



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 15917 DE 2003  
( 06 JUN. 2003 )

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

en ejercicio de sus atribuciones legales y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante el escrito radicado bajo el número 02001231-10033 de abril 9 de 2003, el apoderado de Superpollo Paisa S.A., Indupollo S.A., Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cia S.C.A., Pollos el Bucanero S.A., Hernando Aparicio Smith, Mario Muñoz Gómez, Luis Fernando Tascón, Luis Arturo Díaz y Néstor Cortés Cardona, interpuso recurso de reposición en contra de la resolución 8315 de 2003, mediante la cual se impuso una sanción en contra de las empresas y personas naturales atrás citadas, en los siguientes términos:

*"(...) encontrándome en tiempo interpongo recurso de reposición contra los artículos segundo, tercero, y cuarto en cuanto hace referencia a la sanción contra mis poderdante (sic), el cuarto que se refiere a notificación no es sujeto de recurso de la resolución indicada en la referencia con fundamento en lo siguiente:*

1. *"La Resolución atacada está violando el artículo 4 de la Constitución Nacional al desconocer lo normado por el artículo 333 ibídem, y la Superintendencia para hacer encuadrar los hechos en la conducta que necesitan, se fundamentan en conceptos de la doctrina internacional que no son aplicables al caso en estudio.*
2. *"De igual forma se vulnera el artículo 6 de la misma norma, al hacer que mis defendidos respondan por una conducta no contemplada en la ley 155 de 1959 artículo 4 como es 'adquirir el control'. Los particulares son responsables de lo que expresamente esté manifiesto en la ley, este principio de obligatorio cumplimiento es el que le da seguridad jurídica a los administrados frente al Estado por que (sic) la administración en cualquiera de sus ramas no puede por iniciativa propia incluir nuevas conductas a sancionar.*
3. *" La Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio como dice en la hoja 5 de la resolución atacada: '1 De conformidad con lo establecido en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, se fijó un régimen particular en que las integraciones cuya información debe realizarse de manera previa, corresponde a la de aquellos procesos en que sus intervinientes se encuentren bajo cualquiera de los siguientes supuestos:- Que su participación conjunta en el mercado respectivo represente más del 20%; medido en términos de ventas durante el año inmediatamente anterior a aquel en que se realizarán las operaciones; o — que sus activos individual o conjuntamente considerados superen el equivalente de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes' no puede como hace el ente sancionador desconocer la jerarquía de los principios*

4

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

4. del derecho sustantivo consagrados en el Código Civil y el Código de Comercio.
4. "La Superintendencia le da un significado al término integración y fusión diferente al que tiene en el Derecho Comercial y en el idioma castellano, contraviniendo el artículo 28 del Código Civil.
5. "En la Resolución impugnada en la hoja 10 numeral 17 de citas se trae el concepto de un tratadista de derecho comercial doctor Emilio Archila. La Superintendencia recoge este concepto como fundamento de derecho sustantivo, olvidando que en las normas aplicables en el caso materia de recurso, no existe la definición expresa por parte del legislador de la integración horizontal.
6. "En la Resolución impugnada en la hoja 11 numeral 18 de citas se dice: "... una fusión o adquisición horizontal implica una modificación inmediata en la estructura de la industria en la que se produzca, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse como consecuencia de esta operación en una sola entidad con mayor participación relativa en un mercado cuya concentración económica aumenta.", está cita se trae del Ministerio de Producción de Argentina, si bien puede ser válida para ese país, no es menos cierto que este concepto no puede dársele aplicación y alcance en la legislación colombiana para el caso que nos ocupa. Ahora bien, si aceptamos que se le de plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano, no está probado en Autos que la supuesta integración vertical por la cual se sanciona a mis poderdantes se de un aumento en la concentración económica por parte de éstas, ni la modificación inmediata en la estructura en la que se produzca, ni se convirtieron en una sola empresa que son los supuestos para que se de la fusión o integración vertical según el tratadista en cita.
7. "En la Resolución impugnada en la hoja 13 numeral 23 de citas se define Empresa común, y se trae como fundamento de derecho sustantivo al decir el ente sancionador: '...De modo pues, que nos encontramos frente a una integración por la creación de una empresa en común, 23 en la que los socios fundadores comparten el control de la empresa productiva de las materias primas. 24'. Nuestra legislación no trae la figura de la empresa común para darle aplicación en el caso de estudio, lo que si recoge la ley 222/95 es el grupo empresarial, pero es competencia de la Superintendencia de Sociedades determinar su existencia, desde este punto de vista no es procedente por usurpación de funciones que la Superintendencia de Industria y Comercio declare tácitamente la existencia de grupo empresarial bajo el nombre de empresa común.
8. "En la Resolución impugnada en la hoja 15 numeral 27 de citas se trae jurisprudencia Argentina, la cual repito no es aplicable a este caso en particular porque se debe ventilar a la luz de las normas imperantes en nuestro territorio nacional por aquello del factor jurisdiccional.
9. "En la misma hoja referida en el numeral anterior la Superintendencia de Industria y Comercio con precisión aclara cual es el motivo de sanción al decir: 'En este caso, la infracción consiste en que la operación de constitución de la sociedad Agri Avícola Integrados S.A., se produjo sin informar a esta Entidad.' La Constitución Nacional, el Código Civil, el Código de Comercio, inclusive la ley 155 de 1959 artículo 4 no trae como obligación de informar la constitución de una empresa, se reduce a la integración, fusión o consolidación que como se ha insistido son actos jurídicos totalmente diferentes.
10. "Peca por excesos la Superintendencia de Industria y Comercio al imponerle a los administrados una carga mayor que la que trae la norma al decir: '... se enfatiza en que el

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

11. *deber de información a que venimos aludiendo no está circunscrito a las fusiones o consolidaciones, como pareciera entenderlo el apoderado de las investigadas, sino a toda la gama de operaciones que de una u otra manera presupongan o confluyan en la realización de una integración empresarial, pues como ya se indicará, es al resultado al que se presta atención y no al medio que se utiliza para tal propósito.' (hoja 17); esta forma de administrar justicia por parte de su despacho va en contravía del artículo 29 de la Constitución Nacional, por que (sic) no solo mis defendidos deben observar el mandato de la norma sino que adicional a esto la interpretación o capricho de la Entidad en la forma como desea aplicarla o como lo dice 'presupongan' es decir bajo supuestos.*

11. *"No existe en el ordenamiento jurídico nacional una norma que prohíba o exija informar la constitución de empresas, ni que limite a las personas naturales o jurídicas a participar en la constitución de una nueva sociedad así su objeto social sea igual o similar, de ser así respetuosamente solícito a su señoría llenar este vacío jurídico expresando que ley consagra tal prohibición en forma clara y expresa. No utilizo el término 'creación' como si lo hizo su despacho en la resolución atacada, toda vez que en el lenguaje jurídico el término apropiado es constitución.*

*Con fundamento en las anteriores consideraciones de carácter legal reitero en la revocatoria de los artículos segundo, tercero y cuarto de la resolución indicada en la referencia."*

De igual manera, mediante escrito radicado con el número 02001231-10034 de abril 10 de 2003, el apoderado Superpollo Paisa S.A., presentó adición al recurso de reposición interpuesto el 9 de abril de 2003, en los siguientes términos:

"(...)

"MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

"ACLARACIÓN PREVIA.

"La estructura del presente recurso

"El recurso interpuesto guardará la misma lógica (salvo las necesarias discrepancias de análisis) que la resolución impugnada. A lo largo del documento se expondrá en primer lugar la tesis expuesta por la SIC y con posterioridad, la refutación o posición de mi poderdante frente a dicha argumentación.

"Se agotarán entonces los siguientes análisis con la metodología arriba enunciada:

"I. Los supuestos de aplicación de la norma.

"II. Aplicación al caso concreto o Adecuación de la Conducta.-

"CAPITULO I.-

"EL DEBER LEGAL ESTABLECIDO EN EL

"ARTICULO 4º DE LA LEY 155 DE 1959 Y SUS SUPUESTOS DE APLICACIÓN

I. "Los supuestos de aplicación de la norma según la SIC.-

"Manifiesta la Superintendencia que en la norma sobre el deber de informar las operaciones de integración encontramos un supuesto subjetivo, uno objetivo y uno cronológico'. (Cfr. Página 5 de la Resolución 83 15 / 2003)

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

"El supuesto subjetivo consiste en 'que la integración involucre empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado. Siendo así entonces, deberá tratarse de una pluralidad de sujetos, concretamente de empresas, que coincidan total o parcialmente en las actividades a que se dedican.' (Cfr. Página 5 de la Resolución 83 15 / 2003)

"El supuesto objetivo estará dado, según la Superintendencia, por (i) el nivel de activos de las empresas: y (ii) que las empresas pretendan integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica que utilicen para el efecto.

"Manifiesta la SIC en la resolución impugnada a sección 2. 1. que 'desde el punto de vista de la competencia, teniendo en cuenta que esta figura agrupa cualquier fórmula, lo importante será el resultado y no la vía. En este sentido, habrá una operación sujeta a información previa cuando quiera que dos u más agentes económicos autónomos e independientes pierdan esa individualidad en el mercado concentrándose en una sola unidad económica, sin importar que desarrollen su empresa para una o varias personas jurídicas'. (Cfr. Página 5 de la Resolución 8315 / 2003)

"El supuesto cronológico está dado, en términos de la SIC, porque 'el aviso no es posterior a la operación SINO que debe radicarse con antelación a la misma.' (Cfr. Página 6 de la Resolución 83 15 / 2003)

I. "Los supuestos de aplicación de la norma según Superpollo.-

"Aunque con certeza, seguramente esa Superintendencia quiso exponer la misma idea, en aras de claridad del presente documento y por razones de estructura de la adición al recurso, nos permitimos presentar los supuestos de aplicación de la norma en cuestión, es decir el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

"En nuestra opinión, el análisis de los supuestos de aplicación del deber legal de notificación, debe partir necesariamente de la existencia de una integración, y seguir pasos sucesivos cuyo descarte elimina el deber legal de notificación cuyo incumplimiento se imputa a mi mandante. Sin integración no existe deber legal.

"Veamos, en nuestro concepto el análisis debe ser el siguiente:

1) "Determinación sobre la existencia o no del efecto integración en el mercado.

"Los Requisitos de una integración que debe ser notificada. -

La SIC, como ya se mencionó, ha definido la integración (u operación sujeta a información previa) 'cuando quiera que dos o más agentes económicos autónomos e independientes pierdan esa individualidad en el mercado concentrándose en una sola unidad económica, sin importar que desarrollen su empresa bajo una o varias personas jurídicas.'

"Por tanto, parafraseando a la SIC, para que haya una integración se requiere:

- "Dos o más agentes económicos autónomos e independientes;
- "Que pierden su individualidad en el mercado;
- "Concentrándose en una sola unidad económica;
- "Sin importar si existen o no varias personas jurídicas.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

*“Coincidimos pues, con esa Superintendencia sobre el hecho de la exigencia de dos o más agentes económicos o pluralidad de empresas en el mercado. No obstante debe aclararse que dichas empresas deben ser preexistentes a la integración (tal es la interpretación obvia del concepto y de lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 al utilizar la expresión ‘empresas que pretenden fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí) y el mercado en el cual pierden su individualidad debe ser definido.*

*Debemos resaltar — por su importancia sustancial - estos últimos elementos:*

- *“Debe tratarse de empresas preexistentes a la operación, para que puedan integrarse entre sí tal y como lo dispone el artículo 4° de la Ley 155 de 1959; y*
- *“Debe producir efectos en un mercado concreto: el mercado relevante.*

*“Con certeza la SIC, tal y como se deduce de su definición de integración, coincide con nosotros en que si las empresas no preexisten a la operación, no hay integración que deba ser informada. Igualmente, para el análisis resulta sustancial determinar el mercado en el cual produce efectos la operación bajo análisis. Este último hecho lo evidencia la misma Superintendencia al hacer mención en la definición transcrita a ‘pierden su individualidad en el mercado’.*

*“Analicemos nuestras afirmaciones anteriores con ejemplos sencillos:*

*“Si una compañía productora de zapatos compra otra compañía productora de zapatos que compite con ella, hay una integración horizontal que debe ser informada a la SIC, obviamente esta operación viene acompañada de la preexistencia de las compañías que se integran entre sí.*

*“Pero si la misma compañía decide crear otra compañía productora de zapatos, completamente nueva (activos, etc.) allí no hay una integración jurídico—económica que deba ser informada, no hay una pluralidad de empresas autónomas e independientes en los términos de la SIC — que a raíz de la creación de la sociedad, se concentren en una sola unidad económica, tal y como lo define esa Superintendencia. No hay dos o más empresas preexistentes a la operación, solo hay una compañía que decide crear otra.*

*“No obstante, la segunda empresa ‘nació integrada’ a la primera, es decir bajo su control, pero — y esta distinción es sustancial - sin integrar dos o más agentes autónomos e independientes en el mercado.*

*“Ahora bien, si hablamos por ejemplo de una compañía productora de leche que decide comprar otra compañía productora de quesos ya existente entre el mercado se presenta una integración vertical entre ellas. (Cfr. Art. 4° L. 155 de 1959).*

*“Pero si esa misma sociedad decide crear una compañía productora de quesos, totalmente nueva (activos, etc.) no hay una pluralidad de empresas autónomas e independientes que — en los términos de la SIC — a raíz de la creación de la sociedad, se concentren en una sola unidad económica, tal y como lo define esa Superintendencia. No hay dos o más empresas preexistentes a la operación, solo hay una compañía que decide crear otra.*

*“No obstante, la segunda empresa nació integrada” a la primera, es decir bajo su control, pero — y esta distinción es sustancial - sin integrar a dos o más agentes autónomos e independientes en el mercado. No hay por tanto integración.*

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

2) *"Determinación de si se trata o no de la misma actividad.*

*"El artículo 4° de la Ley 155 de 1959 dispone que:*

*'Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio...'*

*"Ahora bien, si la autoridad prueba la existencia de una integración que recaiga sobre empresas dedicadas a la misma actividad, deberá continuar con su análisis a efectos de determinar si procede o no una notificación a la SIC. Si las compañías involucradas en la operación, aun cuando ésta implique una integración, no se dedican a la misma actividad, el deber legal de información no existe.*

*"3) Análisis de los criterios para hacer obligatoria la información particular a la SIC.*

*"Respondidas positivamente las preguntas sobre la existencia de una integración jurídico-económica que involucra a empresas que se dedican a la misma actividad, procede preguntarse entonces sobre si se cumplen o no los criterios que obligan a informar previamente la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio.*

*"Estos criterios son (i) participación en el mercado y (ii) nivel de activos de las compañías.*

*"Si se cumplen los criterios de notificación nace el deber legal de informar previamente y de manera particular a la SIC, si no es así tal deber no existe.*

*"Finalmente, si la autoridad identifica que existe una integración deberá proceder con el análisis que a continuación le exige el artículo 4° de la Ley 155 de 1959. Si el efecto integración no existe no proceden los análisis siguientes, no hay porqué (sic) observar si existe o no la misma actividad, los criterios de notificación. Si no hay efecto integración simplemente el deber de información no existe.*

*"CAPITULO II.-*

*"APLICACIÓN AL CASO CONCRETO O ADECUACIÓN DE LA CONDUCTA.*

*"LA OPERACIÓN BAJO ANÁLISIS*

*2.1. "DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN*

*"La operación bajo análisis de la Superintendencia, con el objeto de determinar si ha producido o no un efecto integración, consiste en la constitución de una sociedad.*

*"La sociedad en cuestión (Agri Avícola) fue constituida en el año 2001 como sociedad anónima.*

*"Ahora bien, la pregunta que surge y que es el punto central del presente caso, es si la constitución de una sociedad puede generar un efecto integración que deba ser notificado a la Superintendencia de Industria y Comercio en cumplimiento del deber legal consagrado en el artículo 4° de la Ley 55 de 1959.*

*"Tal y como resulta de la naturaleza del derecho de la competencia es evidente que deberá procederse a hacer un análisis concreto de los efectos producidos en el mercado por la operación analizada. Serán pues, las realidades económicas (tal y como lo dice el honorable doctor Archila citada (sic) por la SIC) las que definirán en cada caso concreto si la constitución de una sociedad es*

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

*o no una integración jurídico — económica que deberá notificarse a la SIC.*

*"En consecuencia, no toda constitución de una sociedad podrá considerarse como productora de un efecto integración en el mercado. Dicha conclusión sólo será posible si del análisis de los efectos en el mercado determinado como relevante la conclusión necesaria es que — parafraseando a la SIC - dos agentes autónomos e independientes que existen en el mercado, pierden su individual y se concentran en una sola unidad económica en el mercado.*

**"LOS AGENTES ECONOMICOS IMPLICADOS EN LA OPERACIÓN Y SUS ACTIVIDADES ECONOMICAS.-**

*"Las empresas vinculadas a la operación bajo análisis son las siguientes:*

*"Agri Avícola se dedica a la siembra de maíz y soya, su actividad es básicamente agrícola.*

*"Pollos el Bucanero se dedica al levante, engorde, sacrificio y comercialización de pollos. La actividad de Pollos el Bucanero es hoy exactamente la misma que llevaba a cabo con anterioridad a la constitución de Agri Avícola. Es decir la Constitución de Agri Avícola no ha producido ningún cambio en las actividades de esta compañía.*

*"Indupollo se dedica al levante, engorde, sacrificio y comercialización de pollos. La actividad de Indupollo es hoy exactamente la misma que llevaba a cabo con anterioridad a la constitución de Agri Avícola. Es decir la Constitución de Agri Avícola no ha producido ningún cambio en las actividades de esta compañía.*

*"Superpollo Paisa se dedica al levante, engorde, sacrificio y comercialización de pollos. La actividad de Superpollo es hoy exactamente la misma que llevaba a cabo con anterioridad a la constitución de Agri Avícola. Es decir la Constitución de Agri Avícola no ha producido ningún cambio en las actividades de esta compañía.*

*"Granja Santa Anita: se dedica a la venta y a la cría de gallinas ponedoras de huevos y a la comercialización de dichos productos. Su actividad es hoy exactamente la misma que llevaba a cabo con anterioridad a la constitución de Agri Avícolas. Es decir la Constitución de Agri Avícola no ha producido ningún cambio en las actividades de esta compañía.*

*"El efecto en el mercado justamente aquel que tiene que resguardar la SIC- es por tanto y evidentemente neutro.*

**"CAPITULO III.-**

**"APLICACIÓN AL CASO CONCRETO O ADECUACIÓN DE LA CONDUCTA.**

**"SUPUESTO SUBJETIVO: PLURALIDAD DE EMPRESAS**

**I. "Posición de la Superintendencia**

*"La Superintendencia considera en su análisis relativo a la pluralidad de empresas que " de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, este Despacho puede concluir que todas las investigadas sin excepción se ajustan a la fisonomía jurídica de empresa...*

**"II. Posición de Superpollo. Refutación.**

*"Sin duda las compañías constituidas como socias en AgriAvicultivos (sic) corresponden a la denominación legal de empresas, pero discrepamos en que tal determinación baste para cumplir con el análisis que exige el supuesto normativo.*

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

"Como lo hemos manifestado previamente, la SIC ha definido que hay una integración "(u operación sujeta a información previa) 'cuando quiera que dos o más agentes económicos autónomos e independientes pierdan esa individualidad en el mercado concentrándose en una sola unidad económica, sin importar que desarrollen su empresa bajo una o varias personas jurídicas.' (Cfr. Página 5 de la resolución impugnada).

"De tal definición, resulta obvio que tiene que tratarse de dos o más agentes económicos autónomos e independientes que pierden su individualidad en el mercado para concentrarse en una sola unidad económica. Ergo, los agentes económicos deben ser independientes y preexistentes a la operación.

"Ahora bien, la integración se predica de un mercado. Dicho mercado, conocido como el mercado relevante, tiene que ser necesariamente definido. La Superintendencia ha definido el mercado verticalmente, ha manifestado fehacientemente que la integración es de naturaleza vertical, es decir que su efecto es el de concentrar agentes económicos que integran la cadena productiva.

"Muy bien, sigamos la tesis de la Superintendencia y encontraremos que nos lleva al absurdo.

"Si la integración a ser informada<sup>1</sup> es de naturaleza vertical requiere que los agentes económicos a integrarse sean preexistentes a la operación para que ellos pierdan su individualidad en el mercado (siguiendo nuevamente la definición de la SIC).

"¿Dónde deben ser preexistentes?

"La necesidad de informar una integración, involucra sin duda un concepto dinámico, relativo a algo que va a suceder, no como el concepto de estar verticalmente integrado que es un concepto estático, una identificación de un hecho que ya sucedió y por tanto el análisis es de status — quo.

"Pues en el mercado definido como relevante: el mercado vertical, es decir en el caso que nos ocupa, el mercado del consumo de soya y maíz para alimento de animales y el mercado de producción de soya y maíz.

"Analicemos, entonces, los agentes económicos preexistentes en el mercado definido por la SIC como relevante

- "En el mercado del consumo de soya y maíz para alimento de animales: Encontramos a las compañías socias de Agri Avícola.
- "En el mercado de producción de soya y maíz: No existe ningún agente económico preexistente! Y así lo admite la SIC a página 11 de la Resolución impugnada: 'debemos empezar por descartar la participación de Agri Avícola en un proceso de integración horizontal, por cuanto dicha empresa fue Constituida precisamente por las demás investigadas, de modo que no existía con antelación, y en esa medida, mal pudo haberse integrado cuando apenas estaba siendo conformada.' Si tal conclusión se predica de la integración horizontal sus conclusiones no deben de ninguna manera variar si el mercado bajo análisis es el vertical, tal elemento es indiferente, toda vez que dicha compañía no existía con anterioridad a la operación. Y, si Agri Avícola no existía donde está la compañía que otorga el elemento vertical al análisis de la SIC para decir que ese es el mercado relevante? La

<sup>1</sup> La necesidad de informar una integración, involucra sin duda un concepto dinámico, relativo a algo que va a suceder, no como el concepto de estar verticalmente integrado que es un concepto estático, una identificación de un hecho que ya sucedió y por tanto el análisis es de status — quo.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

*respuesta es simple, no existe dicha compañía.*

- *"Adicionalmente, ninguna de las compañías investigadas producía soya y maíz tal y como expresamente lo manifiesta la SIC a página 11 de su resolución: En el mismo sentido debe tenerse en cuenta que aún estando constituida la sociedad (Agri Avícola) no participó en la producción de pollo para el consumo humano ni en la producción de huevos, dado que se centra en la siembra y cosecha de maíz y soya, actividades éstas en las que, según lo probado, ninguna de las demás investigadas participan, salvo cuando lo hacen por conducto de la misma Agro Avícola.<sup>2</sup>*
- *"No hay entonces, una sola compañía productora de soya y maíz interviniente en la operación, que — parafraseando a la SIC - siendo autónoma e independiente, haya perdido su individualidad en el mercado, producto de la constitución de Agri Avícola, para concentrarse en una sola unidad económica con los socios de Agri Avícola.*

*"Dónde está entonces la operación de integración vertical que debía ser notificada? Simplemente no existe. Existe simplemente un contrato de sociedad entre compañías que conservan su individualidad en el mercado y que, como bien lo dijo la SIC, continúan compitiendo entre ellas, no tienen consumos conjuntos, es más ni siquiera le compran a Agri Avícola.*

**"CAPITULO IV.-**

**"APLICACIÓN AL CASO CONCRETO O ADECUACIÓN DE LA CONDUCTA.**

**"SUPUESTO SUBJETIVO: LA MISMA ACTIVIDAD**

**I. "Posición de la Superintendencia**

*"Manifiesta la SIC en la resolución impugnada lo siguiente:*

*'Se ha establecido que los alimentos balanceados constituyen materia prima primordial para el alimentos de las aves ponedoras o de sacrificio. (...)*

*'Según lo declarado por el Gerente de Agri Avícola, dicha empresa se dedica a la siembra de maíz y soya desde la fecha de su constitución, esto es, desde julio de 2001. Así mismo consta en las certificaciones expedidas por los revisores fiscales de Superpollo Paisa S.A., Pollos El Bucanero S.A., Durán Tascón Granja Santa Anita S.C.A. e Indupollo S.A., que dichas empresas son consumidoras de maíz y soya en forma directa o indirecta a través de concentrados comerciales.*

*En esa medida se advierte que las empresas investigadas (Indupollo S.A., Pollos el Bucanero S.A., Superpollo Paisa S.A. y Granja Santa Anita) coinciden en el consumo de maíz y soya, materias primas necesarias dentro de sus procesos productivos, bien como alimento balanceado comercial o en la preparación del mismo que algunas' elaboran.'*

**"Refutación**

*"La Superintendencia hace un análisis aislado, separa el concepto de misma actividad de la finalidad de la norma.*

<sup>2</sup> Debe anotarse que la afirmación de que las sociedades investigadas participan, salvo cuando lo hacen por conducto de la misma Agri Avícola, no es adecuada a nuestras disposiciones legales ya que por disposición legal la sociedad constituye una persona distinta de los socios. El tener participación en una sociedad solo significa ser socio, no significa necesariamente actuar a través de dicha compañía.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

*"El concepto de misma actividad no puede ser aislado del de mercado relevante tal y como pareciera estar haciéndolo la SIC.*

*"Para justificar la aplicación del artículo 4° la SIC identifica una misma actividad en el consumo de maíz y soya pero luego, con ausencia de coherencia, considera que la integración es vertical y que evidentemente no existe integración horizontal de ninguna naturaleza.*

*"Aun cuando se aceptara esta tesis, el artículo 4° hace referencia a "integrarse entre sí", siguiendo la tesis de la SIC sobre las operaciones que deben ser informadas como integraciones, una integración entre estas compañías implicaría de suyo la pérdida (sic) de su individualidad en el mercado, para concentrarse en una sola unidad económica lo que evidentemente, y así lo admite la SIC, no sucedió en este caso.*

*"No hubo por tanto el efecto integración identificado, toda vez que:*

- (i) *"las compañías siguen siendo independientes y autónomas y competidoras entre ellas;*
- (ii) *"allí donde la SIC identificó la 'misma actividad' es decir en la actividad de consumo de maíz y soya no hubo efecto integración de ninguna naturaleza: las empresas no han concentrado su consumo, no han creado una compañía única de consumo de maíz y soya.*
- (iii) *"Ahora bien, en lo que se refiere al aspecto vertical, ya hemos expresado en el aparte anterior que allí no hay efecto integración de ninguna naturaleza.*
- (iv) *"La Superintendencia admite expresamente que el efecto en el mercado no se da en la misma actividad. (Cfr. Resolución.)*
- (v) *"Es más, ante la misma Superintendencia se probó que las compañías socias de Agri Avícola ni siquiera adquieren maíz y soya de ésta.*
- (vi) *"Deben entonces analizarse si hay efecto integración o no:*
  - a. *"Mercado horizontal: No hay efecto integración. Los consumos no se integraron, las compras no se integraron, es más ni siquiera hay compras.*
  - b. *"Mercado vertical: No hay efecto integración. No existía, como ya se mencionó, un agente económico que brindara el elemento vertical a la integración, Agri Avícola — como lo admite la SIC - es producto de la operación, no es un agente económico previo a dicha constitución.*

**"CAPITULO V.-**

**"APLICACIÓN AL CASO CONCRETO O ADECUACIÓN DE LA CONDUCTA.**

**"SUPUESTO OBJETIVO: NIVEL DE ACTIVOS**

**I. "Posición de la Superintendencia**

**"Manifiesta la SIC a página 9 de su resolución:**

**'Este supuesto tiene lugar en la medida en que los activos individual o conjuntamente considerados de las empresas investigadas se sitúen por encima de los 50.000 s. m. l. m. v. y además pretendan fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse, independientemente de la forma jurídica de**

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

que se valgan'.

"a) EL MONTO DE ACTIVOS

"A los ojos de la Superintendencia, el monto que generaba la obligación de informar una operación en el año 2001 era de 14.300.000 millones de pesos. Los activos de las compañías investigadas ascendían en dicha época a 32.060.240.181.

II. "Posición de Superpollo. Refutación.

"No procedía un análisis de los activos porque según lo explicamos en aparte anterior no hubo efecto integración.

"No hubo integración vertical porque no existían agentes económicos autónomos e independientes en el mercado vertical que pudieran integrarse entre sí.

"No hubo integración horizontal tal y como ya lo explicó la SIC.

"CAPÍTULO VI.

"APLICACIÓN AL CASO CONCRETO O ADECUACIÓN DE LA CONDUCTA.

"SUPUESTO OBJETIVO: NATURALEZA DE LA OPERACIÓN

I. "Posición SIC.

"Bajo el título naturaleza de la operación, la SIC procede a analizar si existe o no un efecto integración. El análisis del efecto integración ocupa entonces un tercer nivel.

II. "Posición Superpollo.-

"En primer lugar, la naturaleza de la operación, como llama la SIC a la producción o no del efecto integración, no es el tercer paso en un análisis de integraciones, es el primero. Si no existe integración no procede un análisis sobre si las empresas involucradas en la operación realizan la misma actividad, y mucho menos procede analizar el nivel de activos de las empresas.

"CAPÍTULO VII.-

"APLICACIÓN AL CASO CONCRETO O ADECUACIÓN DE LA CONDUCTA.

"SUPUESTO OBJETIVO: NATURALEZA DE LA OPERACIÓN

"ANÁLISIS DEL EFECTO HORIZONTAL

I. "Posición de la Superintendencia

"En la resolución impugnada la SIC:

□ "Descarta la existencia de una integración horizontal por cuanto:

(i) 'Agri Avícola no era un agente económico preexistente en el mercado y que fuera a integrarse con los socios de dicha compañía<sup>3</sup>; y

<sup>3</sup> Cfr. Página 11 de la resolución impugnada donde expresamente manifiesta: "... debemos empezar por descartar la participación de Agri Avícola en un proceso de integración horizontal, por cuanto dicha empresa fue constituida precisamente por las demás investigadas, de modo que no existía con antelación, y en esa medida, mal pudo haberse integrado cuando apenas estaba siendo conformada."

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

- (ii) 'Agri Avícola no participa ni en la producción de pollo para el consumo humano ni en la producción de huevos dado que se centra en la producción y Cosecha de maíz y soya, actividades en las que según se ha probado ninguna de las demás investigadas participan.<sup>4</sup>'
  - (iii) 'No existe plano de horizontalidad entre las' actividades' desarrolladas por Agri Avícola y las de los demás investigados, del que pueda predicarse una integración. (...) Tenemos que la conformación de Agri Avícola no supuso concentración de los mercados de pollo o de huevos, pues no hay razones para pensar que haya implicado la disminución de oferentes..., como tampoco perdieron individualidad las compañías investigadas en la manera que producen y en que compiten en sus respectivos increados, lo que termina por descartar la realización de un proceso de concentración horizontal entre las mismas, por el solo hecho de haber constituido Agri Avícola'
- "De otra parte, la SIC afirma que no cabe duda de que la siembra de maíz y pollo es una actividad distinta de la producción pollo o huevos, añadiendo que "si bien una actividad puede ser anterior a la otra, como materia prima, y si se quiere estar conexas, no por ello dejan de pertenecer a mercados distintos, cada uno conformado de manera particular.

## II. "Posición de Superpollo.-

"Coincidimos con la posición de la Superintendencia relativa a que no existe ningún tipo de integración horizontal en la operación bajo análisis: mal podría predicarse un efecto integración — como bien lo dice la SIC — con un ente económico que no existe en el mercado sino que resulta de dicha operación.

"Igualmente, compartimos la idea de que no hay efectos en el mercado horizontal y de ninguna manera las compañías intervinientes en la constitución de Agri Avícola han perdido su individualidad en las actividades por ellas desarrolladas.

"Simplemente queremos destacar que la Superintendencia en el análisis concreto llevado a cabo hace un análisis de los efectos horizontales de la operación y llega a la conclusión de que estos (sic) no existen.

"Finalmente, la misma Superintendencia en el aparte final transcrito (sic) en el punto anterior, manifiesta que en su análisis Agri Avícola y los socios de dicha compañía no cuentan con actividad

### "CAPITULO VIII.-

"APLICACIÓN AL CASO CONCRETO O ADECUACIÓN DE LA CONDUCTA.

"SUPUESTO OBJETIVO: NATURALEZA DE LA OPERACIÓN

"ANÁLISIS DEL EFECTO VERTICAL

#### (i) Posición de la Superintendencia

"En la resolución impugnada la SIC:

- (i) 'Concurren los presupuestos necesarios para pensar que implicó una integración de este tipo. Aunque las empresas involucradas no han perdido su individualidad en el mercado y tampoco se han concentrado en una sola unidad económica, poseen inversiones en una empresa que

<sup>4</sup> Cfr. Pág. 11 de la resolución impugnada.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

produce materias primas requeridas en el desarrollo de su procesos productivos, lo que en cualquier momento habría de permitirles una reducción de costos y mayores eficiencias en la realización de sus respectivos procesos. "Enfatiza la Superintendencia que la empresa fue creada con la finalidad de obtener materias primas para el sector avícola.

- (ii) "La SIC considera que apuntala su posición al manifestar que 'la constitución de Agri Avícola coincide con la finalidad que se tienen en cuenta en procesos de integración vertical, respecto al logro de eficiencias y a la disminución de costos, resultante de la participación en eslabones previos o posteriores del correspondiente proceso productivo'
- (iii) "Y continúa diciendo la SIC 'de modo pues que nos encontramos frente a una integración por la creación de una empresa en común, en la que los socios fundadores comparten el control de la empresa productiva de la materias primas' y tal afirmación la apoya en el libro de Bellamy y Child: Derecho de la Competencia en el mercado común.
- (iv) "En términos de la SIC, 'aunque las empresa investigadas no adquieren maíz y soya directamente de Agri Avícola y que de acuerdo con lo expresado por los revisores fiscales de aquellas no tienen dentro de sus perspectivas, en el mediano plazo, la adquisición de dichos productos a ésta, tal circunstancia no desdibuja la integración vertical, ya que la simple participación en la actividad productiva de materias primas las coloca en mejor situación frente a sus demás competidores que no poseen esa ventaja'. Y para apoyar su posición, cita a la agencia de competencia argentina, manifestando que 'nos encontramos frente a una relación vertical entre empresas cuando éstas actúan en distintas etapas de la producción o prestación del mismo bien o servicio. Nótese que no es necesario que no exista una relación comercial efectiva entre ambas empresas (es decir, no es necesario que una sea necesariamente cliente de la otra) para que se considere que ellas están verticalmente relacionadas.'
- (v) "Y finalmente, manifiesta que 'la no existencia de una relación comercial entre las investigadas no es óbice para que se de una integración vertical, en los términos ya expuestos'

## "II. Posición de Superpollo. Refutación.-

Por ser el punto central de la presente discusión procederemos a refutar, uno por uno, los puntos establecidos en el aparte anterior relativo a la posición de la SIC.

(i)'Primer argumento. - Concurren los presupuestos necesarios para pensar que implicó una integración de este tipo. Aunque las empresas involucradas no han perdido su individualidad en el mercado y tampoco se han concentrado en una sola unidad económica, poseen inversiones en una empresa que produce materias primas requeridas en el desarrollo de sus procesos productivos, lo que en cualquier momento habría de permitirles una reducción de costos y mayores eficiencias en la realización de sus respectivos procesos.

"La SIC procede a concluir que existen los presupuestos necesarios para pensar que hubo una integración vertical, en contradicción abierta con su definición de integración (u operación sujeta a información previa).

"Durante todo la resolución y no solo en ella sino en su doctrina y casos anteriores, la SIC, como ya

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

se mencionó, ha definido que hay una integración (u operación sujeta a información previa) independiente de su forma jurídica 'cuando quiera que dos o más agentes económicos autónomos e independientes pierdan esa individualidad en el mercado concentrándose en una sola unidad económica, sin importar que desarrollen su empresa bajo una o varias personas jurídicas.'

"Por tanto, parafraseando a la SIC y tal como se desarrolló y concretó en aparte anterior, para que haya una integración se requiere:

- (a) "Dos o más agentes económicos autónomos e independientes que existen en el mercado relevante;
- (b) "Que producto de la operación que ha debido informarse pierden su individualidad en el mercado;
- (c) "Concentrándose en una sola unidad económica;
- (d) "Sin importar si existen o no varias personas jurídicas.

"No obstante, en las últimas páginas de la resolución, al manifestar que se cumplen los presupuestos del artículo 4°, contradice todo aquello que ha venido sosteniendo. Veamos:

- (a) Con relación a los dos o más agentes económicos autónomos e independientes que existen (previamente a la operación) en el mercado relevante, la SIC misma, a pesar de admitir que '(...) Agri Avícola (...) no existía con antelación, y en esa medida, mal pudo haberse integrado cuando apenas estaba siendo conformada' procede a considerar que se cumplen los presupuestos. Pero no se cumple el primero de su propia definición: la existencia de dos o más agentes autónomos e independientes en el mercado.

"Al respecto, nos remitimos a lo alegado en el aparte referente a los supuestos de aplicación de la norma. Por lo allí expuesto, resulta obvio que no hay un agente económico que exista previamente en el mercado de la producción de la soya y maíz que otorgue el elemento integración vertical a la operación.

- (b) y (c) "En lo referente a que producto de la operación que ha debido informarse pierden su individualidad en el mercado y a concentrarse en una sola unidad económica, la SIC pierde toda coherencia y procede a sostener - en franca contradicción - que 'aunque las empresas involucradas no han perdido su individualidad en el mercado y tampoco se han concentrado en una sola unidad económica... hay una integración vertical. Si tales elementos de la definición de integración no existen, como lo admite la SIC, mal puede hablarse entonces de que dada la operación de constitución de la sociedad existe un efecto integración.
- (ii) "Segundo Argumento: La SIC considera que apuntala su posición al manifestar que 'la constitución de Agri Avícola coincide con la finalidad que se tiene en cuenta en procesos de integración vertical, respecto al logro de eficiencias y a la disminución de costos, resultante de la participación en eslabones previos o posteriores del correspondiente proceso productivo'

"Baste para enfrentar este argumento decir que el hecho de que se coincida con la finalidad que se obtiene en integraciones de carácter vertical, no es suficiente para decir que tal integración existió.

"El ejemplo es claro y ya ha sido planteado: si hablamos, por ejemplo, de una compañía productora de leche que decide crear una compañía productora de quesos, se obtienen exactamente las mismas finalidades que si hubiera habido una integración vertical pero no la hay. En este caso, la segunda empresa 'nació integrada' a la primera, es decir bajo su control, pero y esta distinción es sustancial - sin integrar u dos o más' agentes autónomos e independientes en el mercado.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

"Si con posterioridad a esta argumentación, la SIC insiste en mantener su posición de que por poseer inversiones se obtiene la misma finalidad de una integración vertical y que de allí se deriva la existencia de tal integración, expresamente me permito solicitar que se proceda a investigar por incumplimiento del deber legal de notificar a todas las empresas que han creado compañías nuevas para complementar su proceso productivo.

"La posición de la SIC, no tiene asidero, toda vez que el efecto integración no existe en el mercado.

(iii) "Tercer argumento de la SIC. 'nos encontramos frente a una integración por la creación de una empresa en común, en la que los socios fundadores comparten el control de la empresa productiva de las materias primas' y tal afirmación la apoya en el libro de Bellamy y Child: Derecho de la Competencia en el mercado común.

"La creación de una empresa común no genera por sí misma un efecto integración, se requiere que se den los supuestos antes anotados por la misma Superintendencia de Industria y Comercio. Supuestos que como se ha expresado en varias ocasiones no existen en la operación en comento.

"De otra parte, resulta curioso, que la Superintendencia haga uso de la expresión empresa común (citando al propio Bellamy y Child), fuera de contexto, dado que el punto donde se analizan dichas empresas comunes en el libro citado es justamente el Capítulo V.- Colaboración en Investigación, Desarrollo y Producción correspondiente a los 'Acuerdos de Colaboración entre Empresas' (adjuntamos copia de las páginas correspondientes del libro). Este es sin duda, un tema distinto al de las integraciones jurídico económicas.

"A página 249 (adjunto) del libro citado por esa Superintendencia, donde empieza el capítulo antes mencionado, la introducción dispone lo siguiente:

"Este capítulo considera aquellos acuerdos entre empresas para cooperar en investigación, desarrollo o producción en común. A diferencia de aquellos acuerdos que se analizan en el IV, la mayoría que se discuten aquí son frecuentemente considerados como acuerdos que aumentan la competencia en lugar de reducirla.'

"Nótese como punto sustancial que tales conductas son analizadas bajo el espectro de acuerdos (cfr). Art. 45 del Decreto 21 53 de 1992) y no bajo el espectro de las integraciones jurídico-económicas.

"A página 250 (adjunta) bajo le título algunas definiciones se manifiesta:

"Las formas de colaboración beneficiosas entre empresas no se pueden clasificar de una manera clara si bien es necesario establecer algún tipo de división por categorías para describir la jurisprudencia. Las Categorías referidas en este capítulo se superponen y las siguientes definiciones usadas en este libro son más bien indicativas en lugar de exhaustivas. (...)

"Continúa dicho libro analizando las empresas comunes, es de allí de donde la Superintendencia extrae fuera de contexto la cita que figura en la resolución adecuadamente impugnada.

"A pagina 251, seguida de la definición de empresa común, citada fuera de contexto por la SIC, se encuentra justamente la definición de 'Empresa Común de Producción'. Es cuando (sic) menos una de las situaciones más cercanas al caso bajo análisis (debemos anotar que el control común de todos modos no ha sido probado). Veamos que dicen Bellamy & Child sobre este tipo de empresas:

"Empresa Común de Producción.- La expresión empresa común de producción se usa en este libro

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

para indicar un acuerdo cuyo objetivo es constituir un negocio nuevo que se dedicará a la producción bajo el control común de las compañías matrices. Se ha considerado conveniente en este libro clasificar un acuerdo como empresa común de producción si el objetivo principal del acuerdo es la producción común incluso cuando el acuerdo incluya también aspectos significantes de investigación & Desarrollo.'

"Ahora bien, como si fuera poco, el mismo libro a página 252 despeja la duda relativa a cuando podrían considerarse las formas de colaboración empresarial como integraciones o concentraciones jurídico —económicas.

"El párrafo es por sí (sic) mismo explicativo e indica con toda claridad que el caso que nos ocupa de ninguna manera es una integración jurídico-económica.

"Concentración: el artículo 85 (del Tratado de Roma) no se aplica normalmente a concentraciones entre empresas. En este contexto estaremos en presencia de una concentración cuando dos matrices fusionen de manera irreversible sus negocios previamente independientes en una sola unidad económica, retirándose de este modo permanentemente de una actividad independiente en el mercado en cuestión y desarrollándola toda a través de la empresa fusionada o cuando una empresa adquiera directa o indirectamente el control sobre (a totalidad o parte de una o varias empresas (preexistentes). (Paréntesis fuera de texto)"Nótese que las citas que hace la misma SIC sobre definición de integración vertical, hacen referencia a compañías existentes.

(iv) "Cuarto argumento de la SIC, el hecho de que no haya relaciones comerciales no excluye la existencia de una integración jurídico económica.

"La SIC basa dicha posición citando a la agencia de competencia Argentina, que manifiesta 'nos encontramos frente a una relación vertical entre empresas cuando éstas actúan en distintas etapas de la producción o prestación del mismo bien o servicio. Nótese que no es necesario que no exista una relación comercial efectiva entre ambas empresas (es decir, no es necesario que una sea necesariamente cliente de la otra para que se considere que ellas están verticalmente relacionadas.'

"Nuevamente el contexto es sustancial en el presente caso, nótese que la declaración de la agencia de competencia argentina hacer (sic) referencia a un (sic) relación vertical no a una integración vertical.

"Esta distinción no es mera palabrería una cosa es una integración vertical y otra es estar verticalmente integrado o relacionado.

"Veamos:

"Una integración vertical se presenta cuando dos compañías que desarrollan actividades o etapas distintas dentro de la cadena productiva pierden su individualidad y se concentran en una sola unidad común. Una integración requiere por tanto la preexistencia de la vida independiente de estas dos compañías tal y como lo manifiesta la SIC.

"Ahora bien, puede suceder que una empresa tenga una relación vertical o esté verticalmente integrada, sin que haya mediado un proceso de integración. Tal hecho sucede, como ya se ha expuesto, cuando una empresa de una etapa de producción, genera otra empresa totalmente nueva dentro de la misma cadena productiva. No ha adquirido otro agente económico preexistente en el mercado: simplemente lo ha creado y el resultado es que sin que medie una integración está verticalmente relacionado.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

*"Ambos conceptos son pues distintos y aun en el evento que se admitiera la relación vertical (que no se ha hecho a lo largo de la presente adición al recurso) mal podrían justificar que se considerara que existió una integración.*

**"CAPITULO IX.  
LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN DE LA SIC**

*"Como bien, lo establece el libro de Bellamy & Child este tipo de acuerdos se analizan bajo el espectro de los acuerdos y no el de una integración jurídico-económica.*

*"La Superintendencia debe tener especial cuidado en la toma de esta decisión ya que con ella está determinan el futuro trato de los Acuerdos de Colaboración Empresarial en nuestro país.*

*"Hemos visto que para la Unión Europea estos acuerdos son benéficos, igualmente lo son para los Estados Unidos de América, quienes en las 'Antitrust Guidelines for Collaboration among Competitors' manifiestan en relación con los acuerdos de producción común: 'la colaboración entre competidores puede envolver acuerdos para producir conjuntamente un producto vendido a terceros o usado por los participantes como una materia prima. Tales acuerdos suelen ser pro competitivos.'*

*"Igualmente, mal podría darse la interpretación que se está dando en el presente caso cuando no hay efecto integración y la propuesta misma nace del gobierno nacional (sic), quien dentro del plan nacional de Desarrollo del sector Agrícola establece la generación de empresas productoras de maíz y soya como una prelación para el país.*

*"En el presente caso no hubo una integración jurídico — económica, lo que se presentó fue una constitución de una sociedad que máximo (y no decimos que sea así) puede ser interpretado como un acuerdo de colaboración empresarial. Proceder como lo estaría haciendo la SIC podría producir efectos negativos en la generación de sinergias en el mercado contrariando justamente el bien jurídico protegido por la legislación que debe aplicar. (...)"*

**SEGUNDO.** Que en cumplimiento del artículo 59 del código contencioso administrativo se resolverán todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, en los siguientes términos:

**1 El control previo en las operaciones de integración**

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se elevó a rango constitucional el derecho a la libre competencia y se determinó que el Estado, *"por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional"*.<sup>5</sup> Nuestra Constitución establece, entonces, de una parte, las garantías económicas básicas, de libertad de empresa y libre competencia y, de otra parte, la posibilidad de que el Estado pueda actuar para reprimir los abusos de posición dominante.

No obstante, dado que la propiedad privada tiene establecida una finalidad social y que la libre competencia ha sido consagrada como un derecho e interés colectivo, se han establecido

<sup>5</sup> Constitución Política; artículo 333.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

mecanismos preventivos y represivos tendientes a evitar cualquier circunstancia que subvierta o amenace estos cometidos, propios de un Estado Social de Derecho como el nuestro.<sup>6</sup>

Efectivamente, desde la Ley 155 de 1959 se estableció un control previo de las integraciones empresariales, por virtud del cual, *"las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos o más - hoy mas de 50.000 S.M.M.L.V - , estarán obligadas 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"*

Dado que se trata de un control estructural en el que pretenden verificarse las condiciones bajo las que opera un mercado específico y los efectos que podrían suscitarse como consecuencia de la operación, es menester que las empresas interesadas en adelantar el respectivo proceso lo reporten en forma previa a su realización.<sup>7</sup>

Bajo este contexto, el control de integraciones se estructura como un instrumento de naturaleza eminentemente preventiva,<sup>8</sup> a través del cual la autoridad de competencia tiene la oportunidad de analizar las operaciones de integración que se pretenden llevar a cabo, a fin de anticiparse a cualquier distorsión o efecto indeseable que pudiera sobrevenir para el mercado y que hagan imperiosa la necesidad de imponer condicionamientos a la operación, e incluso de objetarla.

<sup>6</sup>Al tenor de lo dispuesto en el artículo 58º del Ordenamiento Superior, *"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social."*

*"La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. (...)"*  
(Subrayado nuestro)

Por su parte, consagra el artículo 88 *ibidem* que, *"la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica. (...)"* (Subrayado nuestro)

<sup>7</sup>*"En cuanto a la prevención, la defensa pública de la competencia se instrumenta en todos los países mediante el llamado -control de concentraciones-, consistente en dotar legalmente a los poderes públicos de la facultad de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas, concediéndoles la posibilidad de impedir su realización o de condicionarla".* PASCUAL Y VICENTE, Julio. "Fundamentos y limitaciones de la defensa de la competencia", pág. 8.

<sup>8</sup>*"En muchos países hay un control sobre las fusiones de empresas con el objetivo de evitar un aumento continuo del número de empresas con una posición dominante en sus respectivos mercados. En vez de velar sobre posibles abusos de un poder sustancial en el mercado, es mejor impedir la creación de posiciones dominantes a través de crecimiento externo."*

*"Por el contrario, el crecimiento interno debido a un buen rendimiento de las empresas no está sujeto a ningún tipo de restricciones. Hoy en día, todos los países latinoamericanos, a excepción del Perú, disponen de un control de integraciones económicas. (...)"*

*"Con el fin de hacer efectivo este control, en muchos países existe la obligación de notificar las fusiones planteadas ante las autoridades de competencia, previo a su entrada en vigor, al menos en los casos en que superan un tamaño determinado. Hay un consenso generalizado sobre la necesidad de esta notificación previa obligatoria, pese a que por razones históricas no esté prevista en todas las legislaciones sobre competencia (...)"*. KRAKOWSKI, Michael. "Política de competencia en Latinoamérica: Una primera apreciación". I Edición, 2001, pág. 31.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

El sentido que inspira la verificación anticipada de este tipo de operaciones, está en la necesidad de preservar la competencia libre de "restricciones indebidas",<sup>9</sup> luego hay un claro sentido teleológico en la norma, que legitima la verificación previa de cualquier proceso integrativo, independientemente del plano en que se presente y del vehículo conductor que se emplee. De modo que a lo que se presta atención no es a la figura que se utilice, ni al mecanismo de que se valga,<sup>10</sup> sino al efecto que pueda producirse sobre el mercado.<sup>11</sup>

Pudiendo las integraciones generar una indebida restricción a la competencia, mal podría quedar su verificación supeditada al tipo de instrumento de que se valgan las empresas para lograr su cometido. De ser así, la prevención de circunstancias nocivas para el mercado quedaría relegada al mecanismo que decidieran utilizar quienes desean integrarse, cuando son en sí "las restricciones indebidas" lo que se pretende evitar,<sup>12</sup> especialmente cuando la misma ley al establecer el concepto de integración, abarca hipótesis tan disímiles desde el punto de vista jurídico, como los casos de fusión, consolidación, integración o adquisición de control, figuras éstas en las que prevalece la realidad económica sobre la puramente normativa o formal.<sup>13</sup>

Ahora bien, aunque en nuestra Carta Política se ha previsto la libertad de empresa, como una de las libertades económicas que asiste a los particulares, ésta no es de carácter absoluto pues como las demás libertades que consagra nuestro Ordenamiento Superior, existen límites y cargas legales que deben cumplirse en aras del beneficio común. Y es que las normas sobre competencia, y particularmente las de control de integraciones, no fueron concebidas para impedir las decisiones empresariales que llevan a la consecución de sinergias y eficiencia, sino para adoptar medidas oportunas que permitan evitar efectos indeseables para esa masa abstracta de derechos e intereses de la cual todos hacemos parte: es decir el mercado.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Ver artículo 5 del decreto 1302 de 1964.

<sup>10</sup> No puede perderse de vista que desde un sentido económico, el término integración suele abarcar todas las operaciones que conduzcan a una efectiva concentración empresarial, bien por vía de creación de nuevas sociedades, absorción, adquisición mayoritaria de participación de capitales, compra de activos y pasivos, o cualquiera otra semejante.

<sup>11</sup> Esta Superintendencia ha manifestado que: "Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración si está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio". Véase concepto radicado bajo el número 00001365.

<sup>12</sup> "En el World Investment Report del año 1997, UNCTAD formula los objetivos de las políticas de competencia de la manera siguiente: 'El objetivo principal de las leyes de competencia consiste en conservar y promover la competencia como medio para garantizar la distribución eficiente de los recursos en una economía, de forma que se obtenga la mejor opción en términos de calidad, precios y abastecimiento adecuado del consumidor'. En un libro de texto de amplia distribución sobre las políticas de competencia bajo el título 'Los motivos de las políticas antimonopolísticas', los autores señalan lo siguiente: 'Las principales preocupaciones con relación al monopolio no consisten en que el hecho de ser grande sea necesariamente algo indeseable. Sin embargo, debido al control de precios ejercido por un monopolio, la sociedad está expuesta a pérdidas de eficiencia. También pueden resultar afectadas la calidad y diversidad de productos. La sociedad podrá definitivamente estar mejor si se impusieran restricciones a las operaciones de monopolios u otras concentraciones industriales similares'. Ambas citas en su conjunto reflejan de manera ilustrativa el objetivo fundamental y los procedimientos básicos de las políticas de competencia. Se trata de impedir pérdidas de bienes debidas a prácticas restrictivas a la competencia o abusos de posiciones dominantes en el mercado las cuales le permiten a una empresa no someterse a las condiciones de una competencia real'. KRAKOWSKI, Michael. "Política de competencia en Latinoamérica: Una primera apreciación". I Edición, 2001, pág. 31.

<sup>13</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. "Transformación, fusión y escisión de sociedades". Editorial Temis, 2000. Página 140.

<sup>14</sup> "Simplificando extraordinariamente, el control de concentraciones encuentra su fundamento en el mantenimiento de los mercados concentrados y con barreras a la entrada, en donde unas pocas empresas se reparten las ventas, dan pie a comportamientos no competitivos de los que se derivarían niveles elevados de precios y pérdidas de bienestar.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

De acuerdo con lo expuesto, el control previo de integraciones, lejos de comportar una talanquera desmedida y arbitraria para quienes desarrollan actividades de empresa, constituye un instrumento preventivo a través del cual se trata de evitar las restricciones indebidas que puedan derivarse de las concentraciones y, que puedan llegar a repercutir en el normal y eficiente desenvolvimiento del mercado, dentro del cual no solo hacen parte los consumidores sino también las empresas.<sup>15</sup>

## 2 Caso específico

### 2.1 La constitución de Agría Avícolas

A fin de absolver los cuestionamientos planteados por los impugnantes, consideramos de la mayor relevancia empezar por hacer un recuento de las circunstancias fácticas que enmarcaron la investigación adelantada, como la decisión adoptada en la resolución 8315 de 2003.

Las empresas Superpollo Paisa, Pollos el Bucanero, Indupollo y Granja Santa Anita, pertenecientes al sector avícola,<sup>16</sup> mediante escritura pública número 1622 de la Notaría Cuarenta del Círculo

*"Las concentraciones entre empresas mediante fusión, adquisición o creación de una empresa en participación tienen por regla general efectos positivos sobre los mercados. La agrupación de las actividades de varias empresas permite realizar sinergias en numerosos ámbitos; como, por ejemplo, en la investigación y desarrollo de nuevos productos, o proceder a reestructuraciones que reducirán los costos de producción o distribución de la nueva empresa. De esta forma, las empresas aumentan su eficacia en el mercado, la competencia se intensifica y el consumidor final se beneficia de unos productos mejores y a mejores precios, más equivalentes.*

*"El objeto del control de concentraciones por parte de las autoridades de defensa de la competencia, por tanto, no es impedir las decisiones empresariales que llevan al aumento del tamaño de los operadores o a la modificación de la estructura de control en respuesta a los cambios en los mercados, sino adoptar las medidas oportunas para que de ellas no se deriven efectos negativos para la competencia efectiva, para la competitividad empresarial y, en definitiva, para el bienestar de los consumidores".* Primera Edición de la escuela de Defensa de la Competencia (3/12/2002). "Apuntes sobre el control de concentraciones desde el punto de vista de la defensa de la competencia".

<sup>15</sup> *"Cuando en el marco de la aplicación de la política de competencia se habla de bienestar general no debe hacerse una interpretación restrictiva a los consumidores, sino que también debe tenerse en cuenta a las empresas, ya que son ellas quienes adquieren la mayor cantidad de insumos de la economía (materias primas, mano de obra, servicios de transporte, fletes, seguros financieros, etc.) y las mas perjudicadas frente a prácticas anticompetitivas y desleales, de esta manera, la economía en su conjunto, y en particular las empresas, ganan competitividad".* TAJAN, Guillemina. "Derecho de la Competencia: Las recientes reformas al control de las concentraciones económicas" Tomado de la Revista Doctrina Societaria de Errepar, Tomo XII, N° 163, Junio/01.

<sup>16</sup> Según consta en los certificados de existencia y representación legal, las investigadas tienen los siguientes objetos:

- Superpollo Paisa S.A.: "a) Explotar la avicultura, porcicultura, piscicultura y ganadería en general, con destino a la incubación, cría, levante, engorde o ceba, y a su posterior sacrificio o venta en pie, y ejerciendo sobre ellas toda clase de actos tendientes a lograr su racional explotación. b) Organizar, establecer, administrar y explotar centros de incubación, cría, selección, multiplicación e investigación avícola, porcícola, piscícola, y ganadera o agrícola en general. c) Organizar, establecer, administrar y explotar plantas pasteurizadas y procesadoras de leche y derivados, mataderos, frigoríficos y plantas para la producción de carnes en todo tipo y su aprovechamiento para la transformación en subproductos, molinos, deshidratadoras y procesadoras de productos agrícolas, con establecimiento de plantas para su almacenamiento o conservación e incluso tratamiento de semillas. d) Administrar y/o adquirir, para la explotación económica, bien sea en el mercado nacional o internacional, toda clase de maquinarias, equipos, repuestos, insumos y materias primas destinadas a la actividad agropecuaria, así como la obtención de concesión de bosques, fincas, baldíos y aguas para su explotación de la misma actividad agropecuaria (...)" (Ver folios 24 a 26 del cuaderno 1 del expediente 02001231. Pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita.)

- Pollos El Bucanero S.A.: a) El levante, engorde, procesamiento y venta de pollos, cerdos y cualquier especie animal destinado al consumo humano; b) La fabricación, procesamiento y venta de alimentos para pollos, cerdos y demás especies animales; c) La importación y venta de toda clase de insumos para el levante, engorde, procesamiento y alimentos para pollos, cerdos y cualquier especie animal destinado al consumo humano; d) La fabricación y

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Notarial de Bogotá, constituyeron a la empresa Agri Avícolas Integrados S.A., cuyo objeto primordial está representado en la siembra y cultivo de maíz y soya.<sup>17</sup>

Se ha establecido que en la actividad avícola los alimentos balanceados son un insumo primordial para el alimento de las aves ponedoras o de sacrificio. De acuerdo con información allegada al expediente, se tiene que la industria de alimentos balanceados en Colombia produce anualmente 3 millones de toneladas de alimentos balanceados, de la cual el sector avícola consume aproximadamente  $\frac{3}{4}$  partes, siendo el maíz y la soya sus componentes principales, con 2.1 millones y 700.000 toneladas, respectivamente.<sup>18</sup>

Lo anterior guarda relación con las certificaciones expedidas por los revisores fiscales de Superpollo Paisa S.A., Pollos El Bucanero S.A., Durán & Tascón Granja Santa Anita S.C.A. e Indupollo S.A.<sup>19</sup>, en las que ponen de presente que sus respectivas empresas son consumidoras de maíz y soya, ya sea en forma directa o indirecta a través de concentrados comerciales.<sup>20</sup>

---

*procesamiento de las carnes de pollos, cerdos y demás especies animales para el consumo humano; e) La inversión permanente en toda clase de bienes muebles e inmuebles urbanos y rurales y su explotación comercial; (...)* (Ver folios 45 a 50 del cuaderno 1 del expediente 02001231. Pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita.)

- Indupollo S.A.: *"La sociedad tiene como objeto social principal la explotación industrial y comercial de alimentos para humanos y animales. En desarrollo de este objeto social, podrá producir las materias primas necesarias para la elaboración parcial o total de alimentos, transformar esas y otras materias primas en alimentos terminados que tendrán consumo propio o serán vendidos a terceros, compra venta y procesamiento de animales domésticos, para consumo humano como animal. La explotación en todas sus etapas productoras de fincas agrícolas, avícolas, porcícolas y ganaderas. (...)"* (Ver folios 41 a 43 del cuaderno 1 del expediente 02001231. Pestaña Averiguación Preliminar)

- Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cia S. en C.A.: *"(...)* La sociedad adelantará como objeto social principal las actividades avícolas, en cualquiera de sus manifestaciones, con énfasis en la producción de huevos, que es la labor adelantada hasta la fecha, y para la cual se tiene proyectada la actividad; y la agricultura, bien en predios propios o de terceros, dedicados al cultivo, siembra y cosecha de cualquier producto, para consumo interno o de terceros. (...)" (Ver folios 33 a 36 del cuaderno 1 del expediente 02001231. Pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita.)

<sup>17</sup> El objeto primordial de la empresa Agri Avícola Integrados S.A. consiste en: *"a) Agrícola: Sembrar, cosechar, recolectar todo tipo de gramíneas, leguminosas y en general toda clase de cultivos lícitos. b) Industrial: Limpiar, transformar los granos propios de la empresa o de terceros. c) Comercial: Comercialización, distribución y ventas, en todo el territorio colombiano o en el exterior, cuya finalidad sea la colocación de todos los productos generados, fabricados y procesados. Exportación de los mismos e importación de productos generados, fabricados y procesados. Exportación de los mismos, e importación de productos similares y de materia prima. (...)"* (Ver folios 104 y 105 del cuaderno 1 del expediente 0200123. Pestaña Agri Avícola Integrados)

<sup>18</sup> Estudio de Factibilidad para una empresa de servicios agropecuarios, patrocinado por el Ministerio de Agricultura y FENAVI. Ver folios 1 a 71 del cuaderno 1 del expediente 0200123. Pestaña Agri Avícola Integrados.

<sup>19</sup> Radicaciones números 02001231-10018, 2001231-10028, 02001231-10023.

<sup>20</sup> Al respecto, aparece lo siguiente:

- Superpollo Paisa S.A.: *"No compramos materias primas, sólo se compran productos terminados."* (Ver folio 208 del cuaderno 1 del expediente, pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita)
- Durán & Tascón Granja Santa Anita S.C.A.: *"Relación de materias primas e insumos necesarios para la cría y levante de pollo y para la producción de huevo, según sea el caso... Para pollitas materia prima... Maíz... Soya Extruida"*. (Ver folio 209 del cuaderno 1 del expediente, pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita)

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

## 2.2 La incursión en mercados conexos

De acuerdo con lo atrás señalado, las empresas Superpollo Paisa, El Bucanero, Indupollo y Granja Santa Anita, intervinientes activas del mercado de producción avícola, decidieron incursionar en una fase anterior de la cadena, concretamente, en la de producción de la materia prima que se requiere para la elaboración de alimentos concentrados. Para tal propósito, las empresas referidas convinieron en la creación de la Agri Avícolas, la cual tendría por objeto principal, la siembra y cultivo de maíz y soya. De esta forma, cuatro empresas avícolas ubicadas en la fase productiva, entran conjuntamente a participar en el cultivo de maíz y soya.

Ahora bien, aunque bien pudo cada una de las sancionadas crear su propia empresa de materias primas, no fue así, pues lo que hicieron fue conformar una sola empresa, de la cual poseen el control común. Por consiguiente, el puente a través del cual Superpollo Paisa, El bucanero, Indupollo y Granja Santa Anita, intervienen en la siembra y cultivo de maíz y soya, es el mismo, la empresa Agri Avícolas.

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

La doctrina es uniforme al sostener que *"las operaciones de tipo vertical intentan aproximar los productos al consumidor final o a la fuente de materia prima utilizada, se pretende reducir los costes de aprovisionamiento, de distribución, y de control y coordinación. Habrá 'integración hacia delante' si se adquiere por un fabricante o por un mayorista una cadena de venta al por menor, y habrá 'integración hacia atrás' cuando se permite el aumento y aseguramiento de las reservas de materias primas (el adquirente sería el retailer que adquiere una fábrica) en todo caso habrá que estar siempre atentos a que los precios de transferencia internos sean adecuados"*.<sup>21</sup>

De suerte que la verticalidad en los procesos de integración representa la posibilidad de obtener beneficios, primordialmente, de orden financiero (ahorro de costos de transacción) y estratégico (asegurar el aprovisionamiento y el destino de materias primas).<sup>22</sup>

• Pollos El Bucanero S.A.: *"Las materias primas e insumos necesarios para el levante del pollo son: Maiz, Torta de soya, soya extruida"*. (Ver folio 207 del cuaderno 1 del expediente, pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita)

• Indupollo S.A. *"...Para la cría y levante de Pollos, Indupollo consume mensualmente entre 300.00 y 450.000 toneladas de alimento concentrado en sus diferentes presentaciones."* (Ver folio 215 del cuaderno 1 del expediente, pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita).

<sup>21</sup> SIRVENT, José Manuel. "Razones de las fusiones y adquisiciones" Tomado de: [www.efranquizium.com](http://www.efranquizium.com)

<sup>22</sup> *"Las concentraciones verticales logran reducir los costos de intermediación dentro de un mismo proceso económico, tratándose entonces de empresarios que se dedican a actividades económicas, anteriores (proveedores) o posteriores (distribuidores), respecto de las que cumple la que propende a la integración (producción de insumos, manufactura, transporte, distribución y comercialización)".* REYES VILLAMIZAR, Francisco. "Transformación, Fusión y Escisión de Sociedades." Editorial Temis S.A., 2000. Página 81.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Visto de ese modo, la constitución de Agri Avícola coincide con la finalidad que se tiene en cuenta en procesos de integración vertical, respecto al logro de eficiencias y a la disminución de costos, resultante de la participación en eslabones previos o posteriores del correspondiente proceso productivo, situación que ha sido ratificada por el representante legal de dicha sociedad y por el Ministro del sector.<sup>23</sup>

Por lo expuesto, todas las empresas sancionadas, sin excepción, están interviniendo en la siembra de maíz y soya a través de Agri Avícolas, luego su participación en este mercado no fue ideada para competir entre ellas, pues si decidieron crear la empresa en forma conjunta, es porque tenían el deseo de favorecerse recíprocamente. De suerte que la rivalidad que pueda darse frente a la siembra de maíz y soya será externa, más no entre los miembros de Agri Avícolas.

No se requiere mayores profundizaciones para establecer que lo que mueve el *afectio societatis*<sup>24</sup> es la búsqueda de beneficios comunes, pues en sana lógica, no se crea una empresa para competir con los socios sino más bien lo contrario, unir esfuerzos para concurrir al mercado y rivalizar con los competidores del nuevo ente, que a su vez, lo son de cada uno de sus miembros. Sobre este último aspecto, es importante señalar que en la suscripción de la escritura pública mediante la cual se constituyó Agri Avícola Integrados S.A., se plasma la voluntad expresa de concertación, dirigida a

<sup>23</sup> INTERROGATORIO DE HERNANDO APARICIO SMITH. Folios 115 a 118. "PREGUNTA 3: Conoce usted los hechos por los cuales se adelanta la presente investigación, en caso de ser así, sírvase realizar un resumen sucinto acerca de los mismos: RESPUESTA: Realmente no se por qué se adelanta la investigación, creo que fue la creación de una empresa agrícola por parte de unos avicultores para la siembra de maíz y soya como materias primas para su proceso industrial. Esta empresa se creó con un capital autónomo totalmente independiente de sus socios y siguiendo las políticas del gobierno nacional que es la integración de las cadenas productivas. (...)". (El subrayado es nuestro).

Así mismo, mediante comunicación dirigida a la Superintendente de Industria y Comercio, radicada bajo el número 03019026-00 de 6 de marzo de 2003, el señor Ministro de Agricultura manifestó lo siguiente: "(...) El gobierno del Presidente Uribe se ha propuesto, en el cuatrienio 2003 – 2006, sembrar 135.000 nuevas hectáreas de maíz amarillo, 60.000 de soya y 30.000 de yuca industrial, con las cuales se podrán sustituir importaciones por cerca de un millón de toneladas. Para alcanzar las metas, se ha trazado una estrategia que busca modernizar las prácticas de los actuales agricultores, integrar la cadena productiva de manera horizontal y vertical e incentivar la inversión nacional y extranjera. Desde luego, la producción competitiva exige que nuevos agricultores se vinculen a la actividad, con visión empresarial y ánimo de modernización. Por ello, este Ministerio ha invitado a los fabricantes de alimentos balanceados, a los avicultores, porcicultores, acuicultores y en general a todos los empresarios, para que se vinculen de manera efectiva a la producción competitiva de materias primas para la cadena productiva. Atendiendo el llamado del Gobierno Nacional, algunos empresarios han concretado proyectos de integración, realizando alianzas estratégicas y apoyando el crecimiento de la producción nacional de materias primas de diversa manera. Tal es el caso de AGRIAVICOLA, empresa que participa en las siembras de maíz, yuca industrial y soya en los Llanos Orientales y en la región del Valle del Sinú." (Subrayado nuestro). (Ver folios 218 y 219).

<sup>24</sup> "No obstante la concurrencia de los intereses individuales de los socios, la idea de colaboración implícita en el ánimo societatis produce cierta unidad esencial y necesaria en la asociación, que configura y pone de manifiesto un interés colectivo que se presenta como una especie de resultante de la unidad de propósitos de todos ellos y de la unidad de medios utilizados con tal fin. Porque, aunque cada uno persigue un beneficio económico propio, lo busca conjuntamente o de manera colectiva como sus consocios y cuando lo recibe es en forma de participación, esto es, como parte o cuota de una ganancia colectiva o de todos. Esa ganancia se obtiene a su vez con la utilización de unos mismos medios, es decir, desarrollando una actividad que nunca se presenta como una simple suma de tantas actividades individuales cuantos socios forman la sociedad. (...).

"En esta forma el desarrollo de la empresa social, esto es, la ejecución del contrato en sociedad, exige y produce un comportamiento que permite hacer abstracción de la pluralidad de los socios y que da la sólida apariencia de ser el de una sola persona. (...). De la sujeción de estas reglas de conducta social surge la llamada voluntad social que en la vida real, es decir, como ella se forma y actúa, no es sino la voluntad de los asociados mismos, expresada en las condiciones previstas en la ley y en el contrato social como suficientes para que sea obligatoria para todos los socios. Porque estos libremente expresan y estructuran su 'ánimo societatis' con reglas encaminadas a organizar su colaboración en la empresa social y de 'esta suerte, a lograr el desarrollo del contrato social, obran con sujeción a tales reglas y subordinan a ellas su voluntad individual, que adquiere entonces una verdadera forma social o expresión unificada". PINZON, Gabino. "Sociedades comerciales". Tomo I, Editorial Temis, quinta edición, 1988, pág. 31.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

que sus socios ejerzan el control conjunto de la empresa, cuyos productos a todos interesa, pues como se dijo anteriormente, el maíz y la soya son materia prima para la actividad de levante y cría de pollos, así como para la producción de huevos.

Fue precisamente bajo esta visión, que la política económica del sector recomienda y facilita que las empresas vinculadas al sector avícola realicen inversiones en el sector agrícola, para que la producción nacional de maíz y soya se fortalezca y tecnifique, pudiendo lograr, en el mediano y largo plazo, ser más competitivos y menos dependientes de la importación de estos insumos.<sup>25</sup>

Observamos, pues, que las empresas constituyentes, ya sea que estén dedicados a la cría y levante de pollo o a la producción de huevo, utilizan los productos agrícolas mencionados como alimento base dentro de sus procesos productivos, con lo cual coinciden en el consumo de estos productos, adecuándose, como se verá mas adelante, al presupuesto contenido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.<sup>26</sup>

### 2.3 El mercado de referencia

En los estudios de integraciones es necesario determinar la actividad o actividades en que coinciden las empresas intervinientes del proceso. Este punto de convergencia, la "misma actividad", es la que determina finalmente cual es el mercado de productos de referencia.<sup>27</sup> De esta forma, cuando la correspondencia se presenta en el mismo nivel o fase de la cadena productiva estaremos ante una integración de carácter horizontal. A su vez, cuando las empresas pertenecen a mercados conexos, relacionados entre sí, o cuando convergen en una misma actividad en un eslabón anterior o posterior de la cadena productiva, nos encontramos frente a una integración de tipo vertical.

Tanto la integración horizontal como la vertical son figuras independientes y susceptibles de realización propia. Siendo así, basta con que concurren los elementos y presupuestos necesarios de cada forma de integración para que ésta tenga lugar. Por ello, la ausencia de integración

<sup>25</sup> "(...) Lo anterior se desprende del hecho que la producción nacional de maíz amarillo no satisface la demanda de la industria de concentrados. Colombia produce aproximadamente tres millones de toneladas de alimentos balanceados para lo cual necesita importar 1.9 millones de toneladas de maíz amarillo equivalentes a 1.200 millones de dólares esto debido a que la producción nacional apenas llega a las 1'010.000 toneladas. Por otra parte, es bueno recordar las tasa de crecimiento de los alimentos balanceados que fue del orden del 7.8% mientras la industria avícola creció 2.59% frente al primer trimestre del 2000 para el agregado de huevo y pollo. Por rubros, el huevo creció 6.37% y el pollo 1.73%.

"Esta situación llevó al gobierno nacional a formular el gran acuerdo de competitividad y la cadena de producción de maíz amarillo, yuca, soya, alimentos balanceados, avicultura y porcicultura la cual actuando bajo el enfoque de cadena y con criterio de integración reúne a todos los actores y los convoca a trabajar conjuntamente en todos los problemas dada la producción en finca hasta el consumo final de huevo o pollo, para hacer mas competitiva y sobresaliente la producción nacional. La materialización de este gran acuerdo tuvo lugar el día 29 de mayo de 2000 cuando se expide el documento COMPES 3076 y desde ese momento toma la forma de política nacional sectorial." ACUERDO REGIONAL DE COMPETITIVIDAD DE LA CADENA AVICOLA PORCICOLA. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Programa de Oferta Agropecuaria. Cadena Agroindustrial Maíz Amarillo, Soya, Yuca Industria, Alimentos Balanceados, Avicultura y Porcicultura. Octubre de 2001. [www.agrocadenas.gov.co/balanceados/documentos/acuerdo\\_regional\\_balanceados.pdf](http://www.agrocadenas.gov.co/balanceados/documentos/acuerdo_regional_balanceados.pdf)

<sup>26</sup> "Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20'000.000.00) o más, estarán obligadas a informar al gobierno nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración." (El subrayado es nuestro).

<sup>27</sup> "El mercado de productos de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevé hacer de ellos (...)" "Anexo al formulario correlativo a la notificación de las operaciones de concentración de conformidad con el Reglamento (CEE) No. 4064 - 89 del Consejo de las Comunidades Europeas", página 7.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

horizontal no excluye la posibilidad de que se presente una integración vertical, como sucedió en el presente caso.

En efecto, en la resolución recurrida, después de hacer el análisis de la actividad desarrollada por las investigadas, se descartó que hubiere existido una integración horizontal, pues no todas las empresas participantes tenían el mismo objeto, ni se ocasionaba una concentración en la actividad principal a las que están dedicadas. A pesar de ello, sí se establecieron los presupuestos necesarios para considerar que existió una integración de naturaleza vertical, bajo el entendido que el mercado de referencia es el consumo de materias primas, por cuanto la convergencia entre las empresas preexistentes se encontraba en un eslabón anterior de la cadena productiva. Nos encontramos, entonces, frente a una operación de integración por la creación de una empresa común,<sup>28</sup> en la que los socios fundadores comparten el control de la empresa productora de las materias primas que precisan en sus respectivos procesos.<sup>29</sup>

Sí una de las formas de integración empresarial es a través de la creación de una empresa común, es porque ésta no existía en el mercado. En esa medida, quienes deben ser preexistentes en el mercado son las constituyentes de la nueva y no ésta como manifiesta la recurrente. Por esta razón, en la resolución recurrida se sancionó a las empresas constituyentes y no a la empresa creada.

En suma, al constituirse por las sociedades por las sociedades sancionadas la empresa Agri Avícolas, sí tuvo lugar una integración en el sentido indicado y no un simple "efecto integración", como lo llama la apoderada de Superpollo Paisa S.A., concepto que valga señalar, no existe ni en las legislaciones ni doctrinas conocidas.

### 3 Actúan como una sola en el mercado de materias primas

Retomando lo hasta aquí expuesto, tenemos que en la conformación de la empresa Agri Avícolas concurren los presupuestos necesarios para considerar que tuvo lugar una *integración vertical*.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Empresa común: "Es una integración de las actividades entre dos o más empresas separadas en las que se cumplen las siguientes condiciones: 1. La empresa en común está bajo el control conjunto de las compañías matrices, que no tienen a su vez un control común; es decir que son independientes entre sí; 2. cada matriz hace una contribución sustancial a la empresa común; 3. La empresa común existe como un negocio separado de sus matrices; 4. La empresa común crea una organización empresarial nueva; significativa en términos de nueva capacidad productiva, nueva tecnología, un nuevo producto o la entrada en un nuevo mercado." Brodley, Joint Ventures and Anti - Trust Policy (1982) 95 Harvard LR 1523. tomado de BELLAMY, Christopher. CHILD, Graham. "Derecho de la Competencia en el Mercado Común". Editorial Civitas S.A. Madrid, 1992. Página 251.

<sup>29</sup> "(...) Cualquier operación por la que se obtenga el control sobre una empresa. Este control puede ser exclusivo (el adquirente compra el 20% de las acciones pero al ser éstas preferenciales le otorgan el 51% de los votos), o compartirlo con otros v .gr. (tres adquirentes actuando concertadamente compran cada uno el 30% del capital social). [www.jfamesto.com](http://www.jfamesto.com)

"A los efectos previstos en el apartado anterior se considerarán concentraciones económicas aquellas operaciones que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas participantes mediante: (...) c. La creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes. Numeral 2. Artículo 14. Capítulo II. De las concentraciones económicas. Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia de España.

<sup>30</sup> Las integraciones verticales se han definido como: "Integración Vertical. Describe la propiedad o control, por parte de una compañía de las diferentes etapas del proceso de producción, Vg. las refinerías de petróleo que son propietarias 'al final del proceso', de las instalaciones de almacenamiento en terminales y de las compañías minoristas que distribuyen la gasolina y, 'al comienzo del proceso', son también propietarias de los pozos de los campos de crudo y de los oleoductos de transporte. Integración 'hacia delante' se refiere a la producción para las etapas de distribución, mientras que integración 'hacia atrás' se refiere a la producción para las etapas de materias primas de las operaciones de una

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Bajo este entendido, existe claridad en cuanto a que las empresas investigadas no han perdido su individualidad en el desarrollo de su objeto social y que siguen compitiendo en sus actividades principales; de haber pensado lo contrario, la conclusión forzosa habría sido que se integraron en forma horizontal. Empero y como habrá de recordarse, lo que se estableció fue que las empresas merecedoras de sanción tomaron mancomunadamente la determinación de iniciar actividades en una fase anterior de la cadena, a través de una empresa de la cual tienen el control conjunto. Por consiguiente, el aspecto relevante no es si Superpollo Paisa, El Bucanero, Durán & Tascón Granja Santa Anita e Indupollo siguen ejerciendo sus actividades principales de manera independiente o no, pues no se olvide que la integración que les fue imputada es de carácter vertical y no horizontal.

Así las cosas, el argumento planteado, respecto a que la constitución de Agri Avícolas no constituye integración, por cuanto las empresas sancionadas siguen desarrollando su actividad principal en forma independiente, se cae de su peso pues, como ya se mencionó, la conclusión a la que llegó este Despacho fue que la integración de Agri Avícolas daba lugar a una integración vertical, fruto de la cual las empresas constituyentes intervendrían en el mercado de materia prima en forma conjunta. Luego, la falta de independencia con que actúan las empresas, debe observarse no frente a su actividad principal, sino en relación al mercado al que están ingresando y para el cual convinieron en la creación de la sociedad Agri Avícolas.

Tampoco puede ni debe pasar inadvertido que el supuesto que se investigó, no fue el de una empresa que en forma aislada constituyera a otra nueva para incursionar en un mercado anterior o posterior al suyo propio, sino el de cuatro empresas que estando en la fase productiva, crearon una empresa común para participar en un eslabón anterior de la cadena. En tal suerte, el ejemplo propuesto de la empresa lechera que decide crear una compañía dedicada a la producción de quesos, aunque válido respecto a que no constituye una integración, infortunadamente no guarda relación con los supuestos que fueron investigados.

#### 4 El control común como medio de integración

Aun cuando quedó claro que el carácter preventivo de los procesos de integración, hace necesario que se atienda al resultado que sobre el mercado pueda producirse y no al medio específico que se utilice para su consecución, consideramos que no está demás mencionar que el control común de empresas aparece desarrollado en nuestra normatividad, como mecanismo de integración. Veamos:

El artículo 4 del decreto 2153 de 1992 le ha conferido al Superintendente de Industria y Comercio la función de, "pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas".<sup>31</sup> Sin embargo el referido estatuto fue mas allá y tal vez pensando en casos como el que nos ocupa, definió el término "control" como "la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de 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." (El subrayado es nuestro).

---

*compañía. La integración vertical puede lograrse por medio de una nueva inversión y/o fusiones verticales y adquisición de las compañías existentes en diferentes etapas de producción. Un motivo importante para la integración vertical es la eficiencia y reducción de costos de transacción... "Fusión Vertical: Una fusión entre compañías que operan en diferentes etapas de producción, o sea, desde materias primas hasta productos terminados y su distribución.... Las fusiones verticales generalmente aumentan la eficiencia económica, aunque algunas veces pueden tener un efecto anticompetitivo." Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia. Banco Mundial. OCDE, 1996. Recopilado por R. S. Khemani y D. M. Shapiro.*

<sup>31</sup> Ver numeral 14 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

De ese modo, si la constitución o *iniciación* de una empresa por parte de otra no da lugar a un proceso de integración empresarial, como lo expresa la recurrente y lo acepta la Superintendencia, la inferencia que debe hacerse es que este supuesto quedó reservado para aquellos eventos en que sean varias las empresas que intervienen en el proceso de constitución.

En este orden de ideas, al iniciar las investigadas de manera conjunta la actividad empresarial de Agri Avícola Integrados S.A., en donde toman las determinaciones respecto a como será la intervención de la misma en el mercado de maíz y soya, se concluye, entonces, que las investigadas ejercen un control común sobre la empresa en que participan,<sup>32</sup> llamada empresa común.<sup>33</sup>

## 5 La empresa común frente a otras figuras

Si bien es cierto, como lo manifiesta la recurrente, que la creación de una empresa común puede dar lugar a acuerdos empresariales, ésto no quiere decir que la misma no constituya una concentración "per se". En efecto, la presencia de los criterios diferenciadores de independencia y permanencia de dicha empresa,<sup>34</sup> la caracterizan como una de las formas jurídico-económicas de concentración empresarial.

<sup>32</sup> "Existe control en común cuando los accionistas (empresas matrices) deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada (empresa en participación)." Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, con arreglo al Reglamento (CEE) No. 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentraciones entre empresas. (98/C 66/02). Puntos 18 a 39.

"A efectos de la defensa de la competencia, el concepto de control no se basa únicamente en criterios cuantitativos como los recogidos en otras normas mercantiles sino también en elementos cualitativos que deberán ser valorados en cada caso. En concreto, el control se entiende, como la posibilidad, de iure o de facto, de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, lo que dependerá de la naturaleza de la operación y, en particular, de la identidad de las partes, el momento en que se produce, los mercados afectados, las previsiones de los estatutos sociales o los pactos entre accionistas, y de factores exógenos como la regulación aplicable." ELEMENTOS ESENCIALES DEL ANALISIS DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS POR PARTE DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Primera Edición de la Escuela de Defensa de la Competencia. (31/12/2002).

<sup>33</sup> "Es una integración de las actividades entre dos o más empresas separadas en las que se cumplen las siguientes condiciones:

1. La empresa común está bajo el control conjunto de las compañías matrices que no tienen a su vez un control común; es decir que son independientes entre sí;
2. Cada matriz hace una contribución sustancial a la empresa común;
3. La empresa común existe como un negocio separado de sus matrices;
4. La empresa común crea una organización empresarial nueva, significativa en términos de capacidad productiva, nueva tecnología, un nuevo producto o la entrada en un nuevo mercado." BELLAMY, Christopher. CHILD, Graham. "Derecho de la competencia en el mercado común. Editorial Civitas, 1992. Página 251.

<sup>34</sup> "La creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no implique coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí ni de las empresas participantes constituirá una operación de concentración". BELLAMY, Christopher. CHILD, Graham. "Derecho de la competencia en el mercado común. Editorial Civitas, 1992. Página 285.

"El Reglamento es única y exclusivamente aplicable a concentraciones tal como se define en su artículo 3º. La línea divisoria entre lo que sea una concentración a los efectos del Reglamento y lo que no lo sea, radica en los conceptos de independencia y de permanencia. Ambos conceptos son cumulativos. Será una concentración cuando se trate de una operación de la que resulte una modificación permanente de las estructuras de las empresas participantes que con ello pierdan su independencia, como por ejemplo una fusión o una toma de control. También lo será la creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente. No estaremos ante una concentración en caso de una coordinación del comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes incluso si se efectúa mediante la creación de una empresa en común." (El subrayado es nuestro). BELLAMY, Christopher. CHILD, Graham. "Derecho de la competencia en el mercado común. Editorial Civitas, 1992. Páginas 572 y 573.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Las empresas comunes de producción han sido entendidas como aquellas que tienen como "... objetivo principal o último la producción en común de los bienes en cuestión, esté o no la empresa común implicada en investigación y desarrollo u otras actividades."<sup>35</sup> Considera la doctrina que "es inevitable que esta disposición se superponga en alguna medida con acuerdos (...). La cuestión de si el acuerdo crea una concentración se puede plantear en algunos casos. (...). En el mismo sentido, se ha reconocido que: "La creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no implique coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras, entre sí ni de las empresas participantes constituirá una operación de concentración".<sup>36</sup>

En esta medida podemos observar que tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Comunidad Europea, contempla la existencia de empresas comunes de producción que generen concentraciones, estableciendo expresamente que si la creación de esta empresa tiene como objeto o como efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continúan siendo independientes, no se constituirá una concentración.<sup>37</sup>

Como se ha dicho en múltiples oportunidades la empresa Agri Avícolas Integrados S.A., cumple con todos los requisitos establecidos por la legislación y la doctrina y no se encuentra inmerso en las excepciones contempladas. Por lo que no es posible considerar que la empresa, llámese común, común en producción o en participación, creada por los investigados, no haya dado lugar a una concentración empresarial.

Lo manifestado nos lleva a concluir que la empresa común o en participación, tiene lugar cuando un mismo ente es controlado de manera conjunta por dos o más empresas.<sup>38</sup> De igual manera, que dichas empresas pueden dar lugar a una amplia gama de operaciones, desde las concentraciones hasta la cooperación en aspectos concretos, como Investigación + Desarrollo, y producción o distribución.

La integración que se investiga se enmarca en los parámetros establecidos para las concentraciones, por cuanto la empresa común no se encuentra coordinando el comportamiento competitivo de las empresas fundadoras. Adicionalmente, dicha empresa opera como un negocio separado de sus matrices, de manera independiente y permanente, con una organización

<sup>35</sup> *Ibidem*, página 285.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*, página 290.

<sup>38</sup> "En la legislación española, el artículo 14 de la Ley 16 de 1989 establece que: "Se considerarán concentraciones económicas aquellas operaciones que supongan la creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o por efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.

"Por tanto, para determinar qué operaciones están sujetas al control de concentraciones, es preciso valorar tres elementos. En primer lugar, en qué medida la empresa está controlada conjuntamente, atendiendo a quién tiene la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la actividad de la empresa y cómo se instrumenta dicha posibilidad. Habrá control conjunto cuando las empresas matrices deban llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa en participación (...).ELEMENTOS ESENCIALES DEL ANALISIS DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS POR PARTE DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Primera Edición de la Escuela de Defensa de la Competencia. (31/12/2002).

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

empresarial nueva y significativa, además que ingresa a un mercado nuevo, (agricultor) y sobre ella ejercen el control conjunto sus matrices. Por lo expuesto, no es cierto, como se afirma en el recurso contra la providencia cuya legalidad se cuestiona, que las empresas comunes o en participación son consideradas como acuerdos y no como integraciones o concentraciones.

Finalmente, en cuanto a la manifestación de la apoderada de que esta Entidad cita al ente de competencia de Argentina, el cual se refiere a las relaciones verticales y no a las integraciones verticales, es preciso señalar que en la resolución recurrida se hizo referencia a que la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, en la resolución 164 de 2001, en donde se dan los lineamientos para el control de las concentraciones económicas, entre otras cosas, manifestaba en relación con las integraciones verticales, que no era necesario que las constituyentes fueran clientes unas de la otra, para que se considere que existe concentración. Y manifiesta el ente de competencia que "(...) es decir no es necesario que una sea cliente de la otra para que se considere que ellas están verticalmente relacionadas."

Para absolver cualquier duda que pueda presentarse sobre el alcance de dicha resolución, se procede a citar textualmente, el apartado de la misma, así:

*"Las operaciones de concentración pueden ser horizontales, verticales o de conglomerado. Se considera que existe una relación horizontal entre empresas cuando ellas actúan en un mismo mercado como oferentes o demandantes de bienes o servicios sustitutos. En cambio, nos encontramos frente a una relación vertical entre empresas cuando éstas actúan en distintas etapas de la producción o prestación de un mismo bien o servicio. Nótese que no es necesario que exista una relación comercial efectiva entre ambas empresas (es decir, no es necesario que una sea realmente cliente de la otra) para que se considere que ellas están verticalmente relacionadas. Finalmente, una concentración de conglomerado comprende operaciones donde las partes no están relacionadas horizontal ni verticalmente. En general, estos lineamientos se refieren a las concentraciones horizontales pero ellos son también aplicables a otros tipos de concentraciones. Se hacen consideraciones particulares al respecto en el capítulo VIII."* Subrayado nuestro

En esta medida, puede ver la recurrente, que el ente de competencia está haciendo clara referencia a integraciones o concentraciones de carácter vertical y que el término relación, no discrepa para nada del concepto de integración vertical.

## 6 El deber de información previa

Se ha podido establecer, entonces, que las empresas investigadas se hallaban sujetas al régimen de información particular contenido en la Circular Única No.10 de esta Superintendencia, pese a lo cual, no se dio cumplimiento al deber contenido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959. Se trataba, entonces, del cumplimiento de un deber legal que fue omitido.<sup>39</sup> En tal suerte, mas que una prohibición lo que entraña el artículo 4 de la Ley 155 es un mandato, cuyo aspecto negativo, la omisión, es justamente lo que se reprocha y sanciona. Ha quedado demostrado que la operación adelantada se ajustaba a los lineamientos del régimen de autorización particular y pese a ello no fue informada.

En esta misma perspectiva, tenemos que al ser el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 una norma de conducta, basta como ya se dijo con su omisión para que se entienda desconocida. No se requiere, entonces, un efecto nocivo para el mercado como consecuencia de la integración adelantada. Sería un contrasentido condicionar la infracción de la norma a la verificación de un resultado dañino

<sup>39</sup> Al respecto, ver artículo 27 del Código Contencioso Administrativo.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

cuando se trata justamente de una norma de carácter preventivo, que busca evitar a toda costa un impacto negativo sobre la dinámica y el buen comportamiento del mercado. Por tal motivo, no es necesario, se reitera una vez mas, entrar a demostrar que como consecuencia de la operación realizada se produjo algún efecto indebido sobre el mercado,<sup>40</sup> pues ya la infracción ocurrió desde el instante mismo en que se materializó la operación sin el previo aviso a esta Entidad. En todo caso y para claridad de la recurrente, se hace énfasis en que de llegarse a demostrar que la operación conllevaba una indebida restricción a la competencia, la multa respectiva tendría que ir aparejada de la respectiva orden de deshacer la operación realizada.<sup>41</sup> Bajo esta línea de análisis, el argumento de la recurrente resulta totalmente inane.

## **7 Metodología de análisis del precepto normativo contenido en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959**

Las diversas metodologías del análisis normativo, ofrecen una serie de posibilidades de interpretación que pueden ir de lo general a lo particular, o de lo particular a lo general. Siendo lo más relevante, que se haga un análisis íntegro de los elementos de la norma, bien sea a través del método inductivo o del deductivo.

Como se puede observar, en el método utilizado por esta Superintendencia, para analizar el artículo 4°, se tienen en cuenta cada uno de los elementos o supuestos contenidos en éste, clasificándolos en subjetivo, objetivo y cronológico. Esto ha permitido que la Entidad, determine ordenadamente si en la investigación que se adelanta se han cumplido cada uno de ellos, para luego analizarlos en contexto y llegar a una conclusión lógica y ajustada a derecho, respecto de si hubo integración o no.

Tal metodología no va en contra de las reglas del análisis normativo, y es perfectamente útil para los intereses de la Entidad. Por tanto, este Despacho no comparte las opiniones de la recurrente sobre este punto y contenidos en el Capítulo II de su escrito.

## **8 Frente a las cadenas productivas**

<sup>40</sup> Sin embargo, a continuación se procede a hacer una breve enumeración de algunos de los posibles efectos restrictivos en el mercado de la producción y comercialización de maíz y soya, que tendrían que evaluarse en el estudio de la operación respectiva.

- Determinación del mercado geográfico, que puede ser obtenido a través de las zonas climáticas aptas para el cultivo en el territorio nacional o a través de los costos de transporte hacia los centros de consumo.
- Concentración de las áreas aptas para el cultivo de maíz y soya, en el territorio nacional, por parte de la empresa creada, lo que conllevaría a una fuerte barrera a la entrada.
- Desplazamiento de productores de maíz y soya, dado por la incursión en este mercado de la empresa creada.
- Dado que el maíz y la soya son insumos indispensables en la elaboración de alimentos balanceados para animales, se evaluaría el poder de mercado de Agri Avícolas para fijar precios y demás condiciones comerciales, tanto a sus constituyentes como a los demás productores y consumidores de alimentos concentrados para animales. Se busca establecer si la integración realizada les confiere a los constituyentes la posibilidad de ejercitar comportamientos exclusorios sobre sus actuales o potenciales competidores.<sup>40</sup>
- Dado que los constituyentes de Agri Avícolas son consumidores directos o indirectos de maíz y soya, se evaluarían las ventajas potenciales de éstos frente a sus competidores, que también son consumidores de dichos productos.
- Así mismo, de acuerdo a la participación de la empresa creada, se evaluaría su poder de negociación con sus proveedores de materias primas (semillas, agroquímicos, etc.).

<sup>41</sup> El artículo 11 del Decreto 1302 de 1964 establece: "Las autorizaciones que el Director Ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica confiera para la fusión, consolidación o integración de empresas industriales o comerciales podrán ser suspendidas temporalmente y aún revocadas por el mismo funcionario, de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano, cuando se comprueba que la nueva organización jurídico - económica ha incurrido en violación de las normas consagradas por la Ley 155 de 1959."

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Esta Entidad no es ajena a las políticas gubernamentales de fortalecimiento de los sectores agroindustriales de este país, con la finalidad de mejorar la calidad de la producción de materias primas, la reducción de costos y el fortalecimiento de los sectores productivos nacionales.

Varios actores del Gobierno Nacional y del sector privado han expresado la necesidad de que las empresas vinculadas al sector avícola realicen inversiones en el sector agrícola, en aras de que la producción nacional de maíz y soya se fortalezca y tecnifique, pudiendo lograr, en el mediano y largo plazo, ser más competitivos y menos dependientes de la importación de estos insumos,<sup>42</sup> ya que la producción nacional de maíz amarillo no satisface la demanda de la industria de concentrados.<sup>43</sup>

Esta situación llevó al Gobierno Nacional a formular el gran acuerdo de competitividad y la cadena de producción de maíz amarillo, yuca, soya, alimentos balanceados, avicultura y porcicultura, la cual actuando bajo el enfoque de cadena y con criterio de integración, reúne a todos los actores y los convoca a trabajar conjuntamente en todos los problemas, dada la producción en finca hasta el consumo final de huevo o pollo, para hacer más competitiva y sobresaliente la producción nacional. La materialización de este gran acuerdo tuvo lugar el día 29 de mayo de 2000 cuando se expide el documento CONPES 3076 y desde ese momento toma la forma de política nacional sectorial.<sup>44</sup>

Es por lo anterior que esta Superintendencia, al comprender la importancia de estos procesos de fortalecimiento económico, aclare que no encuentra ninguna conducta reprochable en que se adelanten y desarrollen dichas cadenas productivas a través de integraciones verticales. Sin embargo, debe ponerse de presente que ni siquiera un propósito tan bien encaminado puede soslayar el cumplimiento a las normas sobre promoción de la competencia, en concreto al artículo 4 de la Ley 155 de 1959, que por ser de orden público resultan de obligatorio cumplimiento.

Valga enfatizar que lo que se reprocha y sanciona no es la iniciativa de fortalecerse en sectores tan importantes como el mencionado, sino hacerlo desconociendo el deber de información previa a que tantas veces nos hemos referido en el presente escrito.

## 9 Proporcionalidad de la sanción

La vulneración del derecho a la libre competencia consagrado en el artículo 333 de la Carta Política a través de la realización de una conducta contraria a las normas sobre promoción de la competencia, conlleva a que el Estado, quien tiene a su cargo la dirección general de la economía, deba reprimir este tipo de comportamientos.

Al respecto, ha expresado la Corte Constitucional que "(...) *En particular, la administración ejerce una potestad sancionadora propia, la cual constituye una importantísima manifestación de poder jurídico que es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines. Se trata de una potestad que se ejercita a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que no obstante ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de*

<sup>42</sup> [www.agrocadenas.gov.co/balanceados/documentos/acuerdo\\_regional\\_balanceados.pdf](http://www.agrocadenas.gov.co/balanceados/documentos/acuerdo_regional_balanceados.pdf)

<sup>43</sup> Colombia produce aproximadamente tres millones de toneladas de alimentos balanceados para lo cual necesita importar 1.9 millones de toneladas de maíz amarillo equivalentes a 1.200 millones de dólares esto debido a que la producción nacional apenas llega a las 1'010.000 toneladas. Por otra parte, es bueno recordar las tasa de crecimiento de los alimentos balanceados que fue del orden del 7.8% mientras la industria avícola creció 2.59% frente al primer trimestre del 2000 para el agregado de huevo y pollo. Por rubros, el huevo creció 6.37% y el pollo 1.73%.

<sup>44</sup> ACUERDO REGIONAL DE COMPETITIVIDAD DE LA CADENA AVICOLA PORCICOLA. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Programa de Oferta Agropecuaria. Cadena Agroindustrial Maíz Amarillo, Soya, Yuca Industria, Alimentos Balanceados, Avicultura y Porcicultura. Octubre de 2001.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

*prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente.*<sup>45</sup>

En este preciso contexto se tiene, entonces, que el Decreto 2153 de 1992 invistió al Superintendente de Industria y Comercio de potestad sancionadora en relación con las conductas contrarias a la libre competencia.<sup>46</sup>

En el caso *sub examine*, ha quedado demostrado que entre las empresas Superpollo Paisa, El Bucanero, Indupollo y Granjas Santa Anita, tuvo lugar un proceso de integración empresarial en los términos ya señalados y que pese a estar dentro de los presupuestos establecidos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, las referidas empresas materializaron la operación en desconocimiento del deber de información previa que consagra la norma.

No obstante y atendiendo los lineamientos previstos en el artículo 59 de Código Contencioso Administrativo, conforme al cual las decisiones en la vía gubernativa deberán resolver todas las cuestiones que se hayan planteado y las que aparezcan con motivo del recurso, esta Entidad, a pesar de que no fue solicitado por los apoderados, decide reconsiderar el valor de las multas impuestas en la Resolución 8315 de 2003. Lo anterior atendiendo, entre otras circunstancias, al tipo de integración que se realizó, que por ser de carácter vertical lleva implícito un menor riesgo de afectación para el mercado.<sup>47</sup> Igualmente y dado que la creación de Agri Avícolas tuvo lugar en el segundo semestre de 2001, es de asumirse que cualquier beneficio económico para las empresas sancionadas que hubiera podido derivarse de su creación, con un correlativo detrimento para el mercado, sería poco representativo dada su corta duración. Finalmente, considera este Despacho que la complejidad misma de la operación frente a si debía o no informarse, nos lleva a suponer que la omisión en este deber pudo estar soportada en motivos diferentes a la mala fe o al ánimo de obtener un provecho indebido a costa del mercado; todo lo cual permite reconsiderar el monto de las multas impuestas.

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho,

#### RESUELVE:

**ARTICULO PRIMERO:** Confirmar los artículos 1º y 2º de la resolución 8315 de 2003.

**ARTICULO SEGUNDO:** Modificar el artículo 3º de la resolución 8315 de 2003, el cual quedará así:  
**“ARTÍCULO TERCERO:** Imponer una sanción pecuniaria por la suma de ocho millones de pesos (\$8'000.000.00) a la sociedad Superpollo Paisa S.A., una sanción pecuniaria por la suma de ocho millones de pesos (\$8'000.000.00) a la sociedad Indupollo S.A., una sanción pecuniaria por la suma

<sup>45</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 597 de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>46</sup> De acuerdo con el artículo 44 del Decreto 2153 de 1992, “La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en el Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.” En este sentido, los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, facultan expresamente al Superintendente de Industria y Comercio para sancionar a las personas que infrinjan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

<sup>47</sup> Lo que la operación empírica demuestra es que las integraciones verticales tienen menor probabilidad de afectar el mercado que las integraciones de tipo horizontal, como quiera que aquellas tienen como uno de sus principales objetivos aumentar eficiencias, reducir costos, la búsqueda de sinergias, entre otros.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

de ocho millones de pesos (\$8'000.000.00) a la sociedad Pollos El Bucanero S.A. y a la sociedad Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S.C.A. una sanción pecuniaria por la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000.00).

**PARÁGRAFO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00024-9 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

**ARTÍCULO TERCERO:** Modificar el artículo cuarto de la resolución 8315 de 2003 el cual quedará así: "ARTICULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) al señor Mario Muñoz Gómez, una sanción pecuniaria por la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) al señor Luis Arturo Díaz, una sanción pecuniaria por la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) al señor Néstor Cortes Cardona, en su calidad de representantes legales de de las sociedades Superpollo Paisa S.A., Indupollo S.A. y Pollos El Bucanero S.A., respectivamente, y una sanción pecuniaria de seiscientos mil pesos (\$600.000.00) al señor Luis Fernando Tascón, en su calidad de representante legal de la sociedad Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S.C.A."

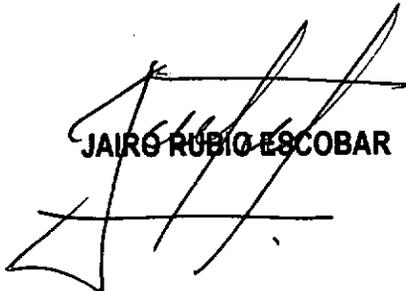
**PARÁGRAFO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00024-9 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

**ARTICULO TERCERO:** Notifíquese personalmente a José Antonio Ortiz Martínez, en su calidad de apoderado de Indupollo S.A., Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía S.C.A. y Pollos el Bucanero S.A., y de Luis Fernando Tascón, Luis Arturo Díaz y Néstor Cortés Cardona y a María Clara Lozano en su calidad de apoderada de Superpollo Paisa S.A. y de su representante legal Mario Muñoz Gómez del contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra ésta no procede recurso alguno.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los 06 JUN. 2003

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

  
JAIRÓ RUBIO ESCOBAR

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

**Notificación:**

Doctor

**JOSE ANTONIO ORTIZ MARTINEZ**

Apoderado

C.C.: 19.397.426

INDUPOLLO S.A.

DURAN Y TASCÓN GRANJA SANTA ANITA Y CIA S.C.A.

POLLOS EL BUCANERO S.A.

LUIS FERNANDO TASCÓN

LUIS ARTURO DIAZ

NESTOR CORTÉS CARDONA

Carrera 30 No 4 A - 49

Ciudad

Doctora

**MARIA CLARA LOZANO**

Apoderada

C.C.: 51.875.335 de Bogotá

SUPERPOLLO PAISA S.A.

MARIO MUÑOZ GÓMEZ

Carrera 13 A No 89 - 53, oficina 502

Ciudad