

Bogotá D.C.,

10

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Asunto: Radicación: 17- XXX -0000X-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, “*por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. CUESTIÓN PREVIA

1.1. Del alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta.

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-542 de 2005 señaló que:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a



recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”

Ahora bien, una vez realizadas las anteriores precisiones, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

2. OBJETO DE LA CONSULTA

En esta oportunidad se trata de resolver una consulta presentada ante esta Entidad en la cual:

(...)

Con el ánimo de conocer con claridad el trámite que se requiere para adelantar una fusión de dos sociedades anónimas simplificadas y los requisitos que se deben cumplir, muy respetuosamente me permito elevar la siguiente consulta:

Se requiere autorización de la Superintendencia de Sociedades para el trámite de fusión, cuando una de las sociedades es INSPECCIONADA por la Entidad, o dicha autorización solo aplica cuando estamos frente a sociedades VIGILADAS y CONTROLADAS

(...)”

Así las cosas, precisado el alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta y delimitado el objeto de la presente consulta se pasará a absolverla.

A continuación se expondrán, en lo que respecta a la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de concentraciones empresariales, aspectos fundamentales para la consulta realizada.

2.1. De la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

De manera general, y de conformidad al Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1340 de 2009, son facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio:

(i) vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica;

(ii) imponer a personas jurídicas y naturales las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia;



(iii) decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia;

(iv) autorizar en los términos de la ley, los acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, a los que se refiere el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 o demás normas que la modifiquen o adicionen;

(v) conceder los beneficios por colaboración con la Superintendencia de Industria y Comercio;

(vi) pronunciarse en los términos de la ley, sobre la fusión, consolidación, adquisición del control de empresas e integración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada, y analizar el efecto de los procesos de integración o reorganización empresarial en la libre competencia.

De igual forma, por mandato legal a esta Superintendencia, en particular por el Decreto 4886 de 2011, corresponde a esta entidad, entre otras funciones, velar por el cumplimiento de las normas sobre protección al consumidor, sobre protección de la competencia, sobre protección de datos personales, sobre reglamentos técnicos y metrología legal, sobre las cámaras de comercio, administrar el sistema nacional de la propiedad industrial, así como tramitar y decidir los asuntos relacionados con la misma, y conocer y decidir los asuntos jurisdiccionales en materia de protección al consumidor, competencia desleal y propiedad industrial

2.2. De la competencia de esta Entidad en materia promoción y protección de la libre competencia.

Desde el punto de vista constitucional a esta Superintendencia le corresponde velar por la protección del derecho a la libre competencia en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, es competente para “[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la



libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

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

En ese sentido, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, prevé que esta Superintendencia es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido señala que esta Entidad “[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

2.3. De las integraciones empresariales

Una integración es una operación mediante la cual una empresa adquiere el control de otra con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente. Una integración implica, sin importar la forma jurídica de la operación, la combinación de una o más actividades en las cuales cesa la competencia entre las empresas que llevan a cabo la integración, posterior al perfeccionamiento de la misma.

De conformidad con el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, el control consiste en la posibilidad de influenciar, directa o indirectamente, la política empresarial, o la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

Es importante tener en cuenta que el concepto de control desde el punto de vista del derecho de competencia, es diferente de aquel que se encuentra en el derecho de sociedades (artículo 264 del Código de Comercio). La definición de control consignada en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es lo suficientemente amplia como para comprender todas las situaciones en las que una empresa tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra. Así las cosas, es posible afirmar que puede haber control sin necesidad de que las empresas estén bajo un mismo direccionamiento económico, pues no obstante la existencia de control societario implica la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa, el control en derecho de la competencia no implica necesariamente que existe control societario.

El régimen de integraciones empresariales tiene como fin evitar que las empresas adquieran, de manera artificiosa, tanto poder en un determinado mercado (de



manera unilateral o coordinada), que generen distorsiones en el mismo. En efecto, se señaló en la Resolución 5604 de 2014:

“Es claro entonces que el régimen de integraciones empresariales, como parte del régimen de competencia, tiene por objeto evitar que con transacciones entre competidores aumenten los precios, se restrinja la oferta o se produzcan desmejoras en eficiencia. De esta forma, si la SIC concluye que como resultado de una integración empresarial se disminuiría el excedente del consumidor, se refuerza el poder de mercado, o de cualquier forma se afecta la libre competencia, debe proceder a objetarla o condicionarla.

(...) una integración empresarial restringe indebidamente la competencia cuando crea o refuerza una situación de poder de mercado, sea unilateral o coordinado (...)

Ahora bien, existen dos teorías que explican cuándo una integración produce efectos anticompetitivos; la teoría de los efectos unilaterales y la teoría de los efectos coordinados.

La teoría de los efectos unilaterales comprende las situaciones en las que la integración crea o refuerza la capacidad de una o varias empresas para determinar las condiciones del mercado de manera independiente de los demás agentes de mercado. En general, una integración produce tales efectos cuando crea o refuerza la posición de dominio de una empresa.

Por otra parte, la teoría de los efectos coordinados se refiere a las situaciones en las que una integración reduce las presiones competitivas en un mercado de tal manera que le facilita al ente integrado y a sus competidores coordinar sus comportamientos. Esta coordinación les permite a los agentes del mercado aumentar el nivel de precios, restringir la oferta o restringir de alguna forma la competencia efectiva.”

2.4. Del deber de informar.

En virtud del control previo que legalmente corresponde ejercer a esta Superintendencia, tienen el deber de informar una operación de integración las empresas que proyecten **fusionarse**, consolidarse, concentrarse, adquirir el control o integrarse, cualquiera que sea la forma jurídica proyectada, lo cual constituye un mandato de tipo legal para los particulares, quienes deben solicitar el inicio de un procedimiento administrativo con el fin de que esta autoridad se pronuncie para aprobar la integración (de forma simple o con condicionamientos), o para objetarla.

Sea lo primero señalar que, en una integración horizontal o vertical, se hace necesario entrar a determinar el mercado relevante con el fin de precisar si la pretendida operación generaría un riesgo al proceso competitivo, es decir, si



después de concentrados los intervinientes, se obtiene un poder de mercado que afectaría el proceso competitivo de manera importante en el mercado redefinido.

En tal línea, esta Autoridad tiene en cuenta 2 factores para la delimitación del mercado relevante: mercado de producto y mercado geográfico; Así las cosas, si los intervinientes no concurren en ambos, se entenderá que no hacen parte de un mercado relevante y no se estaría en presencia de una operación de concentración empresarial, apartándose del régimen de integraciones y sus deberes.

En el marco de la anterior aclaración, tenga en cuenta que las empresas que pretendan realizar una operación de concentración empresarial deberán, “ex ante”, informar a esta Entidad en concordancia con lo dispuesto en el Anexo 1 del título VII de la Circular Única de esta Superintendencia.

No obstante, cuando los intervinientes en la operación, una vez integrados, obtengan una cuota de mercado no mayor al 20% del mercado relevante, por magisterio de la ley, se entenderá aprobada la operación (art 9 Ley 1340 de 2009) y solo será necesario **notificar** de la integración a esta Superintendencia. En este orden de ideas, relativo al deber de informar, por la misma naturaleza jurídica de los deberes, es una carga imputable a los intervinientes en las operaciones de concentración.

En efecto, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 señala:

“Artículo 9°. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 quedará así:

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

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

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

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20%



mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente **notificar** a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

(...)

“Parágrafo 1°. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.

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

“Parágrafo 3°. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.” (Negritas fuera del texto)

El deber de información se configurará cuando las intervinientes en la misma cumplan tanto con el "supuesto subjetivo", como con el "supuesto objetivo". Si uno de los dos supuestos no se cumple, la transacción no debe ser informada a esta Entidad. Al respecto, el artículo 2.1, 2.1.1 y 2.1.2 de la Circular Única de esta Entidad en su tenor dicta lo siguiente:

“2.1 Operaciones sujetas a este trámite Las operaciones empresariales de fusión, consolidación, adquisición de control o integración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada, deben ser informadas a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando concurren en ellas los siguientes supuestos:

2.1.1 Supuesto subjetivo

a) Cuando las empresas intervinientes desempeñen la misma actividad económica, o

b) Cuando las empresas intervinientes se encuentre en la misma cadena de valor. Se entiende por empresas intervinientes: aquellas empresas que hacen parte de la operación de integración que se proyecta realizar y que ejercen una misma actividad económica o pertenecen a la misma cadena de valor y que puede tener efectos en el mercado nacional. Se entiende por cadena de valor: el conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad



resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final.

2.1.2 Supuesto objetivo

a) Cuando las Intervinientes, de manera conjunta o individualmente consideradas, hayan obtenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o

b) Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviese, en conjunto o individualmente, activos totales superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio. Para efectos de calcular los ingresos operacionales y los activos totales señalados anteriormente, se tendrá en cuenta la sumatoria de los valores registrados en los estados financieros del año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se cumple con el deber de informar la operación de integración proyectada, de cada una las empresas intervinientes, incluyendo aquellas con quienes se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control. Para tal fin se tienen en cuenta las sociedades que se encuentren en el territorio nacional o fuera de él. De conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende por control: “La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”

En este orden de ideas, relativo al deber de informar, por la misma naturaleza jurídica de los deberes, es una carga imputable a los intervinientes en las operaciones de concentración. Aunado a lo anterior, Las empresas que se integren, fusionen o reorganicen y puedan acreditar la existencia de Grupo Empresarial o en las que las intervinientes se encuentren bajo una misma unidad de control en los términos del numeral 4 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, estarán exentas del deber de notificación e información ante esta Superintendencia, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 4 de la Resolución No. 12193 de 2013, incorporada a la Circular Única.

Dentro de las operaciones de concentración pueden presentarse integraciones que sirven a la eficiencia de procesos productivos, es decir, que los sujetos de la concentración hacen parte de la misma cadena de valor (concentración vertical), a manera ilustrativa, cuando una sociedad adquiere la mayoría accionaria de quien utiliza su materia prima para elaborar productos finales.

2.4.1. Operaciones exentas de control previo de integraciones

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 2 del Título VII de la Circular Única de esta Superintendencia modificado por la Resolución número 10930 de 2015, se encuentran exentas del deber de información y notificación previa a la Superintendencia de Industria y Comercio las siguientes operaciones:

- Aquellas en las que las empresas intervinientes no cumplan los supuestos de los numerales 2.1.1 y 2.1.2 de la Resolución número 10930 de 2015 de esta Entidad.
- Aquellas en las que las intervinientes se encuentren en situación de grupo empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995.
- En las que los intervinientes estén bajo una misma unidad de control en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

3. CONCLUSIONES

La Superintendencia de Industria y Comercio, por mandato legal, es la encargada vigilar el cumplimiento de las normas sobre promoción y protección de la libre competencia, frente al régimen de concentraciones empresariales.

En virtud de lo anterior, en lo que respecta a la competencia de esta Entidad, las empresas que pretendan realizar operaciones que impliquen concentración empresarial, que hagan parte de un mismo mercado relevante, y que cumplan los supuestos subjetivos y objetivos establecidos en la Circular Única de esta Entidad, deberán informar a esta Superintendencia sus intenciones con el fin de determinar si con esta concentración se vulnera o no la libre competencia en el mercado relevante determinado.

Para efectos de brindarle información detallada con el fin de que absuelva su duda particular, ponemos en su conocimiento el siguiente hipervínculo donde encontrará la Guía de Integraciones Empresariales de esta Superintendencia: <http://www.sic.gov.co/guia-integraciones-empresariales>

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

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://serviciosweb.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/ConceptosJuridicos/Conceptos.php>



Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: José Andrés Sánchez R.
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

