justo título para adquirir derechos y recibir obligaciones, efecto que opera por ministerio de la ley, en los términos de los artículos ya citados.

Ahora bien, como es un título traslativo de dominio, debe ajustarse a los requisitos establecidos por el modo de adquirir, así que siempre que se trate de un bien sujeto a registro, la fusión sólo dará o transferirá la posesión efectiva cuando se verifique este procedimiento. De allí que el artículo 178 ya mencionado, establezca que la tradición de los bienes inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada si así lo acuerdan las partes, registrada conforme lo indique la ley; y la de los muebles se hará por inventario que habrá que adecuarse a las formalidades propias para que tengan efectos ante terceros, como la inscripción en el respectivo libro de accionistas.

Por lo tanto, es criterio de este Despacho que la fusión no es una compraventa, una novación o una subrogación, pues al igual que estos negocios tiene entidad propia y consagración legal particular; que lo erige en título para adquirir el dominio de los bienes, sin que pueda señalarse de él un carácter accesorio de otro contrato de los previstos en la ley; debido a que la legislación le ha definido de manera general, le ha establecido los requisitos de observancia rigurosa para su validez, le ha previsto formalidades propias para garantizar el cumplimiento con las obligaciones frente a los terceros, le ha consagrado supuestos de representación legal y señalado los efectos”. Por lo tanto, al operarse la transmisión patrimonial como consecuencia de la fusión, la sociedad absorbente adquiere la totalidad de derechos y obligaciones de la sociedad absorbida, es su única causa jurídica, es su justo título. Afirmamos que la fusión supone una transmisión in universum ius del patrimonio de todas las sociedades fusionadas a favor de la nueva sociedad o de la absorbente. Al transmitir en bloque su patrimonio las sociedades transmitentes se extinguen, y al extinguirse se opera

una sucesión universal a favor de la absorbente o de la nueva. Los nexos obligacionales, los derechos reales, los derechos sobre bienes inmateriales, etc., se transmiten subsumidos en ese bloque patrimonial que constituye una unidad jurídica. Pero esa unidad de derecho continúa siendo idéntica a sí misma, inalterada; únicamente ha cambiado su titular jurídico. El poder de disposición ha pasado de una sociedad a otra, eso es todo. No hay, por consiguiente, transmisión de singularidades que integran el patrimonio: enajenación o permuta de bienes muebles, inmuebles, cesión de créditos, asunción de deudas, etc.; como tampoco cabe hablar de una verdadera novación subjetiva por cambio de deudor, a menos que descompongamos la transmisión en bloque en otras de todos y cada uno de sus elementos patrimoniales. Las consecuencias jurídicas que traen su causa de esta concepción son tantas y de tal gravedad que conviene parar un momento la atención a fin de reflexionar las razones que motivan esta sucesión patrimonial a título universal que se da en la fusión” (se subraya) (SIC, 2001, Oficio 220 – 10481).



2

(Reyes (2017). Fusión-Creación [figura]. Recuperado de Derecho societario, Tomo II, tercera edición, p.123).

### 1.3.1.2. Procedimiento para realizar una fusión por absorción o por creación.

El proceso de fusión está compuesto por una serie de actos jurídicos que están relacionados entre sí, con nexo de causalidad. Se cuenta con tres fases que se deben llevar a cabo al momento de proyectar una fusión.

#### Fase preparatoria

Según el Doctor Reyes Villamizar, la fase preparatoria es la fase “(...) en la que se adoptan los compromisos preliminares de fusión entre las sociedades interesadas (...)” (Reyes, 2017, p.146).

Cita igualmente el Doctor Reyes Villamizar al Doctor Narváez García quien afirma

“(...) el compromiso de fusión no ha de confundirse con el acuerdo definitivo de fusión. El primero es una promesa de fusionarse sobre condiciones, cifras y, en general, bases contenidas en el mismo documento por exigencia de la Ley. El segundo es la culminación del propósito plasmado en el compromiso, después de cumplir la publicidad y la eventual intervención de los acreedores; de valorar los aportes; de obtener los permisos o autorizaciones de autoridades estatales; de aprobar las reformas estatutarias que implica la fusión; todo lo cual integra el acuerdo definitivo que se solemniza mediante la escritura pública prevista en el artículo 177 del C. de Co.(...)” (Narváez, p.255 citado por Reyes, 2017, p.146)

#### Fase Decisoria

Una vez discutido el proyecto de fusión en la fase preliminar, se convoca a la Asamblea de Accionistas o Junta de Socios para que sean estos quienes aprueben tal proyecto, conforme con el siguiente detalle.

**a. Convocatoria especial y derecho de inspección:** En cada una de las sociedades intervinientes en el proyecto de fusión, se debe dar cumplimiento a lo expuesto en el artículo 13 de la ley 222 de 1995 con respecto al aviso de convocatoria, donde en el orden del día, debe incluirse obligatoriamente el punto concerniente a la fusión. Adicionalmente en la misma convocatoria, debe mencionarse el derecho de inspección que tienen los asociados de la sociedad y el derecho de retiro que pueden ejercer los ausentes y disidentes.

**b. Contenido del proyecto de fusión:** El artículo 173 del Código de Comercio establece que el contenido de la fusión que se aprobará en la Asamblea o Junta de Socios debe contener lo siguiente:

(...)

- 1) Los motivos de la proyectada fusión y las condiciones en que se realizará;
- 2) Los datos y cifras, tomados de los libros de contabilidad de las sociedades interesadas, que hubieren servido de base para establecer las condiciones en que se realizará la fusión;
- 3) La discriminación y valoración de los activos y pasivos de las sociedades que serán absorbidas, y de la absorbente;
- 4) Un anexo explicativo de los métodos de evaluación utilizados y del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que implicará la operación, y
- 5) Copias certificadas de los balances generales de las sociedades participantes (Código de Comercio, 1971, artículo 173).

**c. Quórum y mayorías decisorias:** Para estos efectos, el quórum o mayorías decisorias serán lo dispuesto en los estatutos de cada sociedad. Es importante tener en cuenta que tratándose de una sociedad anónima se aplicará lo dispuesto en el artículo 68 de la ley 222 de 1995.

**d. Aviso de intención:** Como la naturaleza de la fusión es que una de las sociedades se extinga sin liquidarse, es importante tener en cuenta a los acreedores de una y otra sociedad al momento de implementar esta operación. Es por esto, que se debe hacer un aviso dirigido a los terceros interesados en la posible operación, el cual debe ser publicado en un periódico de amplia circulación nacional con el objetivo de que quienes se vean afectados por dicha operación puedan oponerse a la misma.

**e. Autorizaciones gubernamentales:** Estas autorizaciones vienen de dos entidades a saber: De la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades sometidas a su vigilancia y control: Esta autorización no es *per se* una autorización sino, más bien, un control de legalidad que

se deriva de las facultades propias de dicha entidad de inspeccionar, vigilar y controlar las Sociedades adscritas a ella.

En este punto es importante mencionar la existencia de dos regímenes de autorizaciones:

- El régimen de autorización general y,
- El régimen de autorización previa.

El régimen de autorización general consiste en la autorización implícita que se le otorga a todas aquellas entidades que estén exentas de recibir una autorización expresa y previa para poder llevar a cabo su operación proyectada.

Por su parte, el régimen de autorización previa, significa que, para proceder a llevar a cabo la operación de fusión se hace necesario obtener una autorización, expresa, previa y por escrito por parte de la Superintendencia de Sociedades, según lo dispuesto en el artículo 84, numeral 7 y en el artículo 85, numeral 2 de la Ley 222 de 1995 y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades No. 100-000005 de 2017.

De la Superintendencia de Industria y Comercio por temas relacionados con el derecho de la competencia

Ahora bien, esta autorización deviene cuando en la operación proyectada, las sociedades intervinientes se encuentran inmersas en alguno de los requisitos que trae el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, que, de ser así, estarán obligados a informar a la SIC sobre la operación que se quiere llevar a cabo y mientras tanto, se deberá esperar a obtener la autorización clara y expresa por parte de la misma entidad informada, so pena de incurrir en una sanción.

Adicional a esto, hay que tener en cuenta igualmente el deber de notificar, el cual ocurre cuando las sociedades intervinientes en la operación proyectada no abarquen individual o conjuntamente más del 20% del mercado relevante. Este deber de notificar entonces, se puede considerar como una autorización implícita, lo que quiere decir que no se necesita autorización expresa para poder llevar a cabo la operación proyectada.

Igualmente, de este tema se hablará con mayor profundidad en el capítulo 3.

#### Fase ejecutiva o de formalización

La fusión, al igual que las diferentes reformas estatutarias, necesita cumplir con los requisitos de autenticidad y publicidad, los cuales se materializan a través de la solemnización de la escritura pública y la posterior inscripción en el registro mercantil de la cámara de comercio correspondiente. Ha de tenerse en cuenta para el requisito de solemnización, que este solo se requiere para aquellas sociedades cuya naturaleza jurídica no sea una sociedad por acciones simplificadas, no obstante, en este tipo de sociedades, se requerirá de la escritura pública cuando como efecto de la fusión se tradite bienes inmuebles o bienes muebles sujetos a registro, para perfeccionar el cambio de propietario de dicho inmueble o mueble sujeto a registro, convirtiéndose el título de dicha tradición el documento contentivo de la fusión.

Así las cosas, se entenderá perfeccionada la fusión una vez se haya inscrito la escritura pública o el documento privado (tratándose de una sociedad por acciones simplificadas que no cuente entre sus activos con bienes inmuebles o bienes muebles sujetos a registro) en el registro mercantil de la cámara de comercio.

#### **1.3.1.3. Protecciones que se derivan de la fusión**

Como se ha venido desarrollando, la fusión hace parte de una reestructuración empresarial, por lo tanto, esta debe procurar ser lo más segura jurídicamente posible, debido a que la operación

puede poner en entredicho los derechos de los terceros interesados en ella y de sus accionistas minoritarios, pues existe la posibilidad de que ambos se vean afectados negativamente por la fusión.

Es por esto que existen algunas garantías en aras a proteger sus derechos y a evitar que se presenten situaciones desventajosas tanto para los acreedores como para los accionistas minoritarios y así estos puedan salir bien librados de la operación.

#### Para los acreedores.

Para este caso, ya se explicó que uno de los pasos de la fusión es hacer público el acuerdo de fusión en un periódico de amplia circulación nacional, según lo establece el artículo 174 del C. De Co., a su vez el artículo 175 ibídem dispone que “Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación del acuerdo de fusión, los acreedores de la sociedad absorbida podrán exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos (Código de Comercio, 1971, art. 175) (...)” (subraya fuera del texto) lo que afirma que si bien ellos no tienen derecho a revisar en su totalidad la operación proyectada, tendrán a su disposición información básica pero suficiente a la que hace referencia el aviso de fusión, por lo tanto, estarán en capacidad de analizar si aquella operación perjudica o no sus derechos, y en caso de hacerlo, cuentan con la acción judicial de oposición establecida en el artículo 175 del C. De Co., por medio de la cual aquél acreedor que se sienta perjudicado por la fusión pueda pedirle al juez de la jurisdicción respectiva a través de un procedimiento verbal que exija a la sociedad de quien es acreedor garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos.

Vale la pena resaltar que la norma hace referencia únicamente a los acreedores de la sociedad absorbida, lo que, bajo una interpretación gramatical o literal, da a entender que la protección va dirigida exclusivamente a los acreedores de la sociedad absorbida, dejando sin protección a los

acreedores de la sociedad absorbente, como si estos estuvieran exentos de ser perjudicados por la operación. Así las cosas, afirma el Doctor Reyes Villamizar “(...) Existe, pues, consenso ante las razones de equidad que justificarían extender el procedimiento a los acreedores de la sociedad absorbente<sup>3</sup>, pero no respecto de la posibilidad legal de ejercer efectivamente la acción” (Reyes, 2017, p. 182).

#### Para los accionistas o socios.

Por todo lo expresado en párrafos anteriores, se sabe que las reformas estatutarias, como lo es la fusión, deben ser aprobadas por el máximo órgano social teniendo en cuenta el quórum y las mayorías dispuestas en los estatutos sociales, siendo esto así, las decisiones tomadas por mayoría podrían dejar de ser atractivas para los accionistas minoritarios, o bien, podrían perjudicarles.

La legislación colombiana previendo lo anterior puso a disposición de los accionistas o socios el derecho de retiro, como medio de protección ante un perjuicio económico y en aras a evitar el abuso de las mayorías, quien se encuentra regulado en el artículo 12 de la Ley 222 de 1995, el cual consiste en

(...) la posibilidad que tienen los asociados de separarse con anticipación de la sociedad, con el consecuente reembolso del capital aportado, cuando la asamblea general o junta de socios adopte una determinación que aparezca expresamente contemplada en la ley como presupuesto del mencionado derecho. El fundamento del derecho de retiro estriba en el cambio fundamental de circunstancias (*rebus sic stantibus*), que puede hacer que algunos socios pierdan el interés de continuar asociados (...) (Reyes, 2017, p. 275)

Como bien se explicó, el derecho de retiro es un medio *a posteriori* que busca la protección económica o patrimonial de los asociados cuando los derechos que detentan sobre la sociedad se vean perjudicados como consecuencia de una efectiva reforma estatutaria consolidada por mayoría, por ende, si el perjuicio no se hace efectivo, el derecho de retiro carece de uso. Por esta

---

<sup>3</sup> “Los acreedores de la sociedad absorbente también pueden resultar perjudicados por la fusión, de ahí que no resulte razonable que se les excluya de la acción social de responsabilidad”. Reyes, 2017, p. 182).

razón y también por el principio de conservación de empresa, es que la ley donde se encuentra consagrado tal derecho trae consigo unas causales taxativas por las cuales opera el derecho de retiro. Son las siguientes: aumento de la responsabilidad para los asociados, desmejora de sus derechos patrimoniales y cancelación voluntaria de la inscripción de acciones en el RNV o en bolsa de valores.

A modo de conclusión, entonces, se tiene que el derecho de retiro solo se puede ejercer en las ocasiones impuestas por la ley y siempre deberá ejercerse de manera posterior a la implementación de la reforma.

### **1.3.2 Figura de adquisición.**

Como bien se ha venido desarrollando, uno de los vehículos más comunes en el mundo corporativo a la hora de llevar a cabo transacciones empresariales son las fusiones y las adquisiciones, conocidos como M&A por sus siglas en inglés (mergers and acquisitions). Habiendo expuesto la figura de fusión, se continuará con la figura de la adquisición.

La adquisición tiene por objetivo permitir que una persona jurídica o natural, como su nombre lo dice, adquiera la totalidad del patrimonio de una sociedad vía compra de las acciones en que está compuesto el capital social, de suerte que, tal transacción lo convierte en el propietario de la sociedad que adquirió vía compraventa de acciones, esto debido a que la figura en mención se hace efectiva o se materializa a través de la transferencia de la propiedad, en donde los accionistas o socios de la empresa que se va a adquirir ceden la totalidad de sus acciones o una parte sustancial a la persona que las vaya a adquirir.

El Doctor Reyes Villamizar establece que “la adquisición de participaciones de control de una compañía en otra u otras y la consecuente sujeción de estas últimas a la subordinación ejercida por

aquella, constituye una de las formas más eficaces y expeditas de concentración empresarial” (Reyes, 2017, p. 185).

La figura de adquisición puede darse mediante la negociación directa entre accionistas o también en el mercado público de valores cuando la sociedad negocia sus acciones en bolsa de valores.

### **1.3.3 Figura de compra global de activos y pasivos.**

Otra de las formas de realizar una integración empresarial es a través de la figura de compra global de activos y pasivos o, también conocida como enajenación global de activos y cesión de pasivos, figura que se encuentra regulada en el artículo 32, capítulo V que trata de las “Reformas estatutarias y reorganización de la sociedad” de la Ley 1258 del 2008, es decir, regulación única y exclusivamente para las sociedades por acciones simplificadas, sin que se pueda aplicar por analogía a los otros tipos societarios.

Indica la referida norma que, “Existe enajenación global de activos y pasivos cuando la sociedad por acciones simplificada que proponga enajenar activos y pasivos que representen el cincuenta (50%) o más del patrimonio líquido de la compañía en la fecha de enajenación” (Congreso, 2008, ley 1258, art. 32).

Así las cosas, se entiende que dicha figura solo es aplicable para sociedades cuya naturaleza jurídica sea de tipo SAS, por ende, si alguna otra sociedad perteneciente a otro tipo societario pretende enajenar sus activos y sus pasivos no se le aplicará lo consagrado en el artículo 32 de la presente ley, lo que quiere decir que no habrá necesidad de que dicha figura sea aprobada por la asamblea de accionistas, ni tampoco habrá lugar para ejercer el derecho de retiro en caso de que se presente alguna desmejora patrimonial.

Ahora bien, en un lenguaje simple, es a través de esta figura donde una sociedad adquiere el patrimonio, de forma universal o una parte sustancial, de otra sociedad (enajenante) sin que ésta última se extinga o se disuelva; aunque suele ocurrir con frecuencia que una vez vendidos los activos y cedidos los pasivos, la sociedad enajenante proceda a su liquidación. Es allí donde reside la principal diferencia con la figura de fusión, lo que se logra a través de la enajenación de activos y pasivos es un simple traspaso, que no implica que los socios de la enajenante pasen a ser socios de la adquirente.

Se hace necesario advertir que existe una diferencia entre una enajenación global de activos y una enajenación de acciones. Esto por cuanto se puede creer que si un número determinado de accionistas quiere enajenar sus acciones quienes en conjunto ascienden a más del 50% de las acciones que componen la sociedad se está ante un caso de enajenación global de activos, lo cual no es cierto.

La primera hace referencia a una decisión de la sociedad como persona jurídica sobre lo concerniente a su patrimonio y la elección en cuanto a como repercutir sobre él, la segunda consiste en la autonomía de la voluntad de cada accionista sobre la toma de decisiones acerca de lo que quieren hacer o no con sus acciones, la cual, en este caso, se materializa en la enajenación de sus acciones. Cabe resaltar, además, que esta última se encuentra en el Capítulo III de la Ley 1258 de 2008.

En oficio No. 220-170403 del 04 de agosto de 2017, la Superintendencia de Sociedades se refiere a la enajenación global de activos por parte de una sociedad por acciones simplificadas en los siguientes términos:

(...) 2.- Del contenido de la norma transcrita, se desprende que la misma se ocupa de regular los siguientes aspectos: i) define la figura de la enajenación global de activos y pasivos, como la operación en virtud de la cual la compañía pretenda enajenar activos y pasivos que representen el monto del patrimonio

líquido expresamente indicado; ii) dicha operación está supedita a la aprobación de asamblea, decisión que debe adoptarse con el quórum allí previsto; iii) determina que los accionistas ausentes o disidentes podrán ejercer el derecho de retiro en el evento de una desmejora patrimonial derivada del negocio; iv) establece la obligación de efectuar la inscripción de la enajenación en el Registro Mercantil.

3.- En resumen, se tiene, de una parte, que la enajenación global de activos y pasivos por parte de una sociedad por acciones simplificadas supone la previa aprobación de la medida por la asamblea de accionistas, la cual puede adoptarse por uno o más accionistas que representen por lo menos la mitad más una de las acciones presentes en la reunión; y de otra, que dicha operación estará sujeta a la inscripción del Registro Mercantil.

No obstante lo anterior, es de precisar que la enajenación de activos hace referencia a un mecanismo de integración, el cual se logra a través de una acción de reorganización societaria, en la cual la compañía enajena una parte o la totalidad de sus activos y/o pasivos y por esto recibe a cambio dinero o acciones de la empresa que los adquiere, en este último caso, la operación de intercambio conlleva a que la sociedad adquirente, consolide su patrimonio con el de la sociedad vendedora la que subsiste como inversionista con un único activo representada en las acciones que reciba como pago. (Superintendencia de Sociedades, 2017, oficio No. 220-170403)

No se hace claro comprender por qué la citada Superintendencia entiende o concluye que lo que podría obtener a cambio como contraprestación de la operación la sociedad enajenante, además del dinero, son acciones de la sociedad adquirente, pues esto no lo expresa ni lo regula la ley. No obstante, tiene sentido pensar que, al no existir regulación clara y expresa sobre la materia y que además lo prohíba, las contraprestaciones que recibiría la sociedad enajenante bien podrían ser otros bienes o derechos distintos al dinero, como lo son las acciones.

Sin embargo, dado el caso en una negociación de compraventa global de activos y pasivos, el precio pactado se pague con acciones de la sociedad adquirente, sea de manera total o parcial y la sociedad enajenante se liquide con la consecuencia lógica del reparto de las acciones recibidas como contraprestación a la venta del activo a sus accionistas, quienes pasarían a ser accionistas de la sociedad adquirente; situación que se asemeja enormemente a los efectos propios de la fusión

Comparando lo señalado en el párrafo inmediatamente anterior con el derecho corporativo español, la contraprestación que habrá de recibir la sociedad enajenante no podrá constar en acciones, participaciones o cuentas de la sociedad adquirente. Esto se encuentra regulado en los artículos 85 a 91 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

#### **1.3.4 Figura de situación de control y grupo empresarial**

Como bien se ha dicho a lo largo de este documento, cuando se adquiere el control de una o varias empresas o se desarrollan conjuntamente una serie de actividades, se podría frente a una integración empresarial. La legislación colombiana trae dos conceptos que se enmarcan directamente en la definición de una integración empresarial.

La situación de control y los grupos empresariales son dos conceptos que se encuentran ligados entre sí, debido a que para que exista un grupo empresarial es necesario que exista previamente una situación de control, pero no toda situación de control implica que se configure un grupo empresarial, por lo que es importante saber diferenciarlas.

El elemento esencial y común de ambas figuras es la subordinación. Este concepto implica que las condiciones de las sociedades afectan la autonomía de la otra, respecto la toma de decisiones, es decir que, tal como lo define el artículo 260 del Código de Comercio

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 aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria (Código de Comercio, 1971, art. 260).

Ahora bien, no basta con una definición general de este concepto para saber cuándo existe entre sociedades el estado de subordinación, por lo que el legislador consagró una serie de presunciones (no taxativas) que permiten evidenciar un vínculo de subordinación. Se establece que no son taxativas ya que la importancia de la situación de control es el control real entre sociedades, por lo

que puede existir otro tipo de control que no esté enmarcado entre las tres presunciones, y es función de los interesados en probar que este control realmente existe.

El artículo 261 del Código de Comercio establece las presunciones legales, y el hecho de que sean presunciones legales permite a los interesados desvirtuarlas demostrando que a pesar de darse alguna de las causales, no se afecta en sí el poder de decisión o de control de cada sociedad. Estas presunciones que trae el código hacen referencia a dos tipos de control, control interno en los puntos 1 y 2 y un control externo en el punto 3. Es importante tener en cuenta que estas presunciones no son concurrentes, es decir que basta con que una de ellas se cumpla para que se presuma ese vínculo de subordinación y por lo tanto una situación de control. Estas son las siguientes:

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 necesario 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 (Código de Comercio, 1971, art. 261).

Ahora bien, teniendo claro como se configura una situación de control existe un elemento adicional para la configuración de un grupo empresarial que es la unidad de propósito y dirección. Este es el elemento diferenciador entre ambos conceptos, y el artículo 28 de la ley 222 de 1995 lo define como:

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 (Congreso, 1994, Ley 222, art. 28)

Esta definición que trae la ley no resulta del todo clara, por lo que la Superintendencia de Sociedades ha determinado, en la medida de lo posible, unos criterios generales que permiten establecer cuando existe unidad de propósito y dirección. En el Oficio 220-091161 del 2 de mayo de 2017, la Superintendencia de Sociedades indicó que cuando (i) existan decisiones tomadas directa o indirectamente por la controlante o matriz que afecte en cualquier forma a la compañía subordinada o (ii) existan políticas, planes, principios económicos, financieros o administrativos que deban cumplir las sociedades y que influyan en las decisiones de las mismas, se estaría frente a un grupo empresarial (Superintendencia de Sociedades, 2017, oficio 220-091161).

Las Superintendencia de Sociedades también precisó que frente a la unidad de propósito y dirección debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a. El objeto social de las sociedades puede ser semejante en cuanto a su alcance, e incluso también complementario cuando las mismas se dedican a la actividad económica relacionada. Pero su objeto puede ser diverso y verificarse la unidad de propósito y dirección entre los sujetos controlados y la matriz.
- b. La composición accionaria de las sociedades se estructura con la participación de los mismos accionistas.
- c. La administración de las sociedades está a cargo de la junta directiva, la cual se encuentra en las sociedades vinculadas y subordinadas, conformada en su mayoría por las mismas personas naturales o jurídicas.

d. La representación legal de las sociedades se encuentra a cargo de las mismas personas que figuran como representantes de otras sociedades vinculadas. Superintendencia de Sociedades, 2017, oficio 220-091161

De acuerdo con lo anterior, regularmente cuando entre matrices y subordinadas se persigan los mismos fines, se da la existencia de un grupo empresarial, sin embargo, es completamente necesario analizar y verificar cada caso en particular para determinar la existencia o no de esta figura.

## **2. DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA**

### **2.1 PRINCIPIO DE LIBERTAD ECONÓMICA**

En el modelo de economía social de mercado adoptado por la Carta Política de 1991 se reconoce el principio constitucional de la libertad económica radicado en cabeza de los ciudadanos. Este principio consiste en la facultad o libertad que tiene cualquier persona, bien sea jurídica o natural, de realizar la actividad económica que le parezca más conveniente para mantener o incrementar su patrimonio, siempre y cuando dicha actividad se desarrolle bajo los parámetros de la ley. Sin embargo, el principio también se encuentra limitado constitucionalmente, obligando al Estado a intervenir en el mercado para solucionar las fallas y promover un desarrollo más equitativo.

Este principio reconoce dos libertades económicas a saber: i) la libertad de empresa y ii) la libre competencia. Si bien ambos principios son libertades, cabe aclarar que no constituyen libertades absolutas, lo que quiere decir que podrán ser restringidas por el Estado cuando su aplicación amenace o viole algún otro principio o libertad. Más concretamente para este caso, estas, según la Sentencia C – 263 del 2011 proferida por la Corte Constitucional,

(...) solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación y, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades

expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Respecto de cómo evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una medida que limita las libertades económicas, la Corte ha indicado que: en primer lugar, el Legislador debe tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el mercado en el que se insertan, el tipo de financiamiento al que apelan, el servicio que prestan o el bien que producen o distribuyen, etc.; y en segundo lugar, se apela al juicio de proporcionalidad, mediante el cual se examina la finalidad de la medida, la idoneidad del medio elegido y su proporcionalidad en estricto sentido(...). (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-263)

Es igualmente importante manifestar la fundamentación constitucional de la intervención del Estado en el mercado. La Corte Constitucional sobre este aspecto argumentó en la Sentencia C – 263 del 2011 que

(...) La intervención del Estado en la economía busca conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial, con el interés general involucrado en el buen funcionamiento de los mercados para lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población en condiciones de equidad y 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...(Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-263)

Ahora bien, para efectos de este escrito se hará énfasis únicamente en el principio de la libre competencia.

## **2.2 LIBERTAD DE COMPETENCIA**

La libre competencia, como principio rector de la economía social de mercado es la posibilidad que existe para cualquier persona, bien sea natural o jurídica de ofrecer en un mercado determinado sus bienes o servicios, en igualdad de condiciones y bajo un marco normativo. Esta posibilidad de ofertar se materializa en un escenario de rivalidad, cuya naturaleza es competir con las otras personas naturales o jurídicas que ofrecen los mismos bienes o servicios.

Es propiamente la libertad que tiene el agente económico de poder acceder al mercado escogido sin que se presenten barreras de entrada u obstáculos que imposibiliten el acceso a el mercado deseado y por ende que bloqueen el desarrollo de la actividad económica escogida por el agente.

A su vez, expone la Corte Constitucional en Sentencia C – 032 del 2017 lo siguiente:

(...) Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros... (Corte Constitucional, 2017, Sentencia C-032)

En la sentencia reseñada anteriormente, aclara la Corte que, si bien la constitución consagra a la libre competencia como un derecho, la existencia del mismo implica garantizar la existencia y el buen funcionamiento de las prerrogativas mencionadas. Es por esto por lo que, el Estado para preservar los valores superiores de la Carta, puede y debe regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ellos pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia.

No existe duda alguna sobre la posibilidad de que el derecho a la libre competencia se vea violentado, bien sea restringiéndola, eliminándola o alterándola, hechos que se pueden presentar bajo los siguientes conceptos: “(...) 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 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*)...” (Miranda, Gutiérrez & Barrera, 2014, p. 93)

Este tema será desarrollado con la profundidad que se merece en un título aparte, pero no está de más advertir anticipadamente que las dos primeras formas de restricción a la competencia son legales “(...) en tanto 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 (art. 336 C.P.) o la protección de los derechos de la propiedad intelectual (...) (Miranda, Gutiérrez & Barrera, 2014, p. 93).

En cuanto a su protección, las normas de control de las concentraciones son quienes cobijan y protegen a este derecho, además de estar protegido y desarrollado como un derecho constitucional no fundamental. Es así como a continuación se pasará a hacer un desarrollo histórico de toda la normativa del derecho a la libre competencia en Colombia junto con sus evoluciones.

#### Historia y evolución de la normativa del derecho a la libre competencia en Colombia

Para poder dar inicio al desarrollo del derecho a la libre competencia en el país y toda su regulación, se hace necesario adentrarse, de manera breve, en los orígenes de aquel derecho, su regulación, todo el alcance que ha tenido a nivel mundial y la manera en que sentó las bases para la protección de este derecho en el resto del mundo.

La protección del derecho a la libre competencia nace en el año 1890 en el Congreso de los Estados Unidos bajo el nombre de la *Ley Sherman (Sherman act)*. Esta ley surge por iniciativa del senador John Sherman, quien presentó el proyecto de ley en 1888 y se sancionó en 1890. La mencionada ley tiene como objetivo impedir las prácticas restrictivas de la competencia, esto mediante la prohibición de los acuerdos tendentes a restringir el comercio y todos aquellos actos cuyo objetivo sea el de consolidar un monopolio en cualquier mercado.

La iniciativa de presentar el proyecto de ley surge debido a que el mercado del petróleo se encontraba completamente monopolizado por el señor John D. Rockefeller a través de su compañía

llamada *Standard Oil Company*; siendo este caso el primero y último en consolidar en el mercado un monopolio en estricto sentido en la historia de la humanidad.

Gracias a la ley antimonopolios mencionada, la Corte Suprema de los Estados Unidos, mediante sentencia proferida en 1911 declaró culpable a la *Standard Oil Company* de ejercer conductas monopolísticas a través de acciones abusivas y anticompetitivas y, en consecuencia, ordena su desmembramiento, lo que genera la partición de la compañía en 34 facciones de la misma.

Las conductas reprochadas en la sentencia que se reseñó consistieron en que, abusando de su tamaño, la *Standard Oil Company* minaba a sus competidores de varias maneras consideradas como anticompetitivas, tales como fijación de precios bajos y amenazando a los proveedores existentes en el mercado para que desatendieran a los competidores de la compañía.

Como se mencionó al inicio de este tema, todas las regulaciones americanas y las sentencias proferidas por la Suprema Corte sobre la protección de la competencia han servido de base y ejemplo para muchísimos países, incluida la Unión Europea, quien, a su vez, va a servir de influencia para Colombia en cuanto a los parámetros y a todo lo tendente a las regulaciones de la materia que se discute.

Es así como hoy en día el derecho europeo de la competencia se encuentra regulado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En su artículo 101 establece las prohibiciones de todos los acuerdos, decisiones y prácticas que tengan por objeto impedir, falsear o restringir la competencia en los mercados, en los siguientes términos:

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
  - Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
  - Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,
- que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
  - b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate (Unión Europea, 1985).

En su artículo 102 ídem prohíbe el abuso de una posición dominante dentro del mercado y fundamenta el control de las concentraciones empresariales, en los siguientes términos:

Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (Unión Europea, 1985).

Colombia ha sido uno de los tantos países que ha adoptado este esquema europeo y lo ha implementado, con algunas modificaciones, a su legislación, con el fin de garantizar el adecuado funcionamiento del mercado. La legislación que existe y que se desarrolla sobre la protección a la libre competencia es bastante importante en los países con economías emergentes, como Colombia, debido a que son estas quienes protegen a los mercados de prácticas que afecten o restrinjan la competencia de alguna forma, logrando garantías para que el consumidor cuente con un amplio espectro de libertad de escogencia sobre los distintos bienes y servicios que pueda ofrecer el mercado, además, logran brindar estabilidad y seguridad para la inversión extranjera que se quiera realizar en el país.

Así las cosas, es pertinente definir el derecho de la competencia para entender mejor porqué su existencia genera grandes beneficios al país en temas económicos y sociales.

En palabras del Doctor Alfonso Miranda Londoño, el derecho de la competencia es

“(…) el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre determinado mercado, en aras del interés público. Esta disciplina es considerada hoy de trascendental importancia para el desarrollo económico y social de un país. En este sentido se considera que las normas que componen un régimen de competencia constituyen un medio eficaz para mejorar la calidad de vida de la población, aumentar la eficiencia y garantizar la posibilidad de que las personas que deseen participar en el mercado lo puedan hacer, dentro de los límites de la Constitución y la ley (...) (Miranda, 2011, p. 69).

Habiendo hecho una breve explicación del origen de la ley que sentó las bases para la protección a la libre competencia, se procederá a explicar los orígenes de las regulaciones sobre dicha materia en Colombia.

La primera gran regulación a la libre competencia en Colombia surge con la ley 155 de 1959, la cual pasará a desarrollarse.

#### Antecedentes de la ley 155 de 1959 y la Constitución Política de 1886

La Constitución de 1886 no consagraba el derecho a la libre competencia como uno de sus principios constitucionales, sin embargo, sí consagraba algunos otros principios característicos de las economías de mercado, como lo son la propiedad privada, el derecho a asociarse, el derecho a escoger en libertad la profesión u oficio y la facultad del Estado para intervenir en la economía, el cual fue introducido a la Carta por medio del acto legislativo 1 de 1936.

Ahora bien, algunas leyes anteriores a la ley 155 de 1959 intentaron regular el tema, aunque no de manera contundente. A continuación, se mencionarán algunas de ellas.

- **Ley 27 de 1888.**

Esta ley reformó el Código de Comercio de la época. En los artículos 2, 3 y 4 se le otorgaba la facultad al Gobierno para inspeccionar las compañías y para intervenir en sus gobiernos corporativos cuando aquél lo requiriera. A su vez, su artículo 6 prohibía la constitución de sociedades anónimas que tendieran a la creación de algún tipo de monopolio; el artículo rezaba lo siguiente: “Se prohíbe la fundación de sociedades anónimas contrarias a las buenas costumbres, al orden público y a las prescripciones legales, así como aquellas que no versen sobre un objeto real y de lícita negociación; o que tiendan al monopolio de la subsistencia o algún ramo de industria (Consejo Nacional Legislativo, 1888, Ley 27)” Con este artículo se puede apreciar que incluso antes de la *Ley Sherman* mencionada al inicio de ese título y madre de las leyes antimonopolios, Colombia ya presentaba algunos tintes tendientes a prohibir el desarrollo de algún escenario monopolístico.

- **Leyes 16 de 1936 y 5ª de 1947**

Estas normas se refieren a la prohibición de los administradores de concentrarse en cargos administrativos de empresas competidoras de la misma cadena de valor, norma que fue posteriormente desarrollada por la ley 155 de 1959 en sus artículos 5 y 6 y posteriormente recogidos y desarrollados por la ley 222 de 1995 en sus artículos 200 y siguientes.

### **2.2.1. Ley 155 de 1959**

Este proyecto de ley surge gracias al señor Hernando Agudelo Villa, quien fue Ministro de Hacienda y Crédito Público en el primer gabinete del expresidente Alberto Lleras Camargo. Agudelo Villa debe ser especialmente aplaudido por haber impulsado este proyecto de ley, puesto que fue él quien fue capaz de reconocer la importancia de las normas de competencia para impulsar el desarrollo del país y el bienestar de sus ciudadanos, hecho que lo convirtió en el padre de la competencia en Colombia.

Este proyecto de ley *“Por el cual se dictan normas sobre prácticas comerciales restrictivas”* lo presentó Agudelo Villa ante el Congreso de la República en el año 1958, el cual terminó por convertirse en la ley 155 de 1959. El creador de la mencionada ley expuso varios motivos que justificaban la importancia de contar con una ley que regulara y protegiera la libre competencia en Colombia. La primera razón que expuso fue que, debido a la industrialización del país y a la concentración de la riqueza, era pertinente contar con esta normativa. Adicional a esto, expuso Agudelo Villa que se hacía necesario e importante garantizar la competencia para proteger al consumidor y al mismo tiempo evitar el abuso de poder de alguna compañía, situación que él llamaba como *“concentraciones monopolísticas”*, además, argumentaba que la competencia era el mejor aliado para promover el desarrollo tecnológico del país.

Es así como aún hoy en día la ley 155 de 1959 sigue siendo el fundamento de la regulación de las concentraciones empresariales en Colombia. Ahora bien, por supuesto que ha tenido varias

modificaciones y que se han expedido otras leyes que regulan la materia, pero es, sin duda alguna la ley 155 de 1959 quien sentó el precedente de las regulaciones de las concentraciones empresariales y la protección del derecho a la libre competencia.

Es en el artículo 4 de la mencionada ley en donde recae la fundamentación del control previo de las concentraciones empresariales, el cual será subrogado posteriormente por el artículo 9 de la ley 1340 del 2009. El artículo 4, modificado por el artículo 9 quedará así:

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

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

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

En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.

Parágrafo 1. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la

previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

Parágrafo 2. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración, pero señale condicionamientos, éstos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.

Parágrafo 3. 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 (Congreso, 1959, Ley 155).

A partir de la lectura de la norma transcrita, queda claro el control *ex ante* que ejerce la SIC sobre las sociedades que cumplan con alguno de los dos requisitos establecidos por la ley al imponer el deber legal de informarle sobre la futura operación proyectada, a no ser que se encuentren en alguna de las dos excepciones que trae la ley.

El artículo 4 de la ley 155 de 1959 establecía lo siguiente:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad producto, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancías o servicios 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), 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 Nacional 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 (Congreso, 1959, ley 155).

Como podrá verse, las grandes modificaciones introducidas a esta norma por el artículo 9 de la ley 1340 de 2009, anteriormente transcrita, son: i) se reemplazó la suma única de \$20.000.000 por un monto variable fijado en salarios mínimos que anualmente serán establecidos por la SIC, ii) redirigir el deber legal de informar al Gobierno Nacional, como lo estipulaba el artículo 4 a la SIC como lo establece el artículo 9 de la ley en mención, iii) las operaciones objeto de la concentración empresarial y que pueden ser objeto de control de la SIC pueden darse en operaciones verticales como horizontales.

### **2.2.2. Decreto 1302 de 1964 – reglamento del artículo 4 de la ley 155 de 1959**

El artículo 4 de la Ley 155 fue reglamentado por el artículo 5 del Decreto mencionado en los siguientes términos:

Para los efectos del párrafo 1º del artículo 4º 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 los consumidores, o para distribuirse entre si los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;
- b) Cuando en las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que lo 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, entendiéndose por activos, individual o conjuntamente considerados, los activos brutos de las empresas que pretenden fusionarse o integrarse (Presidencia, 1964, Decreto 1302).

De la lectura del artículo transcrito se entiende que dicha norma establece dos supuestos de hecho que ejemplifican cuándo se entiende que una concentración empresarial tiene por objetivo

restringir o limitar la competencia. El literal a) expone que, atenta contra la libre competencia cuando previamente se hayan hecho acuerdos privados entre las sociedades participantes con el fin de imponer precios. En estas circunstancias es pertinente que la SIC objete aquella operación de integración, puesto que salta a la vista las intenciones que se ocultan detrás de ésta de afectar la competencia. El literal b) no es lo suficientemente claro, puesto que el concepto de “*precios inequitativos*” es bastante amplio y ambiguo y aún no se encuentra propiamente definido, de suerte que, para aplicar una sanción sería complicado para el operador judicial en el sentido de que el derecho sancionatorio no puede basarse en interpretaciones subjetivas de la norma porque atentaría contra el principio de la tipicidad.

La SIC en la resolución No. 08896 de marzo de 2015 “*Por el cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 76724 de 2014 impuesto por CASYP*”, desarrolla que, si bien Colombia es un país con economía de mercado donde la fijación de los precios es una actividad libre, estos igualmente deben tener un límite con la intención de evitar que los consumidores encuentren precios abusivos en el mercado. Es igualmente necesario entender que el hecho de que el precio se limite, cuando así lo requiera, no quiere decir que se esté regulando y esté perdiendo su carácter de libertad, por el contrario, se limita fundamentándose en el artículo 333 de la Constitución Política que expone que “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común*”, lo que implica que la limitación de una forma u otra obedece a los parámetros de este artículo de la Constitución. Adicional a esto, si bien el concepto de precios inequitativos no se encuentra reglamentado en ninguna norma, le es dable a la autoridad competente fijar sus límites siempre y cuando sea necesario (SIC, 2015, Resolución 08896)

Es importante mencionar que realmente la única reglamentación expresa sobre los precios inequitativos que existe en la legislación Colombia se encuentra estipulado en el Decreto 2513 de

2005 en su artículo 1° que trata sobre los precios inequitativos para el mercado de la leche cruda.

El artículo estipula lo siguiente.

(...) Para los efectos del artículo 1° 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 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 (Presidencia, 2005, Decreto 2513, art. 1).

### **2.2.3. Constitución política de 1991**

El control de las concentraciones pasa a tener una fundamentación constitucional en el año de 1991 cuando se eleva a rango constitucional el principio de la libre competencia, consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia.

El artículo reza lo siguiente:

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. (Constitución Política, 1991, art. 333)

Para poder desarrollar y analizar el artículo anteriormente transcrito, se hace necesario exponer de manera amplia y global el modelo económico que funciona en el país y así poder entender mejor el alcance y el objetivo del artículo 333 de la Constitución Política. A lo largo de este escrito se mencionó que Colombia era un país con una economía de mercado, concepto que fue adoptado por la Carta de 1991, donde se reconocen las libertades económicas en cabeza de los individuos. Sobre este tema expuso la Corte Constitucional en Sentencia C – 032 del 2017 expone sobre la libre competencia económica lo siguiente:

(...) EL Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general (...) (Corte Constitucional, 2017, Sentencia C-032).

Partiendo de la sentencia transcrita, se tiene que las libertades económicas de libertad de empresa y libertad de competencia consagradas como principios constitucionales nacen de la idea de una economía social de mercado. Ahora, como bien lo estipula el artículo 333, dichos principios no tienen un campo de aplicación ilimitado, pues estos presuponen unas responsabilidades sociales, por lo tanto, su libertad pasa a ser condicionada. Estas limitaciones operan en aras a evitar que ocurra una ruptura en cuanto a la estructura del mercado, que a todas estas no es más que un interés general, pues cuando éste funciona adecuadamente el país cosecha grandes beneficios, como lo es, por ejemplo, un mayor nivel de productividad. Es por esta razón por lo que la Constitución dota de facultades y obligaciones al Estado para intervenir en las operaciones económicas que distintas personas estén llevando a cabo en el mercado toda vez que las mismas

estén resquebrajando o restringiendo la libertad económica, cualquiera que sea. Es así como se fundan las bases de las regulaciones sobre las integraciones empresariales en Colombia, que se detallaran más adelante.

#### **2.2.4. Decreto 2153 de 1992**

Como se dejó dicho en el título anterior, el derecho a la libre competencia fue consagrado por la Carta de 1991 como un derecho de rango constitucional, en su artículo 333, donde, además, la Constitución le ordena al Estado evitar 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” (Constitución Política, 1991, art. 333). En miras a garantizar el apartado transcrito en este mismo párrafo y para garantizar la efectiva protección del derecho en mención, el Gobierno Nacional termina por expedir este decreto con fuerza de ley, de naturaleza especial<sup>4</sup>, el cual reestructura la SIC atribuyéndole varias facultades.

Una de las facultades más importantes que otorga el Decreto a la SIC se encuentra en el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el cual fue modificado por el artículo 3 de la ley 1340 de 2009 y establece lo siguiente:

Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica (Congreso, 2009, ley 1340, art. 3)

Este artículo en particular es bastante importante porque no solo le otorga a la SIC la facultad para velar por la observancia de las disposiciones sobre protección a la competencia, sino que además establece los propósitos que debe tener en mente la SIC para procurar que se cumplan. No

---

<sup>4</sup> Determinado así por el Consejo de Estado, sección primera, mediante Sentencia del 07 de diciembre de 1993. Consejero Ponente: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

siendo más, estos propósitos son los bienes jurídicos tutelados por la norma que siempre deberán estar presentes para la toma de decisiones de la SIC en especial en aquellos casos de concentraciones empresariales.

Adicionalmente, este Decreto le atribuye a la SIC funciones relacionadas con las normas de las concentraciones, como lo son la de sancionar a aquellas personas jurídicas que no cumplan con el deber de informar a la SIC sobre el proyecto que tengan de alguna operación de integración, a quienes no acaten los condicionamientos de una operación de integración condicionada y en general a aquellas personas que quebranten las normas de protección de la competencia. Todo esto tiene desarrollo en los artículos 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992 con las modificaciones introducidas por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por último, se encuentra la llamada excepción de eficiencia consagrada en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009. Este artículo le impone a la SIC el deber de abstenerse de objetar una integración empresarial cuando los interesados demuestren que el beneficio que genera la integración para los consumidores es mayor a los posibles efectos negativos que dicha operación puede desencadenar sobre la competencia.

#### **2.2.5. Ley 1340 de 2009**

Por último, se tiene la ley 1340 de 2009 *por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Es importante aclarar que el objetivo de esta ley no es el de reformar la legislación anterior que también regula la materia, por el contrario, su objetivo es reforzar la normativa actualizando e introduciendo nuevas normas teniendo en cuenta el funcionamiento actual del mercado.

Hoy por hoy, esta ley es el cuerpo normativo más amplio en cuanto a los controles previos de las concentraciones empresariales. Dichas normas se encuentran principalmente en el Título II de

la ley, llamado Integraciones empresariales. Esta ley, entre toda la legislación existente, es la que más fuerza le ha dado a la regulación de las concentraciones empresariales y lo hace a través de normas que regulan la competencia.

Uno de sus principales cambios o novedades son el establecimiento de la SIC como la entidad estatal autorizada privativamente para **i)** aplicar la normativa referente a la competencia, **ii)** establecer sanciones y multas (OCDE, 2009) y, en general **iii)** para conocer los asuntos relacionados con la protección de la competencia, es decir, la Ley 1340 terminó por consolidar a la SIC como autoridad única de la competencia. Lo anterior se evidencia en el artículo 6º de la Ley en mención.

La competencia que el Decreto 2152 de 1992 le atribuía a la SIC era una competencia de carácter general pero residual, ya que establecía que aquella debía “(...) Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades (Presidencia, 1992, Decreto 2152), lo que significa que la SIC era competente para regular lo referente a la competencia y a las prácticas restrictivas siempre y cuando alguna otra autoridad no contara legalmente con competencia para regular de primera mano dicha materia.

Ahora, si bien la competencia atribuida a la SIC en materia de competencia es general pero privativa, igualmente tiene excepciones. La primera excepción es la relativa a la Autoridad Aeronáutica, que de hecho el Código de Comercio ya consagraba una norma especial para las integraciones empresariales entre aerolíneas, sin embargo, la novedad que sí trae la Ley 1340 es que la competencia de la aeronáutica civil ya no será respecto de todos los casos que de cualquier manera tiendan a restringir la competencia o el tráfico aéreo, sino que la Ley la limitó a unos casos específicos y taxativos mencionados por la norma.

La segunda excepción a la competencia privativa de la SIC es la competencia del sector financiero, bursátil, asegurador y provisional. Es así como la Superintendencia Financiera será competente para analizar las integraciones, pero únicamente cuando todos los partícipes de la operación se encuentren vigilados por la superintendencia en mención.

## **2.3 ESTRUCTURAS DE MERCADO**

Cuando se habla de estructuras de mercado, se está haciendo referencia a todas y cada una de las características que definen la situación de un mercado específico, teniendo en cuenta sus elementos principales, como son los agentes económicos, esto es, los vendedores y los compradores que interactúan en ese mercado, el poder de cada uno de esos agentes dentro de ese mercado específico, el producto que se está ofertando en ese mercado, y las barreras de entrada y de salida del mercado.

Para entender como funcionan las estructuras de mercado en Colombia, y así tener claro cada uno de los elementos y características que lo conforman, es importante definir varios conceptos económicos relevantes.

### **2.3.1. Noción del mercado**

Varios autores especialistas en temas económicos han hablado sobre este concepto; Según el economista Gregory Mankiw, el mercado es "un grupo de compradores y vendedores de un determinado bien o servicio. Los compradores determinan conjuntamente la demanda del producto, y los vendedores, la oferta (Mankiw, 2004, p.41)". Para Philip Kotler Gary Armstrong e Ignacio Cruz, el mercado es el "conjunto de compradores reales y potenciales de un producto. Estos compradores comparten una necesidad o un deseo particular que puede satisfacerse mediante una relación de intercambio (Kotler, Armstrong & Cruz, año, p. 10)". Por su parte, el Diccionario

de la Real Academia Española menciona en una de sus definiciones al mercado como “el conjunto de consumidores capaces de comprar un producto o servicio (RAE, s.f.)”.

La noción de mercado admite otras aceptaciones como el mercado común, el mercado de capitales, el mercado de recursos, el mercado de productos, el mercado de futuros, entre otros que se han venido desarrollando en teorías modernas, pero el centro de análisis del derecho de la competencia, se enfoca más en la protección del mercado como institución general, que según los autores y definiciones mencionadas es cualquier institución en la que se ofrecen bienes y servicios y se intercambian libremente.

Ahora bien, para que exista el mercado deben a su vez existir varios conceptos que vale la pena definir para tener un mejor entendimiento del tema.

- **Bien:** Hace referencia a cualquier producto o servicio que satisface, ya sea directa o indirectamente necesidades.
- **Precio:** es el valor que se le otorga a un bien y el poder de cambio que tiene un producto para disponer de otro.
- **Consumidor:** también se le conoce como comprador de ese bien, y es quien paga el precio para satisfacer esa necesidad específica.
- **Oferente:** persona jurídica o natural que ofrece los bienes a los consumidores.

### 2.3.2. Componentes del mercado

Luego de entender la noción de mercado y cada uno de los conceptos que hacen parte de este, es importante tener claros los conceptos mediante los cuales gira el mercado. La oferta es la cantidad de bienes y servicios que se están ofreciendo a los consumidores y la demanda es la cantidad de un bien que los consumidores desean y están en la capacidad de adquirir.

Estos dos conceptos tienen una relación directa, ya que ambos constituyen el mercado de bienes y servicios. La ley de la oferta y la demanda es uno de los principios básicos que sustentan la economía, ya que la unión de estos dos conceptos es lo que establece o hace variar el precio de un determinado bien.

### **2.3.3. Competencia de mercados**

Ahora bien, para analizar el mercado y su estructura, se debe también tener claro el tema de la competencia, que según la SIC, es

el conjunto de esfuerzos que desarrollan la personas que, actuando independientemente, buscan asegurarse la consecución de un fin. En términos económicos, la competencia es un conjunto de actos desarrollados por agentes económicos independientemente, que rivalizan con el fin de asegurar la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado. (SIC, sf, párr.1)

Como bien se ha dicho a lo largo de este capítulo, existe el derecho de competencia que se ocupa de proteger los intereses de los consumidores y la libre competencia económica, y es esto lo que nos permite hablar entonces de las estructuras de mercado y de sus tipos; la competencia perfecta y la competencia imperfecta.

#### Mercado de competencia perfecta

La competencia perfecta es cuando existen tantos compradores como vendedores de un mismo producto o servicio, que ninguno de los oferentes de este pueden establecer su precio. La teoría económica establece que para que exista este tipo de mercado, es necesario que exista un alto número de empresas y de consumidores participando en el mercado, para que así, el precio sea establecido nada más y nada menos que con las reglas de la oferta y la demanda y no de manera arbitraria por alguno de los oferentes.

Para que exista una competencia perfecta existen unos requisitos:

- Los participantes, sean productores o consumidores deben ser **tomadores de precios**, es decir que estos se deben adherir al precio existente en el mercado.
- Que exista un **bien homogéneo**, es decir un bien que sea indistinto de otros y que pueda ser fácilmente remplazado.
- **Libre entrada y salida en el mercado**, es decir que no existan restricciones ya sean legales o económicos para entrar y salir del mercado. Las restricciones legales hacen referencia a los requisitos legales que tiene cada producto o servicio en Colombia, mientras que las restricciones económicas hacen referencia a los costos del mercado. Para que podamos hablar de competencia perfecta debe haber libertad en la entrada y la salida del mercado.
- Todos los agentes deben tener **información perfecta** de ese mercado, es decir se deben conocer a los participantes del mercado, teniendo claros sus precios y características de sus productos.
- Debe existir también la **perfecta movilidad** de los bienes y servicios, de capital y del trabajo.

Los autores Ramón Fuentes y Carmen Martínez Mora establecen que “una empresa que pertenece a una industria de competencia perfecta alcanza su equilibrio de máximo beneficio a corto plazo en el nivel de producción en el que el costo marginal es igual al precio dado del bien, fijado por el mercado (Fuentes & Martínez, 2001).

En Colombia, no hay casi ningún mercado que funcione como una competencia perfecta, por lo que se dice que la competencia perfecta es una idealización. En este punto, y por esta idealización y falta de competencia perfecta, es donde aparecen las fallas en el mercado, y el Estado

mediante la SIC, es el encargado de vigilar y corregir estas fallas, que son la razón económica por la cual se necesita esta vigilancia.

### Mercado de competencia imperfecta

La competencia imperfecta es cuando los oferentes si tienen la capacidad de afectar de manera significativa sobre el precio de mercado de los productos o servicios. En la competencia imperfecta es donde aparece la intervención del Estado en la economía, ya que como el precio puede ser fijado unilateralmente y los oferentes pueden intervenir en la fijación de este último, el Estado debe entrar a garantizar el principio de la libre competencia económica.

La clasificación de la competencia imperfecta se divide en los tipos que hacen parte del concepto de demanda y los que hacen parte del concepto de la oferta. Los que hacen parte del concepto de demanda son el monopsonio que hace referencia a cuando existe en el mercado un solo consumidor de un producto o servicio, el duopsonio que hace referencia a cuando existen dos consumidores de un mismo producto o servicio y el oligopsonio que hace referencia a cuando se encuentran mas de dos consumidores sin subir mucho el número de estos de un mismo producto o servicio. Ahora bien, para el tema de interés, haremos más énfasis en la división que trae el concepto de oferta.

### Monopolio:

Francisco Mochón establece que el monopolio se da cuando existe un “... mercado abastecido por un único productor con total ausencia de competencia debido a las altas barreras de entrada (Mochón, 2006, p.92)” Adicional a esto, el monopolio también se caracteriza por que ese producto o servicio no tiene un sustituto cercano, y el oferente de ese producto o servicio tiene tal poder en el mercado que le permite fijar precios a su arbitrio.

### Tipos de monopolio:

- **Monopolio puro:** cuando existe un único producto de carácter homogéneo que no tiene sustituto, pero al mismo tiempo tiene muchos demandantes. Es lo que se conoce como posición dominante que se verá más adelante.
- **Monopolio natural:** es cuando existe un solo oferente para muchos demandantes y sucede cuando ese oferente es capaz de ofrecer el producto a un mejor precio que sus competidores. Este oferente restringe de cierta forma el acceso para otros oferentes.
- **Monopolio legal:** es el que proviene del ordenamiento jurídico de un Estado. Puede ocurrir cuando el Estado lo permite o el mismo Estado lo crea, promueve y lo mantiene y en estos casos proviene de la Constitución Política o de la ley.
- **Monopolio colusivo:** se relaciona mucho con el monopolio legal ya que el Estado lo permite, y es mediante el cual varias empresas se unen para formar una empresa única, y asumen así el poder de un monopolio.

### Oligopolio:

El oligopolio es una estructura de mercado en donde existen pocos oferentes, y estos oferentes son capaces de influir en el precio del mercado. En este modelo, los productos o servicios pueden ser homogéneos es decir que tienen la misma vocación de satisfacción de necesidades o heterogéneos si esta satisfacción de varía de cierta forma.

Los oligopolios utilizan estrategias para subsistir, como la guerra de precios y el liderazgo en el precio en este mercado específico.

### Competencia monopolística:

La competencia monopolística es un tipo de competencia imperfecta y se ve reflejada cuando se tiene un producto único, pero que si tiene otros productos parecidos que si me permite competir con los demás oferentes. Puede ser parecido a un monopolio, pero no lo es ya que existen otros productos en el mercado similares, pero con diferentes características, lo que permite que exista competencia. En el caso de la competencia monopolística, el margen para fijar los precios es muy pequeño ya que los productos tienen sustitutos por lo que los oferentes no tienen la capacidad para fijar esos precios de forma arbitraria.

## **2.4 PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA**

A lo largo de este documento, se ha mencionado el tema del derecho de la competencia y en este punto toma vital importancia. El derecho a la competencia contempla dos tipos de contenido, el primero denominado actuaciones preventivas del Estado que hace referencia a la valoración y restricción previa a que se produzcan fallas en el mercado y el segundo denominado actuaciones sancionatorias del Estado que hacen referencia a cuando ya surgió la realización de la conducta en contra a la libre competencia.

En el primer punto, del cual se hablará más adelante, el Estado hace una valoración de legalidad de las conductas que pueden llegar a vulnerar el orden económico, para lo cual establece un **procedimiento previo** de información a una autoridad competente, siendo esta la SIC, para que evalúe los posibles efectos de esa conducta en el mercado. El segundo punto, hace referencia a la facultad punitiva del Estado para imponer sanciones a los individuos que incurran en alguna conducta NO permitida dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Esta valoración no es previa debido a que el Estado está sancionado por una conducta ya ocurrida y que se considera como una práctica restrictiva de la competencia.

### Actuaciones sancionatorias del Estado

Existen una serie de conductas que limitan y pueden llegar a vulnerar la libre competencia económica en los mercados. El Decreto 2153 de 1992, regula lo que son las prácticas restrictivas de la competencia que en conclusión se pueden dividir en acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos y abusos de posición dominante.

Con la promulgación del Decreto en mención, aparecieron también los sistemas de valoración de estas prácticas, provenientes de la legislación norteamericana, que establecen dos tipos de reglas que se aplican en el ámbito de la competencia, para determinar si una conducta restringe o no la competencia; las Reglas de la Razón y las Reglas Per Se. Si bien el asunto no está resuelto y en la doctrina existen distintas corrientes respecto de si estas deben ser aplicadas o no, igualmente son una de las alternativas que pueden ser de ayuda para la autoridad competente al momento de analizar si una conducta constituye una práctica restrictiva de la competencia. Se exponen a continuación.

### Reglas de la Razón

Las reglas de la razón se utilizan cuando la conducta que está siendo investigada, no se encuentra expresamente definida en la legislación como una práctica restrictiva de la competencia, es decir no es un acuerdo, un acto o un abuso de posición dominante. Normalmente, estas conductas que se analizan conforme a las reglas de la razón, hacen parte de la prohibición general que trae la Ley 155 de 1959 que establece:

Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos (Congreso, 1955, Ley 155)

y a su vez el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 que establece “...están prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito (Presidencia, 1992, Decreto 2153)”.

Las reglas de la razón se utilizan entonces cuando se requiere hacer un análisis más profundo y estricto para entrar a probar que dicha conducta está vulnerando la libre competencia económica, ya que, con solo analizar la ley no es suficiente determinar si es o no una práctica restrictiva de la competencia debido a que no se acomoda a ninguno de los supuestos que trae la ley.

### Reglas Per Se

Ahora bien, lo contrario a lo anterior son las Reglas Per Se, que hacen referencia a cuando una conducta es evidentemente una práctica anticompetitiva, y la prueba de esto es que está plasmado en la ley como una. En este ámbito hay una aplicación de una presunción de que la conducta que se está analizando es ilegal, por lo que la entidad que está sancionando no requiere de un análisis profundo para entrar a determinar si hay o no una violación de la libre competencia, ya que es evidente que si la hay.

Un claro ejemplo de las reglas per se, es el caso de el cartel de papel higiénico entre Familia y Kimberly, ya que a la Superintendencia de Sociedades le bastó con encontrar las pruebas de los correos cruzados entre las partes para fijar los precios, para que se dieran cuenta que era una fijación de precio y por ende una conducta ilegal.

### ¿Cuales son las prácticas restrictivas a la competencia?

Como se dijo anteriormente, se consideran prácticas restrictivas a la competencia los acuerdos anticompetitivos, los actos anticompetitivos y el abuso a la posición dominante, que se encuentran

reguladas en el Decreto 2153 de 1992. A continuación, se analizarán cada uno de ellos para un mejor entendimiento de los mismos.

#### **2.4.1. Acuerdos Anticompetitivos**

Se entiende por acuerdo según el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 “todo contrato, convenio, concentración práctica concentrada o conscientemente paralela entre dos o más empresas (Presidencia, 1992, Decreto 2153)” A su vez, el artículo 47 del Decreto en mención establece que:

... se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. (Presidencia, 1992, Decreto 2153)

Se entiende entonces como un acuerdo anticompetitivo cualquier conducta que se enmarque dentro lo mencionado anteriormente. Los acuerdos anticompetitivos se pueden dividir en dos dependiendo de su posición en la cadena de producción: los acuerdos horizontales y los acuerdos verticales.

Un acuerdo horizontal son los pactos entre empresas que proveen bienes o servicios que son similares o sustitutos en un único eslabón de cadena de producción. Esto quiere decir que las empresas se encuentran en el mismo nivel comercial y son competidoras directas entre sí, lo que en palabras de la SIC indica que

Un acuerdo de colaboración entre competidores es aquel en virtud del cual dos o más firmas que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena productiva, y que están compitiendo efectivamente en el mercado, combinan sus recursos o unen parte de sus operaciones con el fin de alcanzar determinadas metas comerciales (SIC, 2013, Resolución 4851)

Por su parte, los acuerdos verticales hacen referencia a los pactos entre empresas que se encuentran en una cadena de producción diferente. Es decir que estas empresas no son competidoras entre sí, sino que se complementan entre sí. La SIC también ha hecho referencia a estos acuerdos estableciendo que:

...hacen alusión a las prácticas comerciales entre agentes que se encuentran en eslabones diferentes de la cadena de producción de un producto y/o servicio. En el marco de dichas relaciones se pueden presentar ciertas prácticas en las que se restringe la libertad de acción de una o de ambas partes en la cadena de producción”. 13 “Los efectos de las restricciones verticales pueden ser anticompetitivos, neutrales, o incluso pro-competitivos, por lo que el efecto neto en la competencia y en la eficiencia económica no es obvio a priori. Los efectos favorables a la competencia podrían básicamente consistir en incrementos en los niveles de eficiencia, al permitir a un vendedor y un comprador reducir sus costos de transacción, optimizar los niveles de inversión, y eliminar las distorsiones de precios que pudieren surgir y afectar al consumidor.

#### **2.4.2. Actos Anticompetitivos**

Están regulados en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, y hacen referencia a “todo comportamiento que quienes ejerzan una actividad económica” (Presidencia, 1992, Decreto 2153) por lo que cuando hablamos de actos hablamos de conductas unilaterales que van en contra de la libre competencia económica y son las que comúnmente utilizan las empresas para sus propios beneficios por lo que se ven perjudicadas otras empresas. Estos actos contrarios a la libre competencia son: (i) los que infringen normas sobre publicidad contenidos en el estatuto de protección al consumidor; (ii) los actos que influyen a una empresa (distinta a la que está influenciado), para que incremente precios de productos o servicios para que desista de la intención de rebajar precios y (iii) cuando las empresas se niegan a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ella pueda entenderse como una realización de su política de precios.

#### **2.4.3. Abuso de Posición Dominante**

En Colombia, tener una posición dominante en el mercado no necesariamente constituye una conducta anticompetitiva. Lo que realmente constituye la práctica anticompetitiva es el abuso de esa posición en el mercado. Es necesario aclarar que, si bien todo monopolio constituye una posición dominante, no toda posición dominante constituye un monopolio.

El Decreto 2153 de 1992, define la posición dominante como “(...) la posibilidad de determinar, directa o indirectamente las condiciones de un mercado...” (Presidencia, 1992, Decreto 2153), es decir que es lo que le permite a una determinada empresa de actuar de forma independiente sin tener en cuenta otras variables como competidores, consumidores o precios. Esto es totalmente legal en Colombia, ya que se considera que la empresa pudo tener esfuerzos contundentes para llegar a esa posición, derrotando así a los competidores que hubiere lugar. La SIC establece que:

Es importante resaltar que no toda actividad económica de un agente económico con posición de dominio es abusiva, y por lo tanto prohibida, pues la normativa en materia de protección de la competencia es clara en admitir la posición de dominio, pero proscribiendo el abuso de la misma. De hecho, debe permitirse que las empresas dominantes desarrollen en forma leal y razonable sus actividades económicas en el mercado en el que participan, aunque con esto aumenten su fuerza en el mercado. (...) Así, dentro de la lógica del sistema no se considera abusivo el tomar una ventaja razonable y leal de la posición de dominio, si ello no conduce a un beneficio injustificado para el agente dominante en perjuicio de los otros agentes del mercado. En este sentido no resulta consecuente con los objetivos de las políticas de competencia nacionales exigir que la libertad económica de una empresa desaparezca o se haya de ver restringida más allá de lo razonable por el solo hecho de detentar una posición de dominio (SIC, 2013, Resolución 543030)

Esta misma entidad, establece que debe realizarse un análisis caso por caso para saber si existe o no posición dominante en un mercado específico, ya que no existe una fórmula o una regulación a la cual acudir para determinar la existencia de esta posición. Algo que sí resulta bastante relevante para entender la posición de dominio es la participación que se tenga en el mercado, tema que se desarrollará más adelante.

Ahora bien, la posición de dominio debe ser analizada caso por caso, y como bien se ha dicho esta posición no está prohibida en Colombia, pero el abuso de la misma si es una conducta ilícita, prohibida expresamente en la Constitución Política de 1991. El artículo 333 de la Carta Política establece que

El Estado, por mandato de 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. (...) (Constitución Política, 1991, art. 333) .

Adicional a la prohibición constitucional, el Decreto 2153 de 1992 regula las conductas constitutivas de abuso de posición dominante estableciendo seis causales para incurrir en esta:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. (Presidencia, 1992, Decreto 2153)

Es importante tener en cuenta que no solo lo listado en el artículo del Decreto es lo que configura un abuso de posición de dominio, ya que la SIC en la resolución 53403 del año 2013, estableció que:

La finalidad de la norma prevista en el artículo 50 del Decreto de posición de dominio, sino que se circunscribe a establecer un listado indicativo de conductas que, de ser comprobadas, serían restrictivas de la libre competencia como ejercicio indebido de la posición dominante en el mercado. Comoquiera que eventualmente pueden configurarse otras conductas constitutivas de abuso por agentes que ostenten poder de mercado, es precisamente en este escenario en el que cobra particular relevancia la prohibición general de la que trata el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (SIC, 2013, Resolución 53403)

Esta afirmación tiene opiniones a favor y en contra, ya que muchos dicen que al no tener la frase “entre otros” permite la interpretación de una lista exhaustiva, y más cuando este artículo se compara a otros de la misma ley que si traen la expresión “entre otros” en su redacción (artículo 47), pero a ojos de la SIC y para no poner en riesgo el interés público permitiendo conductas que se le escapen al legislador de esta lista, la interpretación de este artículo no debe ser taxativa, por lo que se deben analizar todos los casos para decidir si existe o no un abuso de posición dominante.

Dos claros ejemplos de sanciones de abuso de posición dominante que no solo se sancionaron con lo previsto en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, sino con la prohibición general como se indicó en el punto anterior son en primer lugar sanción a FEDEGAN en el año 2012 por abuso de posición de dominio en relación con el esquema de compra de vacuna contra la fiebre aftosa. En este caso, FEDEGAN era el único comprador de la vacuna en Colombia y decidió que sólo adquiriría vacunas nacionales, a pesar de que las importadas contarán con la autorización de la entidad competente para que fuera comercializadas dentro del país.

Por medio de la resolución 40912 del 2012, la SIC determinó que las conductas iban en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 1255 de 1959 y de los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2155. La infracción a la prohibición general se dio por la imposición de los reglamentos técnicos que discriminan a las vacunas importadas. En segundo lugar, la sanción impuesta a CLARO en el año 2013 cuando esta empresa se negó a desbloquear las bandas de los equipos móviles y abultó las cifras de portabilidad reportadas por la misma. La SIC concluyó que el tema de abultamiento de cifras iba en contra de la prohibición general de la Ley 155 de 1959.

Ahora bien, la SIC ha clasificado estas prácticas abusivas en dos temas importantes, el abuso de explotación y el abuso de exclusión.

Los abusos de explotación son aquellos en que la empresa dominante aprovecha su poder de mercado para directamente apropiarse de parte de la renta de sus clientes, mediante acciones tales como el aumento de los precios, la reducción de la calidad o la variedad de los productos, o la discriminación de clientes no basada en criterios objetivos. Por su parte, los abusos de exclusión son aquellos en los que la empresa dominante directamente limita la competencia mediante conductas que obligan a los competidores a abandonar el mercado, a impedir u obstruir su acceso o los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse. (SIC, 2013, Resolución 53403)

Al darle una lectura a la norma citada, es claro que ésta no distingue cuál conducta es un abuso de explotación y cuál conducta es un abuso de exclusión, pero es claro que en el artículo se incluyen

abusos de ambos tipos. Para efectos de analizar que constituye abuso de posición dominante, y en que se basa la SIC para investigar una de esas conductas, se procederá a detallar cada uno de los numerales del artículo 50.

**1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.**

Ésta es la primera conducta que trae el artículo 50, más conocida como los “precios predatorios”, y hace referencia a una estrategia que busca eliminar a los competidores con la disminución de precios de un producto o servicio ofrecido y no como consecuencia de la competencia normal del mercado. La SIC en la Resolución 30835 del año 2004 estableció tres elementos que deben configurarse para que los precios predatorios configuren un abuso de posición dominante. El primero de ellos, es que efectivamente el agente tenga una posición de dominio en el mercado, el segundo elemento es que exista una venta de precios inferior a los costos de los productos o servicios y el tercero es la intención que tiene ese agente para eliminar a los competidores.

En Colombia, hay muy pocas investigaciones por esta conducta ya que se considera que es de las más difíciles de probar, ya que, para poder decretarla, se requiere probar la intención del agente que resulta bastante complejo para la SIC. Un ejemplo de esta conducta es el caso de la empresa Cadbury-Adams, que durante 18 meses vendió chicles por debajo de su costo de producción con el objetivo de eliminar del mercado a sus competidores.

**2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.**

Se conoce también como discriminación vertical. Para analizar este punto, se debe entender a que hace referencia tanto el concepto de discriminación como las condiciones análogas. En primer lugar, la SIC estableció en la Resolución 588 de 2003, que discriminar significa “la acción y el efecto de discriminar, separar, distinguir una cosa de otra. Desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religioso políticos u otros. (SIC, 2003, Resolución 588)” En la misma resolución mencionada, esta entidad al referirse de condiciones análogas estableció que:

... La calificación legal de análogo implica que entre los consumidores o proveedores exista una relación de semejanza a pesar de ser personas distintas. Por tanto, para determinar la equivalencia de actividades o prestación se deberán observar respecto de cada caso, la correspondencia o no de sus condiciones de tiempo, modo y lugar (SIC, 2003, Resolución 588).

Ahora bien, teniendo claro esto, para que exista una conducta que se pueda enmarcar en el numeral dos del Decreto citado, se requiere en primer lugar que el agente en posición dominante aplique un trato diferenciado para operaciones equivalentes a un consumidor o proveedor y que este trato diferenciado suponga una situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor en condiciones análogas. La SIC hace mucho énfasis en que el resultado de la discriminación situó a los sujetos que fueron discriminados en condiciones diferentes en circunstancias de modo, tiempo y lugar. También debe probarse que no existe justificación alguna para que se dé el trato diferenciado para la configuración de esta causal.

Un claro ejemplo de discriminación y por ende un abuso de posición dominante es el caso de SATENA. En el 2002 se inició una investigación en contra de esta empresa por un plan de descuentos que se le otorgaban a un grupo específico de pasajeros, sin que hubiera justificación para otorgarlos. En este caso, la SIC hizo un análisis y concluyó que SATENA tenía posición dominante en el mercado y que ofreció descuentos injustificados que puso en situación de

desventaja a otros consumidores ya que estos últimos pagaban una suma de dinero superior a los beneficiados sin que en realidad existiría un motivo que evidenciara la necesidad del trato preferencial de unos pasajeros frente a los otros.

El caso de SATENA permitió que el legislador incluyera el principio de igualdad frente a los consumidores en la ley 1480 de 2011 estableciendo que todos los consumidores deben ser tratados equitativamente y de manera no discriminatoria para evitar que se produjeran más casos de discriminación que se enmarcaran dentro de la causal número 2 del artículo 50 Decreto 2153 de 1992. Pero entonces ¿Qué sucede con los descuentos? La SIC ha dicho que esta es una estrategia válida en algunas oportunidades tales como

...el pretender ingresar a un mercado, el de vender rápidamente mercancías que se están volviendo obsoletas, o el de recaudar rápidamente fondos para cubrir déficit de caja, incluso teniendo posición de dominio. Lo que está prohibido es que a través de una política de descuentos, una empresa con posición de dominio en el mercado pueda abusar de dicha posición, como por ejemplo, estableciendo precios de venta por debajo de los costos, o como en el presente caso, que dichos descuentos sean el instrumento idóneo para establecer discriminaciones entre usuarios de servicios de condiciones análogas en el mercado relevante definido, pues es allí cuando el comportamiento pasa de ser una simple estrategia comercial a convertirse en una práctica comercial restrictiva (SIC, 2002, Resolución 4295) <sup>5</sup>.

**3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.**

Esta conducta se conoce más como “ventas atadas” y es cuando un agente económico ofrece de manera conjunta bienes o servicios que por regla general son objeto de transacciones independientes, condicionando así al consumidor a la adquisición de otro producto para poder adquirir otro bien. Esta conducta está inclusive prohibida por el Estatuto del Consumidor y se

---

<sup>5</sup> Resolución No. 4285 de 2002. Superintendencia de Industria y Comercio.

configura cuando un agente económico con una posición dominante en un mercado aprovecha su posición de dominio para atar a los consumidores a otro mercado, ofreciendo dos productos distintos, es decir productos que el consumidor fácilmente podría adquirir separadamente, vendidos conjuntamente sin que el consumidor pueda optar por solo uno de ellos. En palabras de la SIC, el test para la verificación de esta conducta consiste en

(i) la verificación de la posición dominante (ii) la singularización del producto vinculante y vinculado; (iii) la configuración del factor de coerción y (iv) la existencia de eficiencias que justifiquen la conducta (SIC, 2012, Resolución 40912)

La SIC también en reiteradas ocasiones ha establecido que conductas como estas producen efectos negativos tanto en los consumidores como en los competidores, ya que a los consumidores se les ve limitada su libertad de elección respecto de uno de los bienes o servicios ofrecidos y a los competidores ya que restringe su acceso al mercado que los consumidores están obligados a adquirir un servicio que perfectamente podría adquirir de un competidor (SIC, 2008, Resolución 8328).

Un ejemplo de esta conducta fue la sanción que la SIC le impuso a EPM en el año 2003. La empresa en mención solo permitía que sus consumidores contratan el servicio de internet por fibra óptica (en donde EMP tiene una clara posición de dominio) si también adquirían el servicio de televisión por cable. Esto hacía que los consumidores de cierta forma estuvieran obligados a contratar un servicio que no estaban buscando para poder adquirir el servicio Internet.

**4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.**

Esta prohibición, al igual que la del numeral dos del mismo Decreto, trata del trato diferenciado que se le da a los consumidores, pero en un sentido más amplio. Para configurarla, se requiere que el agente económico en posición de dominio imponga condiciones diferentes a los consumidores y que la intención de ese agente con ese trato diferenciado sea eliminar la competencia.

Este numeral no hace referencia a una discriminación como si lo hace el numeral dos pero de un trato diferenciado. Es importante en este punto tener en cuenta que no todo trato diferenciado implica una discriminación, razón por la cual se separan las conductas en dos numerales diferentes. La SIC en la Resolución 588 de 2003, esclarece esa diferencia estableciendo que

Para que exista un acto discriminatorio no basta con que se conceda un tratamiento diferente, pues se requiere además, que esa diferencia en el trato este desprovista de justificaciones razonables. Luego, la base de la discriminación no estriba en la concesión de tratamientos desiguales sino en la ausencia de motivos valederos para ello. De modo que, toda la discriminación presupone un trato desigual pero no todo trato diferencial conlleva a una discriminación; el punto determinante ha de buscarse en el por qué se actúa de una manera frente a una persona de otro distinta, frente a otra tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia (SIC, 2003, Resolución 588)

Esta diferenciación deja claro entonces que la discriminación del numeral dos del Decreto en mención es un tipo de agravación del numeral cuarto.

**5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.**

Es una conducta que también se conoce como discriminación geográfica de precios, y lo que busca es impedir que un agente económico con posición dominante en un determinado mercado elimine su competencia bajando los precios de un producto o servicio en una zona específica. Se

puede relacionar con los precios predatorios, pero en este caso se otorgan precios más bajos a ciertos consumidores por el simple hecho de encontrarse en un lugar geográfico diferente.

La SIC establece que esta conducta es muy poco común en el mercado, ya que llegar a probar una discriminación geográfica es bastante complicado.

## **6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.**

Esta conducta es más general y no hace referencia a una conducta o un acto específico que deben cometer los agentes económicos para configurar esta conducta. Se ha dicho que es la prohibición general del artículo 50, siendo las demás las prohibiciones específicas.

Cuando una conducta obstruya la entrada a un mercado, estaríamos frente a esta conducta.

### **2.4.4. Competencia desleal**

La competencia desleal también se incluye dentro de las prácticas restrictivas de la competencia, pero no cobra importancia en el tema de las integraciones empresariales. Brevemente, se hará una explicación de lo que esta figura comprende y como está protegida en el ordenamiento jurídico colombiano.

La ley 256 de 1996 tiene como objetivo garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado. La competencia desleal hace referencia a conductas de mala fe ejecutadas por agentes económicos en un mercado específico, que buscan mantener, aumentar o conseguir participación en el mercado. Entonces, para que exista efectivamente un acto de competencia desleal esa conducta debe realizarse en un mercado específico, es decir que tenga transcendencia externa y que esa conducta se lleve a cabo con fines concurrenciales, es decir que

las conductas tengan por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado ya sea de el mismo o de un tercero.

La ley en mención establece que son actos de competencia desleal los siguientes: (i) actos de desviación de clientela; (ii) actos de desorganización; (iii) actos de confusión; (iv) actos de descredito; (v) actos de comparación; (vi) actos de imitación; (vii) explotación de la reputación ajena; (viii) violación de secretos; (ix) inducción a la ruptura contractual; (x) violación de normas y (xi) actos desleales de exclusividad.

No se entrará en detalle de cada uno de los actos ya como se mencionó anteriormente esta práctica no se relaciona con las integraciones empresariales, pero si es importante tener en cuenta que al incurrir en alguno de estos actos también se esta viendo perjudicada la competencia.

### **3. LAS INTEGRACIONES COMO AMENAZA A LA COMPETENCIA.**

En el 2010 se presentó ante la SIC el deseo de adquirir el control de la empresa colombiana PROTABACO Productora Tabaquera de Colombia LTDA., por parte de la empresa COLTABACO Compañía Colombiana de Tabaco S.A., quien es controlada por la compañía norteamericana Philip Morris International Inc.

Mediante la Resolución No. 29937 de 2010, entiende la SIC, gracias a los documentos aportados por las empresas intervinientes que ambas tienen como actividad económica la fabricación y comercialización de cigarrillos de tabaco en el territorio colombiano, por lo tanto, la SIC terminó por definir el mercado relevante como el mercado nacional de producción de cigarrillos de tabaco. Adicional a esto, encuentran que existen dos segmentos diferenciados dados por una brecha de precios, el alto y el medio-bajo.

Posterior al análisis de estructura de mercado realizado por la SIC, encuentra que, de efectivamente ejecutar la operación de adquisición, el ente resultante terminaría abarcando un 83%

del segmento medio-bajo mencionado anteriormente, por tanto, concluye la SIC que sería una concentración excesiva y que, aún así exista en el mercado relevante otro competidor significativo (BAT), este no cuenta con la capacidad o participación en el mercado necesaria para ejercer una debida fuerza competitiva.

Adicional a lo anterior, la SIC analizó de igual forma las barreras de entrada que dicho mercado podría tener y encontró que efectivamente las barreras de entrada eran demasiado altas y por tanto, los potenciales competidores de ese mercado requerirían de una inversión considerablemente elevada en cuanto a producción, importación y publicidad, lo que se traduce en un desincentivo para los mismos. En consecuencia, a lo mencionado y a otros aspectos, la SIC decide objetar dicha operación debido a los posibles efectos restrictivos de la competencia que generaría.

A partir de la lectura del ejemplo anterior, es evidente, que, si bien no todas las integraciones pueden resultar como posibles amenazas para la competencia, existe un umbral considerable de operaciones de integración que, por su magnitud, su consecuencia más próxima sea la de resquebrajar la competencia del mercado en cuestión. Entonces, la especial protección y el control riguroso que despliega el Estado hacia las integraciones empresariales se deriva de la posibilidad que existe de que una operación de integración afecte negativamente a la competencia. De ser así, el Estado, a través de la SIC, siempre decidirá sobre lo que más favorezca a la libre competencia, puesto que es ella su prioridad y no los beneficios que pueda conseguir el empresario por la operación proyectada.

Como se ha venido mencionado a lo largo de este escrito, las operaciones de integraciones empresariales tienen como objetivo reducir costes, ampliar su cobertura en el mercado y, a fin de cuentas, aliarse con sus competidores, buscando beneficios económicos y empresariales. Dicho esto, es importante recalcar que, como mencionan Miranda, Gutiérrez y Barrera

(...) debe reiterarse 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 competencia. **En este sentido, debe considerarse que las concentraciones empresariales no son prácticas restrictivas en sí mismas, pero sí lo son las conductas que violen las normas sobre concentraciones empresariales...** (negrilla fuera del texto y con intención) (Miranda, Gutiérrez & Barrera, 2014, p.94).

Es por lo anteriormente explicado que el Estado colombiano le otorga facultades a la SIC para vigilar el correcto funcionamiento de la competencia y velar por su protección frente a actuaciones que sean consideradas como una práctica restrictiva de la misma. Dichas facultades están concedidas legalmente a través de la Ley 1340 del 2009 en su artículo 6º, donde manifiesta que:

La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal (Congreso, 2009, Ley 1340).

Así las cosas, si bien estas operaciones de integraciones empresariales no constituyen prácticas restrictivas en sí mismas, existe de manera latente la posibilidad de que, al llevar a cabo alguna operación de dicha índole, se restrinja de alguna forma la competencia. Como consecuencia de esto, el presente capítulo busca explicar la razón de ser del control que ejerce la SIC frente a las concentraciones cuando estas sean una posible amenaza a la competencia.

### **3.1. Control de las integraciones empresariales.**

Como se mencionó en el aparte de la fase decisoria de la fusión, ubicado en el título I de este escrito, existen en Colombia dos tipos de autorizaciones gubernamentales requeridas para llevar a cabo cualquier operación de integración que se quiera ejecutar. Estas autorizaciones a saber provienen tanto de la Superintendencia de Sociedades y de la SIC.

Así las cosas, se pasará a desarrollar de manera detallada en qué consiste cada autorización.

De la Superintendencia de Sociedades respecto de las sociedades sometidas a su vigilancia y control: Esta autorización no es *per se* una autorización sino, más bien, un control de legalidad que se deriva de las facultades propias de dicha entidad de inspeccionar, vigilar y controlar las Sociedades adscritas a ella.

En este punto es importante mencionar la existencia de dos regímenes de autorizaciones,

- El régimen de autorización general y,
- El régimen de autorización previa.

El denominado **régimen de autorización general** se encuentra consagrado en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades No. 100-000008 del 2016 reformativa de la Circular Básica Jurídica No. 100-000003 del 2015. Reyes Villamizar afirma que “(...) mediante este sistema se excluyen del permiso previo la mayoría de las operaciones del tipo indicado, por lo que pueden llevarse a cabo, sin necesidad de someterlas al escrutinio de la mencionada entidad” (Reyes, 2017, p.166). Esto quiere decir que las sociedades y empresas unipersonales que se encuentren cobijadas bajo el mencionado régimen se encontrarán autorizadas sin necesidad de que la entidad en mención se los haga saber de forma expresa, o en otras palabras, toda aquella sociedad o empresa unipersonal que se encuentre bajo el mando del régimen de autorización general, se encuentra implícitamente autorizado a realizar cualquier tipo de integración.

A modo de síntesis, los requisitos para entrar en el régimen de autorización general exigidos por la circular básica mencionada son: **(i)** Que sea verificable el medio y la antelación previstos en la ley o en los estatutos para realizar la convocatoria a la Asamblea que decidirá sobre la reforma estatutaria de fusión. **(ii)** Que haya constancia de que los documentos exigidos para este tipo de reformas estuvieron a disposición de los accionistas durante el tiempo previsto en los estatutos o

en la ley. **(iii)** Que se haya publicado el aviso de fusión de que trata el artículo 174 del Código de Comercio y que deberá ser publicado en un periódico de amplia circulación nacional, que se haya enviado comunicación a los acreedores dando cuenta de la fusión proyectada, con una antelación no inferior a 30 días al acto de formalización, a fin de que hagan sus observaciones y soliciten los documentos que fundamentan la fusión. Dicha comunicación debe contener como mínimo lo siguiente, **i)** nombre, NIT y domicilio de las sociedades participantes, **ii)** motivos de la operación proyectada y sus condiciones, **iii)** Estados Financieros, **iv)** balance general y estados de resultados, **v)** valor de los activos de las sociedades participantes en la operación y los gravámenes o medidas previas que pesen sobre los mismos, **vi)** número, naturaleza y estado de los procesos que cursan en contra de la sociedad, **vii)** una descripción de los activos y pasivos y **viii)** un análisis simplificado del método de valoración.

Conforme con lo expuesto, es de trascendental importancia que los administradores, a efectos de cumplir los requisitos anteriores, y para poder justificar estar bajo el régimen de autorización general, deben tener a mano los siguientes documentos, que dan cuenta de la revelación y transparencia de la operación. Estos son los siguientes:

1. Estados financieros con corte de cierre del último ejercicio social antes la fusión.
2. Prueba del envío de las convocatorias.
3. Texto de las convocatorias.
4. Estatutos vigentes para la época de la fusión.
5. Constancia de que los documentos que sirvieron de fundamento a la operación estuvieron disponibles durante los 30 días hábiles anteriores a la reunión de la Asamblea.
6. Aviso de fusión publicado en diario de amplia circulación nacional.
7. Comunicación a los acreedores de la compañía.

8. Prueba del envío de la comunicación a los acreedores de la compañía.
9. Informe disponible para ser consultado por los acreedores sociales en los treinta días hábiles siguientes al aviso, así como la constancia de su disponibilidad.

De otro lado, el denominado **régimen de autorización previa**, significa que, para proceder a llevar a cabo una operación de integración se hace necesario obtener una autorización, expresa, previa y por escrito por parte de la Superintendencia de Sociedades, según lo dispuesto en el artículo 84, numeral 7 y en el artículo 85, numeral 2 de la Ley 222 de 1995 y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades No. 100-000005 de 2017.

En este régimen de autorización previa, basta con que una sola de las sociedades intervinientes en la operación de fusión se encuentre sometida a la vigilancia o control por parte de la Superintendencia de Sociedades para que todas queden sometidas a este régimen; sin que esto signifique que, una vez perfeccionada la operación, la sociedad resultante de aquella quede sometida a la fiscalización constante del ente gubernamental.

De igual forma, se encuentran sometidas al régimen de autorización previa sociedades y empresas que se encuentren bajo la supervisión de otras Superintendencias que no cuenten con la facultad de autorizar la reforma estatutaria de la que se habla en este título.

Igualmente, se hace necesaria la autorización previa cuando las sociedades intervinientes, además, de estar vigiladas por la Superintendencia de Sociedades en razón del monto de los activos y/o los ingresos (30.000 SMLMV)<sup>6</sup> se encuentren en las situaciones previstas en el artículo

---

<sup>6</sup> Esta cifra cambia cada año.

2.2.2.1.1.1., del Decreto 1074 de 2015 y en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades No. 100-000008 de 2016.

Las situaciones que originan el control previo mencionado en las normas anteriores son:

1. La situación financiera revele una o más obligaciones vencidas por más de noventa días siempre y cuando representen a lo menos el 20% del total del pasivo externo.
2. Presentarse una situación de control entre las sociedades intervinientes y que exista un crédito en la controlada como producto de la compra de acciones o cuotas en esta y que, al momento de la fusión no se haya cancelado su totalidad.
3. El capital de la sociedad resultante de la fusión, si es por creación, sea inferior a la suma de los capitales de las sociedades participantes.
4. Cuando participe una sociedad vigilada en estado de liquidación.
5. Cuando alguna de las sociedades participantes tenga obligaciones originadas en la emisión de bonos.
6. Cuando alguna de las sociedades participantes tenga pasivos pensionales, y,
7. Cuando alguna sociedad participante esté incurso en las irregularidades establecidas en los literales a, b, c o d, del artículo 84 de la Ley 222 de 1995.
8. Cuando la sociedad absorbente sea extranjera. (Reyes, 2017, p.167)

De la Superintendencia de Industria y Comercio por temas relacionados con el derecho de la competencia.

Como se mencionó al inicio de este título, es sabido que las integraciones empresariales pueden inferir directa o indirectamente sobre la competencia, generando un impacto que no siempre puede resultar positivo para esta. Es así como el Estado a través de la Ley 1340 de 2009, faculta y obliga a la SIC para ejercer controles bien sea previos o posteriores sobre la competencia y sobre todo aquello que pueda afectarla.

El artículo 9 de la ley en mención expone que

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o se dediquen a la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la SIC sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo

para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la SIC o;
2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la SIC (Congreso, 2009, Ley 1340).

El mismo artículo trae dos excepciones al deber de informar a la SIC sobre la operación proyectada:

1. Cuando, si bien los interesados cumplen alguna de las condiciones anteriormente reseñadas, en conjunto no logran obtener más del 20% del mercado relevante, entonces, se entenderá autorizada la operación. En este caso se deberá únicamente notificar a la SIC sobre la operación, lo que quiere decir que se encuentran exentas del deber de informar previamente a la entidad competente sobre la operación. Así las cosas, quiere esto significar también que dado el caso de encontrarse exento del deber de informar, la operación podrá llevarse a cabo sin necesidad de obtener una autorización explícita, por tanto, no se corre el riesgo de incurrir en el concepto denominado *gun jumping* del que más adelante se desarrollara con mayor profundidad; caso contrario sería el de aquellas sociedades interesadas en desarrollar la operación que cumplan con alguno de los requisitos reseñados anteriormente y, además, adquieran conjuntamente más del 20% del mercado relevante, aquí no solo se tiene el deber de informar sino que adicional a esto, se debe esperar la autorización expresa por parte de la SIC so pena de incurrir en el concepto del *gun jumping*.
2. Cuando las sociedades intervinientes acrediten que se encuentran en situación de grupo empresarial, así lo establece el parágrafo 3 de la ley en mención, de la siguiente manera:

**(...) Parágrafo 3. 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.** (la negrilla subrayada es con intención) (Congreso, 2009, Ley 1340)

Estará facultada igualmente la SIC en los casos que se encuentren en el deber de informar posteriormente a la entidad, para **i)** autorizar la ejecución de la operación, **ii)** objetar y por tanto impedir el desarrollo de la operación y **iii)** reservarse la facultad de objetar, pero señalando una serie de condiciones tendientes a eliminar el acto o efecto anticompetitivo que presentaría la integración y así posteriormente, poder poner en marcha la integración.

### **3.2. Supuestos para informar.**

A partir de la norma transcrita, es evidente que el fundamento del control de las integraciones empresariales recae en el deber de informar que dispone el artículo 9 de la ley en mención. Dicho artículo comienza expresando que, cuando dos empresas se encuentren en la misma cadena de valor y/o desarrollen la misma actividad económica y que además cumplan con los requisitos 1 y 2 que trae la norma anteriormente transcrita, se encontrarán obligados a informar a la SIC sobre la operación proyectada. Ahora bien, al leer íntegramente el artículo 9 se evidencia que posterior a los dos requisitos presentados por el artículo en mención se constata que la misma norma expresa que aún así las empresas participantes sí incurran en alguno de los dos requisitos pero no abarquen en conjunto más del 20% del mercado relevante entonces estarán exentas del deber de informar y por tanto se entenderán autorizadas para ejecutar la operación proyectada, pero, igualmente tendrán el deber de notificar a la SIC sobre la operación de integración que se va a llevar a cabo.

Así las cosas, la norma puede ser confusa al momento de definir realmente los requisitos que se necesitan para que efectivamente recaiga sobre el empresario el deber de informar sobre la operación que se quiere llevar a cabo, ya que se concluye que el único escenario necesario para

que se incurra en el deber de informar es que las empresas abarque conjuntamente el 20% o más del mercado relevante, exceptuando entonces, los supuestos requisitos 1 y 2 que trae la norma como verdaderos requisitos.

En base a lo anterior, se evidencia la relación inherente que existe entre las integraciones empresariales y la protección a la libre competencia, debido a que si, el resultado de la operación de integración ejecutada llegara a abarcar el 20% o más del mercado relevante, el principio de la libre competencia empezaría a ponerse en entredicho, puesto que, mientras más mercado abarque una sola sociedad menos posibilidad hay para los potenciales competidores de entrar a competir efectivamente en ese nicho del mercado y por tanto, empezarían a forjarse barreras de entrada. Es por lo anterior que la SIC considera que se protege la competencia y controla las concentraciones imponiendo la obligación de informar sobre la operación proyectada a aquellas sociedades que conjuntamente obtengan el 20% o más del mercado relevante y que así sea ella quien decida la suerte de la operación que se pretende llevar a cabo analizando qué tanto daño generaría dicha operación en la competencia.

Habiendo hecho la aclaración anterior, se considera igualmente necesario desarrollar y explicar los supuestos que la doctrina de la SIC establece como el supuesto objetivo y el supuesto subjetivo, los cuales pasarán a exponerse de manera detallada.

**a. El supuesto subjetivo.**

Este supuesto hace referencia a los agentes económicos que participan en una misma cadena de valor y a aquellos que desarrollan la misma actividad económica.

El concepto de misma actividad económica no es otro que aquellas personas que son competidores entre sí que se encuentran en un mismo nicho de mercado. Este concepto se relaciona

directamente con el concepto de mercado relevante, el cual se desarrollará de manera minuciosa en otro aparte.

Por cadena de valor se entiende “(...) es decir si una(s) de ella(s) elabora(n) un insumo productivo o materia prima, utilizado por la(s) otra(s) para elaborar o comercializar el bien final, esto es, unas añaden valor agregado a lo que otras realizan (Miranda, Gutierrez & Barrera, 2014, p. 190).

Es así como para poder considerar que varias actividades pertenezcan a una misma cadena de valor es necesario que **i)** la actividad debe ser el input <sup>7</sup> de la actividad principal y **ii)** la actividad deberá agregarle valor al producto final (output)<sup>8</sup>

En conclusión, se entiende entonces que el deber de informar recaerá tanto para integraciones verticales (misma cadena de valor) como horizontales (misma actividad económica).

#### **b. El supuesto objetivo.**

Este supuesto hace referencia a la totalidad de ingresos y de activos conjunta o individualmente considerados en el último año fiscal anterior a la operación proyectada. Es necesario especificar que para que este supuesto se materialice basta con cumplir con el umbral de medida de activos o de ingresos.

Como consecuencia de lo anterior y teniendo claro lo que consagra el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, se reitera que el verdadero requisito para incurrir en el deber de **informar** es el de obtener conjuntamente el 20% o más del mercado relevante. Es aquí donde cobra verdadera importancia el concepto de mercado relevante, por lo tanto, se dispondrá a analizarlo en el aparte siguiente.

### **3.3. Mercado relevante.**

---

<sup>7</sup> Un input es todo aquel factor que interviene en la producción de un bien o servicio. Ejemplo: materia prima.

<sup>8</sup> El output es el resultado del bien o servicio producido.

Antes de entrar a explicar en qué consiste el mercado relevante, es importante recalcar que los doctrinantes del mundo se encuentran en distintas posiciones frente a la importancia y posibilidad de definir el concepto en mención. Es así como algunos, como lo es por ejemplo el profesor Louis Kaplow, que consideran que la definición del mercado relevante es imposible y contraproducente, mientras que, por otro lado, la doctrina de la SIC considera lo opuesto, es decir, que la clara definición del mercado relevante es el paso principal a la hora de analizar si una integración será o no un mal para el desarrollo de la libre competencia.

Para efectos de este documento, se comparte la posición de la SIC en cuanto a que este concepto es el elemento más importante a la hora de realizar un control sobre alguna integración o concentración empresarial. De acuerdo con Miranda, Gutiérrez & Barrera

(...) El punto de partida del control de las concentraciones es la definición del mercado o de los mercados relevantes de la operación, entendidos como aquellos mercados de bienes y/o servicios delimitados geográficamente que se verían afectados por la concentración empresarial. La finalidad de la determinación del mercado relevante es permitirle a la autoridad identificar los participantes en el mercado, sus cuotas de participación y la concentración del mismo... (Miranda, Gutiérrez & Barrera, 2014, p. 265 – 266).

A modo de esclarecer la importancia de este concepto frente al control de las concentraciones, se desarrollará un caso de integración hipotético entre dos empresas del mercado de las cervezas. Suponga que CERVEZAS RICAS. S.C.A., y CERVEZA LA MONA S.A.S, donde CERVEZAS RICAS tiene el 98% del mercado de las cervezas lo que supone que el 2% corresponde a las sociedades que ofertan cervezas artesanales, como lo es CERVEZA LA MONA; realizan una operación de integración, cualquiera que sea. En caso de esta ser autorizada, la empresa resultante quedaría con un porcentaje tan alto sobre el mercado de las cervezas que casi lograría consolidar un monopolio en estricto sentido, por ende, la competencia se vería profundamente afectada debido a que los potenciales competidores de ese mercado no tendrían posibilidad alguna de prosperar.

Teniendo claro la relevancia de la definición del mercado relevante en el control de las concentraciones, se pasará a analizar con profundidad sus características.

En primer lugar, hay que hacer una distinción entre el mercado en sentido amplio y general y el mercado relevante, porque si bien dos productos pueden pertenecer a un mismo mercado en sentido amplio no necesariamente pertenecerán al mercado relevante. Además, hay que tener en cuenta que, la definición de mercado relevante está estrictamente condicionado al análisis de los temas referidos a la competencia (Miranda, Gutierrez & Barrera, 2014) Por ejemplo, es claro que si bien la cerveza y el aguardiente pertenecen al mercado de bebidas alcohólicas (mercado en sentido amplio), esto no quiere decir que, igualmente deban integrar el mismo mercado relevante en cuestión.

Habiendo la anotación anterior, para efectos de este escrito, lo realmente importante para el tema del control de las concentraciones empresariales es definir y entender el mercado relevante, por eso, ese concepto será el foco de este aparte.

El mercado relevante, en palabras de la SIC lo constituyen,

(...) todos aquellos bienes y servicios que son considerados como intercambiables o sustituibles por el consumidor, por razones de las características de sus productos, sus precios, y por supuesto, su uso, todos estos elementos analizados en su conjunto (SIC, 2003, Resolución 16089)”.

Adicional a esto, para poder identificar de manera idónea y adecuada cuál es el mercado relevante, este debe comprender todas las distintas opciones que ofrezcan al consumidor las empresas participantes en la integración y, además, incluir en su análisis los competidores que sean considerados como tal para el caso específico (SIC, 2018)

La doctrina de la SIC ha manifestado en repetidas ocasiones que la definición del mercado relevante cuenta con dos divisiones. La primera es el mercado de producto y la segunda es el mercado geográfico.

**a. Mercado de producto:** esta división hace referencia al grupo de productos (bienes o servicios) que se verían afectados por la integración, es decir, los bienes o servicios que ofertan las empresas intervinientes en la operación por cuyo mercado compiten. Cuando los productos que se ofrecen en el caso específico no son sustituibles, la definición del mercado relevante será muy sencilla pues solo hará referencia a ese producto específico. Cuando los productos que se ofrecen en cambio, son sustituibles, es decir que los consumidores pueden hacer un intercambio por otros productos similares en caso de que haya una subida de precios o se disminuya la calidad, definir el mercado relevante será mucho más complicado puesto que:

(...) un mercado relevante de producto, en donde éste aún tiene varios sustitutos, resultaría demasiado pequeño para el análisis que requiere el control de concentraciones. Por esta razón, el mercado se debe ampliar hasta que incluya un conjunto de productos que sí podrían verse afectados por el abuso de un posible poder de mercado (Miranda, Gutiérrez & Barrera, 2014, p.273)

**b. Mercado geográfico:** esta división hace referencia al ámbito espacial que sería afectado por una operación de integración, es decir,

(...) a la región o zona en la cual las sociedades que participen en la operación confluyen, así como aquellas que por su cercanía o por evidenciar condiciones de competencia homogéneas pueden significar un lugar opcional de compra para el consumidor, esto es, un lugar desde el cual puede considerarse que existe una oferta del producto (SIC, 2004, Resolución 16453)

En otras palabras, el mercado geográfico no es otro que la zona espacial donde los competidores llevan a cabo la actividad económica, compitiendo en igualdad de condiciones. En cuanto al tema de la sustituibilidad, se hace necesario expresar su importancia en el análisis del mercado relevante, puesto que, el hecho de que un bien y/o servicio presente algún sustituto cercano, evita que la compañía ofertante de ese bien y/o servicio sustituible fije precios a su antojo, porque si lo hace, el consumidor, al tener libertad de escogencia, se trasladará al bien que sustituye el otro. De cierta forma, se puede concluir, que mientras menos homogéneo sea un bien, existe menor posibilidad

de que, al realizar alguna integración entre compañías productoras de ese bien y/o servicio, la competencia sufra repercusiones negativas.

### **3.4. Gun jumping o violación al deber de informar y concentrarse sin haber sido notificado de la autorización consagrado en los artículos 9 y 25 de la Ley 1340 de 2009.**

Para efectos de lo que se expondrá a continuación, se tiene que manifestar que, el concepto de *gun jumping* no está definido expresamente en la ley, pero su definición se extrae del derecho internacional como aquel incumplimiento de la obligación de esperar (*Standstill obligation*) la autorización de la SIC para llevar a cabo la operación proyectada de integración cualquiera sea su forma jurídica, so pena, de incurrir en las sanciones establecidas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Esta obligación de esperar consiste en que hasta tanto no se obtenga la autorización expresa por parte del ente de control, las empresas interesadas deberán seguir actuando de forma independiente y conservando su individualidad, de manera que, no se puedan confundir como si estuvieran actuando de manera conjunta y organizada (Gómez, Acebo & Pombo, 2015).

En el trabajo de fusiones y adquisiciones y derecho a la competencia realizado por Gómez – Acebo & Pombo de noviembre de 2015 se expuso:

(...) Con relación al *gun jumping*, las normas comunitarias y nacionales aplicables establecen que, en los casos en que una operación esté sujeta a la autorización por parte de las autoridades de competencia correspondientes, aquella no puede ejecutarse hasta tanto no se obtenga la mencionada autorización (obligación de suspensión de la ejecución de la concentración – *Standstill obligation* –). Esto no solo implica que el cierre de la operación no deba tener lugar antes de que esta sea autorizada, sino, además, que ninguna medida – por parcial o limitada que sea – que suponga la ejecución de la operación pueda llevarse a cabo antes de la autorización... (Gómez, Acebo & Pombo, 2015).

En Colombia, se incurre en *gun jumping* cuando la operación proyectada se encuentre inmersa en los requisitos que trae el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, que establece de manera resumida lo siguiente:

Se deberá informar a la SIC cuando:

- a) Como consecuencia de la operación proyectada, abarquen no menos del 20% del mercado relevante.
- b) En la operación pretendida, las sociedades interesadas hayan tenido conjunta o individualmente activos o ingresos operacionales para el año 2019 iguales o superiores a sesenta mil (60.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SIC, s.f., párr.1)

Como se explicó anteriormente, la llave que obliga a pedir autorización a la SIC es el hecho de que la operación abarque más del 20% del mercado relevante, de suerte que, puede ocurrir entonces que así no se cumpla con los dos primeros requisitos en cuanto a monto de activos o ingresos, pero sí se obtenga más del 20% del mercado se deberá pedir autorización.

Una vez determinado por el empresario si tiene la obligación de informar a la SIC sobre la operación proyectada, antes de materializarla mediante el documento respectivo, se deberá esperar la decisión de la SIC a fin de determinar si es posible o no llevar a cabo la integración, de manera que, el empresario no cumple su obligación con la simple información, sino que se necesita la autorización del ente gubernamental. Esto solamente en el caso de que se presente una violación a la libre competencia, es decir, que con la integración se abarque más del 20% del mercado, caso contrario ocurre cuando se materializa el elemento objetivo reseñado anteriormente, es decir, cuando se verifica el tope de los ingresos y los activos reseñados por la SIC y no se abarque más del 20% del mercado, caso en el cual, se cumple con la norma simplemente notificando sin necesidad de esperar la decisión del ente, todo por cuanto tal situación no implica riesgo para el ejercicio del derecho a la libre competencia.

Como efecto de esa eventual investigación, le corresponde al empresario, como se dijo, hacer el análisis a fin de determinar si está obligado o no a presentar a la entidad competente la

información. Aquí es donde cobra especial interés el concepto del “*due diligence*” mediante el cual el empresario revisa y analiza que la operación proyectada esté inmersa o no en lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, así que, mediante esta figura se verifican los ingresos, el monto de los activos, los pasivos e incluso la participación de la Compañía en el mercado relevante al momento de verificarse la operación.

Sobre este aspecto, es importante traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 31 de mayo de 2018 del caso Ernst & Young contra Konkurrenserådet que constituye jurisprudencia internacional que sirve como referencia para determinar qué tipo de conductas pueden constituir prácticas empresariales bajo el concepto de *gun jumping*.

Dicha sentencia, constituye un precedente muy valioso para determinar algunas prácticas comerciales que pudieran configurar dentro de la conducta ilegítima del *gun jumping*. Según la Sentencia, existe el concepto de *gun jumping* cuando se ejecuta el cambio de control de una de las empresas participantes de la concentración sin esperar la respectiva autorización. Incluso analizó el caso de la integración entre las sociedades EY y KPMG prestadoras de servicios de auditoría en Dinamarca concluyendo que el acuerdo de cooperación empresarial suscrito entre ambas empresas no implicó la materialización anticipada de la integración y en consecuencia no se incurrió en *gun jumping* puesto que todavía no se había realizado el cambio de control.

Tal como se manifestó al inicio de este estudio al diferenciar los conceptos de colaboración empresarial e integración empresarial cobra sentido la decisión del TJEU ya que un acuerdo de colaboración empresarial no constituye *per se* una concentración económica, entre otras cosas porque el contrato de colaboración empresarial no materializó el cambio de control, de manera que, las sociedades EY y KPMG siempre conservaron su independencia tanto económica como

administrativa, y además, que los efectos de la terminación de dicho acuerdo eran indiferentes para determinar si se incurrió en la conducta de *gun jumping*.

Tratándose de una operación accesorio o preparatoria a la concentración que no contribuya al cambio de control, aunque de ella dependa la negociación no constituye *gun jumping*, de manera que, para que se pueda configurar el *gun jumping* se hace necesario que la operación accesorio o preparatoria a la operación de concentración sea vital para el cambio de control de una de las empresas y se lleve a cabo antes de obtener la respectiva autorización de la autoridad competente.

A su vez, toda conducta tendiente a la ejecución parcial de la concentración anterior a la autorización de la autoridad competente deriva en una conducta propia del *gun jumping*.

Sin embargo, existen actos previos a la operación de concentración que se pueden enmarcar dentro del concepto en mención y son aquellas facultades que se le confieren a una de las sociedades interesadas de vetar el nombramiento de algunos de los miembros de la junta.

En Colombia, la SIC tiene como doctrina que las sociedades que aspiren a concentrarse por cualquier medio, llámese fusión, adquisiciones de participación en el capital o compra global de activos y pasivos, siempre y cuando y cumplan con los requisitos que establece la Ley 1340 de 2009 en su artículo 9º, deben pausar su ejecución de integración hasta tanto no obtengan su autorización.

Una vez finalizado este punto, se hace necesario terminar manifestando que, el incumplimiento de lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, genera las sanciones establecidas en el artículo 25 de dicha norma así:

El numeral 15 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una

operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150 % de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado;
2. La dimensión del mercado afectado;
3. El beneficio obtenido por el infractor de la conducta;
4. El grado de participación del implicado;
5. La conducta procesal de los investigados;
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucradas en la infracción;
7. El patrimonio del infractor... (Congreso, 2009, Ley 1340).

De la norma transcrita, y el contexto general de la Ley 1340, especialmente sus artículos 4 y 24 se observa la importancia que el legislador le otorga a la protección de la competencia, de manera que, la finalidad que persigue la sanciona ejemplarmente al punto que, se podría sancionar hasta 100.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin perjuicio de la gradualidad de dicha sanción y que le otorga la palabra hasta.

## CONCLUSIONES

Una vez analizada la relación directa que existe entre las integraciones empresariales y el derecho a la libre competencia, que se encuentra regulado en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia y el control que ejerce el Estado frente a las distintas formas de integración, se puede concluir lo siguiente.

El concepto de integración empresarial es una herramienta puesta para el empresariado la cual consiste en la posibilidad jurídica que tienen dos o más sociedades de anular la competencia entre sí con el propósito de buscar beneficios en cuanto a costos, utilidades y expansión en el mercado. Las principales figuras otorgadas por la ley colombiana que permiten dichas integraciones son la

fusión, que puede ser tanto por creación como por absorción, la adquisición de, la compraventa global de activos y pasivos, la situación de control y los grupos empresariales.

Si bien existe una libertad en el campo de la autonomía de la voluntad de los empresarios en cuanto a poder integrarse, esta libertad no es absoluta y por tanto, el Estado colombiano crea un órgano estatal encargado de promover y velar por la protección de la competencia llamado SIC.

Siguiendo el hilo de lo anteriormente dicho, se tiene que la razón de ser de la SIC es precisamente la injerencia negativa que pueda llegar a tener una integración, cualquiera que sea, en la competencia del mercado que se disputa. Esto sucede cuando con la operación proyectada las sociedades intervinientes adquieren más del 20% del mercado relevante, puesto que, entre mayor sea la concentración que ejerza una sola empresa sobre un mercado determinado, menos competencia se va a generar.

Como consecuencia de lo anterior, las integraciones no son la única forma que existe de restringir la competencia, por lo tanto, la legislación colombiana consagra unas prácticas que tienen como propósito restringir la competencia. Estas están reguladas en el Decreto 2153 de 1992 y se dividen en: acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos, abuso de posición dominante y competencia desleal.

Si bien las integraciones empresariales no son una práctica restrictiva de la competencia per se, estas pueden afectarla convirtiéndose así en objeto de control especial por parte de la SIC, quien está facultada legalmente para ejercer un control ex ante únicamente sobre aquellas integraciones cuyo resultado, bien sea deseado o no, sea el de restringir la libre competencia.

Así las cosas, el control legal que ejerce la SIC sobre las integraciones empresariales se encuentra en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, está establece en palabras resumidas que, se tiene el deber de **informar** a la SIC de alguna operación de integración proyectada cuando i)

cuando conjunta o individualmente la sociedad resultante de la operación abarque más del 20% del mercado, ii) se tenga conjunta o individualmente activos superiores en salarios mínimos legales mensuales vigentes al monto determinado por la SIC y iii) cuando se tenga conjunta o individualmente ingresos superiores en salarios mínimos legales mensuales vigentes al monto determinado por la SIC. En caso de no cumplir con ningún requisito, simplemente se deberá **notificar** a la SIC de la operación proyectada.

Se hace énfasis en las palabras informar y notificar debido a que, si bien en el lenguaje cotidiano pueden ser consideradas como sinónimos, en el mundo de las integraciones denotan algo distinto. El deber de informar, en términos más sencillos consiste, de cierta forma, en pedir “permiso” a la SIC para poder llevar a cabo la operación proyectada, lo que implica que, hasta tanto la SIC no le de una autorización expresa a las sociedades intervinientes, estos no podrán ejecutar actos que hagan que las sociedades pierdan la característica de individualidad. Ahora bien, la notificación, como su nombre lo dice, es simplemente avisarle a la SIC que la operación proyectada se va a ejecutar, por lo que, para estos casos, no será necesaria la autorización expresa por parte de la SIC, lo que se entiende como una operación autorizada de manera implícita.

En relación con el párrafo anterior y trayendo a colación el concepto del *gun jumping*, se entiende que, solo aquellas sociedades que detenten el deber de informar tendrán la posibilidad de incurrir en el mencionado concepto.

Para terminar, la figura más relevante para la SIC al momento de analizar las integraciones, a modo de control, es el mercado relevante, debido a que es este quien más permite vislumbrar a simple vista qué tanta concentración generaría una integración empresarial.

Conforme lo anterior, se concluye que efectivamente existe una relación inherente entre las integraciones empresariales y el derecho a la libre competencia en Colombia.

## REFERENCIAS

- Acevedo, A. (2017) El riesgo de incurrir en gun jumping en las fusiones y adquisiciones de empresas en Colombia.
- Archila, 2010. novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. Con-texto. 32, Universidad Externado. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2523>
- Asamblea Nacional Constituyente (1991) Constitución Política de Colombia.
- Mankiw (2004) Principios de Economía Tercera Edición, Mc Graw Hill,
- Reyes, F. (2017) Derecho Societario, Tomo II, tercera edición 2017
- SIC (Sf) Integraciones Empresariales disponible en: <https://www.sic.gov.co/las-integraciones-empresariales#:~:text=Integraci%C3%B3n%20es%20cualquier%20mecanismo%20utilizado,objeto%20de%20desarrollar%20actividades%20conjuntamente.>
- SIC (Sf) Definiciones sobre competencia. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia#:~:text=La%20competencia%20es%20el%20conjunto,servicios%20en%20un%20mercado%20determinado.>
- SIC (2003) Resolución 16089 de 2003.
- SIC (2002) Resolución 4285 de 2002.
- SIC (2003) Resolución 588 de 2003.
- SIC (2012) Resolución 40912 de 2012.
- SIC. (2008) Resolución 8328 de 2008.
- SIC (2015) Resolución No. 08896 del 02 de marzo de 2015.

- SIC (2013) Resolución 4851 del 15 de febrero de 2013. *Por medio de la cual se ordena el cierre de una actuación administrativa. Superintendencia de Industria y Comercio.*
- SIC (2013) Resolución 543030 de 2013.
- SIC (2014) Resolución 76724 del 16 de diciembre de 2014 *Por medio de la cual se impone una sanción a Concesión Aeropuerto De San Andrés y Providencia S.A., por contravención al artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Superintendencia de Industria y Comercio.*
- SIC (2018) Guía de análisis de integraciones empresariales (trámites de preevaluación).  
Disponible en:  
[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones/Guia\\_Integraciones\\_Empresariales\\_31-07-2018.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Publicaciones/Guia_Integraciones_Empresariales_31-07-2018.pdf)
- SuperSociedades (2001) Oficio 220 – 10481 del 27 de marzo de 2001. *La fusión es un negocio jurídico diferente a la cesión que implica la transmisión universal de derechos y obligaciones.* Disponible en:  
[http://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/3136.pdf](http://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/3136.pdf)
- SuperSociedades (2017) Oficio No. 220-170403 *Enajenación global de activos por parte de una sociedad SAS* disponible en:  
[https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO%20220-170403.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-170403.pdf)
- SuperSociedades (2017) Oficio No. 220-091161. *Grupo Empresarial.*
- Código de Comercio. 1971.
- Consejo Nacional Legislativo, 1888, Ley 27 de 1888

- Congreso (2008) ley 1258 *Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada*
- Congreso (2009) Ley 1340 de 2009. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.*
- Congreso (1959) Ley 155 de 1959. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.*
- Corte Constitucional (2011) Sentencia C-263 del 6 de abril de 2011. Magistrado Ponente. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Constitucional (2017) Sentencia C-032 del 25 de enero de 2017. Magistrado Ponente. Alberto Rojas Ríos
- Miranda, A. Gutiérrez, J. Barrera, N. (2014) *El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia.* Editorial IBAÑEZ.
- Miranda, A. (2011) Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia la ley 155 de 1959 y su legado. *Rev. Derecho Competencia.* Bogotá. vol. 6 N° 6, 65-148, enero-diciembre 2011
- Unión Europea (1985). *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*
- Presidencia de la República (1964). Decreto 1302 de 1964. *Por el cual se reglamenta la Ley 155 de 1959, en armonía con los Decretos 1653 de 1960 y 3307 de 1963.*
- Presidencia de la República (1992) Decreto 2152. *Por el cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico.*
- OCDE (2009). *Derecho y Política de la Competencia en Colombia.* Disponible en: <https://www.oecd.org/colombia/44111213.pdf>
- Kotler, Armstrong, Cruz (2004) *Marketing.* Prentice Hall décima edición

- RAE (Sf.) mercado. Disponible en: <https://www.rae.es/drae2001/mercado>
- Fuentes, R. Martínez, C. (2001) Introducción a la Economía. Edición Club Universitario,
- Mochón, F. (2006) Principios de la Economía. Tercera edición,
- Gómez - Acebo, I. Pombo, F. (2015) Fusiones y adquisiciones y derecho a la competencia.
- Ibarra, G (2019). Cuando se incurre en el denominado *gun jumping*.
- PwC (2019). Fusiones y adquisiciones en Colombia.
- Arboleda, C (2017). El abuso de la posición de dominio en Colombia.
- Brigard, C. Hoyos, M (2002). Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado.
- Pineda, H. Bonilla, J (2018). Acercamiento práctico a las integraciones empresariales en Colombia.
- Miranda, A (2017). La regla de la razón y la regla per se en el derecho colombiano.
- Miranda, A (1997). El régimen general de la libre competencia - características principales.
- Miranda, A. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica.
- Miranda, A (2011). Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia – la ley 155 de 1959 y su legado.
- Archila, E (2010) Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el régimen de protección de la competencia.
- Brigitte, G (2013). Control previo a las integraciones empresariales: Doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Serrano, P (2014). El concepto de “control” en el régimen colombiano de las integraciones empresariales y sus implicaciones frente a la adquisición de participaciones minoritarias.

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 18 de enero de 2018. Ernst & Young vs. Konkurrenserådet.
- Reglamento CE No. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.