



**CONTROL SEGÚN EL DERECHO
DE LA COMPETENCIA Y DERECHO SOCIETARIO.
RELACIÓN, DIFERENCIAS Y EFECTOS**

**CONTROL CONCEPT INTO COMPETITION
LAW AND CORPORATE LAW.
RELATION, DIFFERENCES AND EFFECTS**

ANGÉLICA PAOLA BRICEÑO FONSECA*

*Fecha de recepción: 4 de abril de 2018
Fecha de aceptación: 2 de mayo de 2018
Disponible en línea: 30 de julio de 2018*

RESUMEN

El concepto de control tiene fines y significados diferentes en el derecho de la competencia y en el derecho societario. No obstante, en ocasiones, los efectos que pueden tener uno sobre el otro hacen necesaria la definición y delimitación de ambos para determinar la aplicación de la normativa pertinente. Lo que inicia siendo un control societario puede derivar en una concentración empresarial bajo la perspectiva de la libre competencia que obligue a los implicados en esta operación a informar o notificar a la autoridad de libre competencia sobre esta, ya sea que se cumplan unos presupuestos u otros. Todo esto bajo la óptica de una política pública de competencia que propenda por la democratización de la economía. En Colombia, tanto la Superintendencia de Sociedades como la Superintendencia de Industria y Comercio, son, además de autoridades administrativas, jueces. Sus resoluciones han marcado una importante línea para diversos temas y es por esto que sus pronun-

* Estudiante de noveno semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: briceño.angelica@javeriana.edu.co

ciamientos son muy relevantes para esta materia. Además, su nivel de tecnicidad y conocimiento específico en este ámbito facilita la interpretación de las normas y la resolución de casos en concreto. Dado lo anterior, se deriva la importancia de que el lector de este artículo así como los empresarios y accionistas tengan claro que el concepto de control societario puede influir en el del derecho de la competencia. Sin embargo, más allá de lo que entiendan las leyes societarias y de la competencia por situaciones de control, lo importante es distinguir que el control que realiza la SIC sobre las concentraciones empresariales nacientes o no de un control societario se manifiestan bajo figuras como el deber de informar sobre estas.

Palabras clave: Control; Derecho Societario; Derecho de la competencia; Libre competencia; Concentración empresarial; Democratización de la economía.

ABSTRACT

The control concept has different meanings and purposes in the competition law, and in the corporate law. However, sometimes, the effects that one may have in the other, make necessary to establish a definition and to delimit both concepts, in order to determine the application of the respective legislation. A situation may start as corporate control, and end up as a corporate concentration under the view of the free competence; in this case, the ones that are involved have the obligation to inform or notify the situation to the respective authority. All the above has to be framed in a competence public politic that looks for the economy democratization. In Colombia, the Superintendency of Corporations, and the Superintendency of Industry and Commerce, are administrative authorities, and judges as well. Their resolutions have created an important tendency for different themes; because of this, their concepts and pronouncements has highly importance for this subject. Besides, their level of technicality and specific knowledge in these subjects, help in law interpretation and in case resolution. It's important that the readers of this article, merchants, and business people, understand that the concept of control in the corporate law may have an influence in competition law. Nevertheless, the most important thing is to understand the obligation derived from this control situation.

Key words: Control; Corporate Law; Competition Law; Free economic competition; Corporate concentration; Economy democratization.

INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como propósito mostrar las diferencias existentes en el ordenamiento jurídico colombiano entre el concepto de control en materia de libre competencia y el régimen societario. Esto con la finalidad de mostrar cómo en algunas ocasiones puede haber incidencia del uno sobre otro y los efectos sobre el mercado, los consumidores, sobre el derecho de la competencia (en adelante D.C) y sobre el derecho societario (en adelante D.S). Pero entendiendo esto anterior en el sentido de la influencia del concepto de control societario sobre la configuración de una concentración empresarial que deba ser objeto de control y evaluación por parte de la SIC. Para esto se comenzará delimitando el concepto de control en uno y otro derecho así como los diferentes fines de protección; acto seguido, se describirá la normativa comercial y de libre competencia relevante para el tema en específico. Posteriormente, se mencionará y desarrollarán los efectos que la presencia de un control societario puede tener sobre el control en materia de libre competencia y viceversa. Todo lo anterior para entender en cuáles ocasiones deberían las empresas notificar e informar a la SIC de la operación de concentración empresarial, so pena de que sean sancionadas. Y por último, se hará referencia a la política pública de competencia para entender a mayor profundidad ese nexo existente entre los Grupos Empresariales predicados exclusivamente de un régimen societario y la orientación que dicha política debería tener con respecto a estos y en relación con la democratización de la economía. Entonces, ¿hasta dónde llega el Derecho de la Competencia respecto del control societario? y ¿hasta dónde podría llegar según una política pública de competencia diferente? Interrogantes que serán recopilados al final del texto luego del desarrollo de cada elemento para poder resolverlos a cabalidad.

1. CONCEPTO DE CONTROL

Tanto en el ámbito del D.C como en el D.S, este concepto trae como respaldo una normativa aplicable según el caso en concreto y unos fines jurídicos de protección diferentes dependiendo del campo del derecho del que se trate. Es importante señalar que ambos derechos ocupan un espacio importante en el ordenamiento jurídico colombiano, esto porque están dirigidos a normas de protección y regímenes aplicables a las empresas y a las sociedades, las que fi-

nalmente terminan siendo el pilar de la economía del país y mediante las cuales se pueden generar condiciones favorables y no favorables para la democratización de la economía.

1.1. En el derecho de la competencia

En los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se define el control como: “(...) la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”¹. Asimismo, en Resolución 3085 de 2015, la SIC manifestó que para efectos de determinar la existencia de control competitivo, la SIC “no tiene que demostrar que el presunto controlante efectivamente haga uso de la influencia que tiene sobre la empresa, ni demostrar que la ha ejercido en el pasado. Por ende, es suficiente con que la posibilidad de influenciar exista para que se configure el control”² en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. Dicha influencia se puede configurar ya sea “porque una empresa adquirió control corporativo sobre otra y tiene la facultad de tomar por sí misma todas las decisiones competitivas de la compañía”³ lo que se llama *control positivo* o porque, en el caso del *control negativo*, los accionistas minoritarios individual o conjuntamente considerados pueden generar un bloqueo al influenciar la administración de la sociedad y de paso, su desempeño competitivo. La OCDE (Organización para la cooperación y el desarrollo económico) reconoce las situaciones en las que se puede presentar y configurar un *control negativo*, siendo aquellas:

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

1 Ministerio de Desarrollo Económico. *Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*. D.O: 40.704.

2 Andrés Jaramillo Hoyos. *Concentraciones empresariales en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2016. Pág. 360.

3 *Ibidem*, pág. 360.

3. Cuando los estatutos de una sociedad requieren una mayoría calificada o especial para adoptar decisiones comerciales estratégicas de la empresa⁴.

En todos los eventos, “aunque la participación minoritaria no le otorga al accionista el poder de adoptar las decisiones comerciales estratégicas, sí es suficiente para conferirle al accionista minoritario un derecho de veto sobre dichas decisiones y, por ende, le otorga un *control negativo*”⁵.

Las formas de integración empresarial son varias, pero el resultado “al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración sí está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada” a la SIC⁶. Las operaciones de concentraciones empresariales se pueden presentar de distintas formas jurídicas, entre estas, mediante la fusión⁷ (regulada en el Código de Comercio), integración⁸, consolidación y adquisición de control. La finalidad principal de las operaciones de “fusión, adquisición o compra global de activos, consiste en la concentración empresarial. Tal objetivo está ligado a las modalidades económicas de integración horizontal y vertical”⁹. Respecto de la integración horizontal, esta puede “ocasionar la eliminación de los competidores en el mismo renglón económico y dar lugar a una posición dominante del empresario”¹⁰. Por último, es necesario hacer énfasis en que, solamente en aquellas situaciones en que además de presentarse un control desde el punto de vista del D.C (se ejerza influencia material) y también se configure una situación de control desde el punto de

4 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates*. 2009.

5 Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución No. 30418 de 2014*. Rad: 11-34930. Pág. 6.

6 Superintendencia de Industria y Comercio. *Concepto 00001365 del 2 de Marzo de 2000*. Trámite 113.

7 Es “cualquier mecanismo utilizado para buscar la unión de dos o más empresas en una compañía existente, o para constituir una nueva compañía”. Superintendencia de Industria y Comercio *Concepto No. 96048285 de 1.996*. Bogotá D.C. 1996.

8 Es la alianza o unión de dos o más empresas para formar una sola a través de la creación o implementación de esquemas operativos del diseño y ejecución (...) de cualquier caso de decisión empresarial” que “influya en el desarrollo presente y futuro de las actividades de la empresa resultado de la integración cuyo objetivo es el de crear una empresa de mayor tamaño, que puede expandir sus actividades y proyectarse en mejores condiciones a competir tanto interna como externamente. Superintendencia de Industria y Comercio *Concepto No. 96048285 de 1.996*. Bogotá D.C. 1996.

9 Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo II. Bogotá D.C. Editorial Temis. 2016.

10 *Ibidem*.

vista del D.S, en los términos de los arts. 260 y 261 del C.Co, se podrá hablar de que la empresa controlante y la empresa controlada constituyen un solo agente para el derecho de la competencia¹¹. Ejemplo de esto es la fusión que desde una óptica jurídica societaria, es aquella “unión estrecha entre sociedades, de manera que sólo subsiste una persona jurídica que absorbe los patrimonios de las otras sociedades participantes en la operación”¹² y; en términos económicos es una forma de concentración empresarial¹³ en la que se ven como un solo agente económico que importa al estudio de la libre competencia.

1.2. En el derecho societario

La Ley 222 de 1995 define en su art. 26 (art. 260 C.Co) que una sociedad será subordinada o controlada cuando “su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”¹⁴. Según el artículo precedente, para que se presente la situación de control, se requiere “que el poder de decisión de la sociedad se encuentre sometido a la voluntad de su controlante (matriz), bien sea directamente [...] o a través o con la participación de subordinadas de la matriz”¹⁵, en el primer caso la subordinada se llamará filial y en el segundo, la controlada se llamará subsidiaria.

El régimen de matrices y subordinadas es un tema que le compete al derecho de sociedades, “por lo que se requiere que la entidad que se controle sea una persona jurídica. Tema diferente al relacionado con el control de las concentraciones empresariales (promoción de la competencia), ya que en éste, a diferencia de aquel, se habla de empresas y no de sociedades”¹⁶. Sin embargo, la definición del control societario debe ser tenerse en cuenta en el análisis de las concentraciones empresariales

11 Andrés Jaramillo Hoyos. *Concentraciones empresariales en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2016. Pág. 360.

12 Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario*. Tomo II. Bogotá D.C. Editorial Temis. 2016.

13 *Ibidem*.

14 Congreso de la República. *Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones*. D.O: 42156

15 Alfonso Miranda, Juan David Gutiérrez, Natalia Barrera Silva. *El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2007. Pág. 49.

16 *Ibidem*. Pág. 49.

ya que las actividades económicas que pueden resultar concentradas, se realizan de manera principal a través de sociedades, razón por la cual puede decirse que las operaciones por medio de las cuales se adquiere el control o se realice concentración de sociedades, constituyen uno de los casos de concentraciones empresariales¹⁷.

Esto significa que, cuando se presenta uno de los supuestos de control de matrices y subordinadas, la SIC debe ser informada sobre la operación por medio de la cual se obtuvo el control, para que se pronuncie sobre ésta.

Para que haya control societario entre matrices y subordinadas se requiere que sea en los términos de la L. 222 de 1995 y la L. 1116 de 2006, los cuales definen los conceptos de “situación de control y de grupo empresarial y los correspondientes efectos”¹⁸, así como “la posibilidad del control de hecho sobre las sociedades, sin que se excluyan otros mecanismos de control formal o contractual. El control puede ser ejercido en Colombia o desde Colombia por personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras”¹⁹. En cuanto al contenido particular de cada norma de la ley se puede sintetizar en los siguientes términos: En primer lugar, la subordinación: En el C.Co se considera que el poder de decisión de una sociedad sometido a la voluntad de otra u otras personas es el criterio determinante de la situación de control o subordinación. Allí también se prevé el concepto del control individual, el concepto del control conjunto o compartido y “la posibilidad de ejercer el control en forma directa o en forma indirecta, esto es a través de la filial, para llegar a la subsidiaria”²⁰. En segundo lugar, el art. 261 C.Co contiene tres supuestos de subordinación para el control societario, primero, el “control interno por participación: Se verifica cuando se posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, o las subordinadas de estas”²¹. Así, el *control interno* se presenta “por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria: esta modalidad se presenta cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva, si la hubiere”²².

17 Ibidem. Pág. 49.

18 Gaitán Rozo & Salazar. *Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas*. Superintendencia de Industria y Comercio. Pág. 7.

19 Ibidem. Pág. 7.

20 Ibidem. Pág. 8.

21 Ibidem. Pág. 8.

22 Ibidem. Pág. 8.

Por último, el control externo, “esta forma de control también se ha denominado “subordinación contractual” y se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios”²³. El *control externo* se configura cuando “por vínculos contractuales o relaciones económicas determinadas, una persona física o jurídica tiene una posición dominante sobre la sociedad”²⁴. Es decir, “que este control se ejerce por quien tiene la posibilidad de influir en las decisiones sociales, no mediante su voto sino en virtud del poder que ha obtenido a través de los derechos adquiridos al relacionarse contractualmente con la compañía”²⁵, este es el caso de los “acreedores o de proveedores monopolísticos de los factores de producción”²⁶. De manera que este control “no depende de vínculos accionarios, sino que se deriva de otras relaciones contractuales que facultan al controlante a influir en el proceso de toma de decisiones de la sociedad controlada”²⁷. Es “preciso indicar que estos tres tipos de control anteriormente mencionados, no son excluyentes entre sí, y pueden ser ejercidos de forma conjunta por varias personas”²⁸.

En la ley también se prevé la posibilidad de que se realicen operaciones de negocios de sociedades subordinadas a través de lo que se denomina control no societario, este es ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, ya sea directa o indirectamente, conforme a los supuestos previstos de control, en los términos del parágrafo del art. 261 del C.Co, siempre que se verifique que el controlante, en cualquier caso ejerza influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad²⁹. También se admite “la subordinación societaria indirecta cuando el control sea ejercido por intermedio o con el concurso de las entidades de naturaleza no societaria”³⁰.

23 Ibidem. Pág. 8.

24 Héctor Alegría. *Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control*. Revista de derecho comercial y de las obligaciones. VOL. 11 N° 61-66. 1978. Tomado de: Forero & Del Castillo. *Un derecho de la competencia para los grupos económicos*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2001

25 Forero & Del Castillo. *Un derecho de la competencia para los grupos económicos*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2001

26 Ibidem.

27 Ibidem.

28 Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución No. 30418 de 2014*. Rad: 11-34930. Pág. 2.

29 Gaitán Rozo & Salazar. *Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas*. Superintendencia de Industria y Comercio. Pág. 8.

30 Ibidem. Pág. 9.

2. DIFERENCIAS ENTRE EL CONCEPTO DE CONTROL DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DEL DERECHO SOCIETARIO

Es claro que al ser dos ramas del derecho diferentes-el Derecho de la Competencia y el Derecho Societario-los intereses jurídicos que persiguen con sus normas disienten en su gran mayoría. Lo importante para tener en cuenta en este punto en específico es que aunque los conceptos de *Control* se pueden mezclar en ambos derechos en lo relativo a definir qué constituye o no un tipo de concentración empresarial que deba ser evaluado por la SIC para determinar si restringe o no la libre competencia, se debe ver también al *Control* en el ámbito del derecho de la competencia como ese análisis y estudio que la SIC hace de la concentración empresarial para objetarla, autorizarla, autorizarla con condicionamientos o rechazarla y allí es donde se vuelve pertinente determinar si un tipo de *Control* para el derecho societario configura una concentración empresarial que transite al espectro de las normas de libre competencia. Esto gracias a que, las normas de libre competencia “regulan y establecen restricciones a las fusiones, consolidaciones o integraciones y en general a las tomas de control de las empresas, ya que a través de estas operaciones jurídico-económicas, se produce la concentración de los mercados”³¹. Hecha esta aclaración se prosigue a compilar las diferencias que la SIC encuentra pertinentes respecto del concepto de *Control*.

Mediante la Resolución del 6 de febrero del 2014 la SIC expresó que el concepto de *Control* tenía alcances diferentes en el D.C y en el D.S. La autoridad manifestó que en el contexto del derecho de la competencia, “la noción de control debía definirse como la posibilidad que tiene una empresa de influenciar o incidir en el desempeño competitivo de otra, independientemente del vínculo jurídico que existe entre ellas”³². Sobre el particular destacó que en el D.C, el concepto “busca determinar aquellas situaciones en las que una empresa pueda afectar o influenciar el desempeño competitivo de otra, y así restringir de manera indebida la competencia afectando los consumidores y la eficiencia económica”³³, mientras que en el D.S, el concepto de *Control* busca darle “transparencia a las relaciones comerciales y evitar que las sociedades sean utilizadas como vehículo de fraude, tal como ocurre con la imbricación accionaria”³⁴. Así las cosas, lo relevante en el primer caso son los efectos que pudiera tener la influen-

31 Alfonso Miranda. *Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado*. CEDEC. Bogotá D.C. 1993. Pág. 21.

32 Ibarra Gabriel. *La noción de Control en el derecho de la competencia*. Ámbito Jurídico. Bogotá D.C. 2014. Pág. 1.

33 *Ibidem*. Pág. 1.

34 *Ibidem*. Pág. 1.

cia en las condiciones de la libre competencia. Sobre el particular, la autoridad sostiene que,

cuando se estructura una situación de control conforme a la Ley 222 de 1995 en el campo de la competencia, el interesado podrá probar que si bien se configura una causal de control prevista por el derecho societario, no cuenta con la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, caso en el cual no se configurará una situación de control³⁵.

Por otra parte, la SIC hizo la diferenciación entre el concepto de *control conjunto* y *el exclusivo*. Ésta expresó que el *control conjunto* consiste “en el poder que detentan dos o más accionistas minoritarios o un accionista minoritario y otro mayoritario sobre una empresa, lo que implica que estos deben ponerse de acuerdo para adoptar decisiones estratégicas”³⁶, y el *control exclusivo* “es aquel poder que tiene un accionista de influenciar el desempeño competitivo de la misma”³⁷. En palabras de la SIC el concepto de control conjunto en el derecho de la competencia es distinto al concepto que se tiene en el derecho societario, en éste el *control conjunto* se presenta, cuando una sociedad se encuentra sometida a la voluntad de una pluralidad de personas manifestando una voluntad de actuar en común distinta del *affectio societatis*. Sin embargo, a diferencia del derecho de la competencia, el derecho de sociedades no prevé que un derecho de veto de un accionista minoritario sobre decisiones estratégicas para el desempeño competitivo de una empresa de lugar a control conjunto. Mientras que en materia societaria el control conjunto llevará inmerso el actuar común de dos personas frente a la política empresarial de una sociedad, en materia de competencia el control conjunto implica que varias personas tengan la posibilidad de influenciar, bien actuando conjuntamente o de forma independiente, decisiones que afectan el desempeño de una empresa en el mercado, como es el caso, se repite, de un derecho de veto en cabeza de un accionista minoritario para tomar una decisión sobre estrategia competitiva³⁸.

El *control conjunto* podrá manifestarse en “el ejercicio de derechos de voto, en la distribución en proporciones iguales de esos derechos, o en aquellos casos en los que los accionistas minoritarios cuenten con derechos de veto, especialmente cuando esos derechos se refieran a decisiones sobre política empresa-

35 Ibidem. Pág. 1.

36 Ibidem. Pág. 1.

37 Ibidem. Pág. 1.

38 Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución 5545 de 6 de febrero de 2014*. Rad. 13-245479.

rial³⁹, también sobre la iniciación o terminación de la empresa, etc. La SIC respecto al derecho de veto determina que se podría configurar una situación de control con éste⁴⁰. Por último, la clasificación entre *control directo e indirecto* también es importante para la diferenciación entre ambos derechos pues es exclusivo del derecho societario. En el D.S “será filial cuando el control lo ejerza directamente la matriz y subsidiaria cuando se trate de un control ejercido en forma indirecta”⁴¹. La SIC al respecto dice, “el control debe entenderse como la capacidad de tomar decisiones y ejercer un dominio conjunto sobre las empresas, el cual podrá ser indirecto o indirecto”⁴².

3. RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE CONTROL EN EL DERECHO SOCIETARIO Y LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Al respecto la SIC en Resolución 30418 del 2014 dice que “la existencia de control societario en la inmensa mayoría de los casos coincide con la posibilidad que tiene una empresa de influenciar el desempeño competitivo de otra”⁴³. Entonces, “solamente en aquellos casos en donde se demuestre que aunque exista control societario una empresa no tiene la posibilidad de influenciar la conducta competitiva de otra, el control societario no dará lugar a control en el derecho de la competencia”⁴⁴. Según esto, en aquellos casos en que la situación derivada del control societario tenga la capacidad influir en la competencia, es decir, que una empresa influya sobre la conducta competitiva de otra, podrá dar lugar al control en el derecho de la competencia. Esto directamente relacionado con las finalidades que persigue uno y otro derecho, por parte del derecho de la competencia, la protección de la libre competencia y por parte del derecho societario la transparencia en las relaciones jurídicas, en este caso comerciales, entre las personas. También se puede presentar el caso contrario, en el que, la existencia de control desde el derecho de la competencia no necesariamente da lugar a situaciones de control bajo el derecho societario. Esto es así porque una empresa

39 Ibarra Gabriel. *La noción de Control en el derecho de la competencia*. Ámbito Jurídico. Bogotá D.C. 2014.

40 *Ibidem*. Pág. 1.

41 Andrés Gaitán Rozo. *Grupos empresariales y control de Sociedades en Colombia*. Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C. 2011.

42 Gaitán Rozo & Salazar. *Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas*. Superintendencia de Industria y Comercio. Pág. 10.

43 Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución No. 30418 de 2014*. Rad: 11-34930. Pág. 2.

44 *Ibidem*. Pág. 2.

puede no tener el control societario de otra en los términos del art. 261 C.Co, y sin embargo tener la posibilidad de influenciar su desempeño competitivo en el mercado, en los términos del D. 2153 de 1992. Ello ocurre, por ejemplo, cuando accionistas minoritarios tienen derechos de veto que pueden influir el desempeño competitivo de una empresa (contar con la participación suficiente para vetar la incursión de la empresa en un mercado geográfico o en una línea de negocios), sin que por esto se pueda afirmar que tengan control desde el punto de vista societario, al no cumplir con los presupuestos del C.Co⁴⁵.

No obstante la clara diferenciación existente, “se echa de menos dentro de la tipificación de las prácticas concertadas, una mención a las fusiones o tomas de control de empresas, las cuales por su importancia han merecido un tratamiento especial en la mayoría de las legislaciones sobre prácticas restrictivas”⁴⁶. La importancia de las fusiones o tomas de control consiste, “en este caso, en que el acuerdo de fusión produce una concentración del mercado que puede desembocar en la constitución de una posición dominante en el mismo”⁴⁷.

Aunque las operaciones de concentración y control pueden haberse erguido como consecuencia de distintos ropajes jurídicos como lo serían entre otros la fusión, la adquisición, la compra de activos, las tomas de control e incluso otras modalidades contempladas en el derecho societario como la escisión⁴⁸; lo que realmente será punto de atención, es el resultado que estas genere. Pues talvez ellas bajo una óptica autónoma pueden ser consideradas como legales, pero su resultado sea de mirar así mismo de manera autónoma, para luego decidir si la operación se acoge a la ley⁴⁹.

45 Ibidem. Pág. 3.

46 Gabriel Ibarra Pardo. *El control de las prácticas restrictivas de la competencia en el Acuerdo de Cartagena, un Análisis Comparativo de la Decisión 285*. Artículo publicado en La Revista Competencia y Competitividad en Áreas Económicas Integradas: Procesos y Experiencias en la Unión Europea y América Latina. CEFIR. Bogotá D.C, 1991. Tomado de Brigard Camila y Hoyos María. *Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2002.

47 Ibidem.

48 La escisión societaria, que también puede desembocar finalmente, en una situación de control: caso de las escindidas por parte de otras sociedades, de una escindida sobre las demás, o de éstas sobre otras compañías en el mercado. Pardo, Gabriel. *El control de las prácticas restrictivas de la competencia en el Acuerdo de Cartagena, un Análisis Comparativo de la Decisión 285*. Artículo publicado en La Revista Competencia y Competitividad en Áreas Económicas Integradas: Procesos y Experiencias en la Unión Europea y América Latina. CEFIR. Bogotá D.C, 1991. Tomado de Brigard Camila y Hoyos María. *Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2002.

49 Camila de Brigard, María Hoyos . *Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2002.

Por otra parte, la Oferta Pública de Acciones como mecanismo de Toma de Control de sociedades por acciones genera varias ventajas, que representan generalmente un crecimiento sostenido de la economía y específicamente del mercado. Entre otros beneficios se puede nombrar la protección y fiscalización del ahorro privado en las ofertas primarias; y en el campo de las OPAS se protege el funcionamiento interno del mercado y específicamente a los accionistas minoritarios de aquellas empresas que lleguen a ser controladas por una persona o grupo, en razón de la adquisición de la mayor parte de sus acciones, en razón de una OPA. Adicionalmente, no se puede dejar de lado el beneficio que se genera por la democratización del mercado pues se genera una mayor posibilidad de que los accionistas minoritarios participen en el sobreprecio derivado de la toma de control. Finalmente, es importante ya que permite una mayor transparencia de la operación, permitiéndole al organismo fiscalizador llevar a cabo un mejor control⁵⁰.

4. REPORTE DE LA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL: DEBER DE INFORMAR O NOTIFICAR

Las operaciones de integraciones empresariales en el marco del D.C requieren ser en algunos casos, notificadas, y en otros, informadas a la SIC para que esta evalúe si dicha operación restringe o no la libre competencia (manifestación clara del Control que esta autoridad ejerce sobre las concentraciones empresariales ya sea que nazcan de un control societario o no). Para que la operación deba ser informada, se requiere que se cumplan unos supuestos: objetivo, subjetivo y cronológico⁵¹ y adicionalmente, que las empresas involucradas cumplan con el umbral de participación, es decir, que tengan en conjunto o individualmente consideradas más del 20% del mercado relevante (todo aquel en los que parti-

50 Ibidem.

51 Supuesto subjetivo. Según la SIC hay 3 criterios para determinarlo: 1. Deben estar realizando una misma actividad económica (empresas son competidoras, concurren al mismo mercado relevante). 2. Están en una misma cadena de valor (una actividad resulta ser insumo para otra). 3. Las actividades de las empresas intervinientes están relacionadas o son complementarias entre sí. En cuanto al supuesto Objetivo: este tiene que ver con el tema de significatividad, de la aplicación del criterio de minimis al control de concentraciones empresariales. El estado solo debe revisar aquellas conductas que afecten de manera significativa el mercado. Las empresas intervinientes cumplirán el umbral de participación de mercado si tienen una participación del 20% o más en cualquiera de los mercados afectados por la operación. En tercer lugar, el supuesto cronológico: se refiere a que las empresas con los dos supuestos anteriores deben notificar o informar a la SIC y obtener la autorización de dicha entidad, de manera previa a la realización de la operación. Alfonso Miranda, Juan David Gutiérrez, Natalia Barrera Silva. *El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2014.

cipen). Si las empresas incumplen con este deber estarán sujetas a sanciones de tipo pecuniario y no pecuniario que la SIC les puede imponer. En el caso contrario, para que una operación deba ser simplemente notificada debe presentarse que cumplan con el umbral de participación y además, cumplan con por lo menos una de las siguientes condiciones: “1. Los ingresos operacionales de las partes para el año fiscal anterior, individualmente o en conjunto, sean superiores al umbral establecido por la SIC. 2. Los activos totales de las partes para el año fiscal anterior, individualmente o en conjunto, sean superiores al umbral establecido por la SIC”⁵².

5. POLÍTICA PÚBLICA DE COMPETENCIA

Esta es la “expresión de la intervención del Estado en la economía, esta incluye el derecho de la competencia en los grupos empresariales; y a su vez tiene unos objetivos”⁵³. El problema es que la autonomía que logra el Estado mediante el derecho de la competencia frente a los grupos empresariales es formal. Esto porque: 1. “la controlante no responde por conductas que sanciona el derecho de la competencia tales como prácticas restrictivas de la competencia, competencia desleal, ni abuso de la posición dominante de la subordinada”⁵⁴ y; 2. La SIC “no objetará las operaciones de integración empresarial cuando estos generen eficiencias significativas para el mercado, un ahorro de costos inalcanzables a través de otros medios y el mantenimiento en el grado de oferta en el mercado”⁵⁵.

Esta política pública en cuanto “al manejo de la competencia y la libre empresa afectan en mayor o menor medida al grupo empresarial. Si las normas antimonopolio hacen énfasis en un mercado donde participe el mayor número de consumidores y productores pequeños sacrificando la eficiencia económica”⁵⁶. Es decir, que verdaderamente haya “libre empresa y libertad económica entonces el derecho de la competencia obra como democratizador del mercado y contribuye a transformar la economía especulativa en economía productiva”⁵⁷. En esta medida, para que la autonomía que el derecho de la competencia le da

52 Alfonso Miranda, Juan David Gutiérrez, Natalia Barrera Silva. *El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2014.

53 Guillermo Barón Barrera. *El derecho de la competencia en los grupos empresariales*. Bogotá D.C. Grupo Editorial Ibáñez. 2010.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*.

57 *Ibidem*.

al Estado frente a los grupos empresariales deje de ser formal y pase a ser real, “consiste en hacer que la responsabilidad de la matriz se extienda a los casos de prácticas restrictivas de la competencia, competencia desleal y abuso de la posición dominante de la filial y subsidiaria”⁵⁸. Y, adicional a esto, que la SIC pueda objetar la integración empresarial según el art. 4 del Decreto 2153 de 1992, “suprimiendo el Artículo 51 del citado Decreto a los objetivos de política económica y al modelo de desarrollo adoptado”⁵⁹.

Siguiendo lo anterior, el autor de *El Derecho de la Competencia en los Grupos Empresariales*, Guillermo Barón, trae una propuesta a lo que idealmente sería la nueva política de competencia en los términos explicados en el párrafo precedente, en la que esta tendría como objetivo contribuir a democratizar los mercados y para esto los instrumentos serían: a. Neutralizar la concentración económica a través de del control al grupo empresarial, b. Neutralizar la centralización del capital vía control de la fusión horizontal, vertical y conglomerada; y c. Neutralizar la acumulación de capital controlando la propiedad privada accionaria⁶⁰. Además, la orientación de esta propuesta de política pública de competencia sería “proteger a la mipyme⁶¹ y al consumidor, al igual que a fomentar la cooperación empresarial entre la mipyme y la gran empresa sacrificando si es el caso la eficiencia económica que es la bandera del grupo empresarial en aras de una economía productiva”⁶².

Por otra parte, respecto de los lineamientos que la SIC debe tener en cuenta para el análisis de las operaciones de integración (cuestión abarcada en cierta medida por la Ley 1340 de 2009 y los pronunciamientos de la SIC), Camila Brigard y María Camila Hoyos en *Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado* traen una serie de propuestas de las cuales es importante retomar unas de estas que están relacionadas con la política pública de competencia. Estas se basan en el libro “*Guía práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición*” del autor Craig W. Conrad. Entre las propuestas una de ellas es,

La combinación de firmas: fusiones adquisiciones y compañías matrices. En primer lugar veremos cuáles son las transacciones que deben ser

58 Ibidem.

59 Ibidem.

60 Ibidem.

61 Entendida como Micro, Pequeña y Mediana Empresa.

62 Guillermo Barón Barrera. *El derecho de la competencia en los grupos empresariales*. Bogotá D.C. Grupo Editorial Ibáñez. 2010.

revisadas. La forma concreta de la transacción no es de gran importancia, lo que hay que mirar es el efecto que generara en la competencia la unión de dos o más competidores y se hará este análisis siempre que las empresas que van a formar parte de la operación de integración empresarial sean competidoras antes de realizarse la operación, ya que si las empresas parte de la operaciones de integración empresarial que se realizan no generan un efecto perjudicial en el Mercado, sino que por el contrario contribuyen a que el capital se mueva como una respuesta a las condiciones del mercado y se establezcan mecanismos para subsanar las deficiencias de ciertas empresas que por sí solas no serían lo suficientemente productivas o cuya administración es ineficiente. Por el contrario, hay operaciones de integración que merecen una revisión cuidadosa ya que pueden perjudicar la competencia en el mercado al fortalecer demasiado a empresas que por sí solas ya tienen una posición dominante o al disminuir la cantidad de participantes en el mercado⁶³.

El siguiente paso sería que la SIC determinara el mercado relevante y el mercado geográfico y así esta “tendrá la posibilidad de establecer qué tanto compiten las compañías a ser integradas entre ellas mismas y como se podría afectar a los demás competidores del mismo mercado”⁶⁴. Es así como si las compañías a ser fusionadas no se encuentran en el mismo mercado relevante “podemos decir que por lo general la SIC no tendría razones para oponerse a la realización de la transacción”⁶⁵. De la propuesta se puede extraer algo relevante y es lo relacionado con la revisión de dichas operaciones que configuran en primera medida un control societario, pero que dada la protección a la libre competencia, se puede ver ésta afectada.

CONCLUSIONES

Para responder a los interrogantes planteados al inicio de este artículo, se debe dejar claro lo que a continuación se expone. Primero, que no obstante las diferencias entre el control societario y el control de las concentraciones empresariales, estos convergen en ocasiones cuando se cruzan los objetivos de

63 Craig Conrath. *Guía práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición*. Superintendencia de Industria y Comercio. 1998. Tomado de: Brigard Camila y Hoyos María. *Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2002.

64 *Ibidem*.

65 Brigard & Hoyos, 2002.

protección de uno y otro derecho (por parte del derecho de la competencia la promoción de la leal y libre competencia y por parte del derecho societario, la transparencia en las relaciones jurídicas) y esto dado principalmente a que, en muchas ocasiones la SIC deberá estudiar situaciones de control societario para hacer un control de las concentraciones empresariales que se puedan presentar en estos casos, evitando así la indebida restricción a la libre competencia. Segundo, entre los tipos de control societario aquellos que ejercen mayor injerencia en la competencia entre las empresas, son el control negativo y el control externo, el primero de ellos que comprende los derechos de veto que los accionistas minoritarios pueden obtener y mediante los cuales pueden obstruir el desempeño competitivo de la empresa y el segundo de ellos, precisamente porque extrapola de las relaciones entre accionistas a las vías contractuales que dan el poder suficiente para generar una posición dominante sobre la sociedad (en la toma de decisiones de dicha compañía) y que a su vez puede derivar en restricciones a la libre competencia.

Tercero, el deber de reportar sobre las concentraciones empresariales ya sea mediante notificación o información, es la manifestación clara de cómo las normas de competencia ejercen ese control sobre las concentraciones empresariales mediante la autoridad de libre competencia. Concentraciones que muchas veces se forman mediante una situación de control societario como por ejemplo, una fusión. Cuarto, todo lo anterior visto bajo la óptica de la democratización de la economía es de cuidadosa observación, y esto sumado a las diferentes propuestas a una política pública de competencia en las que en diferentes situaciones de control societario las sociedades involucradas deban responder por prácticas restrictivas de la competencia, generando que se presente con mayor frecuencia la posibilidad de realizar un control societario previa autorización por parte de la SIC. Actualmente, esta autoridad evalúa las situaciones de control societario que constituyan una concentración empresarial que pueda restringir la libre competencia, pero con dicha política, ésta tendría la facultad no sólo de obstruir la concentración empresarial que pueden generar las sociedades, creando un mayor control sobre los Grupos Empresariales, sino también de sancionarlas (a las matrices por las conductas de sus subordinadas) por prácticas restrictivas de la competencia y abuso de la posición de dominio.

No obstante, esto último, en vez de solucionar temas relativos a la responsabilidad de las matrices frente a los de sus subordinadas, podría traer consecuencias negativas, o más bien, no se generarían los beneficios que una integración empresarial-nacida de una toma de control societario-trae a los agentes económicos que concurren al mercado así como al mercado mismo y a los consumidores.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alegria, Héctor. *Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control*. Revista de derecho comercial y de las obligaciones. VOL. 11 N° 61-66. 1978. Tomado de: Forero & Del Castillo. *Un derecho de la competencia para los grupos económicos*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2001.
- Ana María Meirovich de Aguinis. *El Control Societario y Las Sociedades Extranjeras Nuevas y Más Amplias Consideraciones Sobre la Ley Aplicable*. Pág. 805. Ed. Revista Del Derecho Comercial y de Las Obligaciones Vol. 19, no. 109-114 (1986).
- Barón Barrera, Guillermo. *El derecho de la competencia en los grupos empresariales*. Bogotá D.C. Grupo Editorial Ibáñez. 2010.
- Botero, Jorge Humberto. *Subordinación, agrupación, coordinación*". En *Reforma al Código de Comercio y otros temas*. En *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*. Medellín. Edit. Diké. 1996.
- Brigard Camila y Hoyos María. *Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2002.
- Cámara de Comercio de Bogotá. *Grupos Empresariales, aspectos jurídicos*. Juris Consulta. Bogotá D.C. 2000.
- Congreso de la República. *Código de Comercio*. D.O: 33.339.
- Congreso de la República. *Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones*. D.O: 42156.
- Congreso Iberoamericano De Derecho Empresarial. *El Derecho Societario Contemporáneo*. Ed. Cámara De Comercio De Bogotá (1996).
- Conrath, Craig. *Guía práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía en Transición*. Superintendencia de Industria y Comercio. 1998. Tomado de: Brigard Camila y Hoyos María. *Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2002.
- Forero & Del Castillo. *Un derecho de la competencia para los grupos económicos*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2001.
- Gaitán Rozo & Salazar. *Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas*. Superintendencia de Industria y Comercio.
- Gaitán Rozo, Andrés. *Grupos empresariales y control de Sociedades en Colombia*. Superintendencia de Sociedades. Bogotá D.C. 2011.
- Ibarra Gabriel. *La noción de Control en el derecho de la competencia*. Ámbito Jurídico. Bogotá D.C. 2014.
- Ibarra, Pardo, Gabriel. *El control de las prácticas restrictivas de la competencia en el Acuerdo de Cartagena, un Análisis Comparativo de la Decisión 285*. Artículo publicado en La Revista Competencia y Competitividad en Áreas Económicas Integradas: Procesos y Experiencias en la Unión Europea y América Latina. CEFIR. Bogotá D.C, 1991.

Tomado de Brigard Camila y Hoyos María. *Reflexiones jurídicas acerca de las integraciones empresariales y sus efectos en el mercado*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2002.

- Jaramillo Hoyos Andrés. *Concentraciones Empresariales en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2016.
- Ministerio de Desarrollo Económico. *Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*. D.O: 40.704.
- Ministerio de Industria y Turismo, Superintendencia de Sociedades. *Grupos empresariales y situaciones de control inscritos en las cámaras de comercio a 31 de diciembre de 2005*. Bogotá D.C. 2006.
- Miranda Londoño, Alfonso; Gutiérrez Rodríguez, Juan David y Barrera Silva, Natalia. *El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2014.
- Miranda Londoño, Alfonso; Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2007.
- Miranda, Alfonso. *Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado*. CEDEC. Bogotá D.C. 1993.
- Serrano Pinilla, Felipe. *El Concepto De "Control" en el Régimen Colombiano de Integraciones Empresariales y sus implicaciones frente a la Adquisición de participaciones minoritarias*. CEDEC. 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución No. 30418 de 2014*. Rad: 11-34930.
- Superintendencia de Industria y Comercio. *Concepto 00001365 del 2 de Marzo de 2000*. Trámite 113.
- Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución 5514 expedida el 6 de febrero*. 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio. *Guía de Análisis de Concentraciones Empresariales*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. *Concepto No. 96048285 de 1.996*. Bogotá D.C. 1996.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Antitrust Issues Involving Minority Shareholding and Interlocking Directorates*. 2009.
- Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho Societario*. Tomo II. Bogotá D.C. Editorial Temis. 2016.

