



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2015

- 20650

Radicación: 12- 52481

27 ABR 2015

VERSIÓN PÚBLICA

Por la cual se ordena el cierre de una investigación por presunta integración empresarial no informada

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas
en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 61451 del 24 de octubre de 2013, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante, el Delegado) abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **INVERSIONES PRODESA S.A.S.** (en adelante, **INVERSIONES PRODESA**), **PRODESA S.A.S.** (en adelante **PRODESA**) y **CONMIL S.A.S.** (en adelante, **CONMIL**), por la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, que establece la obligación de informar o notificar las integraciones empresariales que cumplan con los requisitos establecidos en dicha norma.

De igual manera, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **JUAN ANTONIO PARDO SOTO**, por la presunta configuración de la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SEGUNDO: Que la Resolución de Apertura de Investigación² fundamentó las imputaciones anteriormente señaladas en los siguientes hechos:

- La constitución de la empresa **INVERSIONES PRODESA** mediante documento privado de fecha 11 de abril de 2011.

¹ Decreto 4886 de 2011. "Artículo 1. Funciones Generales. (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

11. Pronunciarse en los términos de la ley, sobre los proyectos de integración o concentración cualquiera que sea el sector económico en el que se desarrollen, sean estos por intermedio de fusión, consolidación, adquisición del control de empresas o cualquier otra forma jurídica de la operación proyectada.

(...)"

² Resolución de Apertura que reposa a folios 224 a 239 del Cuaderno Público No. 2.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 0 6 5 0 DE 2015 Hoja N°. 2

“Por la cual se ordena el cierre y archivo una investigación”

VERSIÓN PÚBLICA

- La adquisición del control por parte de **INVERSIONES PRODESA** sobre **PRODESA** el 11 de abril de 2011.
- La adquisición del control por parte de **INVERSIONES PRODESA** sobre **CONMIL** el 28 de abril de 2011.

Conforme a lo establecido en la Resolución de apertura y a las pruebas obrantes en el expediente las principales actividades económicas de las intervinientes son:

- **INVERSIONES PRODESA:** la inversión en empresas y sociedades dedicadas a la gestión, planeación, administración, desarrollo, ejecución, control y compraventa de proyectos inmobiliarios y el arrendamiento o explotación económica a cualquier otro título, de inmuebles de su propiedad.
- **PRODESA:** la prestación de servicios de asesoría profesional en el campo del diseño, promoción, construcción, gerencia y mercadeo, por cuenta de terceros, de proyectos inmobiliarios destinados a vivienda, comercio, servicios industriales o cualquier otro ramo de la actividad profesional, pudiendo celebrar para el efecto toda clase de contratos, asociaciones, uniones, aportes, etc.
- **CONMIL:** la gestión, planeación, administración, desarrollo, ejecución, control y compraventa de proyectos inmobiliarios, el arrendamiento o explotación económica a cualquier otro título de inmuebles de su propiedad, incluidos los construidos y/o edificados por la sociedad.

La Resolución de apertura de investigación estableció que si bien cada una de las sociedades intervinientes desarrollaba actividades diferentes, se encontraban ubicadas en la misma cadena de valor, identificada como “construcción de edificaciones para uso residencial”. De esta forma, la SIC verificó que con las adquisiciones de control de **INVERSIONES PRODESA** sobre **PRODESA** y **CONMIL** se verificó una integración vertical. Adicionalmente, la Entidad estableció que las empresas contaban con los ingresos operacionales y activos totales descritos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y desarrollados por la SIC, para que surgiera la obligación de informar la integración. También comprobó la SIC que, a pesar de cumplirse los requisitos para informar la operación la misma no fue puesta en conocimiento de la SIC antes de su concreción.

En resumen, la SIC encontró que:

- Los supuestos subjetivo y objetivo para informar una integración empresarial en Colombia se verificaban en las operaciones entre **INVERSIONES PRODESA**, **PRODESA** y **CONMIL**, reportadas por la Cámara de Comercio de Bogotá a la Superintendencia de Industria y Comercio.
- El mercado presuntamente afectado correspondía al mercado de construcción de edificaciones para uso residencial en Bogotá y municipios aledaños.
- La operación de control se formalizó y puso en marcha sin que se informara previamente a esta Entidad, incumpliendo el mandato del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

RESOLUCIÓN NÚMERO 20650 DE 2015 Hoja N°. 3

"Por la cual se ordena el cierre y archivo una investigación"

VERSIÓN PÚBLICA

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura a las intervinientes, y dentro del término para solicitar y aportar pruebas, los investigados presentaron sus argumentos, y solicitaron y aportaron las pruebas que pretendían hacer valer frente a los cargos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación No. 61451 del 24 de octubre de 2013.

CUARTO: Que mediante Resolución No. 86550 del 26 de diciembre de 2013³, y conforme lo dispone el procedimiento señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁴, el Delegado ordenó la práctica de las pruebas decretadas de oficio y aquellas solicitadas por los investigados.

QUINTO: Que una vez culminado el periodo probatorio, y conforme al procedimiento señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 19 de 2012 (Decreto Antitrámites), el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, citó a los investigados el día 9 de julio de 2014, a fin de que presentaran, de manera verbal, los argumentos que pretendieran hacer valer respecto de la investigación.

SEXTO: Que el 23 de octubre de 2014, el Delegado presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción. En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del mencionado Informe a los investigados.

A continuación se resumen los principales aspectos reseñados por la Delegatura en el Informe Motivado:

En primer lugar, la Delegatura se refirió a: (i) los conceptos de control corporativo y control desde el derecho de la competencia (numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992); y (ii) el deber de información y notificación (artículo 9 de la Ley 1340 de 2009). Lo anterior, con el fin de determinar si el cumplimiento de dicho deber es aplicable en los casos en que se constata un control desde el punto de vista de la competencia.

Respecto de los conceptos de control corporativo y control desde el derecho de la competencia, la Delegatura indicó que

" (...) es indiscutible que dentro del ordenamiento jurídico colombiano existen dos tipos de control: el control corporativo de que tratan los artículos 260 y 261 de Código de Comercio y el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 el cual, presenta como elemento característico el que el poder de decisión de una sociedad se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas naturales o jurídicas, las cuales serán su matriz o controlantes y/o exista entre ellas unidad de propósito y dirección y; el control desde el derecho de la competencia establecido en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 que, como quedó visto, implica una "influencia material" por parte de una empresa o persona natural o dos o más empresas o personas naturales a otra sociedad o empresa con el fin de definir su política competitiva dentro del mercado (...)"⁵.

³ Folios 1148 a 1159 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

⁴ Procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley Anti -trámites No. 19 de 2012.

⁵ Informe motivado, pp. 26 y 27.

Adicionalmente, señaló que el cumplimiento del deber previo de información y notificación, establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, no es aplicable en los casos en los que se haya verificado un control desde el punto de vista de la competencia por parte de una de las intervinientes. Esta afirmación, como se verá, no es del todo cierta –por lo cual no será acogida por el Despacho-, ya que los cambios de control negativo a control positivo desde el punto de vista del derecho de la competencia sí deben ser informados a la autoridad, como estableció esta Entidad en la Resolución 32184 de 2014.

En cuanto al deber de informar la operación proyectada, se concluyó en el Informe Motivado que:

“(...) el deber de los intervinientes de informar a la autoridad de la competencia de las operaciones empresariales de integración proyectadas busca, en últimas, evitar que se incurra en comportamientos abusivos que afecten la competencia. Por ello, esta Superintendencia tiene funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado a su vez que imponer sanciones cuando quiera que, se realicen actos que atenten contra la libre competencia y, específicamente, cuando los intervinientes en operaciones de fusión, consolidación, adquisición del control o integración desconozcan el deber de informar dichas transacciones a la SIC con el fin de que la misma efectúe un control ex ante y de suyo autorice a niegue la operación proyectada”⁶.

A continuación, la Delegatura se refirió específicamente al deber de notificación de las operaciones de integración que no superan el 20% del mercado relevante. Sobre este punto, concluyó que las operaciones entre empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor y cuenten con activos e ingresos operacionales superiores al monto establecido por la SIC, pero que en conjunto tengan menos del 20% del mercado, deben ser notificadas *ex ante* a esta Superintendencia.

Por último, hizo referencia a la facultad sancionatoria de la Superintendencia por el incumplimiento del deber de información previa, y concluyó que dicho incumplimiento implica la efectiva violación de las normas de promoción de la competencia. Asimismo, señaló que la Entidad cuenta con plenas facultades para imponer sanciones a las empresas que incumplen con dicho deber.

Analizó la operación realizada entre **PRODESA** y **CONMIL** e indicó que el 11 de abril de 2011 **PRODESA** traspasó todas sus acciones a **INVERSIONES PRODESA** y, posteriormente, el 28 de abril del mismo año, **CONMIL**, traspasó todas sus acciones a **INVERSIONES PRODESA**.

En segundo lugar, la Delegatura presentó un análisis de la naturaleza societaria de cada una de las empresas intervinientes y especificó la actividad económica que cada una realizaba.

En tercer lugar, indicó que el mercado en el que participaban las empresas investigadas correspondía al mercado de “*construcción de edificaciones completas y de partes de edificaciones*”, específicamente en el subsector “*para uso residencial*” en Bogotá D.C. y

⁶ Informe Motivado, p. 29.

Cundinamarca. Agregó que las intervinientes pertenecían a la misma cadena de valor en la medida en que dentro del subsector de construcción de edificaciones para uso residencial, cada una se había especializado en actividades diferentes que pretendían desarrollar un producto final. Concluyó, con base en la información recaudada en el curso de la investigación, que para la época en que se presentaron los hechos objeto de la presente investigación, es decir para la época en que se presentó ante la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de inscripción de la situación de control, las intervinientes contaban con una cuota de participación en el mercado inferior al 20%.

En cuarto lugar, la Delegatura llevo a cabo el análisis de la conducta anticompetitiva investigada, es decir el presunto incumplimiento del deber de informar ex – ante las operaciones de integración jurídico-económicas. Para ello, analizó la situación de **PRODESA, CONMIL e INVERSIONES PRODESA** a la luz de los postulados sobre control en el derecho de la competencia.

El Informe Motivado presentó una exposición sobre el mandato del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, en el cual se encuentra establecido el deber previo de informar o notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio, según el caso, las integraciones empresariales que se pretenden llevar a cabo, y los presupuestos que dichas operaciones deben cumplir para ser informadas ante esta Entidad.

Indicó que a la Superintendencia de Industria y Comercio le corresponde verificar el cumplimiento de los presupuestos de control ex – ante de integraciones establecidos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, para determinar si existe o no el deber de informar la operación.

Afirmó que la obligación de informar o notificar ex – ante una operación de integración empresarial se constituye en un mandato legal para los particulares, quienes deben solicitar a esta Entidad que dé inicio a un procedimiento administrativo que culmine con el pronunciamiento de la Autoridad (en el caso de las pre-evaluaciones) o un acuse de recibo (en el caso de las notificaciones).

Señaló que para que exista la obligación de informar una operación de integración a la SIC deben concurrir tres supuestos: (i) subjetivo, (ii) objetivo, y (iii) cronológico.

Ahora bien, en lo referente a la situación de **PRODESA, CONMIL e INVERSIONES PRODESA**, a la luz de los postulados sobre el control desde el derecho de la competencia, la Delegatura comprobó que entre **PRODESA y CONMIL** existe y existió, desde su creación, unidad de propósito y dirección y, más importante aún, un control común desde el punto de vista del derecho societario y el derecho de la competencia. Así mismo, comprobaron que la creación de **INVERSIONES PRODESA** la llevaron a cabo **PRODESA y CONMIL**, por lo cual dicha operación fue ejecutada entre empresas que operaban bajo un control común societario y desde el punto de vista del derecho de la competencia.

Por lo anterior, la Delegatura concluyó que la operación realizada entre **PRODESA, CONMIL e INVERSIONES PRODESA** no constituyó una operación de integración empresarial, en la medida en que las empresas ya estaban sometidas a un control común desde el punto de vista societario y del derecho de la competencia. De esta forma, no existía deber de informar o notificar la operación ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por último, la Delegatura realizó el análisis de responsabilidad del representante legal de las empresas investigadas, concluyendo que como quiera que la operación proyectada entre las intervinientes no constituyó una operación de integración empresarial, y en consecuencia no se infringió el deber de información previa ante la autoridad, no se deriva ningún tipo de responsabilidad del representante legal.

Con base en las anteriores consideraciones, la Delegatura recomendó no sancionar a las personas jurídicas investigadas **CONMIL**, **PRODESA**, **INVERSIONES PRODESA**, ni a **JUAN ANTONIO PARDO SOTO**, vinculado como persona natural.

SÉPTIMO: Dentro del término señalado por la Delegatura al correr traslado del Informe Motivado, **PRODESA**, **CONMIL** y **JUAN ANTONIO PARDO**, mediante escrito radicado con el No. 12 052481 del 26 de noviembre de 2014, presentaron sus observaciones a dicho informe.

7.1. De las intervinientes **PRODESA** y **CONMIL**

A continuación se presentan los argumentos y consideraciones con los cuales, **PRODESA**, **CONMIL**, y **JUAN ANTONIO PARDO SOTO**, Representante Legal de ambas sociedades, manifestaron que comparten la conclusión presentada en el Informe Motivado y solicitaron el cierre de la investigación.

7.1.1. No violación del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009

En criterio de los investigados, la conducta investigada no constituyó una integración empresarial, toda vez que desde la constitución de **CONMIL** las sociedades investigadas han operado bajo el mismo direccionamiento, pues **PRODESA** ha controlado y controla el direccionamiento de **CONMIL**.

Adicionalmente, señalaron que desde el *“nacimiento de la persona jurídica CONMIL ha existido unidad de propósito y dirección con la sociedad PRODESA, pues las actividades de CONMIL persiguen la consecución del objetivo determinado por PRODESA”*⁷.

Los investigados indicaron que la unidad de propósito y direccionamiento, y la influencia material que **PRODESA** ejerce sobre **CONMIL** se manifiesta en que:

- Desde la constitución de **CONMIL**, en junio de 1993, por acuerdo de los accionistas de **PRODESA** con los futuros accionistas de **CONMIL**, ésta última ha tenido una absoluta dependencia de **PRODESA**.
- Históricamente y desde la constitución de **CONMIL**, el representante legal principal de dicha sociedad ha sido **JUAN ANTONIO PARDO SOTO**, quien a su vez también ha sido el representante legal principal de **PRODESA**.
- **CONMIL** no tiene empleados que desarrollen de manera autónoma las actividades propias de la empresa. Todas las actividades de **CONMIL** se realizan por intermedio de **PRODESA** y sus empleados. La actividad de **CONMIL** se limita básicamente al pago de las erogaciones económicas necesarias para el desarrollo de proyectos

⁷ Observaciones al Informe Motivado, Cuaderno Público 12, folios 2130 y ss.

inmobiliarios, dentro de los cuales **PRODESA** realiza la gerencia, planeación, construcción, presupuesto y control de costos, programación y control, administración de ventas y recaudos de los referidos proyectos.

- Todos sus representantes legales son o han sido representantes de **PRODESA**, y son o han sido, empleados de **PRODESA**.
- Algunos miembros de junta, mientras dicha figura estuvo establecida en los estatutos de la sociedad, fueron también miembros de la Junta Directiva de **PRODESA**, y son o eran empleados de **PRODESA**.
- Las instalaciones físicas donde ha funcionado y funciona **CONMIL** son las instalaciones de **PRODESA**.
- Los equipos y muebles de oficina, así como los computadores, el software, y demás elementos necesarios para desarrollar la actividad de **CONMIL**, han sido siempre de propiedad de **PRODESA**.
- Todas las marcas, logos y enseñas utilizados en la comercialización de los proyectos de vivienda construidos por orden de **CONMIL** son de propiedad de **PRODESA**.
- Algunos de los revisores fiscales de **CONMIL** han sido también revisores fiscales de **PRODESA**.
- Absolutamente todos los proyectos inmobiliarios que ha desarrollado **CONMIL** los ha hecho con la participación de **PRODESA**, quien participa como gerente y promotor de ventas. Como consecuencia de lo anterior, en todos los contratos de fiducia inmobiliaria suscritos para el desarrollo de los proyectos inmobiliarios que ha desarrollado **CONMIL**, se encuentra presente **CONMIL** como fideicomitente constructor y **PRODESA** como fideicomitente promotor.

7.1.2. Responsabilidad de los representantes legales

En este punto los investigados afirmaron que, toda vez que quedó demostrado que las sociedades investigadas no incurrieron en violación de lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Ley 1340 de 2009, no puede endilgarse a **JUAN ANTONIO PARDO SOTO** responsabilidad de ninguna clase por el presunto incumplimiento del deber de información previa.

Adicionalmente, indicaron que **JUAN ANTONIO PARDO SOTO**, ni por acción ni por omisión, ha colaborado, facilitado, autorizado, permitido o tolerado la violación de la norma que se considera presuntamente transgredida en la Resolución de Apertura.

7.2. De la interviniente INVERSIONES PRODESA

Respecto de **INVERSIONES PRODESA**, vencido el término señalado en el oficio de traslado, no presentó observación alguna frente al Informe Motivado.

OCTAVO: CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Conforme a lo dispuesto en el artículo 155 del Decreto Ley No. 19 de 2012 (por el cual se modificó el procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas), *"[s]i la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado."*

Una vez analizado el Informe Motivado, este Despacho acoge el razonamiento en él contenido y sus conclusiones, tal y como se explicará sumariamente a continuación. No obstante lo anterior, y para efectos doctrinarios, el Despacho se apartará de la afirmación de la Delegatura según la cual en todos los casos en que existe control competitivo por parte de una empresa a otra no será necesario informar a la SIC las operaciones que se realicen entre dichas empresas. Lo anterior teniendo en cuenta que mediante Resolución 32184 de 2014 este Despacho señaló que los cambios de control negativo a control positivo desde el punto de vista del derecho de la competencia sí deben ser informados a la Autoridad de competencia. Esta modificación en la posición de la Delegatura no altera las conclusiones manifestadas en el Informe Motivado, ni la posición de la SIC frente al caso.

De igual forma, este Despacho se apartará de la conclusión a la que llegó la Delegatura respecto a la existencia de un grupo empresarial entre las empresas intervinientes, concepto que no es relevante para las conclusiones en el presente caso, ya que lo que importa es la existencia previa de un control común tanto corporativo como desde el punto de vista del derecho de la competencia, sin entrar a calificar si dicho control da lugar o no a un grupo empresarial en los términos de la ley societaria.

8.1. Razones por las cuales el Despacho acoge la posición del Informe Motivado

En el presente caso está demostrado que **PRODESA** y **CONMIL**, que conjuntamente crearon **INVERSIONES PRODESA**, respondían a un direccionamiento común (societario y económico) con anterioridad a la operación que dio lugar a la presente investigación. Así, como **PRODESA** y **CONMIL** respondían a un mismo direccionamiento económico, cualquier operación entre ellas, incluyendo la creación de una empresa común, no debía ser informada.

Tal y como muestra la tabla a continuación, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente⁸, las empresas intervinientes tenían accionistas comunes y un direccionamiento común, por lo cual ya estaban integradas previamente.

⁸ Información por las investigadas, obrante a: folio 56 del Cuaderno Reservado No. 1, 1390 del Cuaderno Público No. 7, y 1206 del Cuaderno Público No. 6.

Tabla 1
Composición accionaria de INVERSIONES PRODESA, CONMIL Y PRODESA antes de abril 11 de 2011

Fuente: Información por las investigadas, obrante a: folio 56 del Cuaderno Reservado No. 1, 1390 del Cuaderno Público No. 7, y 1206 del Cuaderno Público No. 6.

La tabla anterior muestra cómo la composición accionaria de **PRODESA** y **CONMIL** era prácticamente la misma, lo cual muestra una identidad de control económico entre ellas.

Por otra parte, el manejo societario real, que se daba a las empresas deja clara la existencia de un control común entre ellas, lo cual se demuestra con los siguientes hechos reseñados por la Delegatura:

- Desde la constitución de **CONMIL**, en junio de 1993, por acuerdo de los accionistas de **PRODESA** con los futuros accionistas de **CONMIL**, ésta última ha tenido una absoluta dependencia de **PRODESA**.
- Históricamente y desde la constitución de **CONMIL**, el representante legal principal de dicha sociedad ha sido **JUAN ANTONIO PARDO SOTO**, quien a su vez también ha sido el representante legal principal de **PRODESA**.
- **CONMIL** no tiene empleados que desarrollen de manera autónoma las actividades propias de la empresa. Todas las actividades de **CONMIL** se realizan por intermedio de **PRODESA** y sus empleados. La actividad de **CONMIL** se limita básicamente al pago de las erogaciones económicas necesarias para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, dentro de los cuales **PRODESA** realiza la gerencia, planeación, construcción, presupuesto y control de costos, programación y control, administración de ventas y recaudos de los referidos proyectos.
- Todos sus representantes legales son o han sido representantes de **PRODESA**, y son o han sido, empleados de **PRODESA**.
- Algunos miembros de junta, mientras dicha figura estuvo establecida en los estatutos de la sociedad, fueron también miembros de la Junta Directiva de **PRODESA**, y son o eran empleados de **PRODESA**.
- Las instalaciones físicas donde ha funcionado y funciona **CONMIL** son las instalaciones de **PRODESA**.
- Los equipos y muebles de oficina, así como los computadores, el software, y demás elementos necesarios para desarrollar la actividad de **CONMIL**, han sido siempre de propiedad de **PRODESA**.
- Todas las marcas, logos y enseñas utilizados en la comercialización de los proyectos de vivienda construidos por orden de **CONMIL** son de propiedad de **PRODESA**.
- Algunos de los revisores fiscales de **CONMIL** han sido también revisores fiscales de **PRODESA**.
- Absolutamente todos los proyectos inmobiliarios que ha desarrollado **CONMIL** los ha hecho con la participación de **PRODESA**, quien participa como gerente y promotor de ventas. Como consecuencia de lo anterior, en todos los contratos de fiducia inmobiliaria suscritos para el desarrollo de los proyectos inmobiliarios que ha desarrollado **CONMIL**, se encuentra presente **CONMIL** como fideicomitente constructor y **PRODESA** como fideicomitente promotor.

De esta forma, es claro para el Despacho que las sociedades involucradas respondían a un control común desde el punto de vista societario y competitivo, por lo cual no era necesario

que la operación que realizaron fuera notificada o informada a la SIC, ya que las empresas constituían un solo agente para efectos económicos. Así, no pudo existir infracción alguna a un deber por parte de las investigadas, en la medida en que por la situación en la que se encontraban las sociedades no había lugar a su cumplimiento. De igual forma, al no encontrarse responsable de la infracción a las empresas investigadas, tampoco podía afirmarse que **JUAN ANTONIO PARDO SOTO** actuó como facilitador de una conducta anticompetitiva en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

8.2. Aclaración sobre la doctrina de control expuesta por la Delegatura

No obstante lo anterior, y para efectos de dejar clara la doctrina de la SIC frente al control competitivo, este Despacho se aparta de la afirmación de la Delegatura, conforme a la cual *"el consecuente deber de información (pre-evaluación) y/o notificación en cumplimiento del deber legal establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, no es aplicable en los casos en los que se haya verificado un control desde el punto de vista de la competencia (numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992) por parte de una de las intervinientes sobre la otra participante en la operación proyectada, comoquiera que al existir una relación de control entre ellas no es posible predicar una integración empresarial entre las mismas."*

Este Despacho se aparta parcialmente de esta afirmación en la medida en que, como se afirmó en pasadas Resoluciones, los cambios de control negativo a control positivo sí deben ser informados a la Autoridad.

Dijo la SIC en su momento:

"Frente a esta afirmación, y contrario a lo que afirma la EEB, este Despacho considera que el cambio de control negativo a control positivo supone un cambio sustancial en la forma como se estructura el control y afecta considerablemente los incentivos económicos del accionista controlante. La estructura del control cambia porque mientras que en el control negativo el accionista tiene la posibilidad material de bloquear algunas decisiones que afecten el desempeño competitivo de la empresa, en el control positivo el mismo accionista tiene no solamente la capacidad de bloquear dichas decisiones, sino de adoptar la gran mayoría de las decisiones de la empresa y, por consiguiente, ejercer una influencia dominante sobre ella. El cambio de la naturaleza del control es evidente: mientras que en un escenario de control negativo el accionista solo podía impedir que se tomaran ciertas decisiones, en un escenario de control positivo puede adoptar individualmente todas las decisiones de la empresa sujetas a mayorías absolutas, las cuales en la mayoría de los casos le permiten al accionista hacerse con el control operativo de la empresa. Así, el cambio de control negativo a positivo puede otorgarle al accionista la posibilidad de dirigir la operación de la empresa, mientras que cuando detentaba el control negativo solo podía bloquear algunas decisiones, ahora puede tomar de forma individual la mayoría de ellas y dominar el día a día de la operación de la empresa.

Ahora bien, los meros cambios en los niveles de participaciones de los accionistas que gozaban de control negativo, sin que se produzcan cambios en el tipo de control conforme a lo descrito en la Imagen No. 1 de esta Resolución, no constituyen un cambio en el tipo de control y, por lo tanto, no suponen un adquisición de control sujeta al deber de información previa del régimen de integraciones empresariales. Así, un incremento en la participación accionaria que no resulte en un incremento en el grado de control (e.g. control negativo a positivo, o conjunto para ejercer derechos de veto a exclusivo negativo

*–Ver Imagen 1 de la Resolución) no deberá ser notificado o informado a esta Entidad, incluso en los eventos en que se aumente la representación en junta directiva u otros órganos de dirección, siempre y cuando la nueva participación no suponga un mayor grado de control en los términos descritos. Por ejemplo, un accionista que ejerce el control exclusivo negativo sobre una sociedad con el 26 por ciento puede incrementar su participación al 35 por ciento, toda vez que seguirá ejerciendo un control negativo sobre la Entidad, siempre y cuando no varíe el tipo de control ni el alcance del mismo. En este caso, el aumento del capital no permitirá ejercer derechos de veto adicionales a los que ostentaba el accionista antes de la adquisición.*⁹.

En este orden de ideas, si bien es cierto que la existencia de control positivo desde el punto de vista del derecho de la competencia de una empresa sobre otra hace que la integración no deba ser informada –como ocurre en este caso–, los cambios de control competitivo negativo a positivo sí deben ser informados, en los términos ya descritos.

Esto, como se dijo, en nada modifica el resultado de la presente investigación, ya que para el caso concreto se ejercía desde el principio un control positivo competitivo y societario.

8.2. Inexistencia de Grupo Empresarial

Las empresas intervinientes, al explicar la operación objeto de investigación por parte de la SIC, señalaron lo siguiente¹⁰:

*"Las sociedades matriz y sus subordinadas desarrollan sus actividades complementarias pero diferentes entre sí, de manera autónoma, independiente e individual en el mercado, **no conformando por tanto Grupo Empresarial alguno**, en términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995 y de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio"* (negrilla fuera del texto original)

Teniendo en cuenta que para resolver el presente caso lo relevante no es si las empresas conformaban o no un grupo empresarial, sino si existía control común desde el punto de vista societario y del derecho de la competencia, que en efecto existía, este Despacho no acogerá la declaración de la Delegatura respecto a la existencia de un Grupo Empresarial en el presente asunto. Dicho análisis o declaración es irrelevante para este caso, razón por la cual el Despacho ni afirma ni niega la existencia de un grupo empresarial, ya que es una cuestión ajena a este proceso particular.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **INVERSIONES PRODESA S.A.S., CONMIL S.A.S. y PRODESA S.A.S.** no infringieron lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, que establece la obligación de informar o notificar las integraciones empresariales que cumplan con los requisitos establecidos en dicha norma, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 32184 de 2014.

¹⁰ Comunicación radicada con el No. 12 052481 -0004 del 7 de julio de 2012.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 0 6 5 0 DE 2015 Hoja N°. 13

"Por la cual se ordena el cierre y archivo una investigación"

VERSIÓN PÚBLICA

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que **JUAN ANTONIO PARDO SOTO** no incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR el cierre de la investigación radicada con el No. 12-052481, e iniciada por la presunta infracción al deber de información previa.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a las sociedades **INVERSIONES PRODESA S.A.S., CONMIL S.A.S. y PRODESA S.A.S.**, en su calidad de personas jurídicas investigadas, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los diez (10) días siguientes a la misma.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **JUAN ANTONIO PARDO SOTO**, en su calidad de persona natural investigada, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los diez (10) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 27 ABR 2015


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Blanca Isabel Castro, Carolina Liévano
Revisó: Felipe Serrano Pinilla
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

NOTIFICACIONES:

INVERSIONES PRODESA S.A.S

NIT 900.429.245-5

Apoderado

ALONSO PAREDES HERNÁNDEZ

T.P. No. 45.128 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71-52 Torre B oficina 1501

Bogotá D.C.

PRODESA S.A.S.

NIT 800.141 025 -0

CONMIL S.A.S.

NIT 800200598 -2

Apoderado

JAIRO RUBIO ESCOBAR

T.P. No. 35.036 del C.S. de la J.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 20650 DE 2015 Hoja N°. 14

"Por la cual se ordena el cierre y archivo una investigación"

VERSIÓN PÚBLICA

Calle 94 A No. 13 – 34 oficina 102
Bogotá D.C.

JUAN ANTONIO PARDO SOTO
C.C. No. 79'108.890

Apoderado

JAIRO RUBIO ESCOBAR

T.P. No. 35.036 del C.S. de la J.

Calle 94 A No. 13 – 34 oficina 102
Bogotá D.C.