

LA ADQUISICIÓN DEL CONTROL DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Guillermo Sossa¹

INTRODUCCIÓN

La Ley 155 de 1959 estableció un deber legal en cabeza de las empresas que pretenden integrarse económicamente, al disponer que deberán informar en forma previa las operaciones de integración que pretenden llevar a cabo, como presupuesto necesario para el ejercicio del control previo que le corresponde ejercer a la autoridad de competencia.²

Así, mediante el control previo de integraciones se pretende por parte de la autoridad de competencia, analizar y determinar el impacto que tendría una integración sobre la estructura y dinámica del mercado, tratando de prevenir una consecuencia indeseable, normalmente asociada a una pérdida sustancial de las condiciones de competencia.

Se trata, por consiguiente, de estudiar y valorar los posibles efectos de una integración económica, con el propósito de anticiparse a una restricción indebida de la competencia derivada de la adquisición o el reforzamiento de un poder de mercado, en el entendido que esta situación puede verse reflejada en un incremento significativo de los precios, una desmejora en la calidad de los productos o en una disminución de la investigación y el desarrollo tecnológico, a tal punto que haga necesario condicionar la operación para lograr el reestablecimiento efectivo de la competencia o ya como medida extrema objetar su realización.

Como habrá de advertirse, el control a que se está haciendo alusión corresponde a un mecanismo eminentemente preventivo, en cuanto el objetivo de la autoridad de competencia no es el de reprimir y remover un comportamiento anticompetitivo del mercado, sino evitar que pueda darse una pérdida sustancial de las condiciones de competencia como consecuencia de una integración económica.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Financiero y Bursátil de la misma universidad. Máster en Estudios Internacionales de la Universidad Barcelona. Asistente a la Segunda Escuela de Competencia Iberoamericana, organizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, Madrid. Asistente a varios cursos de competencia organizados por la FTC de los EE.UU y el proyecto CAN-UE.

² De acuerdo con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, "*Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000) o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración. (...)*". En concordancia con lo anterior, el Decreto 2153 de 1992 estableció en el artículo 4º, numeral 14, que al Superintendente de Industria y Comercio le corresponde "*Pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas*". (El subrayado no hace parte del texto original)

Por tanto, cualquier situación de hecho o de derecho que confluya o de lugar a que dos empresas independientes económicamente dejen de serlo, en todo o en parte de sus negocios, para actuar en el mercado en beneficio sustancial de un mismo interés de manera estable y perdurable, constituye o da lugar a una integración económica,³ y en la medida que las empresas que participan en ella superen los umbrales de activos o ingresos previstos por la Resolución 22195 de 2006, dicha operación estará sujeta al control previo de integraciones.⁴

En este escenario la adquisición de control empresarial constituye una figura de singular importancia, no sólo porque de lejos constituye el instrumento más recurrente de integración, sino por el catálogo infinito de variedades que presenta, donde la realidad económica tiene prelación sobre las formas del derecho.

A este respecto, es importante señalar que las normas sobre promoción de la competencia y de prácticas comerciales restrictivas presentan una definición amplia del término “control”, lo que garantiza tanto su extensión como la vigencia de su contenido, una situación poco usual en los regímenes jurídicos de inspiración romano germánica, pero que en casos como el que habrá de analizarse constituye un acierto indiscutible.

Atendiendo a su enorme importancia que contrasta con su escaso desarrollo por la doctrina y la academia del país, el presente escrito se dirige a profundizar en la figura de la adquisición del control empresarial, para lo cual, tratando de dar una secuencia ordenada que facilite su entendimiento, se hará referencia, en primer lugar, al carácter propio de la figura como forma de integración empresarial, haciendo énfasis en su prevalencia sobre la subordinación societaria, para posteriormente hacer referencia a las formas a través de la cual puede estructurarse y, por último, efectuar algunas consideraciones generales relacionadas con el aviso de este tipo de operaciones a la autoridad de competencia.

Desde ya se advierte que las afirmaciones que a continuación se realizan son el resultado de una investigación, en la que han sido consultadas guías o lineamientos

³ En una trascendental decisión la Superintendencia de Industria y Comercio, luego de analizar los objetivos y finalidades de la norma sobre control previo de integraciones, reiteró el principio conforme al cual, cualquier operación que traiga como resultado en el mercado que dos o más agentes pierdan su independencia y empiecen a actuar en beneficio de un interés único, constituye o da lugar a una integración empresarial, sin importar si todas o solamente algunas de las empresas Intervinientes en la operación subsisten. Para la SIC, la necesidad de verificar en forma anticipada los efectos de una integración sobre el mercado tiene lugar “...independientemente del plano en que se presente y del vehículo conductor que se emplee [agregando que] a lo que se presta atención no es a la figura que se utilice, ni al mecanismo de que se valga, sino al efecto que se pueda producir sobre el mercado”. Tomado de Resolución 21820 de 2004; ver también Resolución 28515 de 2004, sobre la finalidad del control previo de integraciones.

⁴ Según se desprende de la Resolución 22195 de 2006 de la SIC, las operaciones de integración realizadas entre empresas que tengan ingresos operacionales anuales en conjunto superiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que tengan activos totales en conjunto superiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se encuentran dentro del régimen de información particular y, por consiguiente, deben reportarse y ser sometidas al control previo de la SIC.

de varias agencias de competencia a nivel internacional, así como pronunciamientos relacionados con casos concretos tanto en Colombia como en otros países y, naturalmente, las experiencias propias del autor, con el único deseo de presentar una herramienta básica que pueda utilizarse para fines académicos, que permita su discusión y, desde luego, sea objeto de mejorarse.

1. La Adquisición del Control Empresarial

El Decreto 2153 de 1992 “*Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*” efectuó una serie de definiciones para el ejercicio de las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y demás disposiciones complementarias.

De esta forma, el término “control” aparece definido en el numeral 4° del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, 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*”.

Ajustado a lo anterior, el control sobre una empresa se adquiere cuando se obtiene la posibilidad de ejercer una influencia determinante sobre su política empresarial, con la capacidad necesaria para decidir sobre la iniciación, el desarrollo, la variación o la terminación de sus actividades, o bien cuando se adquiere la posibilidad de disponer de los bienes o derechos esenciales dentro de su actividad empresarial. Luego la situación a que se refiere la precitada norma corresponde no a una influencia cualquiera, sino a una influencia verdaderamente determinante, lo que resulta lógico no sólo por el sentido natural del verbo “*influir*” que significa “*producir sobre otra cosa ciertos efectos*”, “*ejercer predominio, o fuerza moral*”, sino porque de no ser así, cualquier persona que pudiera tener una incidencia aún somera y remota sobre la actividad o los activos de la empresa, como un accionista minoritario, un proveedor, un comprador, un acreedor, incluso un competidor actual o potencial, se entendería integrado económicamente, lo que carece por completo de sentido.

Es importante señalar que la adquisición del control tiene lugar con prescindencia de si en la práctica se ejerce o no la influencia determinante a que nos hemos referido, pues la sola posibilidad de poder regir los destinos de la actividad empresarial supone de suyo el control sobre el ente económico.

2. Un Concepto que Rebase la Subordinación Societaria

La definición del término “control” que presenta el Decreto 2153 de 1992, se mantiene en concordancia con las demás disposiciones que establecen el control previo y la facultad del Superintendente para pronunciarse frente al mismo, en cuanto esta figura recae y se produce fundamentalmente sobre empresas, entendidas de manera general como unidades de explotación económica.⁵

⁵ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 del Código de Comercio, “*Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación,*

Desde ya merece destacar que si bien las formas de subordinación societaria que han sido incorporadas al Código de Comercio por la Ley 222 de 1995,⁶ pueden confluír o dar lugar a una situación de control empresarial, lo cierto es que esta última figura corresponde a un supuesto recogido por la ley con alcances y efectos propios, que desborda de la simple forma societaria de una organización, para centrar sus efectos concretos en la empresa y su actividad en el mercado.

Frecuentemente se confunde la noción de empresa, con la naturaleza jurídica que el empresario adopta para su ejecución, pese a que se trata de dos aspectos distintos. Para expresarlo de alguna manera, la empresa constituye la fuente de producción, de desarrollo económico y, naturalmente, de ingresos para el empresario por el riesgo que decide asumir; al paso que la sociedad es el cascarón jurídico que el empresario puede utilizar para su desarrollo. Así, aunque se trata de conceptos normalmente relacionados, no son connaturales el uno al otro, pues puede existir una empresa sin sociedad o una sociedad sin empresa, inclusive, una empresa puede pertenecer a varias sociedades o una sociedad puede tener varias empresas.

Sobre la base de que se trata de conceptos y situaciones que el Ordenamiento y la *praxis* recogen de manera distinta, perfectamente puede ocurrir que desde la óptica del derecho mercantil no se configure ninguna de las presunciones de subordinación societaria y sin embargo haya lugar a una situación de control empresarial; o por el contrario, que configurándose una subordinación societaria no se genere una integración empresarial, por ejemplo, cuando una empresa adquiere el control sobre otra empresa que participa en un mercado totalmente distinto al suyo.

Aunque por lo general el control se adquiere cuando se obtiene el número de acciones que confieren los votos necesarios para tener mayoría decisoria en las reuniones de la

administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

⁶ Al tenor de lo dispuesto por el artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, “Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

“1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

“2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

“3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

“Parágrafo 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

“Parágrafo 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior”.

asamblea general de accionistas o cuando se tiene derecho a los votos que permiten elegir el mayor número de miembros en la junta directiva, puede ocurrir que, no obstante, no encontrarse en ninguno de estos supuestos, se adquiera la posibilidad de ejercer una influencia definitiva en las políticas empresariales del ente económico. Es el caso, por ejemplo, de quien adquiere un control de *facto*, derivado de que el resto de las acciones en la sociedad están totalmente difuminadas en accionistas minoritarios, quienes normalmente encuentran en esta clase de títulos un medio para obtener una rentabilidad derivada de los dividendos y de la especulación en el precio de la acción y no para ejercer la administración y el control de una empresa, lo que hace que normalmente no concurren a las reuniones de asamblea de accionistas.

Esta última situación ilustra como, a pesar de no estar bajo ninguna de las presunciones de subordinación societaria que enuncia el Estatuto Mercantil, puede llegar a generarse una adquisición del control empresarial.

Así mismo, bajo la definición establecida por el Decreto 2153, cierto tipo de contratos como el de compra de activos, la maquila o la franquicia, pueden dar lugar a la adquisición del control, en tanto otorgan la disposición sobre bienes y derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa. De igual manera, pueden haber situaciones que en la práctica confluyan en una situación de dependencia económica y, por tanto, de control empresarial. Sobre este último particular, la Comisión de la Comunidad Europea ha establecido que situaciones derivadas de acuerdos de suministro o de crédito, importantes y a largo plazo, concedidos por proveedores o clientes, pueden conferir la posibilidad de ejercer una influencia definitiva sobre las decisiones de mercado de la empresa.⁷

Pero la distinción entre subordinación societaria y control empresarial no pasaría de ser puramente conceptual, sino fuera porque las obligaciones y efectos que derivan de cada situación son completamente diferentes. De esta forma, mientras la subordinación societaria supone un deber fundamental de publicidad y registro frente a los accionistas como a terceros, con el fin de rodear de condiciones de transparencia este tipo de procesos,⁸ al igual que otros deberes como la consolidación de estados financieros, la prohibición de imbricación accionaria,⁹ etc; la adquisición del control

⁷ Ver: Comunicación de la Comisión Europea 98/C 66/02, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas 2.3.98.

⁸ Sobre el punto, la Ley 222 de 1995 estableció en el artículo 29 que: “*En los casos de grupo empresarial, tanto los administradores de las sociedades controladas, como los de la controlante, deberán presentar un informe especial a la asamblea o junta de socios, en el que se expresará la intensidad de las relaciones económicas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada. (...)*”. Así mismo, la citada ley previene en el artículo 30 que: “*Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control*”.

⁹ En relación a este punto, el Código de Comercio establece en el artículo 262 que “*Las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones*

empresarial supone una integración económica sujeta al deber de información previa ante la autoridad de competencia, con el objeto de que evalúe la compatibilidad de la operación que se pretende llevar a cabo frente al mercado en que participan las empresas intervinientes.

Ha de convenirse, entonces, que la adquisición del control empresarial constituye un fenómeno con vida propia, que aunque puede darse de la mano de alguna de las formas de subordinación societaria, va más allá de ésta, en cuanto atiende circunstancias no sólo de índole jurídica, sino de naturaleza económica, que recen en la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de un ente económico y que va más allá de las decisiones que se adopten en los órganos colegiados del ente societario.

En este contexto, en el cual prevale el resultado sobre los medios, toda circunstancia de hecho o de derecho que confluya en la posibilidad de ejercer una influencia dominante sobre la política empresarial de un ente económico dará lugar a la adquisición de su control y a una integración empresarial, en tanto las empresas involucradas en la operación participan en el mismo mercado y cumplen los umbrales objetivos previstos por el régimen de información particular.

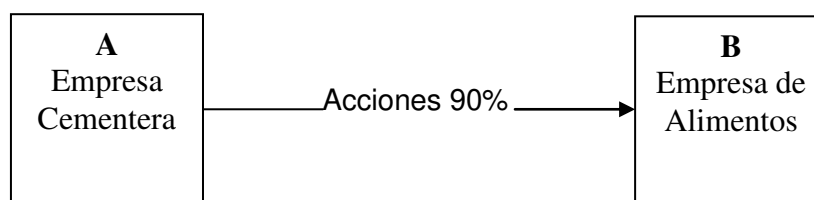
3 Alcance y Formas del Control Empresarial

Establecido lo anterior, corresponde ahora señalar que la adquisición del control empresarial puede darse a través de distintas formas y maneras.

3.1. Control directo e indirecto

El control se adquiere de modo directo cuando un ente económico, a través de cualquiera de las formas antes señaladas, logra ejercer una influencia dominante sobre otra empresa que pertenece al mismo mercado. Piense, por ejemplo, en el caso de una empresa cementera que adquiere la mayoría accionaria de otra cementera en el mercado, o bien cuando una empresa dedica a la producción de alimentos adquiere los activos tangibles e intangibles de un competidor suyo en el mercado.

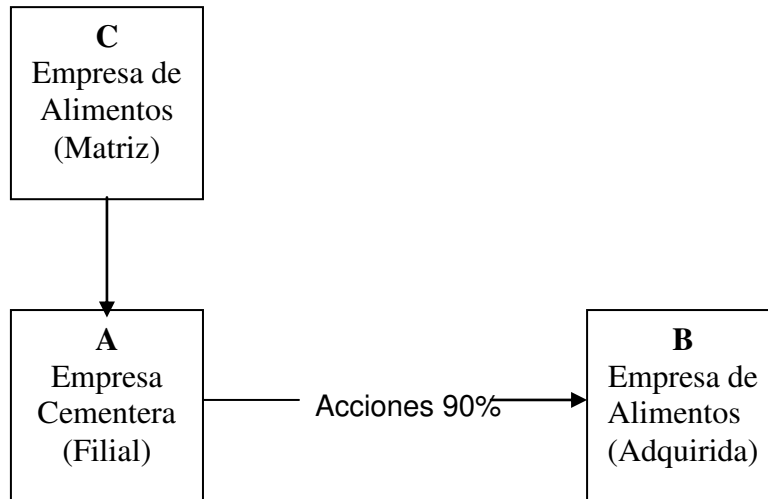
Pero el control al que se está haciendo referencia también puede adquirirse en forma indirecta o a través de interpuesta persona. Piénsese, por ejemplo, en una empresa de cementos "A", que por cualquier medio adquiere el 90% de las acciones en circulación de una empresa "B", esta última dedicada a la producción y comercialización de alimentos.



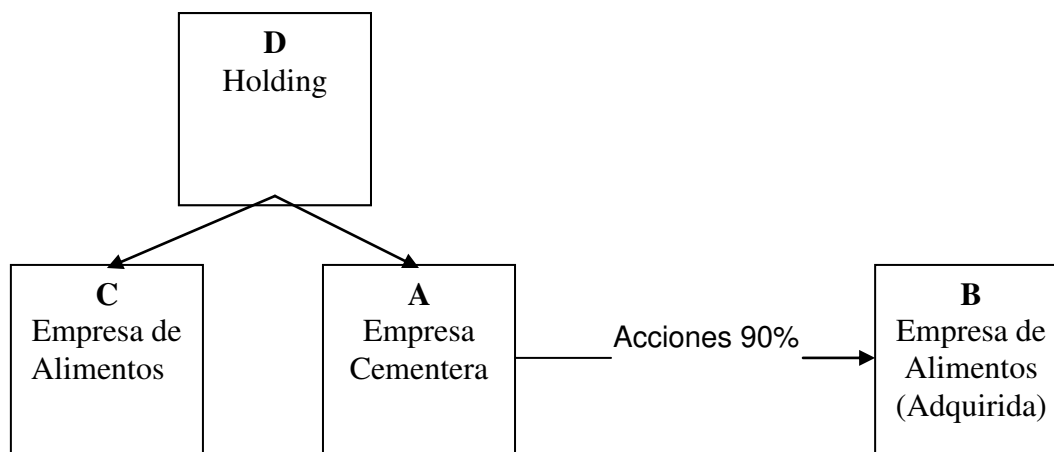
A primera vista se podría considerar que la anterior adquisición de control no comporta una integración económica, por cuanto el cemento y los productos alimenticios

en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo".

corresponden a mercados completamente diferentes. Sin embargo, la lectura señalada variaría sustancialmente, si se encontrara que la empresa cementera "A" que adquiere las acciones de la empresa B, estuviera controlada por una empresa "C" que participe del sector de alimentos, de la siguiente manera:



Tras llevarse a cabo la anterior operación, la empresa C estaría adquiriendo el control indirecto sobre la empresa de alimentos C y con ello se estaría dando lugar a una integración económica. Lo mismo sucedería, por ejemplo, si la empresa cementera estuviera bajo el control de una holding "D" que, a su vez, controla una empresa dedicada al sector de alimentos "C".



Ciertamente esta estrategia podría hacerse todavía más compleja si se valiera del concurso de una o de varias empresas de un mismo grupo económico, para adquirir el control sobre una empresa en particular.

En cualquier de los supuestos recién referidos, la adquisición del control sobre la empresa B se estaría produciendo por parte de un mismo grupo económico, esto es, por parte de varias empresas que actúan en el mercado bajo unidad de criterio y

dirección, con lo cual desde una perspectiva netamente económica conforman un único agente y, en esa medida, tendría lugar una integración económica al quedar dos empresas productoras de alimentos que antes competían, sujetas a un mismo direccionamiento económico y obrando en el mercado en beneficio de un mismo interés.

3.2. Control exclusivo y conjunto

Otra clasificación que puede darse, corresponde a la del número de voluntades que sea necesario para ejercitar el control sobre una empresa o ente económico. Así, se habla de control exclusivo y de control conjunto.

El control exclusivo fundamentalmente tiene lugar cuando una empresa adquiere la posibilidad de ejercer una influencia determinante sobre las políticas y estrategias comerciales de otra empresa que participa del mismo mercado, sin requerir para ello de otros factores o voluntades.

Por su parte, habrá control conjunto cuando quiera que dos o más empresas o personas necesariamente deben llegar a un acuerdo o consenso sobre las decisiones importantes que afecten a la empresa controlada que se dedica a la misma actividad económica de ellas o una actividad relacionada, en el entendido que ninguna tiene por sí sola un poder decisorio sobre la misma y que ante la falta de consenso terminaría bloqueándose el funcionamiento de la empresa.

En el glosario de términos utilizado en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea, se establece que *“Hay control conjunto cuando al menos dos empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa. Por influencia decisiva en este sentido se entiende habitualmente el poder de bloquear decisiones que determinen el comportamiento comercial estratégico de una empresa”*.¹⁰

Valga señalar que en Colombia la Ley 222 de 1995, a través del artículo 70 estableció la posibilidad de suscribir acuerdos entre accionistas, al disponer que *“Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. (...)”* (El subrayado no hace parte del texto original)

Para ilustrar lo anterior, permítase el siguiente ejemplo:

Las empresas Wingo S.A y Angar S.A. dedicadas a la producción y comercialización de alimentos concentrados para perros, deciden con el concurso de sus respectivas filiales adquirir la totalidad de las acciones en circulación de la empresa Alimentos Sintra S.A., quien también participa del mercado de concentrados para perros. Tras la operación mencionada el capital de Alimentos Sintra S.A. queda de la siguiente manera:

¹⁰ Dirección General de Competencia de la Unión Europea, Bruselas, julio de 2002, pág. 18.

Alimentos Sintra S.A.

| Accionista | Participación |
|---|----------------------|
| Wingo S.A | 45% |
| Chocolates Zaire (Filial de Wingo S.A.) | 5% |
| Angar Ltda. | 45% |
| Inversiones Angar (Filial de Angar Ltda.) | 3% |
| Andrés García (Accionista de Angar Ltda.) | 2% |
| TOTAL | 100% |

Claramente en el ejemplo anterior, ninguno de los accionistas individualmente considerado ostenta más del cincuenta por ciento (50%) del capital de la sociedad en comento. Ni siquiera con el concurso de sus filiales o accionistas, podrían Wingo S.A o Angar Ltda. ejercer una influencia dominante sobre Alimentos Sintra S.A., pues la paridad 50-50 en que se encuentran hace que ninguna tenga control exclusivo. Esta interdependencia entre Wingo S.A y Angar Ltda las motiva a ponerse de acuerdo sobre las decisiones empresariales del ente controlado, pues de otra manera sus intereses económicos entrarían en riesgo ante la posibilidad de un bloqueo permanente en sus determinaciones, lo que motiva propiciar un control conjunto sobre Sintra.

La misma situación tendría lugar si dos accionistas pese a no tener la mayoría accionaria en forma individual, convienen en unirse en sus determinaciones para lograr el control conjunto sobre el ente económico, como ocurre en el siguiente ejemplo:

La empresa de transporte aéreo El Cóndor S.A. tiene la siguiente composición accionaria:

El Cóndor S.A.

| Accionista | Participación |
|-----------------------------|----------------------|
| Aerosucre S.A. | 37% |
| Aerocol S.A | 35% |
| Inversiones La Nacional S.A | 11% |
| Zeo International Co. | 8% |
| Omnibus S.A | 3% |
| Otros | 6% |

No obstante que ni Aerosucre S.A. ni Aerocol S.A. tienen el control exclusivo de la sociedad, en tanto ninguna de ellas cuenta con la mayoría accionaria en la sociedad El Cóndor S.A., lo cierto es que un acuerdo o concertación entre ellas para adoptar un solo bloque en las votaciones les conferiría una participación del 72% y, en ese sentido, la posibilidad de hacerse al control conjunto de la compañía. Desde luego, igual situación puede predicarse cuando el porcentaje de participación accionaria les confiere la posibilidad de hacerse al mayor número de miembros en los órganos de administración.

De la misma manera, existirá control conjunto cuando por vía estatutaria o mediante acuerdo entre accionistas se determina la unanimidad o un quórum decisorio

específico para las decisiones estratégicas asociadas a la política comercial de la compañía (presupuesto, designación de personal directivo, programa de actividad – *líneas de productos, tecnología, precios, oferta-*, inversiones, etc.), pues en este caso lo que está de por medio es un derecho de veto inclusive de los accionistas minoritarios, quienes podrían bloquear las decisiones de los órganos colegiados, haciendo necesario un consenso y, en esa medida, un control compartido de la empresa para que ésta pueda funcionar.

Pero también puede pretenderse adquirir no el control común de un empresa ya constituida, sino la “creación de empresa común”. Esto significa, fundamentalmente, que la Empresas en Participación ha de operar en un mercado y desempeñar todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas pertenecientes a dicho mercado con plenas funciones y no simplemente como un apéndice de sus matrices, encargada por ejemplo de proveerles la materia prima.

Así las cosas, el control conjunto tendrá lugar siempre que un número plural de empresas adquieran la posibilidad de decidir en forma conjunta o coordinada las principales determinaciones de otro agente económico, quien además participa de su mismo mercado.

4. El Reporte de la Integración

Un último aspecto que no puede pasar por alto, corresponde a la oportunidad en que la operación deber ser informada a la autoridad de competencia para su análisis correspondiente.

En relación a este punto, como se advirtió antes, toda operación que se pretenda realizar debe informarse en forma previa a la autoridad de competencia para su correspondiente control previo, agregando que las partes intervinientes no podrán perfeccionar la respectiva operación hasta tanto la autoridad de competencia no se haya pronunciado favorablemente respecto de la misma, ya sea en forma expresa o tácita.

Sin embargo, lo anterior no resulta tan claro cuando la situación que puede dar lugar a la adquisición del control y, por ende, a una integración, es una oferta pública de adquisición, pues claramente para cuando se formula la OPA no existe certeza de si los accionistas a quien va dirigida la van a aceptar y, sobre todo, si van a hacerlo en número tal que permitan al oferente adquirir el control de la sociedad, lo que daría razones para pensar que en ese momento no hay lugar a cumplir con el deber de información previa. Sin embargo, el momento de dar aviso de la operación a la autoridad de competencia tampoco puede ser cuando el oferente ha comprado las acciones y adquirido el control de la empresa, pues para ese momento ya la integración podría estar consumada y, en esa medida, verse comprometida la responsabilidad por inobservancia del deber de información previa.

Una forma de solucionar esta situación podría ser incluir dentro del reglamento de la OPA una cláusula suspensiva, en virtud de la cual se entienda que quienes decidan concurrir a la venta de las acciones entienden y aceptan que en caso de que la misma conlleve una adquisición de control, la operación solamente podrá perfeccionarse cuando la autoridad de competencia se haya pronunciado en torno a su viabilidad. Otra posibilidad que podría abrirse sería realizar la enajenación pero suspender los

derechos políticos que confieren las acciones, hasta tanto se haya obtenido la mencionada aprobación.

En cuanto a quien o quienes tienen el deber legal de reportar la operación, en principio podría pensarse que basta que lo haga el comprador o quien está adquiriendo el control de manera general. Sin embargo, la dificultad estará en que debe conseguir la información económica de la empresa que está adquiriendo, lo que supone necesariamente una colaboración del vendedor para tal propósito, no obstante que no es él quien se está integrando sino la empresa cuyas acciones o derechos están transfiriendo.

Frente a operaciones celebradas en el extranjero pero con efectos integrativos en el territorio nacional, la SIC ha considerado con criterio práctico que no importa quien la informe en Colombia, ya sea que lo hagan las matrices o las filiales, lo importante es que la operación se informe.¹¹ Naturalmente, el criterio no podría ser igual al momento de iniciar una investigación por la supuesta inobservancia del deber legal de información previa, pues en este caso, en sujeción a las garantías constitucionales y legales, como del principio de territorialidad, sólo puede ser sancionado quien efectivamente era sujeto del deber y lo incumplió, al haberse integrado sin que se haya avisado en forma previa a la SIC.

Por último, es importante señalar que si bien para las empresas intervinientes en la integración el vehículo jurídico del negocio constituye un aspecto de la mayor

¹¹ *“Conviene enfatizar, que pese a tratarse de una enajenación entre sociedades extranjeras, [la operación] conlleva la generación de efectos concentrativos para el mercado doméstico, en la medida que MEXALIT S.A., quien tiene el control de las sociedades Eternit Atlántico S.A., Eternit Colombiana S.A. y Eternit Pacífico S.A., aspiraban a adquirir el 81,5% de la conformación accionaria de Colombit S.A., que también participaba en el mercado de producción de cubiertos de fibrocemento. De modo que, de llegarse a concretar la operación, tanto las sociedades Eternit, como Colombit, quedarían sujetas al control de MESALIT S.A. y, por lo mismo, estarían bajo unidad de criterio y dirección.*

“Como se desprende del párrafo precedente, no eran MEXALIT S.A y NEFIBOUW B.V. las empresas que se estaban integrando, pues a ellas solamente las unía el interés de perfeccionar una compraventa de acciones. La integración verdadera se daría un escalón abajo, es decir, entre las filiales que quedaban dentro de una misma unidad económica. En esta perspectiva, el aviso de la operación y su consecuente análisis recayó sobre la integración de las filiales colombianas, en el entendido que quedarían expuestas a un mismo control, y que bajo esa condición, se estaría produciendo una concentración en el mercado. (...).

“Es claro, entonces, que la materia objeto de análisis en la actuación adelantada fue la integración de las empresas Eternit y Colombit en el territorio nacional. En esa medida, era y sigue siendo irrelevante quien, dentro de esa organización, haya concurrido al respectivo aviso, por cuando es la operación en sí misma, el objeto del control previo y no los sujetos que la notifican. (...).

“En consonancia con la doctrina de esta Superintendencia, valga señalar que la operación es la misma y no deja de serlo, por la decisión que se tome al interior de cada grupo respecto al encargado de concurrir a su aviso, en tanto éste es un aspecto interno que no desvirtúa el efecto concentrativo que se está produciendo”. Resolución 34712 del 11 de diciembre de 2003. Caso Eternit – Colombit.

relevancia, en razón a sus implicaciones fiscales, laborales, contractuales y estratégicas que se derivan, este aspecto como ya se dijo, normalmente resulta irrelevante para la autoridad de competencia, pues a lo que está prestando atención es a los efectos netos de la operación sobre el mercado y no al medio utilizado.

CONCLUSIONES

Como se advirtió, entonces, las normas sobre competencia definen la adquisición de control empresarial como la posibilidad de ejercer una influencia dominante sobre las decisiones empresariales o la disposición sobre bienes esenciales para el desarrollo de la actividad empresarial. Esta posibilidad puede darse a través de una variedad situaciones fácticas y jurídicas de la más variada índole, que van de las más simples a las situaciones más complejas, en un catalogo inimaginable de posibilidades, dónde prevale la realidad económica sobre la formalidad jurídica.