

Radicación: 11-34930

Resolución No. 30418 de 2014

**REGÍMEN DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES - Concepto de control /
Control en el derecho societario y en el derecho de la competencia**

El régimen de protección de la competencia, del cual hace parte el régimen de integraciones empresariales, define el concepto de control en el artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992. Es este concepto de control el que enmarca el ejercicio de las funciones que ejerce la SIC en materia de integraciones empresariales:

"Artículo 45. Definiciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

(...)

4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa".

De conformidad con la norma anterior, el control es la posibilidad de influir en las decisiones de otra empresa que se encuentren relacionadas con la forma en que se comporta en el mercado, a saber: (i) la política empresarial, (ii) la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

La posibilidad de influenciar las anteriores decisiones le permite a una empresa influenciar el desempeño competitivo de otra en el mercado. Así las cosas, este Despacho reconoce que el elemento esencial de la definición de control es que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra.

Ahora bien, la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa debe analizarse caso por caso, y debe estar enfocada en determinar la relación real entre la empresa controlante y la controlada, independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellas. Así, el control puede emanar de una amplia gama de factores considerados en conjunto, y teniendo en cuenta tanto consideraciones legales como fácticas.

Adicionalmente, según la ley, no es necesario que esta Superintendencia demuestre que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se ha materializado en el pasado, como tampoco es necesario demostrar que se materializará en un futuro cercano; la sola posibilidad de influenciar, conforme al numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153, es suficiente para que exista control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

A continuación, este Despacho procederá a identificar situaciones en las que se verifica control desde el punto de vista de la competencia. Primero, se explicará el concepto de control en el derecho societario y cuándo éste da lugar a control desde el punto de vista del derecho de la competencia. Segundo, este Despacho identificará situaciones en las que los accionistas minoritarios pueden influenciar la conducta competitiva de una empresa y, por consiguiente, configurar una situación de control desde la perspectiva del régimen de competencia.

Este Despacho considera pertinente hacer referencia a la relación que existe entre la definición de control en el derecho societario y la definición de dicho término en el derecho de la competencia.

El artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, contiene la definición de control propia del derecho de sociedades. Según este artículo, para que se configure una situación de control es necesario que una sociedad se encuentre sometida a la voluntad de otra u otras personas, que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual la sociedad controlada se llamará filial, o por intermedio de

Resolución No. 53403 de 2013

otras sociedades controladas por la matriz, en cuyo caso la sociedad controlada se llamará subsidiaria.

Así mismo, el artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, estableció una serie de casos en donde se presume la existencia de control o subordinación. Sin embargo, estos casos no son taxativos, por lo cual cualquier situación que comporte el mismo resultado (es decir, el que la sociedad se encuentre sometida a la voluntad de otra u otras personas), configurará una situación de subordinación y, por consiguiente, de control. La norma señala:

“ARTICULO 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

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

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos 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”.

La norma consagra tres tipos de control: primero, el control por participación en el capital social de la empresa; segundo, la subordinación por el control de las votaciones en las asambleas de socios o juntas generales; y, tercero, el llamado control externo o económico, de conformidad con el cual, en virtud de un contrato o acto, se adquiere una influencia dominante sobre la sociedad. Es preciso indicar que estos tres tipos de control no son excluyentes entre sí, y pueden ser ejercidos de forma conjunta por varias personas.

Ahora bien, este Despacho advierte que la definición de control en el derecho de la competencia es independiente de la definición de control prevista en el derecho de sociedades; tan es así, que el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 contiene su propia definición de control.

En este sentido, el concepto de control en el derecho de la competencia no se equipara con la propiedad de una participación mayoritaria en el capital social de una empresa, ni con tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de los órganos de administración de una empresa, ni con ejercer una influencia dominante sobre otra sociedad. El control en el derecho de la competencia se verifica, según la ley colombiana, cuando una empresa tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos que el derecho de sociedades considera configuran situaciones de control.

En este sentido, la existencia de control corporativo, incluidas las presunciones de subordinación y control prevista en el artículo 261 del Código de Comercio, no necesariamente implican control desde el punto de vista del derecho de la competencia en los términos del Decreto 2153 de 1992, y viceversa. Esto sin perjuicio de que este Despacho reconozca que la existencia de control societario en la inmensa mayoría de los casos coincide con la posibilidad que tiene una empresa de influenciar el desempeño competitivo de otra. Así, solamente en aquellos casos en donde se demuestre que aunque exista control societario una empresa no tiene la posibilidad de influenciar la conducta competitiva de otra, el control societario no dará lugar a control en el derecho de la competencia.

Por consiguiente, para este Despacho es claro que la configuración de una situación de control en el derecho societario podría llegar a ser suficiente para que se verifique el control

Resolución No. 53403 de 2013

desde el punto de vista del derecho de la competencia. Es por ello que el concepto de control societario debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar si se verifica o no una situación de control en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. En efecto, solamente en aquellos casos en donde el control societario no le permite a una empresa influenciar el desempeño competitivo de otra, se llegará a la conclusión que el control societario no da lugar a control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

De igual forma, la existencia de control desde el punto de vista del derecho de la competencia no necesariamente da lugar a situaciones de control bajo el derecho de sociedades. Esto es así porque una empresa puede no tener el control societario de otra en los términos del artículo 261 del Código de Comercio, y sin embargo tener la posibilidad de influenciar su desempeño competitivo en el mercado, en los términos del Decreto 2153 de 1992. Ello ocurre, por ejemplo, cuando accionistas minoritarios tienen derechos de veto que pueden influir el desempeño competitivo de una empresa (e.g. contar con la participación suficiente para vetar la incursión de la empresa en un mercado geográfico o en una línea de negocios), sin que por ese solo hecho se pueda afirmar que tengan control desde el punto de vista societario, al no cumplir con los presupuestos que establece el Código de Comercio para tales efectos.

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

De lo anterior se colige que la existencia de control desde la perspectiva del derecho de la competencia no necesariamente genera los efectos propios de la subordinación o control en el derecho de sociedades, como lo son, entre otras, la inscripción del vínculo de control en el registro mercantil de la sociedad controlada; consolidación de los estados financieros de las entidades vinculadas; prohibición de la imbricación¹; la acumulación procesal en caso de concurso de compañías vinculadas y la responsabilidad de las matrices en relación con ciertas obligaciones de la subordinadas. Esto en la medida en que, se repite, una empresa puede tener la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra en el mercado, pero no necesariamente cumplir con los presupuestos del artículo 261 del Código de Comercio, o de cualquier forma someterla a su voluntad.

La definición que el Decreto 2153 de 1992 le asigna al control desde el punto de vista del derecho de la competencia, y sus diferencias con la definición de control en materia de derecho corporativo, se explica por la finalidad y los efectos que uno y otro régimen le asignan a la configuración de control. En efecto, la finalidad general del concepto de control en el derecho de sociedades es otorgar transparencia a las relaciones comerciales por medio de la identificación e individualización de la sociedad con la que se está haciendo negocios, con el objetivo de evitar que las sociedades se utilicen como un vehículo para el fraude. De dicha individualización se derivan ciertas consecuencias jurídicas, entre ellas una presunción de responsabilidad de la sociedad controlante en casos de insolvencia de la controlada. Por su parte, el concepto de control en el derecho de la competencia busca determinar aquellas situaciones en las que una empresa puede influenciar o afectar el desempeño competitivo de otra, y así restringir de manera indebida la competencia afectando los consumidores y la eficiencia económica. Dicha situación puede ocurrir (como se verá en el siguiente acápite y lo han reconocido las autoridades internacionales), incluso en eventos en que no se tiene control societario sobre una empresa.

RÉGIMEN DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES - control por parte de los accionistas minoritarios

¹ Las operaciones de imbricación consisten en la existencia de participaciones recíprocas de capital entre las matrices y sus subordinadas. En otras palabras, la compañía controlada adquiere acciones, cuotas o partes de interés en la entidad que la dirige o controla.

Resolución No. 53403 de 2013

Uno de los eventos en que se configura el control de una empresa desde el punto de vista del derecho de la competencia (y en los términos del Decreto 2153 de 1992), es cuando accionistas minoritarios (que pueden ser otras empresas) tienen la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de la misma. Por accionistas minoritarios debe entenderse aquellos accionistas que tienen el 50% o menos de los derechos de voto en el capital de una empresa².

La definición de control del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, no establece como condición necesaria para la configuración de tal fenómeno la propiedad de la mayoría de las acciones con derecho a voto de una empresa. Por el contrario, la definición de control en dicho artículo es mucho más amplia y comprende todas las situaciones en donde una empresa tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra, independientemente del porcentaje de participación que tenga dicha empresa en el capital de otra. Por consiguiente, este Despacho considera que los accionistas minoritarios pueden llegar a controlar otra empresa para efectos de la aplicación del régimen de integraciones empresariales.

La concepción de que accionistas minoritarios pueden ejercer control no es ajena a la normativa de competencia en el plano internacional. En efecto, existe un consenso entre las autoridades de competencia de otras jurisdicciones sobre la posibilidad de que un accionista minoritario controle otra empresa, bien de manera individual o en conjunto con otra(s) empresa(s). A manera de ejemplo, a continuación nos referiremos a la doctrina adoptada por varias de estas autoridades y organismos internacionales que estudian la materia.

La Office of Fair Trading del Reino Unido (OFT), en sus “Guías de Integraciones Empresariales”³, manifiesta que el concepto de control en materia de derecho de la competencia es lo suficientemente amplio para incluir situaciones en donde no se adquiere el control absoluto sobre los derechos políticos de una empresa (e.g. control sobre más del 50% de los derechos a voto en una empresa). Así, la OFT reconoce que un accionista minoritario puede ejercer control sobre otra empresa cuando tiene la habilidad de “influnciar materialmente” las políticas que determinan el comportamiento competitivo de otra empresa en el mercado. La sección 3.2.10 de las “Guías de Integraciones Empresariales” identifica, entre otros, los siguientes criterios para identificar si un accionista minoritario ha adquirido una participación accionaria que le confiere una influencia material sobre otra empresa: (i) la existencia de algún derecho de votación especial o derechos de veto que emanen de la participación accionaria en cuestión; (ii) la reputación y experiencia del accionista y su correspondiente influencia sobre otros accionistas; y (iii) cualquier disposición especial en los estatutos que confieren una habilidad para influenciar materialmente las políticas de la compañía⁴.

Adicionalmente, en sus “Guías de Integraciones Empresariales” la OFT establece que incluso en los eventos en donde más del 50% del poder político de una empresa está en manos de un solo accionista, un accionista minoritario también puede ejercer una “influencia

² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Economicos (OCDE), “Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates”, disponible en <http://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf> (consulta 19 de enero de 2014).

³ OFT, “Merger Assesment Gudelines”, disponible en http://www.of.gov.uk/shared_of/mergers/642749/OFT1254.pdf (consulta 19 de enero de 2014).

⁴ Un ejemplo de una caso en donde la Comisión de Competencia y el Tribunal de Apelaciones de Competencia del Reino Unido determinaron que un accionistas minoritario ejercía una influencia material sobre una empresa por, entre otros factores, la existencia de derechos de veto, es la *Decisión del Tribunal de Apelaciones de la Competencia en BSKyB v. la Comisión de Competencia y el Secretario de Estado, y Virgin Media v. la Comisión de Competencia y el Secretario de Estado* (Septiembre de 2008), disponible en http://www.catribunal.org.uk/files/1.Judg_revised_BSkyB_1095_Virgin_Inc_1096_290908.pdf (consulta 19 de enero de 2014). Véase también la *Decisión de la Comisión, BSKyB/ITV* (Diciembre de 2007), disponible en <http://www.competition-commission.org.uk/our-work/directory-of-all-inquiries/bskyb-itv/final-report-and-appendices-glossary> (consulta 19 de enero de 2014).

material” sobre la forma en que la empresa compite en el mercado. En estos eventos, se verifica una situación de control conjunto desde la perspectiva del derecho de la competencia, el cual es ejercido por el accionista mayoritario y minoritario.⁵

Por su parte, la regulación europea en materia de concentraciones empresariales establece que “aun cuando se trate de una participación minoritaria, el control exclusivo puede producirse en el plano jurídico en los casos en los que esta participación conlleve derechos específicos”⁶. La Comisión Europea ha identificado ejemplos de dichos derechos específicos, los cuales pueden consistir en (i) acciones preferentes que conlleven derechos especiales que permitan a los accionistas minoritarios determinar la estrategia competitiva de la empresa (e.g. poder de nombrar más de la mitad de los miembros de los consejos de administración) o (ii) cuando existe una mayoría especial para adoptar decisiones estratégicas que confiere de hecho un derecho de veto a uno solo de los accionistas, independientemente de que sea accionista minoritario⁷.

Así mismo, la Comisión Europea ha identificado que aunque un accionista minoritario no tenga la capacidad de controlar una empresa de manera independiente (es decir, no tenga un control exclusivo sobre una empresa), puede controlar una empresa de manera conjunta con otra empresa. La normativa europea ha establecido que existe control conjunto desde la perspectiva del derecho de la competencia si los accionistas de una empresa deben llegar a un acuerdo relacionado con decisiones estratégicas de la empresa que controlan. La normativa europea identifica como la forma más evidente de ejercer control conjunto cuando dos empresas se distribuyen en iguales proporciones el poder político (e.g. ambas tienen el 50% de las acciones ordinarias con derecho a voto de una empresa). Así mismo, la Comisión Europea ha identificado que el control conjunto puede existir incluso cuando los dos accionistas no se distribuyen el poder político en proporciones iguales, como es el caso en el que un accionista minoritario tiene el poder de vetar decisiones que son esenciales para la estrategia comercial de una empresa⁸.

Los estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre los efectos competitivos de participaciones minoritarias constituyen un referente obligado en la identificación de cuándo se configura una situación de control en materia de competencia por participaciones minoritarias. Los estudios de la OCDE analizan la forma como los regímenes de integraciones de las principales autoridades de competencia regulan el tema de la existencia de control en el caso de accionistas con participación minoritaria en el capital de una empresa.

La OCDE ha identificado dos tipos de accionistas minoritarios dependiendo del grado de control que tenga en la sociedad: los accionistas pasivos y activos. Los primeros son

⁵ Por ejemplo, una participación accionaria que le otorgue al accionista minoritario un derecho de veto sobre decisiones estratégicas de la empresa, impide que un accionista mayoritario adopte dichas decisiones sin el voto afirmativo del accionista minoritario.

⁶ Comisión Europea, “Comunicación Consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de concentraciones entre empresas” (2008/C 95/01), paras. 57-58, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF> (consulta 19 de enero de 2014).

⁷ Para ejemplos de casos en donde la Comisión ha determinado que un accionista minoritario tiene control sobre una empresa en razón a un poder de veto véase los siguientes casos: *COMP/M.3768-BBVA/BNL* (27 de abril de 2005); *COMP/M.2777 — Cinven Limited/Angel Street Holdings* (8 de mayo de 2002); *IV/M.258 — CCIE/GTE* (25 de septiembre de 1992); y *COMP/M.3876 — Diester Industrie/Bunge/JV* (30 de septiembre de 2005).

⁸ Comisión Europea, “Comunicación Consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de concentraciones entre empresas” (2008/C 95/01), paras. 65-73, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF> (consulta 19 de enero de 2014).

Resolución No. 53403 de 2013

*aquellos que no tienen ningún tipo de influencia o intervención societaria, debido a que las acciones que poseen son simples inversiones; los segundos, por el contrario, tienen algún grado de control o influencia sobre la sociedad*⁹.

*La OCDE ha reconocido las siguientes situaciones en las que los accionistas con participación minoritaria tienen la posibilidad de influenciar la administración de la sociedad y, por consiguiente su desempeño competitivo, de manera independiente o conjunta con otros accionistas*¹⁰:

Cuando la participación minoritaria le otorga al accionista el derecho de determinar la estrategia comercial de la empresa (como por ejemplo, la facultad de nombrar más de la mitad de los miembros de los órganos de administración¹¹), o cuando es muy probable que la participación minoritaria le otorgue al accionista una mayoría de facto en las reuniones de accionistas (e.g. si el restante de las acciones está ampliamente dispersas en muchos inversionistas).

Cuando los estatutos de una sociedad requieren una mayoría calificada o especial para adoptar decisiones comerciales estratégicas de la empresa. En estos eventos, aunque la participación minoritaria no le otorga al accionista el poder de adoptar las decisiones comerciales estratégicas, sí es suficiente para conferirle al accionista minoritario un derecho de veto sobre dichas decisiones y, por ende, le otorga un control negativo.

En los eventos en donde un accionista minoritario no puede, de manera individual y exclusiva, controlar la adopción de decisiones comerciales estratégicas, pero puede impedir que otros accionistas adopten dichas decisiones, se configura una situación de control conjunto. El control conjunto se evidencia, principalmente en dos situaciones: (i) cuando los estatutos o acuerdos de accionistas le otorgan a uno o más accionistas minoritarios la facultad de influenciar el comportamiento comercial de la empresa (e.g. derecho de veto); y (ii) cuando, en la ausencia de derechos específicos, dos o más accionistas minoritarios reúnen la mayoría de los derechos de voto y actúan de manera conjunta en el ejercicio de estos derechos.

En el caso en cuestión, es necesario profundizar específicamente sobre el derecho de veto para efectos de determinar si la PROMIGAS controlaba TRANSORIENTE desde la perspectiva del derecho de la competencia, incluso con anterioridad a la autorización de la integración que la SIC profirió, cuando la primera poseía el 49% de la participación en la segunda.

RÉGIMEN DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES - Control por medio del Derecho de veto

En cuanto a los derechos de veto, es preciso mencionar que estos pueden emanar de los estatutos de la empresa o de un acuerdo entre los accionistas. Estos derechos de veto pueden adoptar la forma de mayorías especiales y calificadas para la deliberación y adopción de ciertas decisiones tomadas en la asamblea de accionistas o en la junta directiva, siempre y cuando el accionista minoritario tenga participación en dicha junta.

⁹ Organization for Economic Co-operation and Development- OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. "Antitrust issues involving Minority Share Holdings", junio 2009, p. 21.

¹⁰ Organization for Economic Co-operation and Development- OECD. Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. "Antitrust issues involving Minority Share Holdings", junio 2009, p. 20.

¹¹ Por ejemplo cuando se tienen acciones con derecho preferencial, en las que se le otorga a un accionista la capacidad para nombrar más de la mitad de los miembros de la junta directiva.

Estos derechos de veto deben estar relacionados con decisiones sobre la política empresarial¹², la iniciación o terminación de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa, conforme al artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. En otras palabras, el derecho de veto debe operar sobre decisiones estratégicas que afecten el desempeño competitivo de una empresa en el mercado. Por ende, derechos a veto sobre decisiones intrascendentes para el desempeño competitivo de la empresa no conferirán control, en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. Por ejemplo, un derecho de veto sobre la decisión de pago de dividendos en acciones liberadas, o la decisión de modificar los estatutos, no dan lugar a control conjunto desde la perspectiva del derecho de la competencia.

Es importante resaltar que esta Superintendencia no tiene que demostrar que el accionista minoritario efectivamente utilizará el poder de veto en un futuro, y mucho menos demostrar que lo ha utilizado en el pasado. Es suficiente con que el poder de veto exista para que el accionista minoritario tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa, en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

INVESTIGACIÓN POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

- Correspondencia entre la resolución de apertura y la resolución de sanción en una investigación

En las investigaciones sobre prácticas restrictivas de la competencia, debe existir correspondencia entre la resolución de apertura de la investigación y la resolución final. Esta correspondencia implica que la situación de hecho que dio origen a la apertura de la investigación coincida con la razón por la cual se sanciona o exonera a un investigado. Esta coincidencia entre la apertura de la investigación y la resolución final debe ser analizada a la luz de la naturaleza del trámite de prácticas restrictivas de la competencia.

La averiguación preliminar es la primera etapa en el proceso sancionatorio administrativo de prácticas restrictivas de la competencia. En esta etapa se busca esclarecer las circunstancias de hecho y derecho necesarias para determinar si una conducta particular corresponde presuntamente a un comportamiento anticompetitivo. Así, de manera general, en esta etapa del proceso se busca determinar quiénes son los posibles agentes a investigar y la posible existencia de una conducta reprochable.

Posteriormente, con ayuda de algunas pruebas recaudadas en la averiguación preliminar, se determina la necesidad de abrir una investigación formal en contra del posible infractor del régimen de protección de la competencia. En la apertura de investigación, se le debe informar al investigado sobre la conducta a investigar por parte de esta Entidad, y debe ser esta la conducta que conlleve a una sanción o exoneración por parte de la SIC.

Esto no implica que en la Resolución de apertura de investigación la SIC deba citar todos los hechos que configuran la presunta infracción a una norma de competencia específica, en la medida en que es precisamente en la investigación y en la práctica de pruebas el momento en el cual la Entidad podrá tener claridad sobre qué circunstancias particulares rodearon la comisión de una conducta anticompetitiva. Así entonces, es evidente que si la Entidad encuentra verifica durante la etapa de investigación la ocurrencia de hechos que a pesar de no haber sido citados en la apertura de la investigación tienen relación directa e inescindible con la conducta que se investiga, estará obligada a tenerlos en cuenta al momento de proferir el informe motivado y sancionar a los investigados.

Así, por ejemplo, cuando la SIC abre una investigación por la presunta comisión de un cartel de precios entre dos empresas respecto de un producto determinado, basado en pruebas

¹² Para mayor ilustración, a continuación una serie de derechos de veto que afectan la política empresarial: (i) un derecho de veto sobre las decisiones relativas a las nuevas líneas de productos o negocios que la empresa va a desarrollar; (ii) un derecho de veto sobre la elección o destitución de altos directivos o miembros de junta directiva; y (iii) un derecho de veto sobre la aprobación de inversiones.

documentales en las que consta la fijación de un precio fijo para dicho producto, pero de la investigación y la práctica de pruebas la SIC se percató que la forma real de implementar el cartel no era el establecimiento de un precio fijo sino la fijación de descuentos porcentuales homogéneos sobre el precio del producto, está obligada a tener en cuenta dichas pruebas y proceder a sancionar a las empresas con base en la fijación de tales descuentos. En este ejemplo, la correspondencia entre la apertura de la investigación y la resolución de sanción es totalmente respetuosa del derecho de defensa, en la medida en que la sanción se basó en un cartel de precios entre las partes respecto de un producto determinado, a pesar de que cuando se abrió la investigación se pensaba que la forma en que se había materializado el cartel era a través del establecimiento de un precio fijo, pero después se comprobó que el cartel de precios se implementó a través del establecimiento de descuentos porcentuales en el precio del producto previamente acordados por los competidores.

Más aún, incluso si en una investigación salen a relucir pruebas sobre hechos que ocurrieron con posterioridad a la apertura, pero que guardan relación directa e inescindible con la investigación, las mismas deben ser tenidas en cuenta al momento de sancionar o exonerar a los investigados. En efecto, esta Entidad ha señalado al respecto que si de las pruebas recaudadas "(...) hubiesen salido a relucir hechos que ocurrieron con posterioridad a la apertura, pero que guardan relación directa e inescindible con las conductas investigadas, [tal situación] es consecuencia lógica del desarrollo del proceso adelantado. En efecto, si se acusa a un investigado de realizar una conducta contraria al régimen legal, y durante el curso de la investigación se comprueba que la conducta ocurrió y que, adicionalmente, la investigada continúa realizándola, mal podría la autoridad ignorar dicha prueba, o pretenderse con ello que se requeriría la apertura de otra investigación"¹³. Por lo tanto, "(...) las pruebas que se practiquen en la investigación desde luego pueden servir para profundizar o controvertir las razones que motivaron la apertura, pero también pueden evidenciar hechos nuevos que están relacionados con las presuntas normas violadas según la apertura de investigación y concretos que formen parte de la conducta relacionada con los cargos formulados"¹⁴.

De esta forma, es claro que los hechos citados en la apertura de investigación no son los únicos que pueden ser tenidos en cuenta por parte de esta Entidad en la conducción del proceso. Lo que sí es cierto es que los hechos que se tengan en cuenta deben tener una relación directa e inescindible con la apertura de la investigación, de tal forma que su inclusión en el proceso no constituya una sorpresa procesal para el investigado.

En efecto, durante el procedimiento siempre se debe velar por la protección del derecho de defensa, por lo cual esta Entidad debe buscar que el investigado tenga la oportunidad de alegar y plantear argumentos frente a los hechos que se le imputan, así como solicitar y aportar pruebas con el fin de desvirtuarlos. Esto implica garantizar que el investigado conozca los hechos fundamentales por los cuales es investigado, así como la norma legal que supuestamente infringió, sin que la apertura deba agotar absolutamente todas las eventuales situaciones a través de las cuales se materializó una conducta anticompetitiva concreta.

Así, lo importante es que el investigado conozca el cargo que se le imputa y los hechos que dan origen a dicha imputación, sin que esto implique que la SIC deba citar minuciosamente todos los hechos que rodearon la conducta anticompetitiva que se está investigando. Lo anterior en la medida en que es precisamente la investigación lo que va a dar luces sobre los términos en los cuales ocurrió o no la conducta anticompetitiva. Exigir que la SIC cite absolutamente todos los hechos que rodearon la comisión de la conducta tendría el absurdo efecto de convertir la apertura de la investigación en una resolución de sanción -donde ya se tiene claridad respecto de qué ocurrió con los investigados- y, adicionalmente, haría innecesaria la investigación y práctica de pruebas, que es precisamente el escenario natural para esclarecer la situación investigada y saber a través de qué medios fue que se cometió la conducta anticompetitiva investigada.

¹³ Resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013.

¹⁴ Resolución No. 53309 del 4 de septiembre de 2012

Resolución No. 53403 de 2013

Esto, como se dijo, garantiza el derecho de defensa de los investigados por prácticas restrictivas de la competencia, en la medida en que evita que sean sorprendidos por la autoridad al momento de imponérseles una sanción por la comisión de una práctica de la que nunca tuvieron oportunidad de defenderse.