



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **25415** DE 2002
(06 ABO. 2002)

Por la cual se impone una sanción

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Como resultado de una averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, mediante resolución 1046 de 2002, se abrió una investigación contra Stockler Ltda. y Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., por presunta infracción a las normas sobre promoción de la competencia, bajo los siguientes argumentos:

1.1 Obligación de información previa

El 23 de noviembre de 2001, fue publicado en el Diario Portafolio un aviso de fusión, mediante el cual se informaba al público en general la realización de una operación de fusión entre Stockler Ltda. y Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., contando la primera con un valor de activos que ascienden los \$21.978.138.000 y la segunda, con un valor de activos que asciende los \$1.041.485.000.

Al verificar los archivos de esta Entidad no se encontró que esas empresas hubiesen avisado la operación de fusión en los términos contenidos en el artículo 4 de la ley 155 de 1959.

1.2 Autorizar, ejecutar o tolerar conductas

En el mismo sentido, se ordenó investigar a Juan Pablo García Camacho, gerente de las sociedades, para determinar si autorizó, ejecutó o toleró la conducta investigada.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo 01102013-20000 del 15 de abril de 2002, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación

TERCERO: Tal y como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 01102013-10001 del 30 de mayo de 2002, se dio traslado del informe motivado, en relación con el cual, las empresas investigadas estando dentro del tiempo establecido, expresaron:

***1. NOCIÓN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA**

Por la cual se impone una sanción

"En las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como su propio nombre lo indica, los bienes jurídicos tutelados son la competencia y el mercado; el objeto principal de estas normas es el de proteger al mercado de aquellos actos o acuerdos que de alguna forma lo amenacen.

"Una de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) establecidas por el Decreto 2153 de 1992 es la de 'velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas...'

"En este orden de ideas, resulta importante para este estudio determinar el alcance de las funciones de la SIC, con base en la definición de su objeto.

"La doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional han concluido que no resulta viable llegar a una definición de competencia, en la medida de los múltiples factores que la componen, sin embargo, hay una cierta uniformidad en definir algunos de los elementos esenciales de la noción de competencia, tales como: ¹

"- Dimensión estructural: 'relación que se da o se puede dar entre una pluralidad de agentes económicos que actúan en el marco de un determinado modelo de mercado.'

"- Dimensión competitiva: 'proceso de actuaciones y comportamientos de los diferentes agentes económicos que participan en el mercado, a través de los cuales aquella pluralidad de personas lucha ente sí por conseguir la misma meta económica en una misma unidad de tiempo y espacio.'

"- Dimensión ideológica: 'la competencia conforma un particular sistema institucional de vida social dentro del cual se ordenan las actividades de los agentes económicos.

"Las tres dimensiones antes referidas de la competencia, definen el marco conceptual dentro del cual se deben ejercer las funciones de esa entidad, esto es, velar por la conformación de un sistema institucional de vida ordenado (dimensión ideológica) en el que la pluralidad de los agentes que participen de un mismo mercado (dimensión estructural), luchan entre sí por conseguir la misma meta económica (dimensión competitiva).

"Ahora bien, para ejercer las funciones de velar por la promoción de la competencia, en los parámetros antes definidos se requiere de la existencia de unos elementos fundamentales:

- "- Pluralidad de agentes*
- "- Participación de un mismo mercado*
- "- Lucha por una misma meta*

"Para que se pueda hablar de competencia como tal, se requiere obviamente de la existencia de una pluralidad de agentes, pues un solo agente, por definición, no compite; si hay un sólo agente en el mercado, no hay bien jurídico que tutelar bajo las normas de promoción de la competencia. Igualmente se requiere de que esos agentes participen de un mismo mercado, pues de no ser así, tampoco se trataría de competencia; e igualmente se requiere de una 'lucha' ente ellos por una misma meta, que en términos económicos se podrá llamar cliente, utilidades, ventas, etc.

"En este mismo sentido se pronunció la SIC en el concepto emitido dentro del expediente administrativo No. 00-01365, de la siguiente forma:

¹ALMONACID SIERRA, JUAN JORGE; GARCIA LOZADA NELSON GERARDO, Derecho de la Competencia, Editorial Legis, página 32.

Por la cual se impone una sanción

"El acto o los actos jurídicos mediante los cuales se lleve a cabo la operación son relevantes solo en la medida que constituyan un medio idóneo y directo para situar de manera permanente y bajo único órgano de gestión a dos o más empresas que antes competían como entidades independiente en el mercado' (resaltado fuera del texto)

"Igualmente la SIC, citando al Doctor Emilio Archila, en el concepto emitido dentro del expediente administrativo No.00-86127, definió que se debía entender por integración, en los siguientes términos:

"...toda la gama de alternativas jurídicas, económicas, administrativas y de cualquier índole, que conducen a que dos o más unidades de explotación económica actúen sustancialmente en beneficio de un mismo interés, independientemente de que subsistan o no como individualidades' (resaltado fuera de texto)

"Teniendo claro estos presupuestos conceptuales, resulta importante hacer una referencia al presente caso, para determinar el alcance del ejercicio de las funciones de velar por la promoción de la competencia por parte de la SIC:

"Las sociedades que se han fusionado son las siguientes:

"STOCKLER Ltda. (en adelante STOCKLER)

"REPRESENTACIONES E INVERSIONES KALIMA Ltda. (en adelante KALIMA)

"El siguiente cuadro ilustra alguna información relevante de las dos sociedades, antes de realizarse la fusión de las mismas, según consta en los certificados de existencia y representación legal que obran en el expediente:

	STOCKLER	KALIMA
Socios	COLOMBIA INVEST AG HAROCA HOLDING GMBH	COLOMBRAS INVEST AG HAROCA HOLDING GMBH
Gerente	JUAN PABLO GARCÍA C.	JUAN PABLO GARCÍA C.
Revisor Fiscal	PEDRO ELISEO CRUZ	PEDRO ELISEO CRUZ
Apoderado General	BERNARDO JARAMILLO	BERNARDO JARAMILLO
Activos	CUOTAS SOCIALES DE SKN CARIBECAFE Ltda.	CUOTAS SOCIALES DE SKN CARIBECAFE Ltda.
Domicilio	Cra. 9 No.73-24 piso 5	Cra. 9 No. 73-24 piso 5

"Por su parte, SKN CARIBE CAFE, sociedad en la cual las dos sociedades su único activo, tenía la siguiente estructura:

	SKN CARIBECAFE LTDA
Socios	STOCKLER
	KALIMA

Por la cual se impone una sanción

Gerente	BERNARDO JARAMILLO
Revisor Fiscal	PEDRO ELISEO CRUZ
Domicilio	Cra. 9 No.73-24 piso 5

"En este orden de ideas, es evidente que STOCKLER y KALIMA, tenían lo mismos socios, el mismo gerente, el mismo revisor fiscal, el mismo apoderado general, su mismo domicilio legal, y su único activo eran las cuotas sociales que las mismas poseían de la sociedad SKN CARIBECAFE Ltda., sociedad que igualmente tenía unidad de control y gestión. Es decir, eran dos sociedades de las llamadas 'holdings', o sea, dos vehículos legales a través de los cuales actuaba el mismo inversionista extranjero en Colombia.

"En efecto, las sociedades COLOMBRAS INVEST AG y HAROCA HOLDING GMBH, ambas de nacionalidad suiza, que eran las únicas accionistas de STOCKLER Y KALIMA, son a su vez controladas por NEUMANN GRUPPE GMBH de Alemania.

"Siendo NEUMANN GRUPPE GMBH, quien controla las sociedades COLOMBRAS INVEST AG y HAROCA HOLDING GMBH, que a su vez, son las únicas socias en STOCKLER y KALIMA, que a su vez son las únicas socias de SKN CARIBECAFE, resulta evidente que siempre ha existido una unidad de gestión entre STOCKLER y KALIMA.

"En este orden de ideas resulta claro que en los términos conceptuales anteriormente definidos, en el presente caso NO EXISTE UNA PLURALIDAD DE AGENTES QUE LUCHEN O COMPITAN POR UNA META, y que requiera de la intervención y vigilancia por parte de la SIC. En este orden de ideas, la integración de estos dos vehículos legales, que se hizo únicamente para evitar duplicidad de costos, no estaba llamada a producir ningún efecto en el mercado. De hecho, nos cuesta trabajo en este caso hablar de 'mercado', tratándose, como lo veremos, de dos sociedades que no ejercían ninguna actividad comercial, ni productiva, ni abastecedora, ni de prestación de servicios; su único objeto era el de poseer unas acciones de SKN Caribecafé.

"Por lo tanto, las sociedades STOCKLER y KALIMA tenían UNIDAD ABSOLUTA de gestión y dirección, UNIDAD ABSOLUTA de objetivos, y UNIDAD ABSOLUTA de control. STOCKLER y KALIMA, no competían por ningún mercado, no luchaban entre sí por proveer o por proveerse de algún bien o servicio, por el contrario, actuaban en beneficio de un mismo interés, motivo por el cual su integración escapa la órbita de promoción de la competencia de la SIC, y en los términos de la propia SIC los actos de su integración 'son relevantes'. Incluso podría afirmarse que se trataba de dos sociedades que ya estaban integradas funcionalmente desde su constitución, puesto que sus dueños eran los mismos, sus representantes legales los mismos, su objeto social exclusivo el mismo, sus revisores fiscales los mismos, su sede social la misma, en fin, no existía ninguna diferencia entre ellas. La existencia de dos sociedades respondía únicamente a la necesidad de contar con una pluralidad de socios en las sociedades colombianas.

"Por todas las anteriores razones, consideramos en su momento que, a la luz de la legislación vigente, no era necesario notificar a la SIC, invertir el tiempo y los recursos del Estado, solicitando a esa entidad que revisara una supuesta integración de algo que ya estaba integrado, que de hecho, nació integrado y siempre estuvo bajo un solo órgano de gestión.

"Uno de los principios de interpretación de las leyes el teleológico, según el cual, las normas deben interpretarse atendiendo al fin que las mismas persiguen; de manera general y para el presente caso, las normas que ordenan la notificación de una integración, como es obvio, presuponen que las empresas que se integran, no están integradas; en ese sentido, las normas buscan evitar que como

Por la cual se impone una sanción

consecuencia de una futura integración, se afecte el mercado. Pero si en la realidad, las empresas ya están integradas, ese presupuesto lógico y obvio, no existe, luego la aplicación de la norma carecería de fundamento en ese caso particular y por ello no habría lugar a su aplicación.

"En consecuencia, creemos que las funciones que la SIC ejerce relacionadas con la promoción de la competencia, con base en las cuales se ha abierto la presente investigación, no deben ser ejercidas en este caso, pues por definición, LAS SOCIEDADES STOCKLER Y KALIMA NO COMPETÍAN. La SIC no puede velar y promover por la competencia entre dos empresas que estaban llamadas a competir, no puede pedir que le notifiquen la integración de dos empresas que ya estaban integradas ya actuaban en pro de un beneficio común, porque STOCKLER y KALIMA fueron constituidas y desarrollaron su objeto social con un solo fin, que era, como tantas veces se ha insistido ante esa entidad, el de ser el instrumento a través del cual COLOMBRAS INVEST AG y HAROCA HOLDING GMBH (a su vez ambas propiedad de un mismo grupo económico además no controlaban a SKN CARIBECAFE).

"2.- OBJETO SOCIAL DE STOCKLER y KALIMA

"Siendo claros en que STOCKLER y KALIMA tenían una unidad absoluta de gestión, lo que hace innecesario obtener aprobación de la SIC para su integración, pasemos ahora a efectuar un estudio sobre el objeto social de las mismas y la forma en que la desarrollaron.

"Según consta en los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá que obran en el expediente, el principal objeto social de STOCKLER y KALIMA era el siguiente (hasta el objeto social de las dos era absolutamente idéntico):

"Participar como inversionista, en cualquier proporción, con empresas, sociedades o compañías, nacionales o extranjeras, de capital privado o con participación estatal, dedicadas fundamentalmente, aunque bien puede no serlo exclusivamente, al desarrollo y explotación de la industria agrícola con cualesquiera de sus formas y manifestaciones y/o a la comercialización de bienes o productos agrícolas e industriales.

"Tal como lo manifestó el representante legal de STOCKLER en el interrogatorio de parte que le fue realizado, lo único que realizaron estas sociedades en desarrollo de este objeto social, fue el de mantener una inversión en la sociedad SKN CARIBECAFE Ltda. Esta situación puede ser corroborada a través de los libros contables de la empresa, y por tal motivo en su oportunidad mi representada solicitó que se practicara una inspección sobre los mismos para comprobar la veracidad de lo que he afirmado a través de toda la investigación, pero esta prueba no fue decretada por considerarla como 'superflua'.

"En este orden de ideas, es claro que el único desarrollo real del objeto de la sociedad fue el de ser inversionista en SKN CARIBECAFE.

"Ahora bien, las normas sobre promoción de la competencia, en especial el Artículo 4 de la Ley 155 de 1959 citado como violado en la página 2 del informe de la Delegada de la Promoción de la Competencia, establece la obligación de informar cuando se proyecte una integración entre dos empresas 'que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios...'

"Siendo esta la norma sustancial que establece la obligación de hacer la notificación a la SIC, y partiendo del supuesto constitucional, según el cual, los particulares son libres de realizar todo aquello que no les esté expresamente prohibido, lo cual obliga a interpretar las normas prohibitivas de forma restrictiva, pasemos a estudiar qué es lo que debe notificarse a la SIC:

Por la cual se impone una sanción

"La norma transcrita dispone que se deben notificar las integraciones entre empresas que respecto de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio, se dediquen a la misma actividad:

"productora: la actividad productora equivale a producir. Producir según el Diccionario Corona de la lengua española significa: 'Engendrar, procrear, dar el ser. Se dice de las obras de la naturaleza propiamente y por extensión, de las del entendimiento. Fabricar, elaborar cosas útiles.'

"abastecedora: la actividad abastecedora equivale a abastecer. Abastecer según el Diccionario Corona de la lengua española significa: 'Proveer de bastimientos o de otras cosas indispensables.'

"distribuidora: la actividad distribuidora equivale a distribuir. Distribuir según el Diccionario Corona de la lengua española significa: 'Dar a cada cosa la oportuna colocación o el destino conveniente.'

"consumidora: la actividad consumidora equivale a consumir. Consumir según el diccionario de la academia de la lengua significa: 'Destruir, extinguir. Gastar comestibles u otros géneros.'

"Si, como se dijo anteriormente, la única actividad de STOCKLER y KALIMA, fue la de ser accionista de SKN CARIBECAFE, estas empresas no estaban dedicadas a ninguna actividad productora, abastecedora distribuidora o consumidora.

"Las normas que imponen restricciones a los particulares SIEMPRE deben interpretarse de manera restrictiva, en la medida que la Constitución en sus artículos 6 y 16 ha previsto la libertad de actuación para los particulares y esta libertad solo puede restringirse de manera excepcional por disposición expresa de la ley.

"En consecuencia, mal haría el interprete al entender de manera extensiva esta restricción, para hacerla aplicable a actividades que no están expresamente definidas en la norma pues estaría, allí si, infringiendo las normas legales y si el intérprete es además una autoridad del Estado, violaría adicionalmente el principio de legalidad previsto para las actuaciones de sus funcionarios.

"STOCKLER y KALIMA no desarrollan ninguna de las actividades de producción, abastecimiento, distribución o consumo previstas en la norma como supuesto de notificación a la SIC, en la medida que no desarrollan ninguna actividad industrial o comercial, no tienen ningún producto o servicio en el mercado, no consumen ningún producto o servicio del mercado.

"STOCKLER y KALIMA no tenían ningún empleado ni actividades comerciales, razón por la cual su integración es absolutamente intrascendente para el mercado, en la medida que su integración no produce ningún efecto para nadie, y como se verá más adelante, lo único que hace es facilitar el manejo de las inversiones en Colombia de NEUMANN GRUPPE GMBH, quien controla las sociedades COLOMBRAS INVEST AG Y HAROCA HOLDING GMBH.

"La sociedad SKN CARIBECAFE, de la cual eran accionistas STOCKLER y KALIMA si se dedicaba a actividades comerciales e industriales y si participaba en actividades de las previstas en la norma citada. No es este el caso de las sociedades investigadas, que, repetimos, no llevaban a cabo ninguna actividad comercial, industrial, de producción, de distribución, ni de prestación de servicios

"Así las cosas, al no haber pluralidad de sujetos y en consecuencia no darse el presupuesto esencial de competencia, y ahora, por no estar cobijados bajo la norma que establece las condiciones para la notificación de integraciones, es claro que la fusión simplemente funcional y formal de estas dos sociedades se escapa de la órbita de las integraciones que deben ser notificadas previamente a dicha entidad.

"3.- ESTRUCTURA GENERAL DE LA OPERACIÓN REALIZADA

Por la cual se impone una sanción

"Tal como se indicó anteriormente, y tal como lo manifestó en el interrogatorio de parte que le practicaron al representante legal de STOCKLER, el único objeto de la integración realizada fue el de facilitar el manejo de las inversiones que tienen en Colombia COLOMBRAS INVEST AG y HAROCA HOLDING GMBH.

"El desarrollo general de la operación realizada fue el siguiente:

"3.1.- ESTRUCTURA PREVIA:

"En esta estructura, NEUMANN GRUPPE GMBH controla a COLOMBRAS INVEST AG y a HAROCA HOLDING GMBH, y estas son las únicas socias de STOCKLER y KALIMA, que a su vez son las únicas socias de SKN CARIBECAFE.

"Las sociedades que en la práctica ejercen el control y dirección de la sociedad SKN CARIBECAFE, son las sociedades COLOMBRAS INVEST AG y HAROCA HOLDING GMBH, y estas a su vez son controladas en su integridad por NEUMANN GRUPPE GMBH.

"3.2.- PRIMERA FUSION

"Como consecuencia de la operación que es investigada por su despacho, las sociedades STOCKLER y KALIMA se fusionaron, quedando la totalidad de las cuotas sociales de SKN CARIBECAFE en cabeza de STOCKLER, de forma tal que igualmente el control y dirección de la sociedad SKN CARIBECAFE se mantuvo en las sociedades COLOMBRAS INVEST AG y HAROCA HOLDING GMBH, únicas socias de STOCKLER, las cuales se mantuvieron igualmente como controladas por NEUMANN GRUPPE GMBH.

"3.3.- SEGUNDA FUSION

"Como consecuencia de la segunda fusión que se realizó, en operación que ya fue investigada por esa entidad y en decisión proferida dentro del expediente 02-25708 decidió ordenar su archivo, STOCKLER y SKN CARIBECAFE decidieron fusionarse, de forma, tal, que el control sobre las cuotas sociales quedó en cabeza de COLOMBRAS INVEST AG y HAROCA HOLDING GMBH.

"Como se puede apreciar, la integración objeto de la presente investigación, lo único que constituye es una reorganización de empresas para facilitar el manejo de las inversiones en Colombia de COLOMBRAS INVEST AG y HAROCA HOLDING GMBH. Una vez terminadas todas las operaciones descritas, el control y dirección sigue siendo el mismo, sólo que sin la presencia de dos empresas intermediarias (STOCKLER y KALIMA), pero la estructura sigue siendo la misma y el desarrollo del objeto de SKN CARIBECAFE sigue siendo el mismo.

"El mercado nacional no sufrió ninguna alteración, no se ha dejado de atender ningún mercado, no se ha realizado un solo despido de empleados, no se ha terminado ni un solo contrato, en síntesis, toda la operación realizada no tiene ningún impacto, pues se trataba de operaciones internas de reorganización de la estructura empresarial, y por ende no requería de ninguna notificación a la SIC, gastando tiempo y recursos del Estado para realizar una investigación de dos empresas que no compiten porque además de no desarrollar ninguna actividad comercial, son del mismo propietario, como tantas veces se ha manifestado.

"CONCLUSIONES

"De manera general, solicitamos a la SIC que en este caso realice una interpretación lógica y racional de la norma que establece la obligación de notificar las integraciones y de aquellas normas

Por la cual se impone una sanción

que establecen sus propias funciones, en la medida en que las funciones de velar por la promoción de la competencia no pueden ser de aplicación objetiva y absoluta.

"Existen casos, como en el presente, en los cuales pueden aparentemente cumplirse con los presupuestos objetivos, como el de tener un mínimo de activos, pero ese sólo hecho objetivo no es suficiente para activar las funciones de promoción de la competencia conferidas a la SIC.

"Para que estas funciones tengan aplicación deben darse unos presupuestos sustanciales básicos sin los cuales no tiene objeto ni fin tratar de aplicar las normas de promoción de la competencia. Para qué notificar o investigar una integración de algo que ya está integrado? Para qué notificar o investigar una operación de integración cuando no hay pluralidad de sujetos? Para qué notificar o investigar una integración en la que las partes no compiten por nada y ni siquiera participan de ninguna actividad comercial?

"Es igualmente importante que se tenga claridad del alcance de las normas que ordenan la notificación de una integración, pues la Constitución prevé que todos los particulares pueden realizar cualquier acto, a menos que haya una norma que expresamente lo prohíba o restrinja. Si la actividad de las empresas no está sujeta expresamente a la obligación de notificar, por qué se va a tener que notificar?

"Por otra parte, es importante resaltar que la integración realizada no generó ningún efecto en ningún mercado, pues las partes que en ella participaron no tenían ningún tipo de ingerencia en ningún mercado; es decir, la operación realizada era absolutamente intrascendente para efectos del mercado; siendo así, resulta inaceptable que se recomiende a su despacho la imposición de sanciones pecuniarias cuando la competencia, que es el bien jurídico tutelado por estas normas, no ha sido vulnerada.

"Las sanciones previstas en la ley, tienen como fundamento la violación o el daño que se ha causado a un bien jurídico que se tutela; en el presente caso, como no había competencia, las normas de promoción de la competencia no tenían bien jurídico que tutelar; siendo así, no compartimos el que se recomiende la imposición de sanciones, y de la manera más atenta le solicitamos que se exonere a las sociedades en cuestión y a sus representantes.

"En síntesis, STOCKLER y KALIMA eran propiedad de las mismas empresas, y tenían unidad de objeto, de dirección y de gestión, sus socios eran los mismos, sus directores eran los mismos y su única actividad era la misma; si estas dos empresas deciden jurídicamente fusionarse, así se dé el presupuesto de tener un mínimo de activos, no se trata de una 'operación de integración' en los términos de la Ley 155 de 1959, porque estas empresas ya estaban integradas, no competían por nada, luego no hay bien jurídico que tutelar bajo las normas de protección de la competencia.

"Si no hay bien jurídico que tutelar, no existe fundamento alguno para que la SIC, ejerza sus funciones de protección de la competencia.

"Igualmente, como se dijo anteriormente, las actividades desarrolladas por STOCKLER y KALIMA no están previstas en las normas que ordenan la notificación; siendo así, no hay ley que confiera facultades a la SIC para siquiera estudiar la integración propuesta.

"Por otra parte, y como se demostró en su momento, la integración tuvo como único objeto la reorganización de las inversiones en el país de COLOMBRAS INVEST AG y HAROCA HOLDING GMBH., que para efectos prácticos se materializaba en el desarrollo del objeto social de SKN CARIBECAFE., la única que efectivamente genera una actividad comercial.

"Finalmente, el mercado de ningún bien o servicio se afectó y ni siquiera existía la posibilidad de que se pudiera afectar porque STOCKLER y KALIMA no tenían ningún tipo de relación jurídica o

Por la cual se impone una sanción

comercial con terceros, luego la operación realizada siempre fue absolutamente inocua para efectos de la competencia del mercado, por ende no existe razón ni motivo alguno para imponer sanciones en contra de las sociedades o sus representantes.

"Por las anteriores razones, respetuosamente solicito a su despacho que se sirva apartarse del informe motivado presentado por la Delegada de la Promoción de la Competencia, y en su lugar se sirva ordenar el archivo del expediente.

"PETICIÓN SUBSIDIARIA

"De conformidad con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153, y en caso de que su despacho no considere aceptables las consideraciones anteriormente presentadas, me permito ofrecer la siguiente garantía para efectos de evitar que se continúe adelante con la presente investigación:

"Ofrezco traspasar las acciones que STOCKLER y KALIMA, hoy STOCKLER tienen en SKN CARIBECAFE Ltda. a un patrimonio autónomo que se encargue de su administración, hasta tanto la SIC estudie la notificación que estamos procediendo a presentar sobre esta operación, y en caso de que no se encuentren méritos para objetarla, procederemos a traspasarlos nuevamente a dicha sociedad.

"Solicito a su despacho que se sirva aprobar la garantía ofrecida, para efectos de proceder a la constitución de la misma."

CUARTO: Habiéndose evacuado adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso:

1 Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

En el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, concordante con el artículo 44 del mismo Decreto, se dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales. A su turno, en el numeral 2 del artículo 2 del mismo Decreto, se dispone que esta Superintendencia impondrá las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta esta Entidad.

A este respecto, es oportuno mencionar que, dentro de las normas de competencia se encuentran diferentes facetas que permiten al Estado prevenir o sancionar cuando sea el caso, algunas conductas que afectan un mercado determinado. Bajo estas facetas se sancionan los actos y acuerdos restrictivos, así como el abuso de posición dominante. En el mismo sentido y bajo una faceta preventiva aparecen las fusiones, las cuales deben ser estudiadas con anterioridad a su realización a fin de observar si esa unión afecta las condiciones de un mercado competitivo.

Así pues, en desarrollo de esa labor preventiva, mediante el artículo 4 de la ley 155 de 1959, el legislador estableció los supuestos que deben observar los particulares cuando pretenden realizar una fusión, los cuales serán explicados en detalle más adelante. Nótese que la labor ejercida por el Estado se desarrolla con anterioridad a una posible operación, pues su labor posterior no reporta ningún significado frente a una operación ya constituida.

2 Obligación de información previa de una fusión

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 155 de 1959, concordante con el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o

Por la cual se impone una sanción

servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) o más, estarán obligadas a informar a esta Entidad de las 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.

2.1 Supuestos contenidos en la norma

En la norma sobre el deber de informar las operaciones de fusión, encontramos un supuesto subjetivo, objetivo y cronológico.

- *Supuesto subjetivo*

El primero de los supuestos de la norma se presenta con la determinación del mercado en donde se desarrolla la integración. En el precepto se señala que la carga legal de avisar la operación depende de que la integración involucre empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado. (el subrayado es nuestro)

- *Supuesto objetivo*

El supuesto objetivo de la norma se encuentra dividido en dos. Primero, que los activos de las empresas, individualmente o en conjunto, superen los 20 millones de pesos. Segundo, que las empresas pretendan fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí.

En lo atinente a la suma de los activos a que se hace referencia en la norma, consideramos que este dato debe provenir de los últimos estados financieros aprobados, en los cuales se refleje la realidad económica.² Estos documentos serán la fuente para tipificar el elemento.³

El segundo elemento está conformado por la clase de operación que se pretende realizar. Desde el punto de vista de la competencia, teniendo en cuenta que esta figura agrupa cualquier forma, lo importante será el resultado y no la vía.⁴ En este sentido, habrá una operación sujeta a informe cuando dos o más agentes económicos autónomos e independientes pierdan esa individualidad en el mercado, concentrándose en una sola unidad económica, sin importar que desarrollen su empresa bajo una o varias personas jurídicas. Tenemos que en la norma se señala la fusión, concentración, o integración de agentes económicos.

- *Supuesto cronológico*

El supuesto cronológico de una integración prevé que las empresas que se pretendan fusionar y cumplan el supuesto subjetivo contenido en el artículo 4 de la ley 155 de 1959, deberán, previa la realización de la operación, contar con el pronunciamiento expreso o tácito de esta

² Artículo 11 del Decreto 2649 de 1993.

³ Artículo 772 del estatuto tributario. Los libros de contabilidad del contribuyente constituyen prueba a su favor siempre que se lleven en debida forma" Cuaderno general, folios 65 a 96.

Artículo 68 del código de comercio. "Los libros y papeles del comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles ..."

⁴ Artículo 4 de la ley 155 de 1959: "Las empresas que se dediquen a la misma actividad..., 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."

Por la cual se impone una sanción

Superintendencia. En tal sentido, el aviso no es posterior a la operación, debiéndose éste realizar con antelación a la misma.⁵

2.2 Adecuación de la conducta

Tal como se mencionó, para que una integración sea informada a la Superintendencia de Industria y Comercio se requiere la presencia del supuesto subjetivo, objetivo y cronológico, los cuales en el presente caso se configuraron de la siguiente manera:

2.2.1 Supuesto subjetivo

- *Dos empresas independientes*

Aduce el apoderado, que Stockler Ltda. y Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., tienen los mismos socios, el mismo gerente, el mismo apoderado general, el mismo revisor fiscal, incluso que comparten el mismo domicilio.

Por otro lado, se dejó constancia en las actas de asamblea extraordinaria de junta de socios por la cual se aprobó la operación, que la fusión *"es una operación que no requiere de autorización previa de la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de dos empresas que ya están integradas al ser propiedad de las mismas sociedades, y por tratarse de empresas que no desarrollan ninguna actividad económica que las ponga en condiciones de competencia dentro del mercado."*⁶ (el subrayado es nuestro)

Con todo, debemos señalar que atendiendo el supuesto contenido en la norma y para el caso que nos ocupa, existen dos empresas independientes, las cuales fueron constituidas separadamente, así:⁷

- Stockler Ltda., es una sociedad que fue constituida mediante escritura pública No.6831 del 26 de noviembre de 1997.
- Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., es una sociedad que fue constituida mediante escritura pública No.4298 del 17 de julio de 1981.

Según el artículo 1 del Código de Comercio *"Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por la ley mercantil..."* A su vez, el artículo 10 del mismo código expresa que *"Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles."*⁸

⁵ Artículo 6 del Decreto 1302 de 1964: *"Para los efectos de la autorización presunta que se establece en el párrafo segundo del artículo 4 de la ley 155 de 1959, el término de treinta días empezará a contarse desde ..."* A su vez, el párrafo 2 del artículo 4 de la ley 155 de 1959 establece: *"Si pasados treinta días de haberse presentado el informe de que trata este artículo no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla."*

⁶ Cuaderno general, extractos de las actas, punto 5: aprobación del acuerdo de fusión, folio 25 y 32.

⁷ Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 98 del Código de Comercio, las sociedades, una vez constituidas legalmente, forman una persona jurídica.

⁸ Código de Comercio, artículo 20: De los actos, operaciones y empresas mercantiles. Son mercantiles para todos los efectos legales: 1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos; 2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos; 3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés; 4) La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos; 5)

Por la cual se impone una sanción

Según el artículo 25 del Código de Comercio, "Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio."

De la norma citada se infiere claramente el ámbito de aplicación de la ley comercial, cuando señala expresamente que será aplicable a los comerciantes y a los asuntos mercantiles, dentro de los cuales se entienden, los títulos valores, la propiedad industrial y los establecimientos de comercio.⁹

Por su parte, el artículo 10 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 100, dispone que: "Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles..." (el subrayado es nuestro)

En lo que al término empresa se refiere, la norma acoge un criterio económico para la estructuración de su definición, en la medida que cualquier actividad económica organizada que tenga por finalidad la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios, constituye por sí misma una empresa.¹⁰

De la precisión de la norma se infiere que la fusión opera para aquellos entes que legalmente constituidos forman una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados y cuya capacidad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto.¹¹ (el subrayado es nuestro)

En este caso en particular, la empresa Stockler Ltda. absorbió a la empresa Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., cuyos socios tenían la siguiente participación en cada una de ellas, así:¹²

La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones; 6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos; 7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos; 8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras; 9) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje; 10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora; 11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados; 12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes; 13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes; 14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios; 15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones; 16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza; 17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes; 18) Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil. (el subrayado es nuestro).

⁹ Libro III del Código de Comercio - "De los Bienes Mercantiles".

¹⁰ Superintendencia de Sociedades, concepto 220-12781. La empresa y los establecimientos de comercio.

¹¹ Doctrina y conceptos jurídicos de la Superintendencia de Sociedades 1995, oficio EX18765, octubre 7, 1987, página 263.

De otro lado, según lo establecido por el artículo 172 de la ley 222 de 1995, se entiende que habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

¹² En el mismo sentido, se ha dicho que "en la fusión por absorción una o más sociedades se extinguen para transferir en bloque sus patrimonios a otra sociedad ya existente que subsiste como persona jurídica." Tomado del libro Transformación, Fusión y Escisión de Sociedades de Francisco Reyes Villamizar. Editorial Temis, página 99. (el subrayado nuestro)

Por la cual se impone una sanción

Stockler Ltda.	
Socios	Cuotas
Colombras Invest AG	394.684
Haroca Holding GMBH	628.329

Kalima Ltda.	
Socios	Cuotas
Colombras Invest AG	86.856
Haroca Holding GMBH	5.770

En el certificado de existencia y representación legal de Stockler Ltda., figura que controla a la empresa SKN Caribecafé, pero no figura registro alguno de la conformación de Grupo Empresarial. A su vez, en el certificado de Kalima Ltda., tampoco aparece registrada una situación de control o Grupo Empresarial.

No es como suponen las empresas investigadas, que no *"era necesario notificar a la SIC, invertir el tiempo y los recursos del Estado, solicitando a esa Entidad que revisara una supuesta integración de algo que ya estaba integrado, que de hecho, nació integrado y siempre estuvo bajo un solo órgano de gestión"* puesto que, Stockler Ltda. y Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., son empresas independientes, que nacieron a la vida jurídica con 16 años de diferencia y que se fusionaron con sujeción a lo dispuesto en el Código de Comercio, obviando el trámite respectivo ante esta Entidad.

Valga resaltar en todo caso que, para que tenga lugar una fusión basta simplemente que se evidencie una integración de dos o más empresas en cualquiera de los supuestos a los que la norma se refiere; más la operación como tal no está condicionada a que las empresas intervinientes tengan distinta procedencia o para explicarlo en términos más sencillos, distintos dueños. La norma no dice eso, y no puede entonces darse una connotación o circunspección que ella misma no presenta, pues ni es ese su tenor literal, ni tampoco corresponde a la finalidad que se pretende con su aplicación.

- **La misma actividad productora**

Las empresas que se fusionaron, tenían el mismo objeto social, consistente en:

*"El objeto principal de la compañía está constituido por el desarrollo de uno o varios de cualesquiera de los siguientes negocios o actividades que igualmente se califican de principales: (1) Participar como inversionista, en cualquier proporción, en empresas, sociedades o compañías, nacionales o extranjeras, de capital privado o con participación estatal, dedicadas fundamentalmente, aunque bien puede no serlo exclusivamente, al desarrollo y explotación de la industria agrícola en cualesquiera de sus formas y manifestaciones y/o a la comercialización de bienes o productos agrícolas e industriales. 2) Prestar servicios de asesorías a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para la comercialización, la exportación y la importación de productos agrícolas e industriales; 3) Prestar servicios de asesorías a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, en materias de inversiones en el país, particularmente en aquellas actividades relacionadas con el sector agrícola e industrial; 4) Representar y agenciar firmas o casas comerciales o industriales tanto nacionales como extranjeras; 5) Participar en socio de cualesquiera personas, naturales o jurídicas, como socia o accionista de otras sociedades que desarrollen actividades iguales, similares o complementarias a las suyas o que se relacionen directamente con los objetivos que la sociedad persigue."*¹³

Como puede apreciarse, las dos empresas investigadas tienen dentro de su objeto social, la misma actividad productora de servicios, encontrándose dentro del supuesto exigido por la norma. De esta manera, conforme con lo establecido en el artículo 4 de la ley 155 de 1959, la obligación de informar

¹³ Certificado de existencia y representación legal de las sociedades investigadas, obrantes a folios 14 a 18 del expediente.

Por la cual se impone una sanción

a esta Entidad las operaciones de integración empresarial que planeen realizar las empresas que se dedican a la misma actividad, no se ve afectada en forma alguna por la estructura jurídica o económica que adopten los distintos agentes económicos del mercado.

Por otro lado, la noción de empresa, entendida como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios,¹⁴ abarca cualquier tipo de organización capaz de establecer de manera autónoma su comportamiento sobre el mercado, independientemente de si esta unidad económica es conformada por varias personas jurídicas, o del carácter directo o indirecto de su intervención. De esta manera, la actividad desarrollada por una empresa, comprenderá también todos aquellos mercados de bienes y servicio en los que la organización económica participa y aquellos en los que puede llegar a participar.¹⁵ (el subrayado es nuestro)

En este sentido, la producción de servicios como actividad económica de Stockler y Kalima, se extiende también indirectamente a través de SKN Caribecafé, empresa que se dedica al cultivo, compra, venta, transformación, trilla y beneficio de café, exportación, importación y comercialización de productos agrícolas, en especial café, cacao y algodón,¹⁶ la cual es controlada por Stockler Ltda.

Resulta relevante establecer que Stockler, desde antes de la fusión, controlaba a SKN Caribecafé (desde agosto de 1997)¹⁷ y junto con Representaciones e Inversiones Kalima eran los socios capitalistas en Caribecafé, consolidándose su participación después de la fusión, la cual sigue siendo mayoritaria. Más aún, cuando a través de Stockler, Colombras Invest AG y Haroca Holding GMBH, (empresas alemanas) controlan a SKN Caribecafé. Lo anterior cobra sentido dentro de la finalidad misma del control de las fusiones, instaurado para prevenir la consolidación de estructuras económicas que pudieran resultar nocivas para el mercado y para los consumidores en general, los cuales no podrían verse reducidos o anulados por estrategias jurídicas o económicas de quienes participan en el mercado.

En consecuencia, Stockler y Kalima, se encontraban inmersas dentro del supuesto previsto en el artículo 4 de la ley 155 de 1959, por cuanto se trataba de una fusión entre empresas que desarrollan, directa o indirectamente, una misma actividad económica.

Por las implicaciones que podría tener la operación adelantada sobre el mercado, debieron informarla a esta Superintendencia, para que esta Entidad tuviera la posibilidad de analizar las condiciones del mercado y las consecuencias que la operación podría ocasionar sobre la oferta, y determinar también si como resultado de ésta, existía la posibilidad de que la competencia se restringiera, limitara o impidiera de cualquier manera.

2.2.2 Supuesto objetivo

- *Naturaleza de la operación*

Stockler Ltda. y Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., llevaron a cabo una operación de fusión por absorción.¹⁸

¹⁴ Código de Comercio, artículo 25.

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Promoción de la Competencia, Grupo de Averiguación Preliminar, concepto emitido a Prodiscos S.A., del 20 de marzo de 2002.

¹⁶ Certificado de existencia y representación legal de Caribecafe, cuaderno general, folio 11.

¹⁷ Documento privado de agosto 20 de 1997, inscrito en la Cámara de Comercio el 1 de septiembre de 1997.

¹⁸ Interrogatorio de parte de Bernardo Jaramillo Parra. Pregunta 10: **Podría informar al Despacho brevemente en qué*

Por la cual se impone una sanción

- *Activos que asciendan a 20 millones de pesos y en todo caso superen los 50.000 SMLV*

El artículo 4 de la ley 155 de 1959, establece que las empresas que se dediquen a la misma actividad productora cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000.00), o más, están obligadas a informar a esta Superintendencia de una operación de fusión.

Como complemento a lo anterior, la Circular Única No.10 de la Superintendencia de Industria y Comercio consagra el régimen de información particular, a partir del cual, existe el deber de informar a esta Entidad una operación de fusión cuando los activos individual o conjuntamente considerados superen el equivalente de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En esta investigación el elemento se cumple, por cuanto las empresas tenían los siguientes valores en activos:

Para el 2001, año en el cual se llevó a cabo la operación, la obligación a que nos venimos refiriendo, se estructuraba de la siguiente manera:

Concepto	Valor
Salario mínimo legal mensual vigente	\$286.000.00
50 mil salarios mínimos - integraciones	\$14.300'000.000.00

En este orden de ideas, las sociedades investigadas tenían al momento de llevarse a cabo la operación de fusión, valorados sus activos en:¹⁹

Sociedad	Activos
Stockler Ltda	\$21.978.138.000
Representaciones e Inversiones Kalima Ltda.	\$1.041.485.000
Total activos	\$23.019.623.000

Los mismos valores constatados en el balance general, con corte a 31 de diciembre de 2001,²⁰ son:

Sociedad	Activos
Stockler Ltda.	\$22.852.466.000
Representaciones e Inversiones Kalima Ltda.	\$1.083.743.000
Total activos	\$23.936.209.000

consistió exactamente la operación? Respuesta: *"La operación fue fusión por absorción, en la cual Stockler actuó como absorbente."*

¹⁹ Valores publicados en el aviso de fusión que saliera en el Diario Portafolio del 23 de noviembre de 2001, obrante a folio 1 del expediente.

²⁰ Respuesta al oficio mediante comunicación radicada bajo el número 01102013-20002 del 19 de abril de 2002.

Por la cual se impone una sanción

Con fundamento en lo anterior y debido a que los activos de la sociedades superan los veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) y, además se encontraban bajo los supuestos del régimen de información particular de que trata la Circular Única No.10, podemos afirmar que las sociedades estaban en el deber de informar anticipadamente a esta Superintendencia la operación de fusión que efectivamente llevaron a cabo.

2.2.3 Supuesto cronológico

2.2.3.1 Inobservancia de la norma

Se ha podido establecer entonces, que las empresas investigadas se hallaban sujetas al régimen de información particular, contenido en la Circular Única No.10, sin embargo, verificado los archivos de esta Entidad no se encontró que las sociedades investigadas hubiesen dado cumplimiento al deber de información previa de que trata el artículo 4 de la ley 155 de 1959.

Por otro lado, las empresas investigadas aportaron durante la investigación, los extractos de actas de reunión extraordinaria de la junta de socios donde se dejó como constancia lo siguiente:

Stockler Ltda., acta No.55 del 19 de octubre de 2001.

"El presidente informó a los socios que la fusión de Stockler Ltda. y Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., es una operación que no requiere de autorización previa de la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de dos empresas que ya están integradas al ser propiedad de las mismas sociedades, y por tratarse de empresas que no desarrollan ninguna actividad económica que las ponga en condiciones de competencia dentro del mercado.

A continuación, la junta estudió el informe presentado por el Presidente y decidió, por unanimidad, aprobarlo y proceder con la operación sin efectuar notificación alguna a la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de una operación que se encuentra dentro del régimen general."²¹ (el subrayado es nuestro)

Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., acta No.33 del 19 de octubre de 2001.

El presidente informó a los socios que la fusión de Stockler Ltda. y Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., es una operación que no requiere de autorización previa de la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de dos empresas que ya están integradas al ser propiedad de las mismas sociedades, y por tratarse de empresas que no desarrollan ninguna actividad económica que las ponga en condiciones de competencia dentro del mercado.

A continuación, la junta estudió el informe presentado por el Presidente y decidió, por unanimidad, aprobarlo y proceder con la operación sin efectuar notificación alguna a la Superintendencia de Industria y Comercio por tratarse de una operación que se encuentra dentro del régimen general."²² (el subrayado es nuestro)

Tal como se indicó, el deber de información de una operación que se encuentra dentro de los supuestos enunciados debe cumplirse previamente a la realización de la misma. Esta carga se estableció como una prevención a situaciones monopólicas, permitiendo de esta manera al Estado

²¹ Cuaderno general, extracto de acta, punto 5: aprobación del acuerdo de fusión, folio 32.

²² Cuaderno general, extracto de acta, punto 5: aprobación del acuerdo de fusión, folio 25.

Por la cual se impone una sanción

controlar situaciones que restrinjan la competencia, con lo cual se da materialidad a lo ordenado en el artículo 333 de la Constitución Política.

En tal sentido, una vez presentado el informe de la operación esta Superintendencia evalúa si por las condiciones en que se llevaría a cabo la operación no encierra peligros para el mercado en general, o si por el contrario, amerita su objeción o condicionamiento.

Así, hay dos etapas muy distintas con implicaciones muy diferentes. En la primera instancia está el deber de información en cabeza de los partícipes de la operación siempre que se den las condiciones legalmente previstas para que proceda el caso. En una segunda instancia está la posibilidad de que la Superintendencia de Industria y Comercio objete o condicione la operación si encuentra que ésta tiende a generar indebidas restricciones a la competencia.

Por tanto no es como afirma el apoderado de las investigadas, que Stockler y Kalima no tenían que informar porque *"no tenían ningún empleado, ni actividades comerciales, razón por la cual su integración es absolutamente intrascendente para el mercado, en la medida que su integración no produce ningún efecto para nadie, y (...) lo único que hace es facilitar el manejo de las inversiones en Colombia de Neumann Gruppe GmbH, quien controla las sociedades Colombras Invest AG y Haroca Holding GmbH"* ya que, no debe quedar a discreción de los investigados concluir si los efectos de su negocio desfavorecen o no la competencia para de ese modo resolver si la informan o no, toda vez que una interpretación de este tenor haría nugatoria la acción del Estado en este tema tan vital.²³

Se recuerda al apoderado de las empresas infractoras, que a voces del Código Civil el carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar,²⁴ siendo la norma que se endilga violentada, un mandato de conducta a partir del cual el legislador impone un deber de información previa a las empresas que se encuentren bajo sus supuestos, que como ya se vio, fueron omitidos en el presente caso.

En tal suerte, mas que una prohibición²⁵ lo que entraña el artículo 4 de la ley 155 es un mandato, cuyo lado negativo, la omisión, es justamente lo que se reprocha y sanciona. Siendo así, lo aducido por el apoderado de las investigadas en el sentido que se está haciendo una aplicación extensiva de una prohibición carece de fundamento alguno, máxime cuando ha quedado demostrado que la operación adelantada se ajustaba a los lineamientos del régimen de autorización particular y pese a ello no fue informada.

En esta misma perspectiva, tenemos que al ser el artículo 4 de la ley 155 de 1959 una norma de conducta, basta como ya se dijo con su omisión para que se entienda desconocida. No se requiere entonces un efecto nocivo para el mercado como consecuencia de la integración adelantada. Sería un contrasentido condicionar la infracción de la norma a la verificación de un resultado dañino

²³ "La ley al consagrar la obligación de informar previamente este tipo de operaciones de integración empresarial, no establece distinciones tratándose de empresas que, aunque se encuentren bajo estos supuestos pertenezcan a los mismos propietarios o hagan parte del mismo grupo empresarial. En consideración a lo anterior y teniendo en cuenta que, basados en el artículo 27 del código civil donde el legislador no distingue no es dable distinguir al intérprete, concluimos que, las operaciones de integración empresarial que se encuentren bajo los supuestos del citado artículo 4 de la ley 155 de 1959 y no estén sometidas al régimen de autorización general de que trata el numeral 2.1.1 del capítulo segundo del título VII de la circular externa 10 de 2001 (circular única) expedida por esta Superintendencia, deberán ser informadas, independientemente de si pertenecen a los mismos propietarios o hacen parte del mismo grupo empresarial." Superintendencia de Industria y Comercio, Oficina Jurídica concepto 02034433-2 del 25 de junio 2002.

²⁴ Código Civil; artículo 4.

²⁵ "Las leyes prohibitivas son aquellas que mandan no hacer algo, prohíben o impiden determinada conducta, como las leyes penales". Hemenéutica Jurídica. Ministerio de Justicia, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Señal Editora 1989, pág. 39.

Por la cual se impone una sanción

cuando se trata justamente de una norma de carácter preventivo, que busca evitar a toda costa un impacto negativo sobre la dinámica y el buen comportamiento del mercado.

En este caso, la infracción consiste en que la fusión entre Stockler Ltda. y Kalima Ltda. se realizó sin informar a esta Entidad, por cuanto nunca se presentó el aviso al que hace referencia el artículo 4 de la ley 155 de 1959.

Por todo lo anterior, queda comprobada la omisión de informar a esta Superintendencia la operación de fusión.

3 Petición subsidiaria

3.1 Ofrecimiento de garantías

El procedimiento para determinar si existe una infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas comienza con la averiguación preliminar cuya apertura puede ser decretada de oficio o a solicitud de un tercero. Su inicio y trámite corresponde al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia.

La etapa de la investigación está también a cargo del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, la cual inicia con la resolución de apertura de investigación que se notifica personalmente al investigado. En el curso de esta se practican las pruebas solicitadas y las que se consideren procedentes. Esta etapa culmina una vez se haya instruido la investigación con un informe motivado emitido por el Despacho investigador, del cual se correrá traslado a los investigados.

Durante la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.²⁶

Una vez recibido el informe motivado y las alegaciones del investigado, se inicia la etapa de fallo, que corresponde al Superintendente de Industria y Comercio quien se pronunciará respecto de si ha existido una infracción.

Así, en el procedimiento para determinar si existe una infracción a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas se distingue el principio de separación entre el investigador y el juzgador, de esta forma, la etapa de investigación está a cargo del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia y la de juzgamiento a cargo del Superintendente de Industria y Comercio. Así hay un funcionario que instruye y otro que juzga.

3.2 Oportunidad para la presentación de garantías

Conforme con lo previsto en el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio dentro de sus funciones podrá decidir la terminación anticipada de investigaciones por presunta infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. En el mismo sentido se encuentra el inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.²⁷

²⁶ Decreto 2153, artículo 4, numeral 12.

²⁷ Inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. "Durante el curso de la investigación, que el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificara la conducta por la cual se le investiga."

Por la cual se impone una sanción

La norma citada delimita en el tiempo la facultad del Superintendente de Industria y Comercio para aceptar garantías al establecer que se ofrecerán en el curso de la investigación, la cual termina con el informe motivado.

En este orden de ideas, si se tiene en cuenta que la etapa de la investigación adelantada por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia culmina una vez haya sido presentado el informe motivado y el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, exige que la presentación de garantías por el presunto infractor se brinden durante el curso de la investigación,²⁸ de esta manera se concluye que éstas no pueden ser presentadas en una oportunidad diferente a la señalada por la citada disposición.

Por lo anterior, esta Entidad no se pronunciará sobre el ofrecimiento presentado por el apoderado de las sociedades investigadas, al haberse presentado en forma extemporánea.

4 Responsabilidad de la persona natural

4.1. Autorizar, ejecutar o tolerar conductas

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, señala que el Superintendente de Industria y Comercio impondrá sanciones a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas hasta 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de imponer la sanción.

Revisados los certificados de existencia y representación legal de las investigadas, figura como Gerente de Stockler Ltda. y Kalima Ltda., Juan Pablo García Camacho.

Sobre el particular, y una vez comprobada la omisión del deber de informar a esta Superintendencia la operación de fusión realizada por Stockler Ltda. y Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., a partir principalmente de las constancias dejadas en las actas de asamblea extraordinaria de junta de socios, mediante las cuales se aprobó la operación, este Despacho encuentra motivos suficientes para considerar que Juan Pablo García Camacho, gerente de Stockler Ltda. y Representaciones e Inversiones Ltda., habrían autorizado, ejecutado o cuando menos tolerado la ejecución de dicha conducta.

5 Monto de la sanción

De acuerdo con el número 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

Ahora bien, para el caso concreto es preciso tener en cuenta que las empresas debieron haber cumplido con el deber de informar la fusión a esta Superintendencia, para que esta Entidad hubiera podido ejercer el control respectivo anticipadamente sobre la operación de fusión realizada y en esa medida, hubiera tenido la oportunidad de evaluar los efectos de dicha operación.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente. Doctor Manuel S. Urueta Ayola. Sentencia del 25 de abril de 2002. "Los interesados no adecuaron su solicitud ni ofrecieron nuevamente garantías, vale entenderlo como cierto en cuanto efectivamente no lo hicieron en la etapa que era procedente, esto es, en el curso de la investigación (...)"

Por la cual se impone una sanción

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta las facultades de esta Superintendencia para imponer sanciones a las empresas infractoras, así como a sus representantes legales, se considera pertinente imponer una sanción a Stockler Ltda., por valor de treinta y cuatro millones seiscientos ocho mil pesos (\$34.608.000.00) y a su representante legal, por valor de cinco millones doscientos cincuenta y tres mil pesos (\$5.253.000.00), por contravenir el artículo 4 de la ley 155 de 1959. Así, el monto impuesto a Stockler Ltda. corresponde al 5.6% de la máxima sanción que puede imponer esta Entidad a las empresas y el monto impuesto al representante legal, al 5.6% de la máxima posible a las personas naturales.

6 Instrucciones con facultades de supervisión y control

De conformidad con el número 21 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra facultado para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en materia de libre competencia y prácticas comerciales restrictivas, fijando los criterios que faciliten su cumplimiento.

En esa medida, procede establecer en la presente consideración que las sociedades investigadas deberán remitir a esta Entidad, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de esta decisión, la información necesaria de conformidad con el artículo 4 de la ley 155 de 1959 y la Circular Única No.10, para que esta Superintendencia realice el estudio respectivo y emita la correspondiente decisión, dentro del plazo legal previsto.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Establecer que las sociedades Stockler Ltda. y Representaciones e Inversiones Kalima Ltda., actuaron en contravención a lo previsto en el artículo 4 de la ley 155 de 1959.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a la sociedad Stockler Ltda., por la suma de treinta y cuatro millones seiscientos ocho mil pesos (\$34.608.000.00).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia del Banco Popular Sucursal Bogotá cuenta No. 050-00110-6 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta No. 070-020010-8 a nombre de "Dirección del Tesoro Nacional - Fondos Comunes" y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria a Juan Pablo García Camacho, como persona natural investigada por la suma de cinco millones doscientos cincuenta y tres mil pesos (\$5.253.000.00).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia del Banco Popular Sucursal Bogotá cuenta No. 050-00110-6 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta No. 070-020010-8 a nombre de "Dirección del Tesoro Nacional - Fondos Comunes" y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la presente resolución.

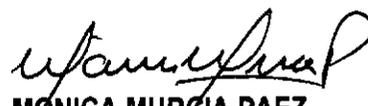
Por la cual se impone una sanción

ARTÍCULO CUARTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Bernardo Jaramillo Parra,²⁹ en su calidad de apoderado general de Stockler Ltda., entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **06** AGO. 2002

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PAEZ

Notificaciones

Doctor

BERNARDO JARAMILLO PARRA

Apoderado general

STOCKLER LTDA

Nit:08600702693

REPRESENTACIONES E INVERSIONES KALIMA LTDA.

Nit: 08605026541

JUAN PABLO GARCÍA CAMACHO

C.C.79.281.144

Carrera 9 No.73-24 Piso 5

Ciudad

²⁹ El doctor Mauricio Jaramillo Campuzano apoderado de Stockler y Kalima, no aportó información para notificación.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 25415 de fecha 06/08/2002
fue notificada mediante edicto número 17446
fijado el 26/08/2002 y desfijado el 06/09/2002