



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **5 2 7 8 2** DE 2015

( 27 AGO 2015 )

Radicado: 11-58642

*“Por la cual se impone una sanción”*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011<sup>1</sup>, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992<sup>2</sup>, y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 61415 del 19 de octubre de 2012<sup>3</sup>, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la “Delegatura”), abrió una investigación y formuló pliego de cargos contra **ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. “EN REORGANIZACIÓN”** (en adelante “**ALFARES**”) y **SOCIEDAD UNIÓN DE DROGUISTAS S.A.** (en adelante “**UNIDROGAS**”), para determinar si actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, al no haber informado una integración empresarial a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, “**SIC**”), teniendo presuntamente el deber de hacerlo.

Así mismo, la mencionada resolución ordenó abrir investigación para determinar si **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS**, Representante Legal de **ALFARES** y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**, Representante Legal de **UNIDROGAS**, incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber presuntamente autorizado, ejecutado o tolerado la conducta objeto de investigación.

**SEGUNDO:** Que la Resolución de Apertura de Investigación<sup>4</sup> fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas en los siguientes hechos:

- (i) El 12 de mayo de 2011, y mediante radicado No. 11-207186, acumulado con el radicado No. 11-58642, **GASTÓN URUETA ARIZA** puso en conocimiento de la Delegatura una presunta integración no informada entre **ALFARES** y **UNIDROGAS**.
- (ii) Según los hechos de la apertura, el 4 de mayo de 2010, **ALFARES** celebró con **UNIDROGAS** un contrato de arrendamiento<sup>5</sup> sobre su **RED COMERCIAL**<sup>6</sup>, entendida como una unidad de negocio en marcha, compuesta por los establecimientos de comercio identificados en el mercado con los nombres y las enseñas comerciales “**LA BOTICA – Droguería**” y “**LA BOTICA**”.

<sup>1</sup> Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

<sup>2</sup> Modificado por el Decreto 019 de 2012.

<sup>3</sup> Folios 978 a 1001 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. En adelante, cuando en la presente resolución se haga referencia al Expediente, entiéndase que corresponde al radicado No. 12-11-58642.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Folios 42 a 65 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente

<sup>6</sup> Dentro del acápite de definiciones del contrato de arrendamiento obrante a folio 47 del Expediente, **RED COMERCIAL** se refiere a: “(...) conjunto de establecimientos de comercio de propiedad de **ALFARES** que se describen plenamente en el documento que se allega al presente contrato como **ANEXO 3**, entendidos como una unidad de negocio en marcha, que se identifican en el mercado con los nombres y las enseñas comerciales “**LA BOTICA – Droguería**” y “**LA BOTICA EXPRESS – Droguería**”.

*"Por el cual se impone una sanción"*

*EXPRESS – Droguería*", que incluyen ciento nueve (109) puntos comerciales o droguerías. La duración se extendería por veinte (20) años<sup>7</sup> y se perfeccionaría el 15 de septiembre de 2010.<sup>8</sup>

La Delegatura determinó, preliminarmente, que con la suscripción del contrato de arrendamiento y la posterior entrega de los locales de **ALFARES** a **UNIDROGAS** ocurrió una integración empresarial entre dos empresas que antes actuaban de forma independiente en el mismo mercado.

- (iii) Se constató que **ALFARES** y **UNIDROGAS**, así como las sociedades pertenecientes a sus respectivos grupos empresariales, se dedican a la distribución y comercialización al detal de productos farmacéuticos, cosméticos y otros afines, a través de una red de establecimientos de comercio propios. De esta forma, el arrendamiento de largo plazo de los locales de **ALFARES** a **UNIDROGAS** configuró una integración horizontal.
- (iv) En relación con los umbrales establecidos por esta Superintendencia, las empresas que proyectasen una integración empresarial durante el año 2010, que hubiesen obtenido individual o conjuntamente, activos o ingresos operacionales por un valor superior a setenta y siete mil doscientos cincuenta millones de pesos (\$77.250.000.000) en 2009, tenían la obligación de informar a la **SIC** de la operación proyectada. Para el presente caso, la Delegatura evidenció que el monto de los activos e ingresos operacionales de las sociedades **UNIDROGAS** y **ALFARES** alcanzaron el umbral previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.
- (v) Las empresas investigadas tenían una participación aproximada del 2.40%, en el mercado definido, por lo cual estarían en la obligación de notificar la operación ante la **SIC**.
- (vi) La operación se formalizó y puso en marcha sin que se informara a esta Entidad, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

**TERCERO:** Que una vez notificada la Resolución de Apertura a los investigados, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, los investigados presentaron sus argumentos, solicitaron y aportaron las pruebas que pretendieron hacer valer frente a los cargos imputados en la Resolución No. 61415 del 19 de octubre de 2012.

**CUARTO:** Que como consecuencia de la denuncia presentada por **GASTÓN URUETA ARIZA**, y actuando de conformidad con lo establecido por el artículo 33 de la Ley 640 de 2001<sup>9</sup>, el 26 de noviembre de 2013 se realizó audiencia de conciliación, a la cual asistieron el quejoso y los investigados, sin que hubiese acuerdo conciliatorio<sup>10</sup>.

**QUINTO:** Que mediante Resolución 85841 del 26 de diciembre de 2013<sup>11</sup>, la Delegatura ordenó practicar algunas de las pruebas solicitadas, y decretó las pruebas de oficio que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación.

<sup>7</sup> Folio 60 del Cuaderno Público 1 del Expediente.

<sup>8</sup> Mediante Acta de Entrega de fecha 15 de septiembre de 2010, obrante a folios 114 a 120 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente, las partes se hacen presentes para formalizar la entrega de la RED COMERCIAL de propiedad de **ALFARES** y dar inicio formal a la ejecución del contrato de arrendamiento.

<sup>9</sup> El inciso primero del artículo 33 de la Ley 640 de 2001 dispone lo siguiente:

*"Artículo 33. Conciliación en procesos de competencia. En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados".*

<sup>10</sup> Folios 1329 a 1333 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

<sup>11</sup> Folios 1452 a 1469 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por el cual se impone una sanción"

**SEXTO:** Que finalizada la etapa probatoria, la Delegatura citó a los investigados en la actuación administrativa a la audiencia única de argumentación verbal<sup>12</sup> prevista en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, a fin de que se presentaran de manera verbal los argumentos que pretendieran hacer valer respecto de la investigación.

**SÉPTIMO:** Que el 21 de julio de 2015, el Delegado presentó al Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción<sup>13</sup>. En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del mencionado Informe a los investigados, cuyos principales aspectos se resumen a continuación:

La Delegatura resumió la apertura de la investigación y describió la operación llevada a cabo por **ALFARES** y **UNIDROGAS**. Recordó que el 4 de mayo de 2010, **ALFARES** y **UNIDROGAS** celebraron un contrato de arrendamiento<sup>14</sup>, en virtud del cual **ALFARES** le entregaba en arriendo a **UNIDROGAS** su RED COMERCIAL<sup>15</sup>, es decir, un negocio compuesto por los establecimientos de comercio identificados en el mercado con los nombres y las enseñas comerciales "LA BOTICA - Droguería" y "LA BOTICA EXPRESS - Droguería", que incluyen ciento nueve (109) puntos comerciales o droguerías. El contrato se extendería por veinte (20) años<sup>16</sup> y se perfeccionaría el 15 de septiembre de 2010.

En cuanto al mercado afectado, la Delegatura estableció que conforme a la actividad económica desarrollada por cada una de las empresas intervinientes, y a partir de un análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta y la demanda, el mercado relevante corresponde a la comercialización particular de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente, de las ciudades de Barranquilla Atlántico; Cartagena, Magangué y Turbaco - Bolívar; Valledupar - Cesar; Montelíbano y Montería - Córdoba; Santa Marta - Magdalena; y Sincelejo - Sucre.

Frente a la cuota de participación que de manera conjunta representaban las empresas intervinientes a diciembre de 2009, la Delegatura señaló que no sumaban en conjunto más del 20% del mercado de comercialización particular de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente, para ninguna de las ciudades que conforman el mercado geográfico relevante definido.

La Delegatura consideró necesario analizar si con la operación proyectada, esto es, a través de la celebración del contrato de arrendamiento entre **ALFARES** y **UNIDROGAS**, se cumplían los supuestos objetivo y subjetivo previstos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, que deben concurrir para que surja la obligación de informar una concentración económica ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

#### 7.1. Supuesto subjetivo.

##### a) Pluralidad de empresas.

Conforme al acervo probatorio que obra en el Expediente, la Delegatura verificó que **ALFARES** y **UNIDROGAS** se ajustaban a la fisonomía jurídica de empresas, por cuanto eran unidades económicas que se comportaban de manera autónoma en el mercado, y desarrollan de forma organizada y habitual una serie de actividades de naturaleza económica.

##### b) Que se dediquen a la misma actividad económica o que participen en la misma cadena de valor.

<sup>12</sup> Folios 5285 a 5287 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

<sup>13</sup> Folios 5361 a 5416 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente

<sup>14</sup> Folios 42 a 65 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente

<sup>15</sup> Dentro del acápite de definiciones del contrato de arrendamiento obrante a folio 47 del Expediente, RED COMERCIAL se refiere a: "(...) conjunto de establecimientos de comercio de propiedad de **ALFARES** que se describen plenamente en el documento que se allega al presente contrato como **ANEXO 3**, entendidos como una unidad de negocio en marcha, que se identifican en el mercado con los nombres y las enseñas comerciales "LA BOTICA - Droguería" y "LA BOTICA EXPRESS - Droguería".

<sup>16</sup> Folio 60 del Cuaderno Público 1 del Expediente.

*"Por el cual se impone una sanción"*

De la información allegada al Expediente, la Delegatura estableció que algunas de las actividades que generan ingresos en las compañías investigadas se concentran principalmente en actividades relacionadas con el comercio al por menor de productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocador en establecimientos especializados. Por lo anterior, **ALFARES** y **UNIDROGAS** coinciden en el desarrollo de la misma actividad económica, cumpliendo con el factor subjetivo.

## 7.2. Supuesto objetivo.

La Delegatura señaló que para que la operación objeto de análisis tuviese que ser informada o notificada, las intervinientes debían tener en el año anterior, es decir en 2009, un monto de los activos o los ingresos operacionales superiores a ciento cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (150.000 S.M.L.M.V.)<sup>17</sup>, equivalentes a setenta y siete mil doscientos cincuenta millones de pesos (COP \$77.250.000.000).

Teniendo en cuenta que para el 2009 los activos de **ALFARES** y **UNIDROGAS** ascendían a ochenta y siete mil setecientos millones ciento cincuenta y ocho mil ciento sesenta y seis pesos (COP \$87.700.158.166), y sus ingresos operacionales a ciento treinta y cuatro mil noventa y siete millones ciento setenta y dos mil ochocientos noventa y tres pesos (COP \$134.097.172.893), las sociedades vinculadas superaban el umbral de activos totales e ingresos operacionales conjuntos previstos en la Ley, y en consecuencia debían informar la integración antes de iniciar su perfeccionamiento.

## 7.4. Responsabilidad de los representantes legales.

Respecto de la responsabilidad personal de **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS**, en calidad de Representante Legal de **ALFARES**, y de **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** como Representante Legal de **UNIDROGAS**, la Delegatura encontró que fueron los encargados de celebrar y suscribir el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL, que se perfeccionó en el Acta de Entrega del 15 de septiembre de 2010, fecha en la cual concretó la integración empresarial que debió ser notificada a esta Superintendencia, infringiendo así el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por cuanto colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron y toleraron la violación de las normas que establecen el deber legal de informar previamente dichas concentraciones empresariales.

**OCTAVO:** Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el 21 de julio de 2009 se corrió traslado del Informe Motivado a los Investigados<sup>18</sup>, quienes estando dentro del término legal para ello presentaron las observaciones al mismo el 20 de agosto de 2015.

A continuación se hace un resumen de los argumentos presentados por los investigados frente al Informe Motivado:

## 8.1. Proceso de reorganización de ALFARES.

### 8.1.1. Origen y presupuestos del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL.

La investigada señaló que **ALFARES** se encontraba en cesación de pagos como consecuencia del incumplimiento de sus clientes en el pago de la cartera, así como por la declaratoria de caducidad del contrato suscrito con la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – DISAN. Esta situación motivó a uno de sus acreedores a elevar ante la SUPERSOCIEDADES una solicitud para que fuera admitida a un proceso de reorganización empresarial por cesación de pagos.

Afirma que a pesar de haber sido admitida al proceso concursal, los principales proveedores de **ALFARES** suspendieron los cupos de crédito, e incluso dieron por terminada la relación comercial. Por lo anterior, el Promotor designado y la administración de **ALFARES** recibieron propuestas de terceros interesados en asumir la administración y explotación comercial de la RED COMERCIAL, mediante un contrato de colaboración o de arrendamiento que sería la fuente de pago para los

<sup>17</sup> Resolución 69901 del 31 de diciembre de 2009 "Por la cual se establecen los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para informar una operación de integración durante el 2010".

<sup>18</sup> Folios 5361 a 5415 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

*"Por el cual se impone una sanción"*

acreedores, donde **ALFARES** dejaría de desarrollar su operación comercial y tendría que modificar su actual objeto social.

Por lo anterior, dentro de las cláusulas pactadas del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL manifiestan las investigadas que se evidencia que el propósito de las partes era la subsistencia de **ALFARES** como proyecto productivo, en donde la imagen corporativa continuaría a través de la conservación del nombre y enseñas comerciales durante la vigencia del contrato, garantizando la no competencia desleal por parte de **UNIDROGAS** y a la finalización del contrato **UNIDROGAS** restituiría la RED COMERCIAL a **ALFARES**.

De esta forma, concluye que la estrategia de arrendamiento de la RED COMERCIAL no tenía como fin la desaparición de un agente de mercado, por cuanto **ALFARES** se mantendría, explotando su negocio con los mismos signos distintivos que lo venían identificando, bajo la tutela de la SUPERSOCIEDADES.

### **8.1.2. Celebración del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL y aprobación del acuerdo de reorganización.**

La investigada señaló que el 30 de marzo de 2010, la asamblea de **ALFARES** aprobó la propuesta de **UNIDROGAS** para tomar en arrendamiento la RED COMERCIAL advirtiendo que en el texto del mismo debía consagrarse la condición suspensiva consistente en que los acreedores de la sociedad la autorizaran mediante la aprobación del acuerdo de reorganización y posterior confirmación del juez del concurso.

Señala que el Informe Motivado de la Delegatura pasó por alto que de conformidad con el contrato de arrendamiento y el acuerdo de reorganización, fueron los acreedores de **ALFARES** quienes autorizaron la celebración del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL, como mecanismo transitorio que ayudaría a la sociedad concursada a salir de su crisis financiera.

Finaliza indicando que la condición suspensiva del contrato se verificó mediante la aprobación del acuerdo de reorganización por parte de los acreedores el 25 de junio de 2010, y la confirmó la SUPERSOCIEDADES el 7 de julio de 2010. Por lo anterior, considera que los efectos del contrato nacieron jurídicamente al momento de la confirmación del acuerdo.

### **8.1.3. Existencia y vigencia del contrato de arrendamiento.**

Las investigadas señalan que el contrato de arrendamiento tiene un carácter temporal, pues además de que se estipuló un plazo límite de veinte (20) años, también se consagraron causales de terminación anticipada. Por lo anterior, el contrato está llamado a finalizar en un plazo que no superara los veinte (20) años. Adicionalmente, indicaron que en virtud del acuerdo de reorganización y de la Ley 1116 de 2006, si se presenta un incumplimiento a las obligaciones establecidas en dicho acuerdo, la sociedad concursada sería liquidada.

En esta medida, las investigadas no pretendían realizar una integración empresarial, por cuanto, en adición a que el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL contaba con un término de vigencia, al cabo del cual **UNIDROGAS** devolvería a **ALFARES** los establecimientos de comercio, también la existencia del contrato dependería de la ocurrencia de las causales de terminación anticipadas del contrato.

### **8.2. Sobre el supuesto control por adquisición de UNIDROGAS sobre ALFARES.**

Las investigadas argumentan que no se cumplen los presupuestos establecidos por el Decreto 2153 de 1992 para que se configure una adquisición de control, por cuanto **UNIDROGAS** no ejerce influencia autónoma sobre **ALFARES**.

### **8.3. Sobre la supuesta infracción al deber de información/notificación previa de las operaciones de integración.**

Argumentan las investigadas que fue mediante la resolución No. 35006 de 30 de junio de 2010 que la SIC impartió el procedimiento para la autorización y notificación de las operaciones de integración empresarial, estableciendo expresamente que el deber de notificar debería cumplirse de manera previa a la realización de la operación de integración. Por lo anterior, consideran que se violó el

*"Por el cual se impone una sanción"*

principio de legalidad en cuanto consideran que la citada resolución no es aplicable al presente caso, como quiera que empezó a regir después de los hechos objeto de investigación, teniendo en cuenta que el contrato fue suscrito el 4 de mayo de 2010 y sometido a condición suspensiva que se cumplió el 7 de julio de 2010.

#### **8.4. Principio de congruencia.**

Establecen las investigadas que la Delegatura violó el principio de congruencia, por cuanto mediante Resolución No.61415 de 2002 se abrió investigación administrativa por supuesta omisión al deber de informar una operación de integración, , pero en el Informe Motivado se recomienda sancionar a las investigadas por la supuesta omisión al deber de notificación de dicha operación.

#### **8.5. Caducidad de la facultad sancionatoria.**

Citan las investigadas el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, sobre la facultad sancionatoria de la **SIC**, donde se establece que la Autoridad de Competencia cuenta con cinco (5) años desde que se ejecutó la conducta violatoria para notificar el acto administrativo sancionatorio.

De esta forma afirman que el momento en el que supuestamente se llevó a cabo la operación de integración fue la celebración y ejecución del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL, esto es el día 4 de mayo de 2010, cumpliéndose la condición suspensiva el 7 de julio de 2010 e iniciando la ejecución del mismo y asumiendo la responsabilidad de la RED COMERCIAL por parte de **UNIDROGAS** como administrador el 1 de agosto de 2010. No obstante lo anterior, indican que de forma equívoca la Delegatura toma como referencia el 15 de septiembre de 2010, como la fecha en que presuntamente se realizó la operación de integración y en esta medida la facultad sancionatoria de la **SIC** habría caducado.

#### **8.5. Responsabilidad de los representantes legales.**

En opinión de de las investigadas, las personas naturales **ANTONIO JOSÉ PERUTTI** y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**, representantes legales de las sociedades **ALFARES** y **UNIDROGAS**, respectivamente, no incurrieron en las conductas descritas en el Informe Motivado por cuanto consideran que la celebración de la operación de integración fue realizada dentro del marco del proceso de reorganización empresarial; por lo tanto, la participación tanto de los representantes legales, como de los administradores, se enmarca en lo previsto por la Ley 116 de 2006.

Señalan que el acuerdo de reorganización fue aprobado por los acreedores; en tal virtud, no fue decisión de los representantes legales la celebración y ejecución del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL, sino que estos fueron autorizados para suscribir el acuerdo.

**NOVENO:** Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 26 de agosto de 2015 se escuchó al Consejo Asesor que recomendó al Superintendente de Industria y Comercio sancionar a los investigados. Habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho procede a resolver el presente caso en los siguientes términos:

#### **9.1. Competencia.**

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

En concordancia con lo anterior, el numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011<sup>19</sup> señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre*

<sup>19</sup> Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

*"Por el cual se impone una sanción"*

*protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica".*

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 estableció que *"[I]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas".*

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la **SIC** está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones<sup>20</sup>.

## **9.2. Caducidad de la facultad sancionatoria.**

Previo al análisis de las conductas imputadas, el Despacho resolverá el argumento de los investigados según el cual la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer una sanción en el presente caso ya habría caducado. De prosperar el argumento no sería necesario continuar con el análisis de las conductas, ya que incluso de verificarse la ocurrencia de una práctica anticompetitiva, la facultad sancionatoria de la administración en este caso habría cesado. De no prosperar el argumento, el Despacho entrará a determinar si en este caso ocurrió una práctica contraria a la libre competencia.

Los investigados manifestaron en su escrito de observaciones al Informe Motivado que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia habría caducado, toda vez que las conductas objeto de investigación habrían tenido ocurrencia durante la celebración y ejecución del contrato de arrendamiento, es decir, 4 de mayo de 2010 (suscripción del contrato), 7 de julio de 2010 (fecha de confirmación del acuerdo de reorganización), y 1 de agosto de 2010 fecha del supuesto inicio de la ejecución del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL. Como la facultad del Superintendente de Industria y Comercio para sancionar es de cinco (5) años después del último acto, es decir el 1 de agosto de 2015, la facultad sancionatoria en este caso habría caducado.

Frente a este argumento es oportuno manifestar que la operación de integración se concretó con la formalización del contrato de arrendamiento, que se evidencia mediante Acta del 15 de septiembre de 2015<sup>21</sup>, que llevar por nombre "Acta de Entrega" donde concurren ALONSO JOSÉ LÓPEZ RUIZ, en su calidad de Representante Legal de ALFARES, ANGEL MEJÍA CÓRDOBA, contador de **ALFARES**, JUAN FRANCISCO SUÁREZ, en su calidad de Representante Legal de **UNIDROGAS** y EDGAR VELÁSICO ARIZA, revisor fiscal de **UNIDROGAS**, quienes se hicieron presentes para la formalización de la entrega de la RED COMERCIAL y dieron inicio formal a la ejecución del contrato de arrendamiento, tal como lo establece el mencionado documento:

*"Quienes se hicieron presentes para formalizar la entrega de la RED COMERCIAL de propiedad de **ALFARES** y dar inicio formal a la ejecución del Contrato de Arrendamiento de Red Comercial celebrado entre las sociedades antes citadas"*<sup>22</sup>

Para este Despacho es evidente que fue a partir de la entrega de los establecimientos que ocurrió la integración, y no de la firma del contrato ni de otros momentos precedentes que, a pesar de tener connotación jurídica, no integran económicamente a las empresas en el mercado. El que dos personas firmen un contrato para integrarse no implica que dicha integración haya ocurrido; tal fenómeno solo ocurre cuando efectivamente se realiza el acto de concentración, que en este caso ocurrió el 15 de septiembre. Así, el régimen de competencia se infringe no con la firma de un contrato, sino cuando se empieza a ejecutar de forma efectiva, situación que se configuró el 15 de septiembre de 2010, tal y como se prueba en el expediente.

<sup>20</sup> Ley 1340 de 2009. Artículo 4. *"[I]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas".*

<sup>21</sup> Folios 114 a 120 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>22</sup> Folio 114 Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*"Por el cual se impone una sanción"*

En esta medida, la conducta se ejecuta por las investigadas el 15 de septiembre de 2010, momento a partir del cual se deben contar los cinco (5) años para imponer una sanción. Así, el argumento expuesto por los investigados relacionado con la caducidad de la facultad sancionatoria no resulta válido, ya que está acreditado en la actuación administrativa que la ejecución del contrato de arrendamiento se dio con el Acta de Entrega de 15 de septiembre de 2010, y no con la suscripción del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL o con la confirmación del acuerdo de reorganización.

Por lo anteriormente expuesto, el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia para conocer de la conducta imputada a **ALFARES** y **UNIDROGAS**, no está llamado a prosperar, razón por la cual se pasará a estudiar si la conducta perpetrada por los investigados es o no anticompetitiva.

### **9.3. Marco Normativo.**

Según la Resolución No. 46064 del 31 de julio de 2013, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación y se formuló pliego de cargos, esta actuación versa sobre la presunta infracción al artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, el cual prevé:

**"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. (...)"*

### **9.4. Conducta Investigada.**

#### **9.4.1. Mercado Afectado.**

De conformidad con las pruebas recaudadas que obran en el expediente, y teniendo en cuenta las actividades económicas desarrolladas por las investigadas, este Despacho coincide en su integridad con la definición del mercado relevante expuesta por la Delegatura en el Informe Motivado, la cual, por lo demás, no fue objeto de controversia durante la actuación administrativa, estableciendo que la concentración empresarial objeto de estudio se habría realizado sobre el eslabón de distribución minorista de medicamentos y productos farmacéuticos. Por lo anterior, sobre esta actividad específica se delimitará el mercado relevante.

A continuación se retoman los puntos principales de la descripción del mercado en el que participan las empresas investigadas, en los términos expuestos por la Delegatura.

#### **9.4.1.1. Mercado Producto.**

El artículo 11 del Decreto 2200 de 2005, señala qué se considera un establecimiento farmacéutico mayorista:

**"Artículo 11** Establecimientos farmacéuticos. Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2330 de 2006. Se consideran establecimientos farmacéuticos mayoristas: los Laboratorios Farmacéuticos,



*“Por el cual se impone una sanción”*

*las Agencias de Especialidades Farmacéuticas y Depósitos de Drogas, y establecimientos farmacéuticos minoristas: Las Farmacias-Droguerías y las Droguerías”*

A su vez, el artículo 34 de la Ley 1122 de 2007, *“Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”* define qué se entiende por establecimientos farmacéuticos minoristas, y define el término droguería así:

**“Artículo 34. Supervisión en algunas áreas de Salud pública**

(...)

*Farmacia-Droguería: Es el establecimiento farmacéutico dedicado a la elaboración de preparaciones magistrales y a la venta al detal de medicamentos alopáticos, homeopáticos, fitoterapéuticos, dispositivos médicos, suplementos dietarios, cosméticos, productos de tocador, higiénicos y productos que no produzcan contaminación o pongan en riesgo la salud de los usuarios (...)*

*Droguería: Es el establecimiento farmacéutico dedicado a la venta al detal de productos enunciadados y con los mismos requisitos contemplados para Farmacia-Droguería, a excepción de la elaboración de preparaciones magistrales.”*

Conforme lo establecen las definiciones anteriores, los establecimientos de distribución minorista de medicamentos y productos farmacéuticos, puntualmente, droguerías y farmacias, son sustitutos desde la perspectiva de los consumidores en lo que tiene que ver con la distribución de medicamentos y productos farmacéuticos. La única diferencia entre droguerías y farmacias es que en las segundas se presta el servicio adicional de fórmulas magistrales<sup>23</sup>.

De conformidad con lo establecido anteriormente, la opción que tienen los consumidores para adquirir medicamentos y productos farmacéuticos son las droguerías o farmacias en las que se realiza la comercialización minorista de los mismos. Las droguerías y farmacias prestan un servicio que no tiene sustitutos cercanos, por lo que los consumidores no podrán remplazar su necesidad de compra de medicamentos y productos farmacéuticos fácilmente y en las mismas condiciones en otro tipo de establecimientos.

Por lo anterior, el mercado producto de la operación objeto de estudio es la comercialización particular de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente, actividad que consiste en la distribución minorista o al detal de medicamentos y productos farmacéuticos al consumidor final o al paciente, y el cual se efectúa a través de establecimientos farmacéuticos minoristas, es decir, droguerías y farmacias.

#### **9.4.1.2. Mercado Geográfico.**

Para el estudio del mercado geográfico de la operación, el Despacho analizó los departamentos y municipios en los cuales **ALFARES** y **UNIDROGAS** prestaban el servicio de comercialización de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente, en condiciones de competencia homogénea, para el año 2009. Así, concluyó que el mercado geográfico relevante comprende las ciudades de Barranquilla – Atlántico; Cartagena, Magangué y Turbaco – Bolívar; Valledupar – Cesar; Montelíbano y Montería – Córdoba; Santa Marta – Magdalena; y Sincelejo – Sucre, por ser las ciudades en las que las empresas intervinientes en la prestaban de manera simultánea su actividad económica.

A partir de lo anterior, se concluye que el mercado relevante corresponde a la comercialización particular de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente, en las ciudades de Barranquilla – Atlántico; Cartagena, Magangué y Turbaco – Bolívar; Valledupar – Cesar; Montelíbano y Montería – Córdoba; Santa Marta – Magdalena; y Sincelejo – Sucre.

#### **9.4.1.3. Cuotas de Participación.**

Para determinar la cuota de participación que de manera conjunta presentaban las empresas intervinientes a diciembre de 2009 en el mercado de comercialización particular de medicamentos,

<sup>23</sup> La fórmula magistral es el medicamento preparado por el farmacéutico para un paciente individualizado para cumplimentar una prescripción médica. Disponible en: <http://www.farmaceuticonline.com/cast/medicament> (consultado el 30 de julio de 2015)

"Por el cual se impone una sanción"

productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente de las ciudades de Barranquilla – Atlántico; Cartagena, Magangué y Turbaco – Bolívar; Valledupar – Cesar; Montelíbano y Montería – Córdoba; Santa Marta – Magdalena; y Sincelejo – Sucre, la **Tabla No. 1.** relaciona el número de establecimientos comerciales que en cada ciudad prestaban servicios de comercialización de medicamentos y productos farmacéuticos, comparado con el número de establecimientos propiedad de las empresas investigadas que realizaban la misma actividad durante el mismo periodo.

**Tabla No. 1. Cuota de participación de empresas intervinientes en el mercado relevante**

DEPTO	MUNICIPIO	No. ESTABLECIM. TOTALES	ALFARES	UNIDROGAS	ALFARES Y UNIDROGAS	CUOTA DE PARTICIPAC
ATLÁNTICO	BARRANQUILLA	1207	28	8	36	3%
BOLÍVAR	CARTAGENA	173	9	12	21	12%
	MAGANGUÉ	49	2	3	5	10%
	TURBACO	15	1	1	2	13%
CESAR	VALLEDUPAR	368	13	6	19	5%
CÓRDOBA	MONTELÍBANO	36	1	3	4	11%
	MONTERÍA	240	11	3	14	6%
MAGDALENA	SANTA MARTA	397	12	5	17	4%
SUCRE	SINCELEJO	262	1	1	2	1%

Fuente: Elaboración SIC basada en información obrante en el expediente<sup>24</sup>

Conforme a lo expuesto, se concluye que para 2009 **ALFARES** y **UNIDROGAS** no sumaban en conjunto más del 20% del mercado de comercialización particular de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente, para ninguna de las ciudades que conforman el mercado geográfico que fue definido en el numeral anterior.

En virtud del análisis realizado en el presente acápite del mercado relevante, y de las cuotas de participación conjuntas con que **ALFARES** y **UNIDROGAS** contaban en el mercado de comercialización particular de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente de las ciudades de Barranquilla – Atlántico; Cartagena, Magangué y Turbaco – Bolívar; Valledupar – Cesar; Montelíbano y Montería – Córdoba; Santa Marta – Magdalena; y Sincelejo – Sucre a 2009, este Despacho pudo establecer que en ninguna de las ciudades se superó el 20% de la participación en el mercado. Así las cosas, aun cuando la operación se entendería autorizada, esta debía ser notificada a la **SIC** conforme a lo previsto por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

#### 9.4.2. Deber de Información Previa de la Operación.

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan al monto establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio, 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.

Esta obligación debe ser cumplida ya sea mediante la solicitud de pre-evaluación cuando las intervinientes cuenten con más del 20% mercado relevante, o a través del trámite de notificación cuando su participación conjunta en el mercado relevante es inferior a dicho porcentaje, caso en el cual la operación se entenderá autorizada.

Ahora bien, en virtud de lo previsto por la norma en mención, el deber de informar o notificar, según el caso recae sobre las empresas que cumplan los supuestos (i) subjetivos; y (ii) objetivo:

<sup>24</sup> Información obtenida de Secretarías de Salud departamentales y/o Cámaras de Comercio de los diferentes municipios del mercado geográfico definido, obrantes en folios: 1293 a 1314 del Cuaderno Público No. 6, 1577 a 1591 del Cuaderno Público No. 8, 3030 a 3039 del Cuaderno Público No. 15, 4830 a 4865 del Cuaderno Público No. 24, 4908 a 4921 y 4937 a 4941 del Cuaderno Público No. 24, 634 del Cuaderno Reservado No. 1 y 2433 a 2435 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

*"Por el cual se impone una sanción"*

- a) **El supuesto subjetivo:** implica que las empresas que se pretendan integrar estén dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado, o que se encuentren dentro de la misma cadena de valor de dicho bien o servicio. Así, dentro de este supuesto se destacan dos preceptos: que exista una pluralidad de empresas a integrarse y que esas empresas desarrollen la misma actividad económica o que estén en la misma cadena de valor.
- b) **El supuesto objetivo:** También implica dos verificaciones. De un lado, implica verificar si las empresas intervinientes en la operación presentan, en el año inmediatamente anterior a la operación, activos o ingresos operacionales superiores a un monto mínimo establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio, ya sea individualmente o en conjunto. Para la época de los hechos bajo examen, el monto establecido por la Superintendencia era de 150.000 SMMLV en ingresos operacionales o activos totales, razón por la cual, quienes superaran ese monto individualmente o en conjunto, y cumplieran con el requisito subjetivo, debían informar la integración empresarial.

En segundo lugar, el supuesto objetivo implica determinar si las empresas pretenden fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sin importar la forma jurídica de la operación. En caso afirmativo, las empresas tendrán el deber de informar previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio su intención de llevar a cabo la operación.

Si las empresas cumplen con los supuestos subjetivo y objetivo, deberán abstenerse de iniciar la ejecución material de su integración hasta tanto: (i) no cuenten con autorización de la **SIC**, para el caso en que tengan 20% o más del mercado relevante, o (ii) no hayan notificado la operación a la **SIC**, para el caso en que tengan menos del 20% del mercado relevante. En este sentido, en ninguno de los dos eventos el aviso puede ser posterior a la operación, sino que debe realizarse con antelación a la misma, pues de no ser así se perdería el carácter preventivo de la norma (en el caso del deber de información), y se dejaría en manos de los particulares la definición de cuándo quieren notificar a la **SIC** su integración empresarial (en el caso del deber de notificación). Tan es esto cierto que el régimen de integraciones empresariales aplica cuando las intervinientes "**proyecten**" llevar a cabo una operación, con lo cual la obligación de informar o notificar es anterior a la operación.

De esta forma, el deber de información se erige como una obligación de no hacer que se incumple una vez las empresas intervinientes que cumplen los supuestos establecidos por la norma se integran sin que se haya informado la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio, **ya sea mediante la solicitud de pre-evaluación cuando las intervinientes cuenten con más del 20% mercado relevante, o a través del trámite de notificación cuando su participación conjunta en el mercado relevante es inferior a dicho porcentaje.** Nótese que si bien existen dos procedimientos para realizar el trámite dependiendo en la participación conjunta de las intervinientes, **en ambos casos sin excepción se debe informar a la Superintendencia previamente sobre la operación.**

En consecuencia, las empresas que pretendan llevar a cabo un proceso de integración empresarial en cualquiera de sus manifestaciones, y cuya situación se enmarque en los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, deben comunicar previamente la operación que pretendieran realizar a esta Entidad mediante el método pertinente de acuerdo con su participación en el mercado relevante, con el objetivo de determinar la procedencia de su ejecución<sup>25</sup>.

#### **9.4.3. Adecuación de la Conducta.**

Como se explicó anteriormente, una operación de concentración empresarial, deberá ser informada a la **SIC** cuando se cumplan los supuestos subjetivo y objetivo, los cuales para el caso objeto de estudio se configuran de la siguiente manera.

##### **9.4.3.1. Supuesto Subjetivo.**

Dentro del presente supuesto se analizan dos aspectos:

##### **a) Pluralidad de Empresas.**

<sup>25</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8315 de marzo 28 de 2003.

*"Por el cual se impone una sanción"*

El término empresa ha sido definido como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios<sup>26</sup>. Abarca **cualquier tipo de organización capaz de establecer de manera autónoma su comportamiento sobre el mercado**, independientemente de si esta unidad económica es conformada por varias personas jurídicas, o del carácter directo o indirecto de su intervención.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho concluye que **ALFARES** y **UNIDROGAS** se ajustan a la definición jurídica de empresas, por cuanto desarrollan de forma organizada y habitual una serie de actividades de naturaleza económica, labor para la cual tienen destinados a su interior un conjunto de activos.

**b) Que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor.**

Conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, las empresas que se dedican a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, tienen la obligación de informar ante la **SIC** las operaciones de integración que proyecten realizar.

En virtud de lo anterior, este Despacho entrará a establecer si para el momento de la operación objeto de estudio, **ALFARES** y **UNIDROGAS** se dedicaban a la misma actividad económica, o si tenían una relación de carácter vertical, al participar en la misma cadena de valor<sup>27</sup>.

De conformidad con lo analizado por el Despacho, se pudo establecer que la actividad económica<sup>28</sup> que desarrollaba **ALFARES** al momento de la operación, era el comercio al por menor de productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocador en establecimientos especializados. De forma simultánea, tiene como objeto social, la compra venta, dispensación, almacenamiento, suministro y distribución de medicamentos, productos farmacéuticos y productos químicos tanto para el consumo humano como para el uso animal, artículos, elementos y productos para el uso sanitario, odontológico y hospitalario, perfumes, jabones, cosméticos, productos de belleza y artículos de tocador, víveres y abarros, actividades clasificadas bajo los códigos **CIUU G5231**<sup>29</sup>.

A su vez, se pudo establecer que la principal actividad económica de **UNIDROGAS** está reportada al **SIREM** de la **SUPERSOCIEDADES**, clasificada bajo en código **CIUU G5135** y **G5231138**<sup>30</sup>, y consiste en el comercio al por mayor de productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocador, y como actividad secundaria la de comerciar al por menor de productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocador en establecimientos especializados. Así mismo, tiene como objeto social la adquisición, distribución, comercialización y dispensación de productos farmacéuticos, para consumo humano o animal, cosméticos, medicamentos, perfumería en general, y demás productos quirúrgicos al mayor y al detal entre otros.

<sup>26</sup> Código de Comercio, artículo 25.

<sup>27</sup> De conformidad con la Resolución 36006 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio, se define cadena de valor como:

*"(...) 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."*

<sup>28</sup> Folios 67 a 74 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>29</sup> La información corresponde a los siguientes códigos:

**CIUU 5135:** "Comercio al por mayor de productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocador".

**CIUU 5231:** "Comercio al por menor de productos farmacéuticos, medicinales y odontológicos; artículos de perfumería; cosméticos y de tocador en establecimientos especializados".

<sup>30</sup> La información corresponde a los siguientes códigos:

**CIUU 5135:** "Comercio al por mayor de productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocador".

**CIUU 5231:** "Comercio al por menor de productos farmacéuticos, medicinales y odontológicos; artículos de perfumería; cosméticos y de tocador en establecimientos especializados".

*"Por el cual se impone una sanción"*

De la revisión de las actividades económicas generadoras de ingresos en **ALFARES** y **UNIDROGAS** se pudo establecer que las empresas investigadas coinciden en el desarrollo de la misma actividad económica, por lo anterior se da cumplimiento al supuesto subjetivo.

#### 9.4.3.2. Supuesto Objetivo.

Este supuesto tiene lugar en la medida en que para el año 2009<sup>31</sup> el monto de los activos o de los ingresos operacionales de las empresas intervinientes que superara ciento cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (150.000 S.M.L.M.V.), es decir, setenta y siete mil doscientos cincuenta millones de pesos (COP \$77.250.000.000).

Por otra parte, es claro que con el arrendamiento del negocio de **ALFARES** a **UNIDROGAS** se produjo una integración empresarial, ya que **UNIDROGAS** pasó a controlar el negocio de **ALFARES** en el mercado, adquiriendo su control. Dos empresas que antes competían dejaron de hacerlo en virtud de la operación jurídico-económica realizada.

#### a) Monto de los activos.

Establece el artículo 1 de la Resolución 69901 del 31 de diciembre de 2009 *"Por la cual se establecen los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para informar una operación de integración durante el 2010"*

*"(...)*

*Fijar a partir del 1 de enero de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2010, en ciento cincuenta mil (150.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para efectos de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.*

*(...)"*

De conformidad con la información correspondiente a estados financieros del año 2009<sup>32</sup>, aportada por **ALFARES** el total de los ingresos operacionales fue de treinta y tres mil setecientos noventa millones doscientos sesenta y cuatro mil ochocientos noventa y tres pesos (COP \$33.790.264.893) y el total de los activos para la misma anualidad fue de treinta y tres mil novecientos ochenta y seis millones doscientos ochenta y cuatro mil ciento sesenta y seis pesos (COP \$33.986.284.166).

Por otro lado, de la información correspondiente a estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2009 aportada por **UNIDROGAS**<sup>33</sup>, se evidencia que el total de los ingresos operacionales fue de cien mil trescientos seis millones novecientos ocho mil pesos (COP \$100.306.908.000), y el total de los activos para el mismo año fue de cincuenta y tres mil setecientos trece millones ochocientos setenta y cuatro mil pesos (COP \$53.713.874.000).

De conformidad con lo expuesto en el Informe Motivado, y tal y como se encuentra contemplado en los estados financieros a 31 de diciembre de 2009<sup>34</sup>, las empresas investigadas contaron con ingresos conjuntos aproximados valorados en ciento treinta y cuatro mil noventa y siete millones ciento setenta y dos mil ochocientos noventa y tres pesos (COP \$134.097.172.893). Por lo anterior, los ingresos son superiores al umbral de setenta y siete mil doscientos cincuenta millones de pesos (COP \$77.250.000.000) equivalentes a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (150.000 S.M.L.M.V.).

<sup>31</sup> Resolución 69901 del 31 de diciembre de 2009 *"Por la cual se establecen los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para informar una operación de integración durante el 2010"*

<sup>32</sup> Folios 862 a 863 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

<sup>33</sup> Folios 1074 a 1076 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

<sup>34</sup> Folios 862 a 863 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por el cual se impone una sanción"

**Tabla No. 2. Activos e ingresos operacionales de ALFARES y UNIDROGAS con corte a 31 de diciembre de 2009**

SOCIEDAD	INGRESOS OPERACIONALES 2009	ACTIVOS TOTALES 2009
ALFARES	\$33.790.264.893	\$33.986.284.166
UNIDROGAS	\$100.306.908.000	\$53.713.874.000
TOTAL	\$134.097.172.893	\$87.700.158.166

Fuente: Elaboración SIC con base en información aportada por las empresas intervinientes.

De lo expuesto anteriormente, este Despacho encuentra que tanto los ingresos operacionales como los activos totales que obtuvieron las empresas investigadas a 31 de diciembre de 2009, superan el umbral establecido por la Resolución 69901 del 31 de diciembre de 2009 y el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

### b) Naturaleza de la Operación.

Frente a la forma jurídica de una integración empresarial esta Superintendencia ha señalado:<sup>35</sup>

**"19. Forma jurídica de una integración:** Hace referencia a la modalidad de integración. Puede ser una adquisición de acciones, compra de activos, fusión, escisión, creación de una empresa, alianzas empresariales, contratos de franquicia, etc.

(...)

**23. Integración:** Cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas, el control de parte de ellas, o para crear una nueva empresa, con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente. El término integración implica, sin importar la forma jurídica de la operación, la combinación de una o más actividades en las cuales cesa la competencia entre las empresas que llevan a cabo la integración, posterior al perfeccionamiento de la misma

(...).".

Conforme a lo anterior, hay diversas formas mediante las cuales se podrá configurar una concentración empresarial, por lo cual se entrará a analizar si la forma jurídica utilizada por **ALFARES** y **UNIDROGAS** configuró una integración.

### (i) Acuerdo de reorganización empresarial

Conforme se estableció mediante "Acta Correspondiente a la Audiencia de confirmación del Acuerdo de Reorganización de Almacенamientos Farmacéuticos Especializados Alfares S.A. en Reorganización Empresarial",<sup>36</sup> el 7 de julio de 2010 se suscribió un Acuerdo de Reorganización de conformidad con lo previsto por la Ley 116 de 2006.

De conformidad con la legislación colombiana, el proceso de reorganización busca que las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto, cuando se consideran viables, mediante un acuerdo puedan normalizar y preservar sus relaciones comerciales mediante la reestructuración operacional, administrativa o de pasivos, sin perjuicio de que el mismo culmine en un proceso judicial de liquidación empresarial<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Guía de Integraciones Empresariales, Definiciones, disponible en <http://issuu.com/asteroide10/docs/guaintegracionesempresariales> esp (Consultado el 31 de julio de 2015).

<sup>36</sup> Folios 2773 a 2809 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

<sup>37</sup> Ley 1116 de 2006

**"Artículo 1 Finalidad del Régimen de Insolvencia** El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

*“Por el cual se impone una sanción”*

Para lo anterior, conocerá del proceso de insolvencia como juez del concurso la Superintendencia de Sociedades en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 116 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, es preciso aclarar que conforme lo establece el artículo 7 de la Ley 1116 de 2006, el inicio, la impulsión y la finalización del proceso de insolvencia, así como de los asuntos sometidos a él, no dependerán ni estarán condicionados o supeditados a la decisión que haya de adoptarse en otro proceso, cualquiera sea su naturaleza. Así mismo, las decisiones que se produzcan en el proceso de insolvencia tampoco eximen del cumplimiento de otras obligaciones legales que surjan de los mismos.

En virtud de lo anterior, el proceso de insolvencia iniciado ante la SUPERSOCIEDADES no exime a las intervinientes de adelantar, simultáneamente, trámites correspondientes ante la **SIC** para notificar o informar una integración empresarial, so pena de violar lo establecido por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Así las cosas, menciona el Acta de la Audiencia de confirmación del Acuerdo de Reorganización, que desde 2007 **ALFARES** venía afrontando dificultades financieras que motivaron a uno de sus acreedores, la sociedad MEDALCO FARMACÉUTICA S.A., a elevar ante la SUPERSOCIEDADES una solicitud para que **ALFARES** fuera admitida a un proceso de reorganización empresarial.

En este sentido, **ALFARES** manifestó lo siguiente dentro de la respuesta al requerimiento de información enviado por la **SIC** el 25 de abril de 2012:<sup>38</sup>

*“(…)*

*F. Por lo anterior, considerando que para ALFARES S.A. era muy difícil continuar sola con su operación, dadas las dificultades suscitadas con sus principales proveedores y el monto del pasivo a su cargo, la compañía en aras de asegurar su preservación en el mercado y procurar una adecuada protección del crédito, estructuró el Acuerdo de Reorganización con sus acreedores, bajo el supuesto esencial o fundamental de la celebración del contrato de arrendamiento con UNIDROGAS S.A., a fin de que el canon que, por tal concepto percibiera, fuera destinado exclusivamente a atender el pasivo a su cargo, que para esa época ascendía a la suma de \$80.000.000000,00 aproximadamente.*

*(…)”*

Verificados los requisitos para su ingreso dentro del proceso de reorganización, la solicitud fue aceptada por la SUPERSOCIEDADES mediante Auto No. 430-016337 del 24 de agosto de 2009, designando como Promotor al doctor Edgar Sánchez García.

Así las cosas, los acreedores consideraron que **ALFARES** podría ser una sociedad viable y en esta medida, se debería preservar en el mercado bajo la implementación de un plan estratégico *“(…) enmarcado dentro de la celebración de un contrato de arrendamiento mediante el cual, le sea entregado a un tercero, la tenencia y explotación de la RED COMERCIAL de propiedad de ALFARES, de forma que el canon de arrendamiento que periódicamente perciba ALFARES se destine exclusivamente a atender el pago de los programas previstos en la cláusula VIII del presente Acuerdo, así como los gastos que demande la operación de la compañía que se reducirá a partir de la firma del contrato de arrendamiento”*<sup>39</sup>

En virtud de lo anterior, luego de que se analizaran las propuestas presentadas por los interesados en la RED COMERCIAL, se estableció que la más favorable para el proceso de reorganización que

*El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.*

*El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.*

*El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias”.*

<sup>38</sup> Folio 786 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

<sup>39</sup> Folio 2778 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

“Por el cual se impone una sanción”

venía adelantando **ALFARES**, era la de arrendar el negocio a **UNIDROGAS**. En esta medida se suscribió el contrato de arrendamiento, que por su naturaleza es de tracto sucesivo, que incluía dentro de las obligaciones y como parte de la operación lo siguiente:<sup>40</sup>

- La entrega a **UNIDROGAS**, a título de arrendamiento, de la tenencia y explotación de la RED COMERCIAL de **ALFARES**, conformada por ciento nueve (109) locales comerciales destinados a la venta al detal de medicamentos para consumo humano, cosméticos y otros productos afines, por el término de 20 años.
- La venta paulatina de **ALFARES** a **UNIDROGAS** de: (i) los inventarios, esto es, los productos o mercancías distribuidos en los establecimientos que conforman la RED COMERCIAL de **ALFARES**, que a la fecha de inicio del contrato de arrendamiento se encontraban en poder de esta última; y (ii) el lote de terreno junto con la edificación en él construida, ubicado en la ciudad de Barranquilla.
- El licenciamiento a favor de **UNIDROGAS** de los nombres y enseñas comerciales *LA BOTICA – Droguería* y *LA BOTICA EXPRESS – Droguería* para identificar los establecimientos de la RED COMERCIAL, objeto del contrato de arrendamiento.
- Celebrar un acuerdo de sustitución patronal al tercer año de la ejecución del contrato de arrendamiento, en los términos del artículo 67 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, sobre la totalidad del personal vinculado a **ALFARES**.

En desarrollo de lo expuesto anteriormente, la suscripción del contrato de arrendamiento entre **ALFARES** y **UNIDROGAS** sobre la RED COMERCIAL, fue supeditada a una condición suspensiva, en la cual se requeriría la aprobación y posterior confirmación del Acuerdo de Reorganización, por parte de los acreedores y el juez del concurso<sup>41</sup>. No se incluyó como condición suspensiva la notificación a la **SIC** de la integración empresarial.

Así las cosas, mediante escrito radicado 2010-01-145547 de 25 de junio de 2010, el Promotor de **ALFARES** presentó ante la SUPERSOCIEDADES el acuerdo de reorganización aprobado por los acreedores, que a su vez fue aceptado por el juez del concurso mediante Audiencia de Confirmación del Acuerdo el 7 de julio del mismo año<sup>42</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, teniéndose como cumplida la condición suspensiva pactada dentro del contrato de arrendamiento, el 15 de septiembre de 2015, en la ciudad de Barranquilla se reunieron **ALFARES** y **UNIDROGAS**, donde formalizaron la entrega de la RED COMERCIAL e iniciaron la ejecución del contrato de arrendamiento<sup>43</sup>.

Ahora bien, un acuerdo de reorganización puede implicar una fusión, consolidación, adquisición de control o integración, sin importar la motivación por la cual se generó dicha operación. La ley no diferencia la forma jurídica en la que se consolida la operación, sino como se ejecuta, así como las implicaciones que de ella se derive en el mercado conforme lo establece el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

#### **De la adquisición de control.**

Uno de los aspectos más importantes al determinar si una transacción entre competidores o compañías que participan en una misma cadena de valor, debe ser reportada a la **SIC**, consiste en **establecer si una de ellas obtendrá o no control sobre la otra**. Dependiendo de lo anterior y del

<sup>40</sup> Folios 42 a 65 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>41</sup> Folio 2781 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

<sup>42</sup> Folios 2805 a 2809 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

<sup>43</sup> Folio 117 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.



*"Por el cual se impone una sanción"*

cumplimiento de otros requisitos establecidos en la Ley 1340 de 2009,<sup>44</sup> las empresas intervinientes deberán: i) someter la operación al estudio de la **SIC** con anterioridad a su ejecución, para que dicha Entidad establezca si de concretarse la transacción se produciría una restricción indebida a la libre competencia; o ii) notificar a la Superintendencia de su decisión de integrarse, y señalar que las empresas involucradas tienen en conjunto o individualmente consideradas menos del 20% del mercado relevante.

Conforme lo establece el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, control se entiende como *"[la] posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa"*,<sup>45</sup> De esta forma se considera control los eventos en los cuales, aun cuando no se adquiere la participación mayoritaria de una compañía, ni tampoco la participación mayoritaria en los órganos de administración de la misma, se otorga una influencia competitiva que se ajuste a las situación descrita dentro de la norma citada.

La **SIC** ha reconocido que existen múltiples formas a través de las cuales dos o más empresas se pueden integrar: fusión, consolidación, toma de control,<sup>46</sup> compraventa de activos, creación de una empresa común, entre otras. En esta medida, mediante Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014 y 32184 del 19 de mayo de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio le dio alcance al concepto de control en el derecho de la competencia colombiano, y estableció su diferenciación con el concepto de control corporativo.

El concepto de control establecido en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 es norma especial que se aplica a los procedimientos de competencia, consagrando un contenido y una finalidad específica. Por lo anterior, dicho concepto tiene un mayor alcance que el establecido en los artículos 261 y 262 del Código de Comercio.

Conforme lo establece el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, la **SIC** señaló en Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014 control es *"la posibilidad de influir en las decisiones de otra empresa que se encuentren relacionadas con la forma en que se comporta en el mercado, a saber (i) la política empresarial, (ii) la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa"*<sup>47</sup>,

Para la **SIC**, la posibilidad que tiene una empresa de influir en decisiones como las enlistadas, que impactan sobre la estrategia competitiva en el mercado, permite a una empresa influir en el desempeño de otra en el mercado. Por lo mencionado anteriormente, la **SIC** concluye que el elemento esencial en la definición de control es que *"una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra"*.<sup>48</sup>

En esta medida, la determinación de si una empresa tiene o adquirirá el control sobre otra como resultado de una operación se deberá hacer caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que rodearon la transacción.

Bajo este marco jurídico y teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente, este Despacho concluye que la operación realizada por **ALFARES** y **UNIDROGAS** compone una integración mediante una adquisición de control, la cual se materializó por los intervinientes mediante la suscripción y ejecución del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**.

<sup>44</sup> Los requisitos son: que se cumpla el supuesto subjetivo es decir las empresas participen en la misma actividad económica o cadena de valor y, adicionalmente, el cumplimiento del supuesto objetivo tengan un mínimo de ingresos operacionales o activos totales, según lo establezca la SIC.

<sup>45</sup> Numeral 4, Artículo 45, Decreto 2153 del 30 de Diciembre de 1992, *"Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones"*.

<sup>46</sup> Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014 y Resolución 32184 del 19 de mayo de 2014, caso EEB – ISAGEN.

<sup>47</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014, caso EEB-ISAGEN, Pág. 11

<sup>48</sup> *Ibidem*.

*“Por el cual se impone una sanción”*

Dicha operación posibilitó la explotación de toda la RED COMERCIAL de **ALFARES** por parte de uno de sus competidores en el mercado, **UNIDROGAS**, teniendo la capacidad de decidir sobre toda la estrategia competitiva que tendría su competidor en el mercado de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente de las ciudades de Barranquilla – Atlántico; Cartagena, Magangué y Turbaco – Bolívar; Valledupar – Cesar; Montelíbano y Montería – Córdoba; Santa Marta – Magdalena; y Sincelejo – Sucre.

De las cláusulas del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL, este Despacho pudo establecer que **UNIDROGAS** adquirió el control sobre **ALFARES** por cuanto se convirtió en el administrador y tenedor de la totalidad de la RED COMERCIAL, entendida como una unidad de negocio en marcha<sup>49</sup>, conformada por ciento nueve (109) locales comerciales destinados a la venta al detal de medicamentos para consumo humano, cosméticos y otros productos afines por el término de veinte (20) años; la venta paulatina de (i) inventarios y de (ii) el lote de terreno junto con la edificación en él construida, ubicado en Barranquilla; el licenciamiento de los nombres y enseñas comerciales “*LA BOTICA –Droguería*” y “*LA BOTICA EXPRESS –Droguería*” para identificar los establecimientos de la RED COMERCIAL; y la celebración de un acuerdo de sustitución patronal al tercer año de la ejecución del contrato de arrendamiento, en los términos del artículo 67 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, sobre la totalidad del personal vinculado a **ALFARES**.

Así las cosas, la operación de integración se concretó con la formalización del contrato de arrendamiento, que se evidencia mediante Acta del 15 de septiembre de 2015, donde concurren **ALONSO JOSÉ LÓPEZ RUIZ**, en su calidad de Representante Legal de **ALFARES**, **ANGEL MEJÍA CÓRDOBA**, contador de **ALFARES**, **JUAN FRANCISCO SUÁREZ**, en su calidad de Representante Legal de **DROGUISTAS** y **EDGAR VELÁSICO ARIZA**, revisor fiscal de **DROGUISTAS**, quienes se hicieron presentes para la formalización de la entrega de la RED COMERCIAL y dieron inicio formal a la ejecución del contrato de arrendamiento<sup>50</sup>.

Aunado a lo anterior, aun cuando este Despacho logró establecer que la integración por adquisición de control se concretó con la entrega material de la RED COMERCIAL, en virtud de lo estipulado dentro del contrato de arrendamiento es claro que **UNIDROGAS** seguiría consolidando su control sobre **ALFARES** de forma paulatina, por cuanto se estipuló dentro del contrato de arrendamiento que posterior a la entregas y tenencia de la RED COMERCIAL de **ALFARES** surgirían obligaciones adicionales:

*“TERCERO. VENTA DE INVENTARIOS.- En virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1 de la cláusula tercera de EL CONTRATO, una vez culminaron las diligencias de toma física de inventarios (productos) en los puntos de venta y en la bodega, se procedió a la valorización de los mismos, conforme al costo promedio registrado en la contabilidad de ALFARES (...).*

*En este sentido, es preciso dejar constancia que de la venta pactada a favor de UNIDROGAS fueron excluidos los productos que se encontraban para devolución a los proveedores, (...).<sup>51</sup>*

*“CUARTO. VENTA DE ACTIVOS FIJOS.- Habida cuenta de lo previsto en el numeral 3.3 de la cláusula tercera de EL CONTRATO, una vez finalizaron las diligencias de inventario de los activos fijos que se encontraban en la Bodega de propiedad de ALFARES y de establecer cuáles de éstos bienes serían enajenados a UNIDROGAS, se procedió a determinar el precio de dicha compraventa (...).<sup>52</sup>*

En virtud de lo expuesto anteriormente, mediante la operación realizada entre **ALFARES** y **UNIDROGAS** la primera pasó a ser controlada directamente por la segunda, generando efectos dentro de mercado colombiano por cuanto cada una de estas empresas tenía presencia y autonomía dentro del mercado de comercialización particular de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente, de las ciudades de Barranquilla Atlántico; Cartagena, Magangué y Turbaco – Bolívar; Valledupar – Cesar; Montelíbano y Montería – Córdoba; Santa Marta

<sup>49</sup> Folio 57 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>50</sup> Folios 114 a 121 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>51</sup> Folio 118 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>52</sup> Folio 119 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*"Por el cual se impone una sanción"*

– Magdalena; y Sincelejo Sucre, previo a la suscripción del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**.

Para concluir, este Despacho determinó que la operación que se ejecutó entre las empresas investigadas es una integración que cumplió con el supuesto objetivo, encontrándose en la obligación de informar la integración, por cuanto del acervo probatorio obrante en el expediente se evidencia que las empresas investigadas tuvieron ingresos y activos por encima del umbral establecido en la Ley. En esta medida se incumplió con el deber de informar a esta Superintendencia de la operación, a pesar de que se cumplían con los supuestos establecidos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

A pesar de que la operación cumplía con el supuesto objetivo y subjetivo para tener que notificarse a la SIC con anterioridad a su concreción, dicha notificación no ocurrió por expresa disposición de las partes dentro del contrato.

En efecto, en el numeral 1.6 del Contrato de Arrendamiento se estableció:

*"(...)*

*1.6. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 2.1 del Capítulo II del Título VII de la Circular Unica (sic) de la Superintendencia de Industria y Comercio, las partes están de acuerdo en que no hay lugar a informar a la precitada Superintendencia sobre la celebración del presente contrato, como quiera que no se cumplen los presupuestos enunciados en los citados preceptos".*

Lo anterior fue ratificado por **ALFARES** mediante respuesta al requerimiento de información de la **SIC**<sup>53</sup>:

*"(...)*

*g. En consideración a que el objeto del contrato de arrendamiento celebrado con la firma UNIDROGASS.A. hace referencia al conjunto de establecimientos de comercio de propiedad de ALFARES S.A., es decir de la Red de Droguerías que había ido conformando a lo largo de más de 15 años de existencia en el mercado, no existe una regulación especial para esta clase de operaciones y la celebración de dicho contrato se rigió por la regla general consagrada en el artículo 533 del Código de Comercio; en consecuencia, las partes intervinientes fundadas en el principio de la autonomía privada de la voluntad, no acudieron a ninguna autoridad ni adelantaron ningún trámite de autorización para la celebración del contrato de arrendamiento de la Red Comercial.*

*(...)"*

Ahora bien, conforme a lo explicado en esta Resolución, a pesar de que el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL tuvo como origen las dificultades de carácter financiero que venía presentando **ALFARES**, que a su vez llevaron a la suscripción de un acuerdo de reorganización aprobado por la SUPERSOCIEDADES, dicha situación no eximía a las intervinientes de la obligación de notificar la operación, por cuanto es absolutamente claro que la misma constituyó una integración. Dicha omisión las llevó al incumpliendo el deber previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 2009, por cuanto no se notificó la **SIC** de la operación realizada.

#### **9.5. FRENTE A LAS OBSERVACIONES DE LOS INVESTIGADOS.**

Los investigados señalan que fue dentro del marco de la crisis financiera y el trámite concursal al que **ALFARES** debió entrar que se dio la suscripción del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL. Por lo anterior, lejos de querer una integración empresarial, -buscando la desaparición de un agente del mercado- el proceso buscaba la recuperación de la empresa con la ayuda de **UNIDROGAS**, por cuanto **ALFARES** se mantendría explotando su negocio con los mismos signos distintivos que lo venían identificando, bajo la tutela de la SUPERSOCIEDADES.

Este Despacho no acoge el citado argumento, en la medida en que el hecho de que la integración se hubiese dado en el marco de un proceso de reorganización no elimina la ocurrencia de una integración que, según la Ley de competencia, debe ser informada a la **SIC**, sea mediante

<sup>53</sup> Folio 786 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por el cual se impone una sanción"

notificación o pre evaluación. El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 es claro en señalar el trámite administrativo que se debe cumplir cuando concurren los supuestos subjetivo y objetivo en una transacción que implica integración empresarial, sin que existan excepciones relacionadas con la fuente o causa de la integración.

Por lo anterior, el proceso de insolvencia iniciado ante la SUPERSOCIEDADES no exime a las intervinientes de adelantar, simultáneamente, trámites correspondientes ante otras autoridades, incluyendo la SIC. Avalar este argumento implicaría aceptar que una empresa en reorganización, por el simple hecho de tener la autorización de la SUPERSOCIEDADES, estaría eximida de cumplir con la ley laboral, tributaria, y de competencia, que se activan cuando ocurren este tipo de transacciones.

Es claro que la SUPERSOCIEDADES conoce del proceso de insolvencia como juez del concurso, en uso de sus facultades jurisdiccionales. No obstante, el artículo 7 de la Ley 1116 de 2006 establece que, el inicio, la impulsión y la finalización del proceso de insolvencia, así como de los asuntos sometidos a él, no dependerán ni estarán condicionados o supeditados a la decisión que haya de adoptarse en otro proceso, cualquiera sea su naturaleza. Así mismo, las decisiones que se produzcan en el proceso de insolvencia tampoco eximen del cumplimiento de otras obligaciones legales que surjan de los mismos.

De lo anterior se evidencia que la aprobación del acuerdo de reorganización por el juez del concurso no se extiende a la aprobación de la operación de concentración empresarial que se proyectó, ni mucho menos eximía a las intervinientes de su obligación de informar o notificar ex ante a la SIC violando el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

También manifiestan las investigadas que la operación proyectada no tenía un carácter permanente, por cuanto el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de ALFARES cuenta con un plazo límite de veinte (20) años, y se establecieron causales de terminación anticipada, razón por la cual el mismo no estaría llamado a perdurar en el tiempo.

Para este Despacho el presente argumento se encuentra alejado de las normas sobre libre competencia, no solo porque el contrato sí tiene vocación de permanencia o duración en el tiempo (20 años), sino también porque este tipo de negocios, por su naturaleza, implican una adquisición de control que genera concentración en el mercado. Tan es cierto eso que un mismo empresario tomará las decisiones económicas sobre dos empresas que antes eran competidoras durante veinte (20) años, tiempo más que suficiente para modificar estructuralmente el mercado.

Nótese que la ley no diferencia la forma jurídica en la que se consolida la operación, sino que toma en cuenta sus efectos en el mercado, existiendo en este caso un efecto concentrativo claro al unirse dos negocios que antes participaban autónomamente en el mercado.

En virtud de lo anterior, la duración del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL, en este caso, no es un factor para afirmar que no ocurrió una integración, máxime cuando el contrato generaba un efecto concentrativo por veinte (20) años, teniendo así una vocación de permanencia, independientemente de que, como en todo negocio, exista un alea en virtud de la cual el contrato pueda terminar, lo cual constituye una excepción que no borra su vocación de permanencia.

Los investigados señalan que la Ley en ningún momento establece que la notificación de una operación de integración deba ocurrir con anterioridad a su perfeccionamiento, con lo cual no se habría incumplido ninguna obligación. Dicen, adicionalmente, que fue solo hasta la Resolución 35006 del 30 de julio de 2010 que se señaló que la notificación debería ser anterior a la concreción de la operación, y que el contrato de arrendamiento fue firmado con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma.

Para este Despacho no son aceptables los argumentos presentados por las intervinientes en relación con este aspecto, por las siguientes razones:

El artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 establece que existen dos posibles trámites a seguir para atender el deber de información *ex ante* al momento de realizar una integración empresarial, y son los intervinientes quienes deben escoger cuál es el camino adecuado, dependiendo de la participación con que cuenten en los mercados relevantes involucrados.

*“Por el cual se impone una sanción”*

**“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;*

*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. (...).”*

Así entonces, cuando los intervinientes cuenten con más del 20% del mercado relevante, deberá agotarse el procedimiento de solicitud de pre-evaluación, que según el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 comporta una serie de fases en la que se solicita y se analiza información específica de los mercados afectados y las empresas interesadas. Por su parte, cuando los intervinientes cuenten con menos del 20% del mercado relevante, el artículo 9 de la Ley 1340 establece que se debe agotar un procedimiento de información de la operación más expedito, mediante una notificación de la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio. Nótese que estos procedimientos, aunque diferentes en cuanto al rigor con que se estudia la operación dependiendo la cuota de mercado de las partes, tienen en común que deben agotarse de manera previa a su realización.

Esta posición no ha admitido discusión alguna, pues se generó desde el momento mismo de la expedición de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que el texto de la norma es claro frente al carácter *ex ante* de cualquier mecanismo de información: el párrafo en cuestión establece:

*“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 (...).” (Subraya y negrilla fuera de texto)*

En el sentido expuesto, es claro que todas las operaciones de integración empresarial que se **proyecten realizar**, y que cumplan con los supuestos objetivo y subjetivo establecidos en la norma pero que en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado, se deben notificar *ex ante* a esta Superintendencia, pues de lo contrario se desconocería el tenor literal de la norma en cuestión.

Acoger la posición de las intervinientes implicaría que son las empresas quienes eligen el momento en que notifican su integración, y que por consiguiente nunca incumplirían tal obligación, ya que siempre que la autoridad las requiriera estarían prestas a cumplir con el deber tardíamente, así en principio hubiesen olvidado el cumplimiento del mismo. Tal interpretación no atiende ni al tenor literal de la norma ni al contexto en el cual fue redactada. Para esta superintendencia es claro que el cumplimiento del deber legal de información de integraciones no puede quedar supeditado a la voluntad de los intervinientes, pues su oportunidad está plenamente establecida en la norma referida. De lo anterior se concluye que tanto el trámite de pre-evaluación, como el de notificación deben iniciarse de manera previa a la concreción de la integración.

Esta posición ha sido mantenida por la Superintendencia desde la expedición de la Ley 1340 de 2009 en virtud de la naturaleza de las disposiciones plasmadas en la ley, que consagran la función de control *ex ante* de integraciones como un mandato legal a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única de competencia. De hecho, esta posición fue plasmada en el Concepto emitido por esta Entidad radicado bajo el No. 10-30888-2-0 del 21 de mayo de 2010, en los siguientes términos:

*"Por el cual se impone una sanción"*

*"4.- Por su parte, el inciso 2° del artículo 9° y el artículo 10 de la Ley 1340, previeron dos trámites diversos para el cumplimiento del deber citado. El primero denominado trámite de notificación y el segundo de información.*

*5.- El trámite de información presupone:*

- a. Que la operación proyectada cumpla con los supuestos previstos en el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009.*
- b. El agotamiento de los pasos procesales previstos en el artículo 10° de la Ley 1340 de 2009.*
- c. El estudio económico y jurídico de la operación por parte de la autoridad de competencia que define el o los mercados relevantes afectados con la integración.*
- d. Quien decide si autoriza, objeta o condiciona la operación es la autoridad de competencia.*

*6.- Si el trámite es el previsto en el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1340 de 2009, se debe notificar a la autoridad de competencia la operación proyectada, lo cual supone:*

- a. Que la operación proyectada cumpla con los supuestos previstos en el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009.*
- b. Los interesados asumen la tarea de definir (i) el mercado relevante afectado por la operación de integración notificada y (ii) la participación que las empresas intervinientes tienen en el mismo, que en todo caso debe ser inferior al 20%.*
- c. **La notificación se debe hacer antes de efectuada la operación.**" (Negrilla fuera de texto)*

*(...)"*

Además de lo anterior, debes señalarse que incluso aceptando la tesis del investigado sobre que la norma que estableció la obligación de notificar la operación con anterioridad a su perfeccionamiento fue la Resolución No. 35006 de 2010 y no la propia Ley 1340 de 2009, -tesis que no es cierta-, la operación se concretó el 15 de septiembre de 2010, fecha posterior a la entrada en vigencia de la Resolución en mención, por lo cual el argumento tampoco sería acertado.

En virtud de lo anterior, los argumentos expuestos en el traslado del Informe Motivado según los cuales las empresas investigadas estaban exentas de atender el deber de información previa de integraciones serán rechazados, en tanto que, tal y como se explicó en detalle, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 consagró que las operaciones de integración entre agentes de mercado que cumplan con los supuestos establecidos en la ley, pero que en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado, deben notificar ex ante a esta entidad de la operación proyectada para efectos de que la misma tenga conocimiento y ejerza su deber legal de control, inspección y vigilancia.

Finalmente argumentan las investigadas que la Delegatura violó el principio de congruencia, por cuanto, mediante Resolución No. 61415 de 2002 se abrió investigación administrativa por supuesta omisión al deber de informar una operación de integración, pero en el Informe Motivado se recomienda sancionar a las investigadas por la supuesta omisión al deber de notificación dicha operación.

Para el Despacho el presente argumento carece de toda validez, en la medida en que la Resolución No. 61415 de 2002 mediante la cual se dio apertura a la investigación emplea el término "información" como el género del deber establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 sobre todas las operaciones de integración empresarial que se proyecten realizar, y que cumplan con los supuestos objetivo y subjetivo establecidos en la norma. El género informar abarca los supuestos de notificación y sometimiento a pre evaluación de la operación, con lo cual no se puede afirmar una violación al principio de congruencia.

Tan es cierto lo anterior que los investigados se defendieron todo el tiempo de no haber violado el deber de notificar, lo cual les reprocha la SIC en este caso, sin que se pueda decir que no existía claridad sobre el cargo imputado.

#### **9.6. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS.**

De conformidad con el numeral 12 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para:

*"Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto*

*"Por el cual se impone una sanción"*

2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)"

Para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, debe establecer la responsabilidad de la empresa a la que se encuentran vinculadas.

En virtud de lo anterior, y una vez comprobada la omisión del deber de informar a esta Superintendencia la operación de integración realizada por **ALFARES** y **UNIDROGAS**, este Despacho procede a determinar si las personas naturales y representantes legales investigados habrían autorizado, ejecutado o tolerado la ejecución de dicha conducta.

**9.5.1. Responsabilidad de ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS Representante Legal de ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. "EN REORGANIZACIÓN".**

**ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** fue nombrado Gerente de **ALFARES** mediante Escritura Pública No. 5.874 del 19 de octubre de 2005, registrado en la Cámara de Comercio el 21 de octubre de 2005, conforme al Certificado de Existencia y Representación Legal del 17 de febrero de 2010. Para la época de los hechos objeto de investigación **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** ostentaba dicho cargo <sup>54</sup>

Tal y como consta en el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**, el Representante Legal fue el encargado de su celebración el 4 de mayo de 2010<sup>55</sup>:

*"ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Barranquilla, identificado con la cedula de ciudadanía 13.254.713 de Cúcuta, obrando en su condición de representante legal debidamente autorizado por la Asamblea general de Accionistas de la compañía **ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. "EN REORGANIZACIÓN"**, sociedad legalmente constituida, de conformidad con las leyes colombianas vigentes, domiciliada en la ciudad de Barranquilla e identificada con el NIT número 802.002.021-3, todo lo cual consta en el Acta de Asamblea número 001-2010, de fecha 30 de marzo del año 2010.*

(...)

*Todos hábiles para contratar y obligarnos hemos convenido celebrar un **Contrato De Arrendamiento De Red Comercial** que se regirá por las siguientes cláusulas y en lo no previsto en ellas por las leyes comerciales y civiles vigentes, buscando que prevalezcan la voluntad de las partes prevista en el presente documento (...)"*

De conformidad con lo anterior, en diligencia de interrogatorio practicada por la Delegatura el 20 de enero de 2014<sup>56</sup>, se le preguntó **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** sobre los hechos relacionados con la presente investigación dentro de la cual expresó lo siguiente:

*"DESPACHO: Quisiéramos saber de todos los hechos que usted tenga conocimiento y que estén relacionados con la investigación*

**ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS:** (...) **ALFARES** estaba incurso en un proceso de reorganización y fue admitida ante la Superintendencia de acuerdo a la ley 1116 en agosto del año 2009. ¿Por qué entramos a ese proceso? la compañía tuvo unos problemas financieros y no le pudo cumplir a sus proveedores en ese momento se presenta un no pago y la compañía solicita a la superintendencia que sea admitida en un proceso de reorganización para poder cumplirle a esos proveedores en ese momento. Una vez estando admitido pues sus ingresos empiezan a verse en una caída muy fuerte porque la compañía venía de vender más o menos unos 5 mil millones de pesos mensuales y ante esta situación la mayoría de los proveedores ninguno nos empieza a vender entonces las ventas bajan dramáticamente obviamente no les estaba pagando

<sup>54</sup> Folio 2339 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

<sup>55</sup> Folios 44 a 65 el Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>56</sup> Folios 1504 a 1505 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por el cual se impone una sanción"

no me despachaban y a algunos sobre todo las multinacionales que son el gran fuerte del mercado farmacéutico les pedimos incluso que nos vendieran de contado, porque yo tenía bajo mi responsabilidad 110 unidades de negocio y tenía 360 370 familias que dependían de esos negocios, entonces era mi deber como representante legal tratar de echar hacia adelante ese negocio.

(...)

Haciendo análisis internos nosotros nos dimos cuenta que eso no podía seguir así, indefectiblemente nos íbamos a ver abocados a una liquidación, entonces empezamos a ver a buscar inversionistas haber quien quería en un momento determinado invertir en este negocio, como usted comprenderá no es fácil invertir en un negocio que está en 1116 y que tiene un pasivo tan alto teníamos un pasivo bastante alto un pasivo como de 75 mil 76 mil millones de pesos.

(...)

(...) se presentó **UNIDROGAS** que estaba en el ramo, conoce el ramo el dueño de **UNIDROGAS** don Juan Suarez una persona que conoce la costa, conoce el medio y pensamos que podía ser una buena opción, incluso inicialmente él aspiraba que se le arrendará por un menor tiempo un tiempo corto y nosotros le dijimos queremos una solución de fondo no buscar un pañito de agua tibia. Yo necesito que alguien tome las riendas de esto pero que también le meta para que fortalezca estos negocios y yo con ese arriendo haciendo una proyección de flujos de caja nos daba que con ese arriendo a 20 años yo podía pagar el pasivo. Y le planteamos a él que si verdaderamente estaba interesado el negocio no era por 5 ni por 10 sino que era por 20 años y a él le sino por esa razón se hizo un contrato con él.

(...) si yo no hubiese buscado ese aliado muy seguramente **ALFARES** ya se hubiera liquidado hace más de un año.

**DESPACHO:** ¿Cómo fue ese proceso al interior de la compañía?

**ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS:** Surge la idea, se buscaron las diferentes alternativas yo empiezo a tocar el tema con la junta directiva, a la junta directiva le parece bien ya cuando hay más o menos el bosquejo de como sería hay que presentarlo a la asamblea, se presenta a la asamblea, la asamblea lo autoriza y entonces ya se le presenta a la superintendencia y es la superintendencia la que lo avala todo el acuerdo definido y protocolizado".

Conforme a lo narrado por el investigado, él formó parte de las tratativas, suscripción y ejecución del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**, otorgando la tenencia y explotación de dicha empresa a uno de sus competidores -**UNIDROGAS** por el término de veinte (20) años. Por lo anterior, es evidente que el investigado colaboró, facilitó, autorizó y ejecutó la conducta contraria a la libre competencia, y toleró su no información a la SIC.

Así, se concluye que **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** infringió el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó y toleró la violación de las normas que establecen el deber legal de informar previamente tales operaciones, infringiendo así el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

#### **9.6.2. Responsabilidad de JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO, Representante Legal de SOCIEDAD UNIÓN DE DROGUISTAS S.A.**

De conformidad con lo certificado por la Cámara de Comercio de Bucaramanga, mediante Certificado de Existencia y Representación Legal de fecha 23 de marzo de 2010<sup>57</sup>, el Representante Legal de **UNIDROGAS** para el momento de los hechos objeto de análisis era el señor **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**.

A su vez, tal y como se evidencia dentro del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES** de 4 de mayo de 2010, **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**, obrando en nombre y representación de **UNIDROGAS**, suscribió dicho acuerdo:

(...)

<sup>57</sup> Folios 2360 a 2368 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.



"Por el cual se impone una sanción"

Y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Barranquilla, identificado con la cedula de ciudadanía 12.614.709, actuando en su calidad de representante legal de **UNIÓN DE DROGUISTAS S.A.**, "**UNIDROGAS S.A.**", sociedad debidamente constituida, de conformidad con las leyes colombianas, con domicilio principal en la ciudad de Bucaramanga e identificada con el NIT número 890.208.788-9

(...)

Todos hábiles para contratar y obligarnos hemos convenido celebrar un **Contrato De Arrendamiento De Red Comercial**<sup>160</sup> que se regirá por las siguientes cláusulas y en lo no previsto en ellas por las leyes comerciales y civiles vigentes, buscando que prevalezcan la voluntad de las partes prevista en el presente documento previa a las siguientes (...)<sup>158</sup>

Así mismo, conforme al Acta de Entrega de 15 de septiembre de 2010<sup>59</sup>, se evidencia que el señor **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** a su vez, perfeccionó el negocio jurídico.

#### "ACTA DE ENTREGA"

En la ciudad de Barranquilla, siendo las 9:00 a.m. del quince (15) de septiembre del año dos mil diez (2010), se reunieron los señores:

(...)

C. **JUAN FRANCISCO SUÁREZ**, en su calidad de representante legal de la sociedad **UNIÓN DE DROGUISTAS S.A.**, en adelante **UNIDROGAS**

(...)

Quienes se hicieron presentes para formalizar la entrega de la **RED COMERCIAL** de propiedad de **ALFARES** y dar inicio formal a la ejecución del Contrato de Arrendamiento de la Red Comercial celebrado entre las sociedades antes citadas (...)<sup>60</sup>

Adicionalmente, en diligencia de interrogatorio practicada el 21 de enero de 2014<sup>61</sup>, cuando se le preguntó a **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** sobre los hechos que rodearon la suscripción del contrato de arrendamiento de la **RED COMERCIAL** de **ALFARES**, manifestó:

"**DESPACHO:** ¿Usted podría comentarnos sobre el contrato de arrendamiento de fecha del 4 de Mayo del 2010 celebrado entre **ALFARES** y la sociedad de **UNIDROGAS**?"

**JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO:** Si.

**DESPACHO:** ¿Podría comentarnos?"

**JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO:** Si, eso se llegó a un contrato de arrendamiento de la red comercial de la red de **ALFARES**, con la sociedad **ALFARES**, estuvo en la 550 y luego en la 116, pasamos una oferta de arrendamiento de tomar en arrendamiento los establecimientos de comercio. Eso se planteó ante la Superintendencia de Industria y Comercio y ante los proveedores... Los acreedores. Se formalizo mediante contrato, y estuvo suspendido hasta que la asamblea de proveedores no diera el visto bueno, lo cual se llevó a cabo en las instalaciones de la Superintendencia de Sociedades, en una asamblea con los proveedores que votaron a favor de ese contrato de arrendamiento.

**DESPACHO:** ¿Antes de este contrato, como actuaba **ALFARES** y **UNIDROGAS**, eran competidores?"

**JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO:** Si, eran competidores. Inclusive, **UNIDROGAS** era un proveedor de **ALFARES** en algunas partes, dadas las circunstancias de **ALFARES**, no tenía, la industria ya no le proveía, por su situación de insolvencia

<sup>58</sup> Folio 351 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

<sup>59</sup> Folios 114 a 120 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>60</sup> Ibídem.

<sup>61</sup> Folios 1506 a 1508 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

*"Por el cual se impone una sanción"*

**DESPACHO:** *¿Le puede usted informar al Despacho como se realizó el contrato entre ALFARES y UNIDROGAS?*

**JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO:** *Pasamos una oferta, y ALFARES tenía otra oferta, y ellos lo valoraron, tuvimos varias reuniones, bastantes reuniones, y acordando los términos y los tiempos, mirando nosotros los estados de la empresa, los puntos de ventas, haciendo un análisis de los puntos de venta de los diferentes municipios y ciudades, y se logró el acuerdo sobre el monto.*

**DESPACHO:** *¿En esas reuniones con que personas de ALFARES se reunió usted?*

**JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO:** *Con el Gerente. El señor ANTONIO PERUTTI, y con otro señor, socio también de esa empresa, el señor...no me acuerdo.*

**DESPACHO:** *¿Podría infórmale al despacho cuantos locales fueron arrendados de Alfares?*

**JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO:** *Si, 120 más o menos.*

**DESPACHO:** *¿Que buscaban ustedes con el contrato?*

**JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO:** *Pues la explotación de los establecimientos de comercio.*

**DESPACHO:** *¿Ese contrato de arrendamiento ante que autoridades fue registrado?*

**JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO:** *Ante la Superintendencia de Sociedades. Avalado por ella. Y ante las cámaras de comercio".*

De lo anterior se evidencia que **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** tuvo un papel principal en la suscripción, perfeccionamiento y ejecución del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**, negocio jurídico que concretó la integración empresarial que fue analizada en la presente Resolución. Por lo anterior, no hay duda de su participación dentro de la conducta anticompetitiva.

Se concluye entonces que **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** infringió el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó y toleró la violación del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

#### **DÉCIMO: EL MONTO DE LA SANCIÓN.**

De conformidad con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor, por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas de competencia, de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"<sup>62</sup>*

<sup>62</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

*"Por el cual se impone una sanción"*

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y actuación procesal, entre otras.

Así las cosas, es importante mencionar que en los procesos de dosificación de la sanción que realiza este Despacho, la multa a imponer a las investigadas responde a las condiciones, características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que se reprocha y, en ningún caso, busca excluir al investigado del mercado ni imponer multas exageradas con relación al grado de responsabilidad en la afectación de la competencia.

En el caso concreto, se ha establecido que las empresas investigadas infringieron lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, pues a pesar de estar dentro de los supuestos establecidos en la norma, llevaron a cabo un proceso de integración empresarial sin informarlo previamente a esta Entidad.

Ahora bien, no obstante la conducta realizada es reprochable por haberse pretermitido un deber legal, para efectos de la dosificación de la sanción este Despacho considera necesario reconocer que existen conductas que tienen la potencialidad de causar altos perjuicios a la competencia y los consumidores, como es el caso de los carteles y los abusos de posición dominante, cuestión que no ocurre en el presente caso.

En línea con lo anterior, también se reconocerá para la dosificación de la sanción que tanto las empresas infractoras como los representantes legales de las mismas, han mostrado una actitud procesal adecuada en la presente investigación, y además no tienen antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia.

También se tendrá en cuenta que los activos de **ALFARES** eran de (COP \$33.986.284.166) y de **UNIDROGAS** eran de (COP \$53.713.874.000), y se tomará en consideración que la integración ocurrió como consecuencia de un acuerdo de reorganización que pretendía darle viabilidad financiera a una de las intervinientes.

Por último, este Despacho valorará el que la infracción hubiese consistido en el incumplimiento del deber de notificar y no de someter a pre evaluación de la SIC la operación de integración, lo cual hubiese constituido una conducta más grave al haber prevenido a esta Entidad de hacer un estudio de la transacción.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, este Despacho decidió imponer a **ALFARES** una multa de ochenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (80 SMLMV) equivalentes a CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (COP \$51.548.000) y a **UNIDROGAS** de ochenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (80 SMLMV) equivalentes a CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (COP \$51.548.000), y que corresponde al 0.008% de la multa máxima aplicable, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Así mismo, se impondrá a **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** a cada uno el 10% de lo impuesto a sus personas jurídicas

#### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO:** DECLARAR que las sociedades **ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. "EN REORGANIZACIÓN"** y **SOCIEDAD UNIÓN DE DROGUISTAS S.A.** incumplieron el deber previo de informar una operación de integración contenido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, **IMPONER** las siguientes sanciones pecuniarias: para la sociedad **ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. "EN REORGANIZACIÓN"** - **ALFARES**, una multa de ochenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (80 SMLMV) equivalentes a CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (COP \$51.548.000); y para la sociedad **SOCIEDAD**

*"Por el cual se impone una sanción"*

**UNIÓN DE DROGUISTAS S.A.- UNIDROGAS** una multa de ochenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (80 SMLMV) equivalentes a CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (COP \$51.548.000).

**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 de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

**Vencido el término de pago acá establecido, se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.**

**ARTÍCULO SEGUNDO:** DECLARAR que **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**, incurrieron 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.

En consecuencia **IMPONER** las siguientes sanciones pecuniarias: para **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** Representante Legal de **ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. "EN REORGANIZACIÓN"** una multa de ocho salarios mínimos legales mensuales vigentes (8 SMLMV) equivalentes a cinco millones ciento cincuenta y cuatro mil ochocientos pesos (COP \$5.148.800); y para el señor **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**, Representante Legal de la **SOCIEDAD UNIÓN DE DROGUISTAS S.A.** una multa de ocho salarios mínimos legales mensuales vigentes (8 SMLMV) equivalentes a cinco millones ciento cincuenta y cuatro mil ochocientos pesos (COP \$5.148.800).

**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 de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

**Vencido el término de pago acá establecido, se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.**

**ARTÍCULO TERCERO:** ORDENAR a las empresas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y remitan la respectiva constancia a esta Superintendencia:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. "EN REORGANIZACIÓN" y SOCIEDAD UNIÓN DE DROGUISTAS S.A. informan que:*

*Mediante Resolución \_\_\_\_\_ expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. "EN REORGANIZACIÓN" por haber infringido lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, al incumplir el deber previo de informar una operación de integración.*

*Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012."*

*"Por el cual se impone una sanción"*

**ARTÍCULO CUARTO:** NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. "EN REORGANIZACIÓN"** y **SOCIEDAD UNIÓN DE DROGUISTAS S.A.**, y a **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** en su calidad de personas naturales investigadas, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad.

**NOTIFÍQUESE PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C, a los **27 AGO 2015**

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,**

  
**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

Proyectó: Angélica Navarro Acevedo  
Revisó: Felipe Serrano Pinilla  
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

**NOTIFICAR**

**ALMACENAMIENTO FARMACÉUTICO ESPECIALIZADO ALFARES S.A. - EN REORGANIZACIÓN**

Nit 802.002.021-3  
Representante Legal: **ALONSO JOSÉ LÓPEZ RUÍZ**  
Dirección: Cra 46 No. 69-132 Oficina 103  
Teléfono: 3585172  
Correo electrónico: [alfaresgerencia@gmail.com](mailto:alfaresgerencia@gmail.com)  
Barranquilla - Atlántico

**UNIÓN DE DROGUISTAS S.A. - UNIDROGAS S.A.**

Nit 890208788-9  
Representante Legal; **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**  
Dirección: Calle 56 No. 22-12-18-54  
Barrio Ricaurte  
Teléfono: 6330304/ 6424252/ 3166901989  
Correo electrónico: [asiscontabmanga@unidrogas.net.co](mailto:asiscontabmanga@unidrogas.net.co)  
Bucaramanga - Santander

**Apoderado de las Investigadas**

**Doctor**  
**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES**  
C.C. 79779355  
Dirección: Carrera 9 No. 80-45 piso 4  
Teléfono: 4935050/ 7420650  
Bogotá D.C.

**Doctor**  
**ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS**  
C.C. 13254713  
Persona Natural Investigada  
Dirección: Carrera 46 No. 69- 132 Oficina 103  
Barranquilla - Atlántico

**Doctor**  
**JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**  
C.C. 12614709  
Persona Natural Investigada  
Dirección: Calle 56 No. 22-12-18-54  
Barrio Ricaurte  
Bucaramanga - Santander