



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 08315 DE 2003
(28 MAR. 2003)

"Por la cual se impone una sanción"

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En uso de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO. Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante resolución 11030 de 2002, abrió investigación contra Agri Avícola Integrados S.A., Superpollo Paisa S.A., Indupollo S.A., Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S.C.A. y Pollos El Bucanero, con el fin de determinar si actuó en contravención del artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

En el mismo sentido se ordenó investigar a las personas que ejercen la representación legal de las empresas mencionadas anteriormente, para determinar si autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a las normas sobre promoción de la competencia, de conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO. En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de la investigación y corrido el traslado de ley, mediante oficios radicados bajo los números 02001231-10002 de agosto 30 de 2002 y 02001231-10011 de diciembre 3 de 2002, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, el Jefe de División para la Promoción de la Competencia, estando facultado para ello, elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO. Tal como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 02001231-10024 de 28 de febrero de 2003, fue trasladado el informe motivado a los involucrados en la investigación, con el fin de que manifestaran sus opiniones, las que quedaron consignadas en el oficio radicado bajo el número 02001231-10028 de marzo 17 de 2003, así:

"1. En el numeral 3.6.1 del informe final se ha corregido el exceso del ente administrador en la transcripción del artículo 4 de la ley 155 de 1959 al incluir términos o conductas no contempladas por el citado artículo, como es al decir "de adquirir el control".

"La ley 155 de 1959 en su artículo 4° sólo trae como conductas sancionables la de fusionarse, consolidarse o integrarse.

"En el estudio del marco normativo del informe final, como Apoderado de las empresas investigadas y sus Representantes legales, encuentro cierto acierto en la transcripción de las normas, pero

"Por la cual se impone una sanción"

desaciertos en cuanto a forma y fondo de los supuestos para tratar esa Delegatura de encuadrar una conducta que no existe. Vuelve a incurrir en el exceso jurídico de agregar la conducta de adquirir el control, tema tratado por el suscrito en escrito anterior; el monto de los activos no corresponde a la realidad de los balances de mis representadas GRANJA SANTA ANITA Y CIA S.C.A. y POLLOS EL BUCANERO S.A.

"2. La escritura pública No 1.622 de fecha 19 de julio de la Notaría 40 del Círculo de Bogotá DC., consagra la constitución de mi representada AGRIAVICOLA INTEGRADOS S.A., como persona jurídica con patrimonio y autonomía administrativa independiente de cada una de sus accionistas, prueba adicional de esto son los documentos públicos incontrovertibles adicionales al anterior, como el Registro único Tributario y la matrícula mercantil expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá DC.

"En el acervo probatorio recaudado por su Despacho, y relacionado en el informe motivado no se desvirtúa el hecho de la independencia de la sociedad AGRIAVICOLA INTEGRADOS S.A. con cada una de las sociedades involucradas en la investigación todo lo contrario, está la prueba que cada una mantiene su independencia y autonomía en el manejo de sus actividades y patrimonio.

"Es tal el desacierto en las conclusiones finales del informe motivado que va en contravía de toda lógica comercial y legal, al decir: '... Así pues, pese a que las empresas investigadas no han perdido su individualidad en el mercado y tampoco se han concentrado en una sola unidad económica, poseen inversiones en una empresa que produce materias primas requeridas en el desarrollo de sus procesos productivos, lo que en cualquier momento habría de permitirles una reducción de costos y mayores eficiencias en la realización de sus respectivos procesos...' (pág. 11); reconoce la administración que las empresas investigadas no se han concentrado en una sola unidad económica quiere esto decir, que no se han fusionado, consolidado o integrado. Adicionalmente desconoce el ente administrativo que la finalidad de toda empresa comercial lícita es la obtención de utilidades como consecuencia de una eficiencia en sus actividad y reducción de costos.

"3. De igual forma, en la misma escritura pública es diáfana la intención de los asociados, dentro de los cuales se encuentran mi representados, al decir en el texto CONSTITUIR UNA SOCIEDAD ANONIMA., no hay lugar a equívocos ni se puede pretender distorsionar o desconocer el querer de los accionistas y el texto del documento público firmado por estos de conformidad con lo normado en el artículo 118 del Código de Comercio.

"La Doctrina y la Jurisprudencia tiene plena claridad sobre la diferenciación existente entre la constitución de sociedad y la fusión de sociedades. Las cuales han definido de la siguiente forma: 'constitución de sociedad. La sociedad se constituye por medio de un negocio jurídico (unión voluntaria de personas) que crea un fondo patrimonial para la explotación de una empresa, con el ánimo de obtener un beneficio. El contrato es el vínculo jurídico que une originalmente a los socios fundadores de la sociedad y posteriormente a cuantos entren a formar parte de la misma. Tiene el carácter de un contrato plunilateral de organización, del cual nace una relación jurídica duradera y estable dirigida a regular las relaciones de los socios entre sí y la relación de cada uno de ellos con la colectividad (sociedad), de que forman parte...'; fusión de sociedades. La fusión de varias sociedades en una nueva, implicará la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que habrá de adquirir por sucesión universal los derechos y las obligaciones de aquellas (fusión por creación). Si la fusión hubiera de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá en igual forma los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirían, aumentando en su caso el capital social en la cuantía que proceda. En atención a la forma jurídica de las sociedades que se fusionan la fusión puede ser homogénea o heterogénea. El objeto social de las sociedades fusionadas puede ser idéntico o diverso." Derecho Mercantil; Carlos Baquerín Alonso; Ediciones Espasa, España.

"Por la cual se impone una sanción"

"No se dan los supuestos de ley para hablar de la existencia de una casa matriz frente a la subordinada que sería la sociedad AGRIAVICOLA INTEGRADOS S.A., como pretende darle alcance la Delegatura en lo transcrito en la página 12 pie de página 25. El error parte en que para el ente investigador la producción de Agriavícola Integrados SA., es absorbida o comprada por las sociedades investigadas, en la Inspección Judicial adelantada el 24 de septiembre de 2002 por funcionarios de esa Delegatura revisaron e inspeccionaron la totalidad de la facturación de la sociedad AGRIAVICOLA INTEGRADOS S.A, sin encontrar facturas de venta a nombre de las empresas investigadas, quiere esto decir que la conclusión recogida a folio 12 adolece de prueba que la sustente.

"A página 13 la Delegatura afirma: '... es importante señalar que en la suscripción de la escritura pública mediante la cual se constituyó Agrí Avícola Integrados S.A., se plasma la voluntad expresa de concertación,...'; cuando la Delegatura ejerce funciones jurisdiccionales, es decir, de administrar justicia, todos sus planteamientos y afirmaciones deben estar probados y sustentados en el plenario no hace referencia exacta de la fuente que sustente la afirmación ni transcribe documento alguno con ese texto. Entre mis poderdantes no existió la voluntad expresa de concertación, sino la de constituir una sociedad comercial.

"La motivación de los Actos de la administración no puede basarse en supuestos como el que se plasma en la página 13: '...De otra parte, existiría la posibilidad de que en un momento determinado, dicha empresa resolviera preparar directamente el alimento para sus aves,...'.

"4. En los certificados de Cámara de Comercio de cada una de mis representadas en la parte donde se hace referencia a modificaciones del contrato social no aparece registro de fusión, integración o consolidación en una sola empresa que sería la resultante de la conducta que investiga su Despacho.

"5. El Estado social de derecho reconoce la libertad a las personas de asociarse (artículos 58 y 333 C.N.) o constituir sociedades de carácter comercial (artículo 98 Código de Comercio), con la única salvaguardia que su objeto sea lícito. Principio Constitucional que pretende ser desconocido por la Delegatura en el informe motivado.

"6. Las conductas que el ente administrador pretende endilgarles a mis patrocinadas y que se recogen en la resolución de la referencia son la de fusionarse, consolidarse e integrarse; la de adquirir el control no será materia de mi análisis toda vez que dicha conducta no está contemplada en el derecho sustantivo.

"Así las cosas, me remito al artículo 28 del Código Civil el cual reza que: 'Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso material de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará a éstas su significado legal.'. El uso común y significado que trae el diccionario de la palabra fusionar es: Reunir en una sola sociedad, en una sola asociación, un solo partido,' y los términos consolidar e integrar son sinónimos de la palabra fusionar.

"7. Con las certificaciones expedidas por cada uno de los Revisores Fiscales de las sociedades investigadas y que obran en el expediente se prueba que cada una de las empresas por mí representadas conservan su identidad jurídica, su patrimonio propio e independiente, su autonomía administrativa, y sus órganos sociales (Asamblea y Junta Directiva). Es decir, no estamos frente a la fusión, integración o consolidación de las empresas investigadas para constituirse en una sola empresa.

"8. Del informe preliminar y del cual se corre traslado se puede colegir que de las pruebas aportadas

"Por la cual se impone una sanción"

en los escritos de descargos y en los memoriales radicados por el suscrito Apoderado no se le dio lectura por parte de esa Delegatura toda vez que insisten en el error de la constitución de una nueva sociedad con la fusión o integración en una sola sociedad.

"El único error que se ha corregido es ordenar la desvinculación en la investigación de la sociedad AGRIAVICOLA INTEGRADOS S.A y de su Representante Legal, toda vez que se le había vinculado como sujeto procesal y objeto de la investigación. Situación jurídicamente aberrante.

"La conclusión final del informe es: 'En este caso, la infracción consiste en que la operación de constitución de la sociedad Agri Avícola Integrados S.A. se produjo sin informar a esta Entidad...'. La norma que se invoca como violada no trae como conducta a sancionar la de constituir, como se pretende en esta acción.

"Con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente que soportan los hechos materia de excepción, respetuosamente solicito del señor Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, cerrar la presente investigación por no darse la conducta a sancionar por parte de mis representados y ordenar el archivo de la misma una vez notificada y ejecutoriado el auto que así lo ordena.(...)".

CUARTO. Habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

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 eminentemente de naturaleza preventiva aparecen las integraciones, las cuales deben ser estudiadas con anterioridad a su realización, a fin de verificar 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 integración en cualquiera de sus modalidades, los cuales serán explicados en detalle más adelante. Nótese que se trata de una comprobación *ex ante* en la que el Estado verifica una operación que pretende realizarse, pues su labor posterior no reporta ningún significado frente a una operación ya constituida.

2 Deber de información previa

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.¹

2.1 Supuestos contenidos en la norma

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

- *Supuesto subjetivo*

El primero de los supuestos 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 irrestrictamente de que la integración involucre empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado. Siendo así entonces, deberá tratarse de una pluralidad de sujetos, concretamente de empresas, que coincidan total o parcialmente en las actividades a que se dedican.

- *Supuesto objetivo*

El supuesto objetivo de la norma se encuentra dividido en dos aspectos. Primero, que los activos de las empresas, individualmente o en conjunto, superen los 20 millones de pesos.² Segundo, que las empresas pretendan fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica que utilicen para ese efecto.

En lo atinente a la suma de los activos a que se hace referencia en la norma, dejamos en claro que este dato debe provenir de los últimos estados financieros aprobados, en los cuales se refleje la realidad económica.³ Estos documentos serán la fuente para tipificar el elemento.⁴

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. En este sentido, habrá una operación sujeta a información previa cuando quiera que 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.

¹ De conformidad con lo establecido en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, se fijó un régimen particular en el que las integraciones cuya información debe realizarse de manera previa, corresponde a la de aquellos procesos en que sus intervinientes se encuentren bajo cualquiera de los siguientes supuestos: - Que su participación conjunta en el mercado respectivo represente más del 20%; medido en términos de ventas durante el año inmediatamente anterior a aquel en que se realizarán las operaciones; o - Que sus activos individual o conjuntamente considerados superen el equivalente de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

² Ibidem.

³ Artículo 11 del Decreto 2649 de 1993.

⁴ 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 ..."

"Por la cual se impone una sanción"

- *Supuesto cronológico*

El supuesto cronológico de una integración prevé que las empresas que se pretendan integrar y estén inmersas en los supuestos ya referidos, deberán, previa la realización de la operación, contar con el pronunciamiento expreso o tácito de esta Superintendencia. En tal sentido, el aviso no es posterior a la operación sino que debe realizarse con antelación a la misma,⁵ pues de no ser así perderá toda razonabilidad el carácter preventivo de la norma.

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

Como ya se mencionó, este supuesto contiene dos aspectos que procedemos a analizar.

a) *Pluralidad de empresas*

El término empresa ha sido definido como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios.⁶ 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 servicios en los que la organización económica participa y aquellos en los que puede llegar a participar.

De acuerdo con lo anterior y de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, este Despacho puede concluir que todas las investigadas sin excepción, se ajustan a la fisonomía jurídica de empresa, en tanto desarrollan en forma organizada y habitual una serie de actividades de naturaleza económica, labor para la cual tienen destinados a su interior un conjunto de activos.⁷

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 Código de Comercio; artículo 25.

⁷ Según consta en los certificados de existencia y representación legal, las investigadas tienen los siguientes objetos:

- Agri Avícola Integrados S.A.: "a) Agrícola: Sembrar, cosechar, recolectar todo tipo de gramíneas, leguminosas y en general toda clase de cultivos lícitos. b) Industrial: Limpiar, transformar los granos propios de la empresa o de terceros. c) Comercial: Comercialización, distribución y ventas, en todo el territorio colombiano o en el exterior, cuya finalidad sea la colocación de todos los productos generados, fabricados y procesados. Exportación de los mismos e importación de productos generados, fabricados y procesados. Exportación de los mismos, e importación de productos similares y de materia prima. (...)" (Ver folios 104 y 105 del cuaderno 1 del expediente 0200123. Pestaña Agri Avícola Integrados)

- Superpollo Paisa S.A.: "a) Explotar la avicultura, porcicultura, piscicultura y ganadería en general, con destino a la incubación, cría, levante, engorde o ceba, y a su posterior sacrificio o venta en pie, y ejerciendo sobre ellas toda clase de actos tendientes a lograr su racional explotación. b) Organizar, establecer, administrar y explotar centros de incubación, cría, selección, multiplicación e investigación avícola, porcícola, piscícola, y ganadera o agrícola en general. c) Organizar, establecer, administrar y explotar plantas pasteurizadas y procesadoras de leche y derivados, mataderos,

"Por la cual se impone una sanción"

b) *La misma actividad*

Conforme con lo estipulado en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, la obligación de informar que tienen las empresas que se dedican a la misma actividad ya sea productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima o servicio, no se ve afectada en forma alguna por la estructura jurídica o económica que adopten los distintos agentes económicos del mercado. Lo anterior cobra sentido dentro de la finalidad misma del control de las integraciones instaurado para prevenir la consolidación de situaciones económicas que pudieran resultar nocivas para el mercado en general, y para los consumidores en particular, en cuanto podrían ver sus intereses y expectativas de consumo, reducidas o anuladas por las estrategias jurídicas o económicas de determinados agentes del mercado.

La razón de ser de que las empresas con la intención de integrarse deban cumplir con el deber de información previa,⁸ consiste en que la autoridad de competencia pueda entrar a verificar que la operación que se pretende adelantar, no suponga una concentración indebida del mercado al generar una restricción de la oferta, la eliminación de los competidores, o la posibilidad de que el ente resultante de la integración quede en condición de determinar precios inequitativos. De modo pues, que las integraciones que deben informarse son las de aquellas empresas que desarrollan la misma actividad, pues si corresponde a mercados diferentes no habría problema en principio. De ahí que la norma establezca el deber para las empresas que desarrollan la misma actividad de

frigoríficos y plantas para la producción de carnes en todo tipo y su aprovechamiento para la transformación en subproductos, molinos, deshidratadoras y procesadoras de productos agrícolas, con establecimiento de plantas para su almacenamiento o conservación e incluso tratamiento de semillas. d) Administrar y/o adquirir, para la explotación económica, bien sea en el mercado nacional o internacional, toda clase de maquinarias, equipos, repuestos, insumos y materias primas destinadas a la actividad agropecuaria, así como la obtención de concesión de bosques, fincas, baldíos y aguas para su explotación de la misma actividad agropecuaria (...) (Ver folios 24 a 26 del cuaderno 1 del expediente 02001231. Pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita.)

- Indupollo S.A.: *"La sociedad tiene como objeto social principal la explotación industrial y comercial de alimentos para humanos y animales. En desarrollo de este objeto social, podrá producir las materias primas necesarias para la elaboración parcial o total de alimentos, transformar esas y otras materias primas en alimentos terminados que tendrán consumo propio o serán vendidos a terceros, compra venta y procesamiento de animales domésticos, para consumo humano como animal. La explotación en todas sus etapas productoras de fincas agrícolas, avícolas, porcícolas y ganaderas. (...)"* (Ver folios 41 a 43 del cuaderno 1 del expediente 02001231. Pestaña Averiguación Preliminar)

- Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cia S. en C.A.: *"(...) La sociedad adelantará como objeto social principal las actividades avícolas, en cualquiera de sus manifestaciones, con énfasis en la producción de huevos, que es la labor adelantada hasta la fecha, y para la cual se tiene proyectada la actividad; y la agricultura, bien en predios propios o de terceros, dedicados al cultivo, siembra y cosecha de cualquier producto, para consumo interno o de terceros. (...)"* (Ver folios 33 a 36 del cuaderno 1 del expediente 02001231. Pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita.)

- Pollos El Bucanero S.A.: a) *El levante, engorde, procesamiento y venta de pollos, cerdos y cualquier especie animal destinado al consumo humano; b) La fabricación, procesamiento y venta de alimentos para pollos, cerdos y demás especies animales; c) La importación y venta de toda clase de insumos para el levante, engorde, procesamiento y alimentos para pollos, cerdos y cualquier especie animal destinado al consumo humano; d) La fabricación y procesamiento de las carnes de pollos, cerdos y demás especies animales para el consumo humano; e) La inversión permanente en toda clase de bienes muebles e inmuebles urbanos y rurales y su explotación comercial, (...)* (Ver folios 45 a 50 del cuaderno 1 del expediente 02001231. Pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita.)

⁸ La doctrina se pronuncia sobre el punto como "del establecimiento de un control estructural sobre las mencionadas operaciones que implica (...) la investigación previa de las condiciones del mercado y de las consecuencias que la operación podría ocasionar sobre la oferta". REYES VILLAMIZAR, Francisco. Transformación, fusión y escisión de sociedades. Editorial Temis S.A. 2000, página 137.

"Por la cual se impone una sanción"

producción, abastecimiento, distribución o consumo, de informar de manera previa los procesos de integración que pretendan adelantar.

En los hechos que hoy se investigan, tenemos que mediante escritura pública número 1622 de la Notaría Cuarenta del Círculo Notarial de Bogotá, Indupollo S.A., Superpollo Paisa S.A., Pronavicola S.A., Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cia S.C.A., Pollos El Bucanero S.A., Nutrihuevos Ltda., Hernando Aparicio Smith, Luis Fernando Uribe Álvarez y Juan Manuel Mejía Cadavid, constituyeron una sociedad anónima bajo el nombre de Agri Avícola Integrados S.A., cuyo objeto consiste en:

"a) Agrícola: Sembrar, cosechar, recolectar todo tipo de gramíneas, leguminosas y en general toda clase de cultivos lícitos. b) Industrial: Limpiar, transformar los granos propios de la empresa o de terceros. c) Comercial: Comercialización, distribución y ventas, en todo el territorio colombiano o en el exterior, cuya finalidad sea la colocación de todos los productos generados, fabricados y procesados. Exportación de los mismos e importación de productos generados, fabricados y procesados. Exportación de los mismos, e importación de productos similares y de materia prima (...)."

Sobre este aspecto, el señor Hernando Aparicio Smith Gerente de Agri Avícola Integrados S.A. manifestó lo siguiente: *Pregunta 2: De manera general podría indicar usted al Despacho cuáles son las funciones inherentes al cargo que ocupa?. Respuesta: "Ser el administrador de una compañía agrícola que desarrolla cultivos en diferentes zonas del país."* *Pregunta 10: Sabe usted que porcentaje de participación en el mercado tiene Agri Avícola?. Respuesta: "El país consume 2'200 mil toneladas de maíz amarillo y nosotros hemos producido 2000 toneladas, entonces ustedes pueden sacar el promedio, y en el caso de la soya el país produce 800 mil toneladas y nosotros producimos 150."*

De otro lado, dentro de la información aportada por las investigadas durante la etapa probatoria, se encuentran certificaciones expedidas por los revisores fiscales de Superpollo Paisa S.A. (folio 137), Granja Santa Anita (folio 115), Pollos El Bucanero (folio 77), e Indupollo S.A. (folio 183), donde dan cuenta de las actividades económicas que desarrollan sus respectivas empresas, así:

Indupollo S.A. se dedica habitualmente al levante, engorde y procesamiento industrial de carnes de pollo, para su comercialización como pollo vivo o despresado, así como al procesamiento industrial de carnes frías de pollo y al procesamiento de subproductos de aves (materia prima).

Superpollo Paisa S.A. se dedica a la producción y venta de pollo, el cual es criado, levantado, sacrificado, empacado y distribuido por ésta, en diversas presentaciones de empaque, peso y conservación. Dentro de la misma actividad se producen alimentos preparados a partir del pollo o cuyo componente básico sea el pollo o sus despojos comestibles y como actividades complementarias también se venden productos comestibles derivados de la explotación porcina.

Duran & Tascón Granja Santa Anita & Cía. S. en C.A. se dedicó durante los seis meses anteriores a la constitución de Agri Avícola Integrados S.A., a las actividades avícolas en la línea de huevos para consumo humano.

Pollos El Bucanero S.A. tiene por objeto el levante, engorde, sacrificio y venta de pollos y cerdos destinados al consumo humano, así como la fabricación, consumo interno y venta de concentrados

⁹ Interrogatorio de Hernando Aparicio Smith, Gerente de Agri Avícolas Integrados S.A. Folios 115 a 118 del cuaderno 1 del expediente 0200123. Pestaña Agri Avícola Integrados.

"Por la cual se impone una sanción"

para pollos y cerdos, la importación de materias primas para la fabricación de concentrados para pollos y cerdos, etc.

Se ha establecido que los alimentos balanceados constituyen materia prima primordial para el alimento de las aves ponedoras o de sacrificio. De acuerdo con información allegada al expediente, la industria de alimentos balanceados en Colombia, de la cual la industria avícola consume aproximadamente $\frac{3}{4}$ partes, produce anualmente 3 millones de toneladas de alimentos balanceados y que sus componentes más notorios son el maíz con 2.1 millones y la soya con setecientas mil toneladas.¹⁰

Según lo declarado por el Gerente de Agri Avícola, dicha empresa se dedica a la siembra de maíz y soya desde la fecha de su constitución, esto es, desde julio de 2001.¹¹ Así mismo, consta en las certificaciones expedidas por los revisores fiscales de Superpollo Paisa S.A., Pollos El Bucanero S.A., Durán & Tascón Granja Santa Anita S.C.A. e Indupollo S.A.¹², que dichas empresas son consumidoras de maíz y soya en forma directa o indirecta a través de concentrados comerciales.¹³ En esa medida se advierte que las empresas investigadas (Indupollo S.A., Pollos El Bucanero S.A., Superpollo Paisa S.A. y Granja Santa Anita) coinciden en el consumo de maíz y soya, materias primas necesarias dentro de sus procesos productivos, bien como alimento balanceado comercial o en la preparación del mismo que algunas elaboran.

2.2.1.2. Supuesto objetivo

Como ya se vio, este supuesto tiene lugar en la medida en que los activos individual o conjuntamente considerados de las empresas investigadas, se sitúen por encima de 50.000 SMLMV, y además, pretendan fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse, independientemente de la forma jurídica de que se valgan.

¹⁰ Estudio de Factibilidad para una empresa de servicios agropecuarios, patrocinado por el Ministerio de Agricultura y FONAVID. Ver folios 1 a 71 del cuaderno 1 del expediente 0200123. Pestaña Agri Avícola Integrados.

¹¹ Interrogatorio de Hernando Aparicio Smith. Ver folios 115 a 118 del cuaderno 1 del expediente. Pestaña Agri Avícola Integrados.

¹² Radicaciones números 02001231-10018, 2001231-10028, 02001231-10023.

¹³ Al respecto, aparece lo siguiente:

- Superpollo Paisa S.A.: "*No compramos materias primas, sólo se compran productos terminados.*" (Ver folio 208 del cuaderno 1 del expediente, pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita)
- Durán & Tascón Granja Santa Anita S.C.A.: "*Relación de materias primas e insumos necesarios para la cría y levante de pollo y para la producción de huevo, según sea el caso... Para pollitas materia prima... Maíz... Soya Extruida.*" (Ver folio 209 del cuaderno 1 del expediente, pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita)
- Pollos El Bucanero S.A.: "*Las materias primas e insumos necesarios para el levante del pollo son: Maíz, Torta de soya, soya extruida.*" (Ver folio 207 del cuaderno 1 del expediente, pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita)
- Indupollo S.A. "...Para la cría y levante de Pollos, Indupollo consume mensualmente entre 300.00 y 450.000 toneladas de alimento concentrado en sus diferentes presentaciones." (Ver folio 215 del cuaderno 1 del expediente, pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita)

"Por la cual se impone una sanción"

a) *El monto de los activos*

Si tenemos en mente que para el año 2001, año en que se llevó a cabo el respectivo proceso, el salario mínimo legal estaba fijado en la suma de \$286.00,00¹⁴, tendremos entonces que para ese mismo año el deber de información previa de los procesos de integración empresarial, recaía sobre aquellas operaciones, en las que el monto de los activos de las empresas intervinientes superaba los \$14.300'000.000, que correspondían a 50.000 SMLV de aquel entonces.

En este orden de ideas, las sociedades investigadas al momento de llevarse a cabo la operación que se analiza, tenían sus activos valorados en:¹⁵

Sociedad	Activos
Superpollo Paisa	\$21.322.595.109.00
Granja Santa Anita y Cia S.C.A.	\$ 16.506.560.00
Pollos El Bucanero S.A.	\$ 9.763.266.00
Indupollo S.A.	\$ 10.711.375.246.00
TOTAL ACTIVOS	\$32.060'240.181.00

Siendo así, queda claro entonces que los activos de las empresas investigadas se situaban por encima de los veinte millones de pesos (\$20.000.000.00), y en todo caso por encima del umbral de de los 50.000 SMLMV previsto por la Circular Única No.10 de esta Entidad. Por lo que también se observa este elemento.

b) *Naturaleza de la operación*

Esta Superintendencia ha manifestado que: "(...) Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración si está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio."¹⁶ En consecuencia, las empresas que pretendan llevar a cabo un proceso de integración empresarial en cualquiera de sus manifestaciones,¹⁷ y que estén cobijadas por los requisitos consagrados en el artículo 4º de la citada Ley 155, deberán comunicar previamente la operación que pretenden realizar a esta Entidad, quien determinará la procedencia de su ejecución.

De esta manera es preciso determinar, a la luz de lo ya expuesto, si la constitución de Agri Avícola por parte de las empresas Indupollo, Pollos El Bucanero S.A., Superpollo Paisa S.A. y Granja Santa

¹⁴ Tomado de www.banrep.gov.co/estadisticas

¹⁵ Ver Balance General de las empresas investigadas.

¹⁶ Concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio con N° de radicación 00001365.

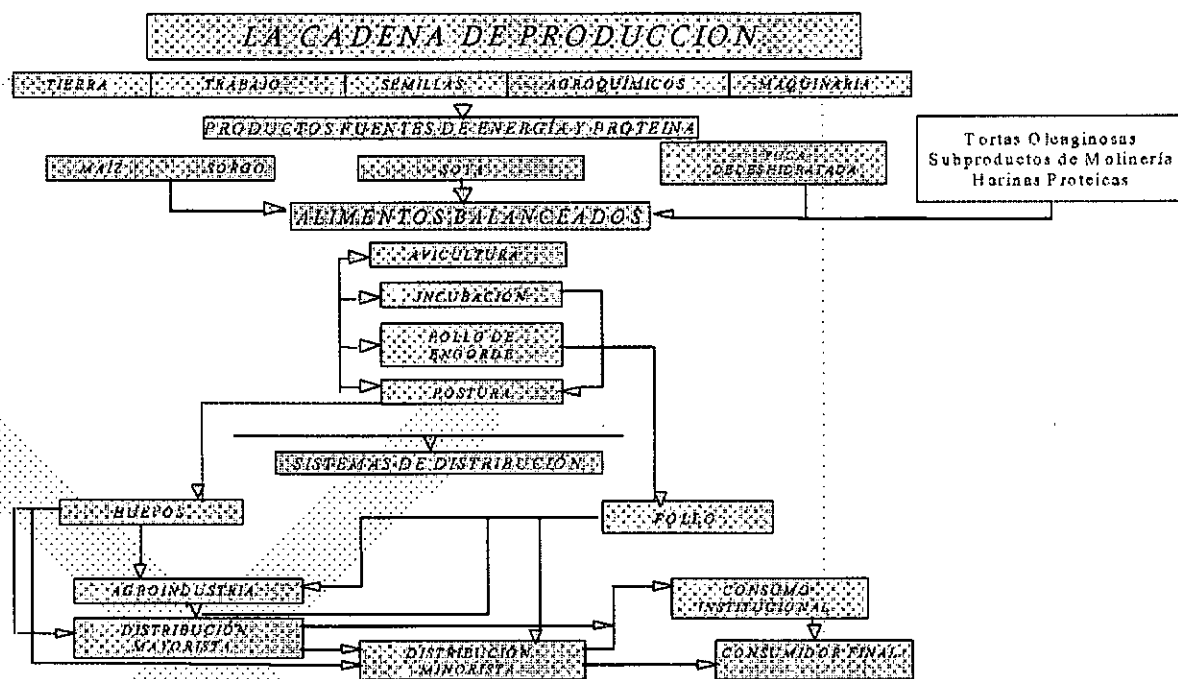
¹⁷ Según Emilio Archila, "las normas de competencia se redactaron y deberán interpretarse dentro de la misma intención de que el análisis de las integraciones económicas corresponda a la realidad económica de las operaciones, más que a formalidades y aspectos legales". Apuntes sobre integraciones empresariales y competencia, en Estudios de derecho comercial, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, Pág. 16).

"Por la cual se impone una sanción"

Anita, dio lugar a una integración empresarial en cualquiera de sus diferentes modalidades. Veamos entonces:

Sobre este punto, debemos empezar por descartar la participación de Agri Avícola en un proceso de Integración horizontal,¹⁸ por cuanto dicha empresa fue constituida precisamente por las demás investigadas, de modo que no existía con antelación, y en esa medida, mal pudo haberse integrado cuando apenas estaba siendo conformada. En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que aún estando constituida la sociedad, no participa ni en la producción de pollo para el consumo humano ni en la producción de huevos, dado que se centra en la siembra y cosecha de maíz y soya, actividades éstas en las que, según lo probado, ninguna de las demás investigadas participan, salvo cuando lo hacen por conducto de la misma Agri Avícola.

Aunque la siembra de maíz y soya, como base para el alimento balanceado, se encuentra dentro de los primeros eslabones de la cadena avícola, no cabe duda de que se trata de actividades distintas de la producción misma de pollos o de huevos. Si bien una actividad puede ser anterior a la otra, como materia prima, y si se quiere, estar conexas, no por ello dejan de pertenecer a mercados distintos, cada uno conformado de manera particular. La siguiente gráfica nos permite visualizar la afirmación hecha.



Fuente: Cámara de Industria de Alimentos Balanceados. ANDI

¹⁸ La doctrina se refiere a la integración horizontal como aquella en la cual "el empresario procura integrarse con otro que tenga por objeto actividades económicas iguales o semejantes a las que éste realiza. Esta modalidad de concentración le permite al empresario así integrado, obtener una posición más sólida dentro del mismo ramo de actividad económica (producción, distribución o comercialización de determinado bien o servicio)". REYES VILLAMIZAR, Francisco. Transformación, fusión y escisión de sociedades. Editorial Temis S.A. 2000. Páginas 80 y 81

En el mismo sentido se ha dicho que, las integraciones o concentraciones horizontales son "...aquellas en las cuales las empresas que participan en la operación de adquisición, fusión o unión empresarial son competidoras en el mercado del mismo producto.(...) una fusión o adquisición horizontal implica una modificación inmediata de la estructura de la industria en la que se produzca, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse como consecuencia de esta operación en una sola entidad con mayor participación relativa en un mercado cuya concentración económica aumenta." Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Ministerio de Producción de Argentina. "El Control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados." www.minproduccion.gov.org.

"Por la cual se impone una sanción"

Así pues, no existe un plano de horizontalidad entre las actividades desarrolladas por Agri Avícola y las de los demás investigados, del que pueda predicarse una integración. En línea con lo anterior, tenemos que la conformación de Agri Avícola no supuso una concentración en los mercados de pollo o de huevos, pues no hay razones para pensar que haya implicado la disminución de oferentes en tales productos; como tampoco para asumir que Indupollo, Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa y Granja Santa Anita, perdieron individualidad en la manera en que producen y en que compiten en sus respectivos mercados, lo que termina por descartar la realización de un proceso de concentración horizontal entre las mismas, por el solo hecho de haber constituido Agri Avícola.

Ahora bien, al revisar la operación que se analiza bajo la perspectiva de una *integración vertical*,¹⁹ la conclusión es otra, toda vez que concurren los presupuestos necesarios para pensar que implicó una integración de este tipo. Así, aunque las empresas investigadas no han perdido su individualidad en el mercado y tampoco se han concentrado en una sola unidad económica, poseen inversiones en una empresa que produce materias primas requeridas en el desarrollo de sus procesos productivos, lo que en cualquier momento habría de permitirles una reducción de costos y mayores eficiencias en la realización de sus respectivos procesos.

Fue precisamente bajo esta visión, que la política económica del sector recomienda y facilita que las empresas vinculadas al sector avícola realicen inversiones en el sector agrícola, para que la producción nacional de maíz y soya se fortalezca y tecnifique, pudiendo lograr, en el mediano y largo plazo, ser más competitivos y menos dependientes de la importación de estos insumos.²⁰

En efecto, de acuerdo con la declaración rendida por el representante legal de Agri Avícola, la empresa fue creada con la finalidad de obtener materias primas para el sector avícola.²¹

¹⁹ Las integraciones verticales se han definido como: "Integración Vertical. Describe la propiedad o control, por parte de una compañía de las diferentes etapas del proceso de producción, Vg. las refinerías de petróleo que son propietarias 'al final del proceso', de las instalaciones de almacenamiento en terminales y de las compañías minoristas que distribuyen la gasolina y, 'al comienzo del proceso', son también propietarias de los pozos de los campos de crudo y de los oleoductos de transporte. Integración 'hacia delante' se refiere a la producción para las etapas de distribución, mientras que integración 'hacia atrás' se refiere a la producción para las etapas de materias primas de las operaciones de una compañía. La integración vertical puede lograrse por medio de una nueva inversión y/o fusiones verticales y adquisición de las compañías existentes en diferentes etapas de producción. Un motivo importante para la integración vertical es la eficiencia y reducción de costos de transacción... "Fusión Vertical: Una fusión entre compañías que operan en diferentes etapas de producción, o sea, desde materias primas hasta productos terminados y su distribución.... Las fusiones verticales generalmente aumentan la eficiencia económica, aunque algunas veces pueden tener un efecto anticompetitivo." Glosario de Términos Relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia. Banco Mundial. OCDE, 1996. Recopilado por R. S. Khemani y D. M. Shapiro.

²⁰ "(...) Lo anterior se desprende del hecho que la producción nacional de maíz amarillo no satisface la demanda de la industria de concentrados. Colombia produce aproximadamente tres millones de toneladas de alimentos balanceados para lo cual necesita importar 1.9 millones de toneladas de maíz amarillo equivalentes a 1.200 millones de dólares esto debido a que la producción nacional apenas llega a las 1'010.000 toneladas. Por otra parte, es bueno recordar las tasa de crecimiento de los alimentos balanceados que fue del orden del 7.8% mientras la industria avícola creció 2.59% frente al primer trimestre del 2000 para el agregado de huevo y pollo. Por rubros, el huevo creció 6.37% y el pollo 1.73%.

"Esta situación llevó al gobierno nacional a formular el gran acuerdo de competitividad y la cadena de producción de maíz amarillo, yuca, soya, alimentos balanceados, avicultura y porcicultura la cual actuando bajo el enfoque de cadena y con criterio de integración reúne a todos los actores y los convoca a trabajar conjuntamente en todos los problemas dada la producción en finca hasta el consumo final de huevo o pollo, para hacer mas competitiva y sobresaliente la producción nacional. La materialización de este gran acuerdo tuvo lugar el día 29 de mayo de 2000 cuando se expide el documento COMPES 3076 y desde ese momento toma la forma de política nacional sectorial." ACUERDO REGIONAL DE COMPETITIVIDAD DE LA CADENA AVICOLA PORCICOLA. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Programa de Oferta Agropecuaria. Cadena Agroindustrial Maíz Amarillo, Soya, Yuca Industria, Alimentos Balanceados, Avicultura y Porcicultura. Octubre de 2001. www.agrocadenas.gov.co/balanceados/documentos/acuerdo_regional_balanceados.pdf

²¹ Ver folios 115 a 118 del cuaderno 1 del expediente. Pestaña Agri Avícola Integrados.

"Por la cual se impone una sanción"

"...PREGUNTA 3: Conoce usted los hechos por los cuales se adelanta la presente investigación, en caso de ser así, sírvase realizar un resumen sucinto acerca de los mismos?"

RESPUESTA: Realmente no se por qué se adelanta la investigación, creo que fue la creación de una empresa agrícola por parte de unos avicultores para la siembra de maíz y soya como materias primas para su proceso industrial. Esta empresa se creó con un capital autónomo totalmente independiente de sus socios y siguiendo las políticas del gobierno nacional que es la integración de las cadenas productivas. Por este motivo se me hace que esa investigación no se de dónde sale. (El subrayado es nuestro).

Así mismo, del informe presentado por Agri Avícola,²² se evidencia la intención de sus socios de obtener materias primas para la industria avícola. Veamos:

"La Federación Nacional de Avicultores de Colombia, Fenavi, promovió durante el primer semestre del 2001 la creación de la empresa Agri Avícola Integrados S.A., cuyo objetivo es la producción competitiva de materias primas nacionales para la elaboración de alimentos concentrados. Su constitución se hace mediante la escritura pública No 01622 de la Notaría Cuarenta de Bogotá, con un capital pagado de \$736.000.000, y autorizado de \$1.344.000.000. Los socios son: por Antioquia, Superpollo Paisa, Luis Fernando Uribe, Juan Manuel Mejía; por el Valle, Pollos El Bucanero, Pronavicola, Granja Santa Anita; por la Costa Atlántica, Indupollo, y por Bogotá, Milciades Ospina."

Lo anterior guarda plena coherencia con el acta de junta directiva No 14 de 29 de junio de 2001, de la sociedad Pollos El Bucanero S.A., obrante a folio 77 del expediente, donde se expresa la intención de dicha empresa de participar en las cadenas productivas que están directamente relacionadas con los objetivos de la empresa. Veamos:

"4. PARTICIPACION DE POLLOS EL BUCANERO S.A. EN LA CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD AGRI – AVICOLA INTEGRADOS S.A.

"Toma la palabra el señor ORLANDO CORTES GONZALEZ y expone los beneficios para la empresa de participar en las cadenas productivas, las cuales están directamente relacionadas con los objetivos de la empresa, dado que las actividades de esta nueva sociedad, es de sembrar, cosechar, recolectar todo tipo de gramíneas, leguminosas y en general toda clase de cultivos lícitos. Por consiguiente POLLOS EL BUCANERO S.A. tendría la ventaja de comprar la producción de maíz y soya de acuerdo a nuestra participación accionaria en la nueva sociedad." (El subrayado es nuestro).

Visto de ese modo, la constitución de Agri Avícola coincide con la finalidad que se tiene en cuenta en procesos de integración vertical, respecto al logro de eficiencias y a la disminución de costos, resultante de la participación en eslabones previos o posteriores del correspondiente proceso productivo. De modo pues, que nos encontramos frente a una integración por la creación de una empresa en común,²³ en la que los socios fundadores comparten el control de la empresa productiva de las materias primas.²⁴

²² Ver folios 1 al 70 de la pestaña de Agri Avícola Integrados.

²³ Empresa común: "Es una integración de las actividades entre dos o más empresas separadas en las que se cumplen las siguientes condiciones: 1. La empresa en común está bajo el control conjunto de las compañías matrices, que no tienen a su vez un control común; es decir que son independientes entre sí; 2. cada matriz hace una contribución sustancial a la empresa común; 3. La empresa común existe como un negocio separado de sus matrices; 4. La empresa común crea una organización empresarial nueva; significativa en términos de nueva capacidad productiva, nueva tecnología, un nuevo producto o la entrada en un nuevo mercado." Brodley, Joint Ventures and Anti – Trust Policy (1982) 95 Harvard LR 1523. Tomado de BELLAMY, Christopher. CHILD, Graham. "Derecho de la Competencia en el Mercado Común". Editorial Civitas S.A. Madrid, 1992. Página 251.

"Por la cual se impone una sanción"

Sobre este último aspecto, es importante señalar que en la suscripción de la escritura pública mediante la cual se constituyó Agri Avícola Integrados S.A., se plasma la voluntad expresa de concertación, dirigida a que sus socios ejerzan el control conjunto de la empresa, cuyos productos a todos interesa, pues como se dijo anteriormente, el maíz y la soya son materia prima para la actividad de levante y cría de pollos, así como para la producción de huevos. Esto fue corroborado por las certificaciones expedidas por los revisores fiscales de Indupollo, Superpollo Paisa, Granja Santa Anita y Pollos El Bucanero, los cuales informan a este Despacho sobre el consumo de maíz y soya como materias primas para el desarrollo de sus actividades.

En el caso concreto de Superpollo Paisa S.A., su revisor fiscal informa que, dicha sociedad consume solamente productos terminados y no materias primas, sin embargo, como se ha explicado anteriormente, la elaboración de los concentrados para la industria avícola requieren del maíz y la soya como materias primas indispensables, lo cual hace que Superpollo Paisa, sea consumidor indirecto de dichas materias primas. De otra parte, existiría la posibilidad de que en un momento determinado, dicha empresa resolviera preparar directamente el alimento para sus aves, para la cual requeriría igualmente de tales productos.

Los constituyentes que se investigan, ya sea que estén dedicados a la cría y levante de pollo o a la producción de huevo, utilizan los productos agrícolas mencionados como alimento base dentro de sus procesos productivos, con lo cual coinciden en el consumo de estos productos, adecuándose al presupuesto de la norma contenida en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.²⁵

Finalmente, aunque en la actualidad las empresas investigadas no adquieren el maíz y la soya directamente de Agri Avícola, y que de acuerdo con lo expresado por los revisores fiscales de

Artículo 3 del Texto Consolidado del Reglamento (CEE) No. 4064/89 del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) No. 1310/97 del Consejo de las Comunidades Europeas de 30 de junio de 1997. "(...) 3. La creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente constituirá una operación de concentración (...)"

"(...) 3. Con arreglo a las normas de competencia, las empresas en participación son empresas controladas en común por dos o más empresas. En la práctica, las empresas en participación, abarcan una amplia gama de operaciones, desde las concentraciones hasta la cooperación en aspectos concretos, como I+D, producción o distribución (...)"
Comunicación de la Comunicación Relativa al Concepto de Empresa en Participación con Plenas Funciones. Consejo de las Comunidades Europeas.

²⁴ "(...) Cualquier operación por la que se obtenga el control sobre una empresa. Este control puede ser exclusivo (el adquirente compra el 20% de las acciones pero al ser éstas preferenciales le otorgan el 51% de los votos), o compartirlo con otros v. gr. (tres adquirentes actuando concertadamente compran cada uno el 30% del capital social). www.jfarmesto.com

"A los efectos previstos en el apartado anterior se considerarán concentraciones económicas aquellas operaciones que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas participantes mediante: (...) c. La creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes. Numeral 2. Artículo 14. Capítulo II. De las concentraciones económicas. Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia de España.

²⁵ "Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20'000.000.00) o más, estarán obligadas a informar al gobierno nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración." (El subrayado es nuestro).

"Por la cual se impone una sanción"

aquellas, no tienen dentro de sus perspectivas, en el mediano plazo, la adquisición de dichos productos a ésta,²⁶ tal circunstancia no desdibuja la integración vertical, ya que la simple participación en la actividad productiva de materias primas las coloca en mejor situación frente a sus demás competidores que no poseen esa ventaja.

A este respecto, es importante traer a colación lo expresado por la autoridad de competencia en Argentina, en el sentido de que "...nos encontramos frente a una relación vertical entre empresas cuando éstas actúan en distintas etapas de la producción o prestación del mismo bien o servicio. Nótese que no es necesario que no exista una relación comercial efectiva entre ambas empresas (es decir, no es necesario que una sea necesariamente cliente de la otra) para que se considere que ellas están verticalmente relacionadas."²⁷ (Subrayado es nuestro).

Así las cosas, la no existencia de una relación comercial entre las investigadas y Agri Avícola no es óbice para que se de una integración vertical, en los términos ya expuestos.

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 de esta Superintendencia, pese a lo cual, verificados los archivos de esta Entidad no se encontró que hubiesen dado cumplimiento al deber contenido en el artículo 4 de la ley 155 de 1959.

A voces del Código Civil el carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar,²⁸ 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 prohibición lo que entraña el artículo 4 de la ley 155 es un mandato, cuyo aspecto negativo, la omisión, es justamente lo que se reprocha y sanciona. 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 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 operación de constitución de la sociedad Agri Avícola Integrados S.A. se produjo sin informar a esta Entidad. Por tanto, hubo lugar a la violación del referido artículo 4 de la Ley 155. Sin embargo, como quiera que Agri Avícola Integrados S.A. fue la sociedad que surgió como producto de la integración de sus accionistas, consideramos que la

²⁶ Folios 208, 210, 214 y 215 del expediente, Pestaña Pollos El Bucanero, Superpollo Paisa, Durán y Tascón Granja Santa Anita.

²⁷ Resolución 164/2001. Secretaría de la Competencia, la Desregulación, y la Defensa del Consumidor. Ministerio de Economía de Argentina.

²⁸ Código Civil; artículo 4.

"Por la cual se impone una sanción"

misma, no estaba en la obligación de informar, ya que, como es obvio, no existía al momento de la integración. Por lo tanto, se recomienda el cierre de la investigación con respecto de la misma.

3 Frente a las observaciones de los investigados.

3.1 Finalidad y alcance del artículo 4 de la Ley 155 de 1959

En un esquema de organización jurídico-económico como el nuestro, la interacción de las fuerzas del mercado y el papel que en el desempeñan los diferentes agentes económicos, constituye un tema de vital interés. La política de competencia en su acepción más amplia, está marcada por una serie de fines y propósitos, que tienden en últimas a asegurar el bienestar común. En esta justa perspectiva, resulta imperativo que aquellas situaciones que tengan la virtuosidad de suponer variaciones de consideración para el entorno económico en que se presentan, sean revisadas con antelación por las autoridades de competencia, a efectos de prevenir cualquier efecto adverso que pueda derivarse para esa sumatoria abstracta de agentes e intereses que denominamos "mercado".

Así, cuando quiera que varíe o pueda variar la composición de un sector económico específico, no como resultado del proceso natural y lógico de rivalidad entre competidores sino como consecuencia de un proceso de integración empresarial, es preciso que dicho proceso sea revisado antes de que se materialice, pues no es ya la eficiencia o ineficiencia de éste u otro agente el que confluye en la alteración de las condiciones del mercado, sino el deseo de las intervinientes de aglutinar sus actuaciones e intereses en una misma dirección.

Entonces, el deber de información previa que establece el artículo 4 de la Ley 155, corresponde a la finalidad de poder verificar aquellos procesos que de manera artificial conllevan una alteración en los índices de participación o concentración, para por esta vía cerciorarse de que los mismos no implican ni conllevan un efecto indeseable para el mercado.²⁹ En este sentido, se ha dicho por parte de esta Entidad que, *"las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración si está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio"*.³⁰

En este sentido, previene el Decreto 2153 de 1992 que corresponde al Superintendente de Industria y Comercio, *"pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas"*, debiendo resaltar que el mismo estatuto define control como *"la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa"*.³¹ (El subrayado es nuestro)

De suerte pues que, ha sido el propio Ordenamiento quien le ha conferido a esta Superintendencia la revisión de aquellas operaciones que impliquen o supongan la adquisición del control, tarea para la cual, resulta indispensable que las empresas que estén bajo tales presupuestos proceden al aviso previo de la correspondiente operación. De cualquier modo, se enfatiza en que el deber de información a que venimos aludiendo no está circunscrito a las fusiones o consolidaciones, como pareciera entenderlo el apoderado de las investigadas, sino a toda la gama de operaciones que de

²⁹ De acuerdo con el artículo 88 del Ordenamiento Superior, la libre competencia constituye un derecho e interés de naturaleza o carácter colectivo.

³⁰ Concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio con N° de radicación 00001365.

³¹ Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 4.

"Por la cual se impone una sanción"

una u otra manera presupongan o confluyan en la realización de una integración empresarial, pues como ya se indicara, es al resultado al que se presta atención y no al medio que se utiliza para tal propósito.

3.2 La integración realizada

En el caso específico, tenemos que la vía de la integración que se realizó consistió en la creación de una empresa en común,³² en la que los socios fundadores comparten su control.³³ Luego, atendiendo a la finalidad expresada, debía procederse previamente a su correspondiente aviso.

Aunque las empresas investigadas no se han concentrado en una sola unidad económica, lo cierto es que participan de una empresa que tiene por objeto la producción de las materias primas que requieren para sus propios procesos productivos; con una aclaración adicional, y es que la realización de una integración vertical no está condicionada a la existencia de vínculos comerciales entre las constituyentes y la empresa común.

La simple irrupción de manera conjunta, en una actividad anterior a la que vienen desarrollando, trae variaciones en los mercados, cuyo impacto y magnitudes deben establecerse y cuantificarse, sin que sea necesario la confluencia de otras circunstancias distintas a que las empresas intervinientes coincidan en alguna de sus actividades, y a que el monto de sus activos, conjunta o individualmente, esté por encima del umbral de los 50.000 salarios mínimos legales, aspectos que en efecto concurren en el presente caso.

3.3 Otras consideraciones

Sea lo primero señalar que, el valor de los activos de las empresas investigadas para el año 2001, que han sido tomados tanto en el informe motivado, como en la presente resolución, fueron tomados de la información suministrada por los propios investigados, la cual obra a folios 74 y 113 del expediente. Por tal motivo, causa extrañeza la afirmación hecha por el apoderado, en el sentido que *"el monto de los activos de Granja Santa Anita y Cía S.C.A. y Pollos El Bucanero S.A., no corresponde a la realidad de los balances de estas empresas"*.

De otra parte, nos permitimos manifestar que para este Despacho no hay duda de que la constitución de una sociedad y la fusión de sociedades, son dos aspectos distintos. No se ha dicho lo contrario, ni tampoco es ese el punto. Lo que se ha establecido en la presente actuación es que Superpollo Paisa, Indupollo, Granja Santa Anita y Pollos El Bucanero, realizaron una integración de tipo vertical; cuando constituyeron Agri Avícola.

³² Empresa común: *"Una asociación de empresas o de personas físicas constituida para llevar a cabo un proyecto concreto, que suele constituir en la producción de un determinado bien o en la realización de un proyecto de investigación y desarrollo. Este tipo de empresas tiene interés para el Derecho de la competencia porque puede plantear problemas cuando la común es creada por empresas competidoras.* PASCUAL Y VICENTE. Julio. "Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa". Editorial Civitas, Madrid. Página 209.

³³ De acuerdo con el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, el control conlleva la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la iniciación de la empresa.

En el mismo sentido se ha dicho que constituye integración, *"cualquier operación por la que se obtenga el control sobre una empresa. Este control puede ser exclusivo (el adquiriente compra el 20% de las acciones pero al ser éstas preferenciales le otorgan el 51% de los votos), o compartirlo con otros v. gr. (tres adquirientes actuando concertadamente compran cada uno el 30% del capital social).* www.jfamesto.com (Subrayado nuestro)

"Por la cual se impone una sanción"

Finalmente, nos permitimos dejar en claro que de modo alguno pretende esta Superintendencia desconocer el derecho de asociación o el de constituir sociedades de carácter comercial que la Constitución otorga, como afirma el apoderado de las investigados. La cuestión es bien distinta, pues de lo que se trata es de verificar si se ha dado cumplimiento a una norma mandataria de orden público. En todo caso, recuérdese que el ejercicio de derechos y prerrogativas como los ya señalados, de manera alguna riñen o son excluyentes del cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia.

4 Responsabilidad de los representantes legales

Según el contenido del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio imponer sanciones hasta por 300 SMLMV 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 a que alude el presente decreto.

Así, para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen. De tal suerte que, la responsabilidad de los administradores presupone la de la empresa.

Sobre el particular, y una vez comprobada la omisión del deber de informar a esta Superintendencia la operación de integración realizada por Superpollo Paisa S.A., Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S.C.A., Indupollo S.A. y Pollos El Bucanero S.A., este Despacho encuentra motivos suficientes para considerar que señores Mario Muñoz Gómez, Luis Arturo Díaz y Néstor Cortes Cardona, en su calidad de representantes legales de Superpollo Paisa S.A., Indupollo S.A. y Pollos El Bucanero S.A., respectivamente, habrían autorizado, ejecutado o cuando menos tolerado la ejecución de dicha conducta.

5 Monto de la Sanción

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 2.000 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 la conducta que ahora se sanciona consistió en el incumplimiento del deber de informar por parte de los investigados, a esta Superintendencia, la operación de integración que pretendían realizar.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho considera la necesidad de imponer a las empresas investigadas y que fueron encontradas responsables de la infracción al artículo 4 de la Ley 155 de 1959, una multa que de acuerdo a los cálculos realizados por este Despacho, deberá ser de veintiocho millones de pesos (\$28'000.000.00) para cada una de las sociedades Superpollo Paisa S.A., Indupollo S.A., y Pollos El Bucanero S.A. y de dieciocho millones novecientos mil pesos (\$18'900.000.00) para la sociedad Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S.C.A.

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer 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

"Por la cual se impone una sanción"

comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción a favor del Tesoro Nacional.

En consecuencia las multas que se imponen a cada uno de los representantes legales de las sociedades Superpollo Paisa S.A., Indupollo S.A. y Pollos El Bucanero S.A., a los que se les abrió investigación, es la suma de dos millones ochocientos mil pesos (\$2'800.000.00) y para el representante legal de la sociedad Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S.C.A., la suma de un millón novecientos mil pesos (\$1'900.000.00)

SEXTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, el 28 de marzo de 2003 se escuchó al Consejo Asesor.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar el cierre de la investigación adelantada con ocasión de la Resolución No 11030 de 2002 en contra de Agri Avícola Integrados S.A. y de su representante legal Hernando Aparicio Smith.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por Superpollo Paisa S.A., Indupollo S.A., Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S.C.A. y Pollos El Bucanero, es ilegal por contravenir lo previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de veintiocho millones de pesos (\$28'000.000.00) a la sociedad Superpollo Paisa S.A., una sanción pecuniaria por la suma de veintiocho millones de pesos (\$28'000.000.00) a la sociedad Indupollo S.A., una sanción pecuniaria por la suma de veintiocho millones de pesos (\$28'000.000.00) a la sociedad Pollos El Bucanero S.A. y a la sociedad Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S.C.A. una sanción pecuniaria por la suma de dieciocho millones novecientos mil pesos (\$18'900.000.00).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00024-9 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la 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 cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de dos millones ochocientos mil pesos (\$2'800.000.00) al señor Mario Muñoz Gómez, una sanción pecuniaria por la suma de dos millones ochocientos mil pesos (\$2'800.000.00) al señor Luis Arturo Díaz, una sanción pecuniaria por la suma de dos millones ochocientos mil pesos (\$2'800.000.00) al señor Néstor Cortes Cardona, en su calidad de representantes legales de de las sociedades Superpollo Paisa S.A., Indupollo S.A. y Pollos El Bucanero S.A., respectivamente, y una sanción pecuniaria de un millón novecientos mil pesos (\$1'900.000.00) al señor Luis Fernando Tascón, en su calidad de representante legal de la sociedad Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S.C.A.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00024-9 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el

"Por la cual se impone una sanción"

Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la 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 cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

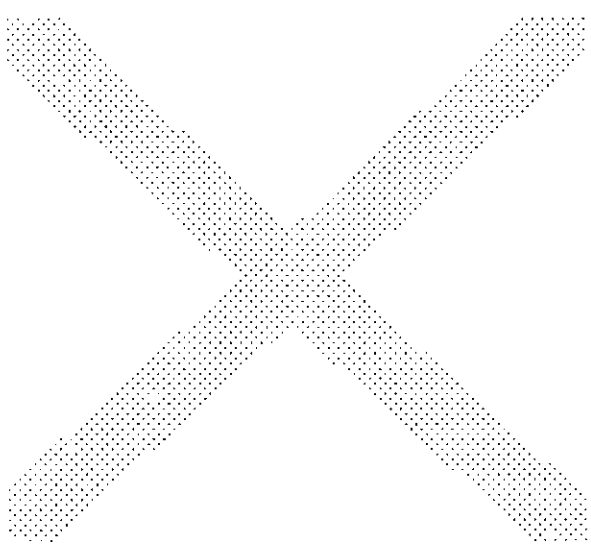
ARTICULO CUARTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor José Antonio Ortiz Martínez en su calidad de apoderado de Superpollo Paisa S.A., Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S.C.A., Indupollo S.A. y Pollos El Bucanero S.A., así como de sus representantes legales, señores Mario Muñoz Gómez, Luis Fernando Tascón, Luis Arturo Díaz y Néstor Cortes Cardona, respectivamente; entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante la 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 **28** MAR. 2003

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PAEZ



"Por la cual se impone una sanción"

Notificación:

Doctor

JOSE ANTONIO ORTIZ MARTINEZ

Apoderado

SUPERPOLLO PAISA S.A.

INDUPOLLO S.A.

DURAN Y TASCÓN GRANJA SANTA ANITA Y CIA S.C.A.

POLLOS EL BUCANERO S.A.

AGRIAVICOLA INTEGRADOS S.A. 82

HERNANDO APARICIO SMITH

MARIO MUÑOZ GOMEZ

LUIS FERNANDO TASCÓN

LUIS ARTURO DIAZ

NESTOR CORTES CARDONA

C.C: 19.397.426 de Bogotá

Carrera 30 No 4 A - 49

Ciudad

GSG/mpr/fchn

