

Bogotá D.C.,

10

Asunto: Radicación: 17- 38916 -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 10

Respetado(a) Señor (a):

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

Reciba cordial saludo.

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

1. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a la solicitud por usted radicada ante esta Entidad a través de su comunicación de fecha 15 de febrero de 2017 en la cual señala:

“(…), empresas procesadoras de lácteos, que hacen parte del grupo francés (…), posee varias plantas de producción y procesamiento de leche en el territorio nacional (…)

Sin embargo, el volumen de leche en polvo importada se ha venido incrementando en volúmenes, que a nuestro parecer son excesivos y que por el contrario, se pueden producir con insumos nacionales en dichas plantas.

El origen de dichas leche importada son de las plantas de la empresa controlante (…) que posee en el exterior.

Se pregunta: ¿La importación de dicha leche en polvo de plantas de propiedad de la empresa extranjera controlante, en perjuicio y detrimento, de empresas nacionales de propiedad de dicha empresa extranjera, no configura alguna práctica restrictiva del mercado?”.

Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - Pbx: 5920400 - Correo: contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

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

2. CUESTIÓN PREVIA

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

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”.

3. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

De manera general, las facultades legales del Superintendente de Industria y Comercio y del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, de acuerdo con el Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1340 de 2009, son:

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

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

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

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

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

(vi) pronunciarse en los términos de la ley, sobre la fusión, consolidación, adquisición del control de empresas e integración, cualquiera que sea la

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

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



forma jurídica de la operación proyectada, y analizar el efecto de los procesos de integración o reorganización empresarial en la libre competencia.

3.1. Libertad económica y libre competencia

Se torna indispensable aclarar que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 100 de la Constitución Política, "los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos (...)", en consecuencia, para el análisis de una conducta anticompetitiva, no es dable partir del supuesto del origen nacional de los involucrados o de la procedencia de los productos, si así se hiciera, sería en detrimento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior.

Ahora bien, en tratándose de la libertad económica de las personas nacionales o extranjeras, la Constitución Política ha consagrado este derecho con una doble connotación, por una parte, en su artículo 333, consagra la libertad económica como un derecho individual radicado en cabeza de todos los ciudadanos y sometido a los límites que establezca la ley, a su vez, mediante lo dispuesto en el artículo 88 superior se instituye como un derecho colectivo menester de protección.

En este contexto, la Corte Constitucional ha definido esta libertad como *"la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio"*¹.

En desarrollo de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la libertad económica se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de empresa y la libre competencia. Es así como, la libertad de empresa se manifiesta en la *"capacidad que posee toda persona de establecerse y de ejercer la profesión u oficio que libremente elija"*², mientras que la libre competencia se traduce en *"la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela"*³.

En concordancia, también ha señalado que *"en razón a que el contrato constituye uno de los principales instrumentos en la circulación de bienes y servicios, así como para contraer derechos y obligaciones económicas, debe entenderse que la libertad de contratación es un elemento propio de la libertad de empresa, que se encuentra protegido constitucionalmente"*⁴.

En este estadio es preciso recordar que, en aplicación del artículo 1 de la Constitución Política, la libertad económica, como concepto ligado a la libre competencia, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad de

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-624 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-524 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³ GACETA DEL CONGRESO, 9 de septiembre de 1994, Exposición de Motivos "Proyecto de ley por el cual se dictan normas sobre competencia desleal"

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-535 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



contratación, como todos los derechos y libertades dentro del marco de un Estado Social de Derecho, no es absoluta, sino que se encuentra limitada por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general.

Bajo esta tesitura, el artículo 333 de la Constitución Política reconoce que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, sin embargo, el núcleo esencial de estos derechos solo encontraría sentido bajo un marco normativo que lo delimite y regule, para los efectos, el legislador se encuentra facultado por el constituyente para establecer restricciones a la libertad del individuo en materia económica, toda vez que la Carta *"lo habilita para desarrollar y concretar la sanción o el límite frente a actividades que incumplan los parámetros básicos de conducta fijados (...)"*¹⁵.

Y es que la posición pacífica de la honorable Corte Constitucional Colombiana ha sentado su precedente en este sentido, es así como, en sentencia C-288/10 ratifica lo dicho de la siguiente manera:

"el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas. No obstante, los argumentos planteados anteriormente llevan a sostener que el ejercicio de esta libertad no está exento de límites sino que, antes bien, el contenido de la garantía constitucional encuentra su verdadera definición a través del marco de referencia que le da sentido".

Así las cosas, bajo las potestades otorgadas al legislador y relativo al tema que nos atañe en esta consulta, el ordenamiento jurídico establece: (i) de manera meramente enunciativa prácticas restrictivas de la competencia, (ii) régimen de integraciones empresariales y (iii) vigilancia administrativa de la competencia desleal (art 2 y 6 L/1340 de 2009). Veremos a continuación las conductas que en el marco de lo consultado pueden ser utilizadas como instrumentos de valoración por el consultante:

3.2 Prácticas comerciales restrictivas

El Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963, dispone:

"Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos."

De acuerdo con lo anterior, las normas sobre prácticas comerciales restrictivas prohíben y establecen sanciones para quienes incurren en conductas que tengan

por objeto o como efecto la alteración de la libre competencia en el mercado, las cuales pueden revestir la forma de actos o acuerdos anticompetitivos o de abuso de la posición dominante.

El numeral 1 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define “*acuerdo*” como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. Asimismo, el numeral 2 del citado Artículo define “*acto*” como “[t]odo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”; y el numeral 5 define “*posición dominante*” como “[l]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

El Decreto 2153 de 1992, en sus Artículos 47, 48 y 50 señala, de manera enunciativa, los acuerdos y actos que se consideran contrarios a la libre competencia y las conductas que constituyen abuso de posición dominante. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en la cláusula de prohibición general establecida en el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

3.2.1 Acuerdos contrarios a la libre competencia

El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000, dispone:

“Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;*
- 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros;*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores;*
- 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro;*
- 5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos;*
- 6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos;*
- 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su*

naturaleza no constitúan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones;

8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción;

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

3.2.2 Abuso de posición dominante

El ostentar la posición de dominio en un mercado no constituye por sí sola infracción alguna a las normas de libre competencia. Es el abuso de la misma el que puede constituir una práctica anticompetitiva.

No obstante, resulta claro que para que se pueda hablar de abuso de posición dominante la empresa de la que se predica dicho abuso debe ostentar efectivamente dicha posición dentro del mercado, de tal suerte que para establecer si hay abuso es preciso determinar la existencia efectiva de la posición dominante.

Establecida la posición de dominio, se puede continuar con el estudio de los ingredientes normativos de las conductas que según el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000, constituyen abuso de la misma en el mercado, como sigue:

“1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos;

“2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas;

“3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constitúan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones;

“4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrece a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

“5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio

colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

“6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

3.2.3 Actos contrarios a la libre competencia

Son actos contrarios a la libre competencia, de acuerdo con el Artículo 48 del Decreto 2153, los siguientes:

“1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

“2. Influnciar a una empresa para que incremento los precios de sus productos o servicio o par que desista de su intención de rebajar los precios.

“3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”.

3.3 Régimen de concentración empresarial

Sea lo primero señalar que, las situaciones de control en las que pueden encontrarse las personas jurídicas responden a diferentes fuentes, a saber: legales, de hecho, derivadas de integraciones o situaciones preexistentes. Por su parte, se debe aclarar que las operaciones de concentración empresarial no son, en principio, contrarias a derecho, en efecto, son un ejercicio legítimo de los derechos a la libre competencia, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad de contratación, teniendo como finalidad la búsqueda de sinergias para un mejoramiento de procesos productivos o administrativos, la conquista de mercados, entre otros fines lícitos.

Sin perjuicio de lo anterior, algunas operaciones de concentración empresarial pueden desencadenar en una limitación excesiva de la competencia en el mercado, razón por la cual, por mandato legal contenido en el título II de la ley 1340 de 2009, estas operaciones deberán, “ex ante”, ser informadas a esta Entidad en concordancia con lo dispuesto en el Anexo 1 del título VII de la Circular Única de esta Superintendencia.

Para efectos de lo anterior, los sujetos que se encuentran vinculados al deber de informar serán aquellos que cumplan con los supuestos: objetivo y subjetivo; El artículo 2.1, 2.1.1 y 2.1.2 de la Circular Única de esta Entidad en su tenor dicta lo siguiente:

“2.1 Operaciones sujetas a este trámite Las operaciones empresariales de fusión, consolidación, adquisición de control o integración, cualquiera que

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

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

sea la forma jurídica de la operación proyectada, deben ser informadas a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando concurren en ellas los siguientes supuestos:

2.1.1 Supuesto subjetivo

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

b) Cuando las empresas intervinientes se encuentren en la misma cadena de valor. Se entiende por empresas intervinientes: aquellas empresas que hacen parte de la operación de integración que se proyecta realizar y que ejercen una misma actividad económica o pertenecen a la misma cadena de valor y que puede tener efectos en el mercado nacional. Se entiende por cadena de valor: el conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final.

2.1.2 Supuesto objetivo

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

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

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

En este orden de ideas, relativo al deber de informar, por la misma naturaleza jurídica de los deberes, es una carga imputable a los intervinientes en las operaciones de concentración.

Aunado a lo anterior, Las empresas que se integren, fusionen o reorganicen y puedan acreditar la existencia de Grupo Empresarial o en las que las intervinientes se encuentren bajo una misma unidad de control en los términos del numeral 4 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, estarán exentas del deber de notificación e información ante esta Superintendencia, de conformidad con lo dispuesto en el

parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 4 de la Resolución No. 12193 de 2013, incorporada a la Circular Única.

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

4 CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA CONSULTA PRESENTADA.

En línea con lo anterior, y teniendo en cuenta que a este punto se ha logrado la exposición de las consideraciones de orden constitucional, legal y jurisprudencial, en el marco de los interrogantes planteados en la solicitud formulada, nos permitimos manifestar.

- En primera medida, es claro que NO es competencia de esta Oficina entrar a determinar la validez jurídica de situaciones de carácter particular. Así las cosas, a efectos de determinar si los hechos expuestos en su consulta constituyen una conculcación al régimen de protección a la competencia, se haría necesario adelantar una investigación por parte de esta Superintendencia. Por tal razón, si lo considera pertinente puede presentar una queja ante esta Entidad en la que indique la conducta objeto de su reproche. Adicionalmente, será procedente adjuntar las pruebas que tenga en su poder o que puedan servir de utilidad para la actuación.
- En los términos de los artículos 13 y 100 de la Carta Política, los nacionales y extranjeros tendrán los mismos derechos civiles en el territorio nacional, esta situación no es ajena a la libertad económica, en consecuencia, el hecho de preferir el suministro de bienes de una sociedad extranjera sobre una nacional, no podrá en ningún sentido considerarse vulneradora del régimen jurídico, menos aún, en materia de competencia.
- De lo anterior se advierte que, relativo a las concentraciones empresariales verticales, cuando una matriz se sirve de sus subordinadas, bien sea para, adquirir sus materias primas o vender dentro de la cadena de valor sus productos finales a las otras sociedades, no es dable concluir una vulneración del régimen de protección a la competencia, esto bajo el entendido que, dentro de las causas que motivan a dichas operaciones lícitas están las de generar sinergias entre los entes empresariales en pro de la eficiencia de procesos productivos o administrativos.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/drupal/Doctrina-1>

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

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

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1755 de 2015, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Andrés Ortiz Vásquez
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha