

Bogotá D.C.

Asunto: Radicación: 22-473726
Trámite: 113
Actuación: 440
Folios: 8

Respetada señora:

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio procede a absolver la consulta de la referencia en los términos que se exponen a continuación.

I. CUESTION PREVIA

En primer lugar, es importante precisar que, a la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de los conceptos emitidos en respuesta a un derecho de petición de consulta, no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular y concreto, debido a que podría implicar un desconocimiento de la garantía constitucional al debido proceso.

Así mismo, debido a “(...) *la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no*”¹.

Por último, “(...) *si bien la actividad consultiva que cumplen las autoridades públicas es un valioso instrumento en el desarrollo del derecho, sus conceptos no dejan de ser simples criterios orientadores (...) y, en todo caso, no pueden considerarse como normas que, en determinado asunto, puedan tener el carácter de vinculantes*”².

II. OBJETO DE LA CONSULTA

En esta oportunidad se trata de un derecho petición en la modalidad de consulta, así:

“1. ¿Es necesario adelantar una nueva solicitud de integración empresarial - preevaluación o notificación-, por el hecho de que dos sociedades ya integradas y

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-542 de 2005.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 6 de marzo de 2009. Rad. No. 760012331000 2008 00205 01.

controladas por un mismo actor aguas arriba, decidan llevar a cabo un procedimiento de fusión que no estaba contemplado dentro del alcance de la operación inicial ya autorizada por la SIC?

2. En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa y se deba llevar a cabo una nueva solicitud para proceder con la operación de fusión, respetuosamente solicitamos al Despacho informar el sustento jurídico. Lo anterior bajo el entendido que, en dicho escenario, no existiría una relación de competencia entre los actores que se pretenden fusionar.

3. En caso de que la respuesta a la pregunta inicial sea negativa, respetuosamente solicitamos informar al Despacho el sustento jurídico en el que se fundamenta.”

A continuación, esta Oficina Asesora Jurídica pasará a absolver la consulta elevada con fundamento en el marco normativo que le otorga competencia funcional a esta Entidad, la jurisprudencia y los criterios de interpretación pertinentes.

III. CONSIDERACIONES

3.1. De las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección a la libre competencia económica

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

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 3 del Decreto 92 de 2022, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: “[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

Así mismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que: “[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas”.

Adicionalmente, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en tal virtud “[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre

protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

Finalmente, conforme con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 3 del Decreto 92 de 2022, en concordancia con los numerales 8, 11, 12 y 19 del artículo 3 *ibídem*, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 67 y 68 de la Ley 2195 de 2022, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y adoptar medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley, entre otras.

3.2. Sobre el régimen de integraciones empresariales

3.2.1. Su justificación

Las integraciones empresariales generan diversos impactos positivos relacionados con el fortalecimiento económico de las empresas, la diversificación de su producción y ampliación de su alcance geográfico. Sin embargo, también es posible que las mismas generen impactos no deseados relacionados con la alteración de la estructura de mercado en que participan las empresas involucradas y que pueda reducir la libre competencia económica.

En esa medida, el grado de intervención estatal en la economía bien puede mostrarse desde una perspectiva sancionatoria de las prácticas contrarias de la libre competencia económica, como también de la prevención de actuaciones que, por su naturaleza y potencial grado de influencia en la facultad de concurrencia de los agentes al mercado, puedan afectar dicha libertad³.

Según la Corte Constitucional⁴, lo que motiva a la intervención estatal representada en el control de integraciones empresariales es la necesidad de evitar que determinados modos de integración o concentración tengan un grado de incidencia en el mercado que imposibilite la competencia efectiva entre sus participantes y la garantía de los derechos de los consumidores.

Sobre el particular, la doctrina especializada en integraciones empresariales ha considerado respecto al objeto del control ex ante a las concentraciones empresariales:

“El objeto del control ex ante a las concentraciones empresariales es evitar que a través de una operación de concentración se genere una restricción indebida a la libre competencia. En general, existen dos medios distintos a través de los cuales una concentración empresarial puede generar restricciones indebidas a la libre

³ Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010.

⁴ *Ibidem*.

competencia: la generación de efectos unilaterales, o la generación de efectos coordinados.

Los efectos unilaterales se producen cuando, como resultado de la integración, la competencia entre los productos de las empresas intervinientes es eliminada, permitiéndole al ente integrado (el que resulta de la operación) ejercer poder de mercado unilateralmente, por ejemplo, incrementando precios de forma rentable y sin que ningún competidor pueda responder ante dicho aumento de forma efectiva, perjudicando de esta forma a los consumidores. Los efectos coordinados tienen lugar cuando, bajo ciertas condiciones de mercado (e.g. transparencia del mercado, productos homogéneos, presencia de pocas firmas, etc.), la integración incrementa la probabilidad de que, en el escenario posintegración, la empresa integrada y sus competidores sean capaces de coordinar exitosamente su comportamiento en una forma anticompetitiva, por ejemplo, incrementando precios.

La cuestión principal en este caso no es el poder de mercado que adquirirán las firmas integradas, sino si la integración creará o reforzará ciertas condiciones de mercado que le permiten a las empresas en el mercado (no solo al ente integrado), coordinar exitosamente sus acciones en perjuicio de los consumidores.”⁵

Así las cosas, el control previo de las integraciones empresariales pretende asegurar la competencia efectiva en el mercado con el fin de evitar que, cuando las empresas se integren, se produzca una indebida restricción de la libre competencia evitando concentraciones de poder económico en el mercado que desequilibren el balance propio de la competencia creando distorsiones que lleven a la coordinación de comportamiento o fortaleciendo una posición dominante de la que se pueda abusar.

3.2.2. El control previo de integraciones empresariales. Supuestos subjetivo y objetivo

Una integración es 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 esta. 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.

Según lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor (Supuesto subjetivo) estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las

⁵ Serrano Pinilla, F. “EL CONCEPTO DE “CONTROL” EN EL RÉGIMEN COLOMBIANO DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES Y SUS IMPLICACIONES FRENTE A LA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES MINORITARIAS”. Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 10 No. 10, 457-497, enero-diciembre 2014.

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.

Sobre el concepto de “*control*” en el derecho de la competencia en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 se ofrece una definición según la cual consiste en “[la] *posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa*”. Dicho concepto tiene un alcance diferente a la noción de control desde el punto de vista corporativo (artículos 260 y 261 del Código de Comercio).

En esa medida, esta Superintendencia⁶, respecto al supuesto subjetivo previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 ha señalado que se “(...) *refiere a las llamadas concentraciones horizontales, es decir, aquellas operaciones de concentración que involucran participantes en el mismo mercado de producto y nivel de una cadena de valor*” y “*las llamadas concentraciones verticales, las cuales se verifican cuando la concentración ocurre entre empresas que participan en niveles diferentes de una misma cadena de valor de un bien o servicio*”.

Así, aunque en otros países existan leyes antimonopolio que controlan las integraciones por conglomerado, es decir, una integración de empresas dedicadas a la producción de bienes o prestación de servicios, que no son directamente competidores, ni tampoco se complementan en la misma cadena de valor, el régimen de integraciones colombiano únicamente aplica a aquellas en las cuales las empresas intervinientes tienen relaciones horizontales o verticales.

Por otra parte, las empresas obligadas a efectuar este reporte deben cumplir con una de las siguientes condiciones (Supuesto objetivo): **(i)** cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en Unidades de Valor Tributario⁷, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o **(ii)** cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en Unidades de Valor Tributario, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

Las operaciones de integración que no cumplan con alguno de los supuestos anteriores y aquellas 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, o se encuentren bajo una misma unidad de control en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, estarán exentas del control previo de integraciones empresariales.

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014.

⁷ Ley 1955 de 2019. “**Artículo 49. Cálculo de valores en UVT.** A partir del 1° de enero de 2020, todos los cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas, actualmente denominados y establecidos con base en el salario mínimo mensual legal vigente (SMMLV), deberán ser calculados con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Tributario (UVT). En adelante, las actualizaciones de estos valores también se harán con base en el valor de la UVT vigente.”

De acuerdo con el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, un grupo empresarial se presenta cuando entre una sociedad matriz y sus subordinadas y/o filiales existe un vínculo de subordinación y una unidad de propósito y dirección. Hay unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persiguen la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante, en virtud de la dirección que esta ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo del objeto social o actividad individual de cada una de las empresas. En todo grupo empresarial se infiere la unidad de control.

Por el contrario, las empresas que desarrollen la misma actividad económica, aun cuando participen en una etapa productiva diferente, que no se encuentren en situación de grupo empresarial y que conjuntamente tengan activos o ingresos operacionales superiores al monto fijado por esta Superintendencia, que para el año 2023⁸ corresponde a UN MILLON SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CUARENTA Y CUATRO COMA NOVENTA Y NUEVE UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (1.641.044,99 UVT), deberán:

- Informar cuando cuenten con el 20% o más del mercado relevante. En este caso esta Superintendencia podría autorizar, objetar o aprobar la integración empresarial con condicionamientos, según corresponda.
- Notificar cuando se considere que las empresas en conjunto no cuentan con más del 20% del mercado relevante. En este caso, se expedirá un acuse de recibo.

En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, ésta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones.

Así mismo, con fundamento en el párrafo del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil es la autoridad administrativa competente para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves.

3.2.3. Procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales

Para efectos de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio⁹ en relación con una operación de integración proyectada, se deberá seguir el procedimiento previsto en el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 y desarrollado en el Capítulo Segundo¹⁰ del Título VII de la Circular Única¹¹ de esta Entidad, y demás normas concordantes.

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 90523 del 22 de diciembre de 2022.

⁹ El valor de las tasas correspondientes a los diferentes trámites de notificación, preevaluación Fase I y II se encuentran disponibles en la Resolución No. 632 del 18 de enero de 2023.

¹⁰ Modificado mediante la Resolución No. 10930 del 11 de marzo de 2015.

¹¹ "CAPÍTULO SEGUNDO. INTEGRACIONES EMPRESARILAES".

Disponible: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/042021/TITULO%20VII%20Res27512021%20%281%29.pdf>.

Con fundamento en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia. Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia. En el evento en que una operación de integración sea aprobada bajo condiciones la autoridad única de competencia deberá supervisar periódicamente ¹² el cumplimiento de estas.

3.2.4. Sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condicionamientos

De conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, en armonía con el numeral 15 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de concentración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones dará lugar a las sanciones previstas en dicha ley, previa solicitud de los descargos correspondientes. Así mismo, la reincidencia en dicho comportamiento será causal para que el Superintendente de Industria y Comercio ordene la reversión de la operación.

IV. CONCLUSIONES

Para que surja la obligación de informar o notificar una operación de integración a la Superintendencia de Industria y Comercio, deben concurrir en la operación proyectada los presupuestos referidos en los acápite previos. Si alguno de los presupuestos está ausente, se entenderá que no surge el deber de informar o notificar la operación ante esta Entidad.

Así, esta Superintendencia ¹³ ha ejemplificado que puede suceder que, en algunas oportunidades, las empresas intervinientes en el mercado desarrollen la misma actividad o formen parte de la misma cadena de valor, y lleven a cabo una integración empresarial, pero que sus activos o ingresos individualmente o en conjunto no superen el tope establecido por esta para que la operación deba ser informada.

De igual forma, se puede dar el caso de una operación que resulte en integración o concentración entre empresas que superen el tope de activos o ingresos establecidos, pero en el que no se cumpla con el supuesto subjetivo, por cuanto los agentes que realizaron la operación no desarrollan la misma actividad o no se encuentran ubicados en la misma cadena de valor. También puede presentarse el caso en el que agentes que desarrollen la misma actividad o que se encuentran ubicados en la misma cadena de valor, lleven a cabo una

¹² Liquidación de tarifas para contribuciones de seguimiento a operaciones de integración aprobadas bajo condicionamientos. Resolución No. 69916 del 31 de diciembre de 2009, Resolución No. 72896 del 24 de diciembre de 2010 y Resolución No. 43165 del 22 de agosto de 2011.

¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 553 del 21 de enero de 2013.

operación que no sea una integración (i.e. un acuerdo de colaboración entre competidores¹⁴), razón por la cual tampoco estarían sujetos al deber de informar la operación ante esta autoridad.

Las empresas que se integren, fusionen o reorganicen y puedan acreditar la existencia de Grupo Empresarial o en las que las intervinientes se encuentren bajo una misma unidad de control en los términos artículo 261 del Código de Comercio, estarán exentas del deber de notificación e información ante esta Superintendencia, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 4 de la Resolución No.10930 de 2015¹⁵.

Aunque en otros países existan leyes antimonopolio que controlan las integraciones por conglomerado, es decir, una integración de empresas dedicadas a la producción de bienes o prestación de servicios, que no son directamente competidores, ni tampoco se complementan en la misma cadena de valor, el régimen de integraciones colombiano únicamente aplica a aquellas en las cuales las empresas intervinientes tienen relaciones horizontales o verticales.

Es importante advertir que, dadas las características de cada mercado, el análisis que hace la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de integraciones empresariales —control ex ante y prospectivo—, es de naturaleza dinámica y flexible, atendiendo las particularidades de cada operación en el momento en que son informadas o notificadas, y propenderá por la protección de la libre competencia en los mercados afectados con el propósito de garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que la misma no compromete la responsabilidad de esta Superintendencia ni resulta de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Finalmente, le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Asesora Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por esta Superintendencia, pueden ser consultas en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/Doctrina>.

En la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio estamos comprometidos con nuestros usuarios para hacer de la atención una experiencia de calidad. Por tal razón, le invitamos a evaluar nuestra gestión a través del siguiente enlace <http://www.encuestar.com.co/index.php/2100?lang=esQ%>.

¹⁴ CARTILLA SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA A LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES. *¿Cuál es la diferencia entre un acuerdo de colaboración entre competidores y una integración empresarial?* Disponible en: https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf.

¹⁵ GUÍA DE ANÁLISIS DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES. (TRÁMITES DE PRE-EVALUACIÓN). Disponible en: <https://www.sic.gov.co/content/gu%C3%ADa-de-integraciones-empresariales>.