



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **Nº 64062** DE 2015

Radicado: 11-58642

(15 SEP 2015)

VERSIÓN ÚNICA

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 52782 del 27 de agosto de 2015³ la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante "**SIC**") determinó que **ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. "EN REORGANIZACIÓN"** (en adelante "**ALFARES**") y **SOCIEDAD UNIÓN DE DROGUISTAS S.A.** (en adelante "**UNIDROGAS**") violaron las normas de competencia al incumplir el deber legal de informar previamente una integración empresarial, que se encuentra establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. Como consecuencia de lo anterior, la SIC le impuso a cada una de las sociedades investigadas, **ALFARES** y **UNIDROGAS**, una multa de ochenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (80 SMLMV) equivalentes a CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (COP \$51.548.000).

En la misma decisión la SIC concluyó que **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS**, Representante Legal de **ALFARES** y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**, Representante Legal de **UNIDROGAS**, incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, y les impuso una multa de ocho salarios mínimos legales mensuales vigentes (8 SMLMV) equivalentes a cinco millones ciento cincuenta y cuatro mil ochocientos pesos (COP \$5.148.800), a cada uno.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 52782 del 27 de agosto de 2015, y dentro del término legal, los investigados interpusieron recurso de reposición contra la misma, para lo cual presentaron los siguientes argumentos:

2.1. Caducidad de la facultad sancionatoria

Los investigados sostienen que la facultad sancionatoria de la SIC se encuentra caducada, en aplicación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, teniendo en cuenta las fechas de celebración, autorización y ejecución del contrato de arrendamiento y de la entrega de la RED COMERCIAL.

Indicaron las investigadas que la condición suspensiva que contenía el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL ataba el nacimiento de sus efectos a la autorización de los acreedores de **ALFARES**, que se dio el 25 de junio de 2015 y la aprobación de la SUPERSOCIEDADES como juez del concurso, que se surtió el 7 de julio de 2010. En consecuencia, señalaron que durante este tiempo **ALFARES** adelantó las gestiones necesarias para proceder con la entrega de la RED COMERCIAL a **UNIDROGAS**.

Así las cosas, se otorgaron las garantías previstas en el contrato de arrendamiento y se conformaron grupos de trabajo para hacer la entrega material de la información, de manera que, el 1 de agosto de

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folios 5487 a 5532 Del cuaderno Público No. 27 del Expediente.

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

2010, **UNIDROGAS** se hizo cargo de la facturación en los establecimientos de comercio y de los impuestos derivados de la operación.

En consecuencia, las recurrentes argumentan que, una vez verificados los momentos de celebración y ejecución del contrato de arrendamiento, esto es, 4 de mayo, 7 de junio y julio y 16 de julio al 13 de agosto de 2010, estas serían las fechas que se deberían contar como punto de partida para contabilizar el término de 5 años establecido en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, y con ello determinar que la caducidad operó.

De otro lado, los investigados manifestaron que la **SIC** no valoró en conjunto todas las pruebas que obran en el expediente y que, por el contrario, interpretó de manera aislada el Acta de Entrega del 15 de septiembre de 2010.

Al respecto, argumentaron que la elaboración del Acta de Entrega del 15 de septiembre de 2010 tuvo como fin la formalización de una situación que ya se había concretado, esto es, la entrega de la RED COMERCIAL a **UNIDROGAS**. Para las investigadas, este Despacho no tuvo en cuenta la manifestación de las voluntades de los representantes legales de las investigadas, omitiendo el contenido de las declaraciones plasmadas en el Acta de Entrega, incurriendo en un "error de valoración de la prueba", por cuanto consideran que el Despacho solo toma como fecha el 15 de septiembre 2010 porque el documento está titulado "Acta de Entrega".

En este punto, las investigadas deducen que contrario a lo manifestado por este Despacho: i) **ALFARES** le entregó su RED COMERCIAL a **UNIDROGAS** antes del 15 de septiembre de 2010, ii) la responsabilidad jurídica de la operación fue asumida por **UNIDROGAS** el 1 de agosto de 2010 y iii) la entrega material de la RED COMERCIAL inició desde la confirmación del acuerdo de reorganización por parte de la SUPERSOCIEDADES.

2.2. Las sociedades investigadas no tuvieron como finalidad adelantar una operación de concentración económica.

Señalan las investigadas que en agosto de 2007 **ALFARES** entró a un proceso de reorganización empresarial bajo el marco de la Ley 1116 de 2006 por encontrarse en cesación de pagos de sus obligaciones. Con motivo de la presentación de diferentes propuestas que buscaban darle viabilidad a la empresa, se acogió la más idónea en materia financiera. Por lo anterior, el 4 de mayo de 2010 **ALFARES** y **UNIDROGAS** suscribieron un contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de la concursada, contrato que fue la base para la aprobación del acuerdo de reorganización el 7 de julio de 2010.

En virtud de lo anterior, señalan las investigadas que la finalidad de la operación fue la recuperación y conservación de **ALFARES** y la normalización de las relaciones comerciales y crediticias mediante un acuerdo de reorganización, el cual incluía la celebración del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**. En consecuencia, la operación no pretendía la desaparición de un agente de mercado, pues por la naturaleza propia del acuerdo de reorganización, la finalidad perseguida era que **ALFARES** continuara en el mercado y regularizara sus operaciones, todo lo anterior, bajo la tutela judicial de la SUPERSOCIEDADES.

En efecto, consideran las investigadas que el presupuesto esencial sobre el cual se estructuró el acuerdo de reorganización fue la implementación de un plan estratégico que consistió en la entrega de la RED COMERCIAL de **ALFARES** a **UNIDROGAS** a título de arrendamiento, ordenando que los cánones producto del acuerdo, se constituirían en la principal fuente de pago para atender el pasivo de la concursada, cumpliendo con los propósitos previstos en la Ley 1116 de 2006.

Frente al contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**, argumentan las investigadas que como consecuencia de la aprobación dada por la Asamblea General de Accionistas de **ALFARES** del 30 de marzo de 2010 de la propuesta presentada por **UNIDROGAS**, se facultó al representante legal de la concursada a suscribir un contrato de arrendamiento de la totalidad de su RED COMERCIAL, advirtiendo que se debería estipular una condición suspensiva mediante la cual, el nacimiento a la vida jurídica del contrato estaría sujeto a la aprobación del acuerdo de reorganización por los acreedores de **ALFARES** y posterior confirmación del mismo por la SUPERSOCIEDADES.

Además, las investigadas resaltan el carácter temporal del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL, por cuanto no solo se estipuló un plazo de veinte (20) años, sino que se establecieron

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

causales de terminación anticipada, razón por la cual, señalan que estaba llamado a finalizar en un plazo que nunca excedería los veinte (20) años.

En adición a lo anterior, argumentan las investigadas que conforme lo establece la Ley 1116 de 2006, si se evidencia un incumplimiento a las obligaciones pactadas dentro del acuerdo de reorganización, la sociedad concursada entrará en liquidación judicial, y en esta medida los contratos de tracto sucesivo no necesarios para la preservación de los activos estarían llamados a finalizar.

Concluyen las investigadas que en virtud de lo pactado en el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL y en el acuerdo de reorganización, las partes no pretendían realizar una concentración empresarial, por cuanto el contrato de arrendamiento no solo contaba con un término al cabo del cual **UNIDROGAS** tendría que devolverle a **ALFARES** la totalidad de los establecimientos de comercio, sino que la existencia del mismo dependía de las causales de terminación anticipada estipuladas en el contrato y de las causales de terminación del acuerdo de reorganización.

2.3. No hubo adquisición de control de UNIDROGAS sobre ALFARES

Manifiestan las investigadas que no se cumplen con los supuestos del Decreto 2153 de 1992, por cuanto **UNIDROGAS** no ejerce influencia autónoma sobre **ALFARES** en la medida en que solo puede realizar las actividades previstas en el contrato de arrendamiento y en cumplimiento del acuerdo de reorganización. Para las investigadas son los acreedores de **ALFARES** quienes deciden el futuro de la empresa, en la medida en que son estos los que pueden autorizar o negar las operaciones que se pretendan realizar para garantizar las obligaciones que fueron adquiridas con ellos.

2.4 Violación del principio de legalidad al no existir una infracción al deber de información/notificación previa

Consideran las investigadas que el deber de informar y de notificar son diferentes, y que cada uno de ellos obedece a presupuestos distintos. En este sentido, argumentan que la Resolución No. 52782 de 2015 señaló erradamente que el deber de notificar la operación de integración era previo, toda vez que para el momento de los hechos objeto de investigación, el elemento temporal del deber de notificar una operación de concentración empresarial no había sido establecido ni por el legislador ni por el titular de la facultad reglamentaria, elemento que fue introducido mediante la Resolución 35006 de 2010. Al respecto agregan que el deber previo de notificación no está claramente establecido en la Ley 1340 de 2009, deber que fue reglamentado a través de la mencionada la Resolución 35006 de 2010.

2.5. No existe responsabilidad de los representantes legales

Consideran las investigadas que las personas naturales **ANTONIO JOSÉ PERUTTI** y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**, representantes legales de las sociedades **ALFARES** y **UNIDROGAS**, respectivamente, no incurrieron en las conductas descritas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que la operación de integración fue realizada dentro del proceso de reorganización empresarial. En este sentido, la participación de los representantes legales se enmarca en lo previsto por la Ley 1116 de 2006, que establece que el acuerdo de reorganización es aprobado por los acreedores y confirmado por el juez del concurso, por lo que la operación de integración no fue una decisión adoptada por los investigados, sino que fueron autorizados para suscribir el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**.

2.6. Certificaciones expedidas por el promotor y los revisores fiscales

Dentro del recurso de reposición las investigadas aportaron unas certificaciones expedidas por el Promotor del proceso de reorganización, el Revisor Fiscal de **ALFARE** y el Revisor Fiscal de **UNIDROGAS**, mediante las cuales quieren evidenciar que el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL del **ALFARES** era un presupuesto esencial de la reorganización, en la medida en que configuraba no solo la fuente de pago para atender las acreencias, sino para mantener la operación de la concursada, así como que su ejecución inició el 1 de agosto de 2010.

2.7. Sobre el monto de la sanción

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

Los recurrentes señalaron que **ALFARES** se encuentra en un proceso de insolvencia que tiene como finalidad la viabilidad de la empresa, evitando nuevamente la cesación de pagos, por lo que la sanción impuesta resulta desproporcionada por no contar con la capacidad económica para asumir nuevas obligaciones.

En segundo lugar, destacan que dentro de la investigación administrativa no quedó demostrado que se hubiesen producido efectos en el mercado. Por lo anterior, solicitan al Despacho que reconsidere los montos impuestos por concepto de sanción a las investigadas.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984⁴, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio. En el presente caso, teniendo en cuenta la evidencia que obra en el expediente, no se considera procedente decretar pruebas de oficio.

CUARTO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, este Despacho procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por los investigados en los siguientes términos:

4.1. Frente a la caducidad de la facultad sancionatoria

Las investigadas señalaron que debido a la condición suspensiva del contrato de arrendamiento de LA RED COMERCIAL de **ALFARES**, el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el mismo se harían exigibles a partir del momento de confirmación del acuerdo de reorganización, esto es el 7 de julio de 2010, momento en el que el contrato se encontraría válidamente celebrado y vigente, siendo este vinculante para las partes. A su vez, indican que durante "*este proceso*" **ALFARES** adelantó las gestiones necesarias para proceder con la entrega de la RED COMERCIAL a **UNIDROGAS**, recibiendo unas garantías y conformando unos grupos de trabajo para la entrega material de información, tales como inventarios, documentos y cajas menores.

Consideran así las investigadas, que fue a partir del 1 de agosto de 2010 que **UNIDROGAS** asumió la responsabilidad de la operación de la RED COMERCIAL, haciéndose cargo de la facturación de los establecimientos de comercio y de los impuestos.

Al respecto debe indicarse que la simple suscripción de un contrato que tenga como propósito o resultado una concentración empresarial no implica necesariamente la ocurrencia de la concentración en la fecha de suscripción del acuerdo. De hecho, es bastante común una operación de concentración solo se entienda concretada en el momento en que efectivamente se ejecute la operación de concentración. Es por esto que, solo se presentará una violación al régimen de competencia cuando la concentración que se proyecte llevar a cabo se ejecute de forma efectiva, pero no con la sola suscripción del acuerdo entre las partes.

Frente al contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**⁵, el Despacho advierte claramente la existencia de una condición suspensiva para el nacimiento a la vida jurídica del negocio jurídico, consistente en la aprobación del acuerdo de reorganización por parte de los acreedores y la posterior confirmación de la SUPERSOCIEDADES como juez del concurso. No obstante lo anterior, no puede confundirse una condición suspensiva para el nacimiento del contrato a la vida jurídica, con una condición suspensiva consistente en que la ejecución de lo plasmado en el acuerdo comercial solamente se podría ejecutar una vez se cumpliera con el requisito legal de notificar la operación de concentración económica a la **SIC**.

Para este Despacho es claro que con motivo de la suscripción del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**, de la ocurrencia de la condición suspensiva por la aprobación y confirmación del acuerdo de reorganización, se dieron varios escenarios con connotación jurídica que llevaron al nacimiento de una operación de concentración empresarial. Sin embargo, dichos momentos no pueden ser considerados como los que económicamente integraron a las empresas, que antes venían compitiendo de forma independiente en el mercado.

⁴ Norma aplicable en virtud de la fecha de inicio de la actuación administrativa.

⁵ Folio 2781 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

Como lo citan los recurrentes (aunque su transcripción omite el motivo que reúne a las partes) y como efectivamente obra en el expediente⁶, el 15 de septiembre de 2010 se reunieron en la ciudad de Barranquilla, siendo las 9:00 a.m. ALONSO JOSÉ LÓPEZ RUIZ, en su calidad de representante legal de **ALFARES**, ANGEL MEJÍA CORDOBA, contador de **ALFARES**, JUAN FRANCISCO SUÁREZ, representante legal de **UNIDROGAS** y EDGAR VELÁSICO ARIZA, revisor fiscal de **UNIDROGAS**,

"Quienes se hicieron presentes para formalizar la entrega de la RED COMERCIAL de propiedad e ALFARES y dar inicio a la ejecución del Contrato de Arrendamiento de la Red Comercial celebrado entre las sociedades antes citadas, previo lo cual las partes hicieron las siguientes consideraciones" (subrayas y negrillas fuera del texto)

De esta forma, para el Despacho es claro que fue a partir del 15 de septiembre de 2010 que las partes dieron "inicio a la ejecución del Contrato de Arrendamiento de la Red Comercial", pues así se desprende con claridad del texto literal de la mencionada Acta de Entrega.

Por lo anterior, llama la atención del Despacho que los investigados afirmen que para la **SIC** no fue claro el momento en el cual presuntamente se llevó a cabo la operación de integración entre **ALFARES** y **UNIDROGAS**, y en consecuencia, asumió como fecha cierta el 15 de septiembre de 2010. El Acta de 15 de septiembre de 2010 fue valorada por este Despacho en su totalidad, analizando plenamente las manifestaciones inequívocas de la voluntad de los representantes legales y administradores de las investigadas, por lo que no es cierto que la valoración del Despacho se limitó simplemente al título de la misma, sino a un estudio integral de la voluntad de las partes plasmada en el documento.

En este sentido, el Despacho reitera lo expuesto en la Resolución No. 52782 de 2015, en el sentido de que fue a partir de "la entrega de la RED COMERCIAL de propiedad e ALFARES" y del "inicio a la ejecución del Contrato de Arrendamiento de la Red Comercial" que ocurrió la integración, y no con la firma del contrato ni de los otros momentos precedentes como la autorización de los acreedores o la ratificación de la SUPERSOCIEDADES. En esta medida, la conducta se ejecutó por las investigadas el 15 de septiembre de 2010, momento a partir del cual se deberán contar los cinco (5) años para que la autoridad de competencia pueda imponer una sanción.

Por lo expuesto, para este Despacho no le asiste razón a los recurrentes para sostener que operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la **SIC** y, en consecuencia, no modificará su decisión por este concepto.

4.2. Frente a la finalidad pretendida por las investigadas en la operación

Los investigados argumentaron que como consecuencia de la aprobación dada por la Asamblea General ordinaria de Accionistas de **ALFARES** de 30 de marzo de 2010 a la propuesta presentada por **UNIDROGAS**, suscribieron un contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de la concursada, que tenía como fin único la recuperación y conservación de **ALFARES** y la normalización de las relaciones comerciales y crediticias mediante un acuerdo de reorganización. En consecuencia, la operación no pretendía la desaparición de un agente de mercado, toda vez que por la naturaleza del acuerdo de reorganización, se buscaba que **ALFARES** regularizara sus operaciones, manteniéndose en el mercado con los mismos signos distintivos que lo han identificado, todo lo anterior, bajo la tutela judicial de la SUPERSOCIEDADES.

Este Despacho no puede bajo ningún punto de vista acoger el argumento de los recurrentes en el sentido de que la concentración empresarial entre **ALFARES** y **UNIDROGAS** se hubiese ejecutado en el marco de un proceso de reorganización, exime a las intervinientes de adelantar, de forma previa, los trámites correspondientes ante las autoridades competentes, incluyendo esta Superintendencia. A pesar de que la SUPERSOCIEDADES avaló el proceso de insolvencia dicha autorización no se extiende a la aprobación de la concentración empresarial que se ejecutó, como tampoco exime a las investigadas del deber de informar o notificar ex ante a la **SIC** dicha operación, violando así lo consagrado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2010.

Varias son las razones que llevan al Despacho a rechazar este argumento. En primer lugar, a partir de la Ley 1340 de 2009 se designó a la **SIC** como autoridad única de competencia y, en materia de concentraciones empresariales, se le asignó por regla general la función de autorizar, condicionar o rechazar las concentraciones económicas que se pretendan llevar a cabo, salvo casos especiales en

⁶ Folios 114 a 120 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

el sector aeronáutico y financiero ajenos al presente asunto. Por lo anterior, es evidente que la SUPERSOCIEDADES carece absolutamente de competencia funcional para haberse pronunciado para autorizar, desde el punto de vista de la libre competencia económica, la concentración empresarial adelantada entre **ALFARES** y **UNIDROGAS**.

En segundo término, no existe en el ordenamiento jurídico una excepción al deber legal de informar previamente una operación de concentración empresarial en el marco de un proceso de reorganización empresarial. Ni la Ley 1116 de 2006 ni la Ley 1340 de 2009 ni ninguna otra disposición legal prevén una exoneración de dicho deber.

Finalmente, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 es bastante claro en establecer que el deber de informar una integración empresarial opera *"sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada"* (subrayado y resaltado fuera de texto). Como se advierte, la ley no diferencia la forma jurídica en la que se consolida la operación, ni la finalidad pretendida, sino como se ejecuta, así como las implicaciones que de ella se derive en el mercado conforme lo establece.

Por lo expuesto, para este Despacho no le asiste razón a los recurrentes para sostener que operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC y, en consecuencia, no modificará su decisión por este concepto.

Frente al argumento que el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL tiene un carácter temporal, por cuanto no solo se estipuló un plazo de veinte (20) años, sino que se establecieron causales de terminación anticipada y conforme lo establece la Ley 1116 de 2006, si se evidencia un incumplimiento a las obligaciones pactadas dentro del acuerdo de reorganización, la sociedad concursada entraría en liquidación judicial, y en esta medida los contratos de tracto sucesivo no necesarios para la preservación de los activos estarían llamados a finalizar, el Despacho ratifica lo manifestado en la Resolución recurrida.

En efecto, el Despacho encuentra que el contrato de arrendamiento no solo tiene vocación de permanencia por cuanto la vigencia es de veinte (20) años, sino porque estas operaciones generan una concentración en el mercado, generando así una modificación en el mismo, por cuanto que dos empresarios que venía actuando y tomando en el mercado decisiones económicas independientes, como resultado de la operación, se concentrarán en un solo agente, presentándose un efecto concentrativo claro al unirse dos unidades de negocios que antes participaban autónomamente.

Es por esto que la duración del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES** no es un elemento que pueda llevar a este Despacho a concluir que no se ejecutó una concentración empresarial entre las investigadas, pues por el contrario se advierte que el contrato generaba un efecto concentrativo por veinte (20) años, teniendo así una vocación de permanencia, con independencia de las cláusulas de terminación anticipada que este podría contener.

4.3. Frente a la no adquisición de control de UNIDROGAS sobre ALFARES

Las investigadas argumentan que no se cumplen los presupuestos establecidos por el Decreto 2153 de 1992 para que se configure una adquisición de control, por cuanto **UNIDROGAS** no ejerce influencia autónoma sobre **ALFARES**. Señalan las investigadas que son los acreedores de **ALFARES** las que deciden el futuro de la empresa, por cuanto son estos quienes pueden autorizar o negar las operaciones que se pretendan realizar para garantizar las obligaciones que fueron adquiridas con ellos.

Para el Despacho está plenamente acreditado en el expediente mediante la suscripción del acuerdo se le dio vía libre a **UNIDROGAS** (quien era un agente independiente en el mercado) para explotar la totalidad de la RED COMERCIAL de **ALFARES** (uno de sus competidores), teniendo la capacidad de decidir sobre toda la estrategia competitiva que tendría su competidor en el mercado de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente de las ciudades de Barranquilla; Cartagena, Magangué, Turbaco, Valledupar, Montelíbano, Montería, Santa Marta y Sincelejo.

Dentro de lo pactado por las intervinientes en el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**, **UNIDROGAS** se convirtió en el administrador y tenedor de la totalidad de la RED

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

COMERCIAL, entendida como una unidad de negocio en marcha⁷, conformada por ciento nueve (109) locales comerciales destinados a la venta al detal de medicamentos para consumo humano, cosméticos y otros productos afines por el término de veinte (20) años; la venta paulatina de (i) inventarios y de (ii) el lote de terreno junto con la edificación en él construida, ubicado en Barranquilla; el licenciamiento de los nombres y enseñas comerciales "LA BOTICA -Droguería" y "LA BOTICA EXPRESS -Droguería" para identificar los establecimientos de la RED COMERCIAL; y la celebración de un acuerdo de sustitución patronal al tercer año de la ejecución del contrato de arrendamiento, en los términos del artículo 67 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, sobre la totalidad del personal vinculado a **ALFARES**.

Adicionalmente, las partes establecieron que posterior a la toma de control por parte de **UNIDROGAS**, dicha empresa seguiría consolidando su control sobre **ALFARES** de forma paulatina, por cuanto se estipuló dentro del contrato de arrendamiento que posterior a la entregas y tenencia de la RED COMERCIAL de **ALFARES** surgirían obligaciones adicionales:

"TERCERO. VENTA DE INVENTARIOS.- En virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1 de la cláusula tercera de EL CONTRATO, una vez culminaron las diligencias de toma física de inventarios (productos) en los puntos de venta y en la bodega, se procedió a la valorización de los mismos, conforme al costo promedio registrado en la contabilidad de ALFARES (...).

En este sentido, es preciso dejar constancia que de la venta pactada a favor de UNIDROGAS fueron excluidos los productos que se encontraban para devolución a los proveedores, (...)"

"CUARTO. VENTA DE ACTIVOS FIJOS.- Habida cuenta de lo previsto en el numeral 3.3 de la cláusula tercera de EL CONTRATO, una vez finalizaron las diligencias de inventario de los activos fijos que se encontraban en la Bodega de propiedad de ALFARES y de establecer cuáles de éstos bienes serían enajenados a UNIDROGAS, se procedió a determinar el precio de dicha compraventa (...)"

Así las cosas, es evidente que mediante la operación ejecutada por las investigadas, la unidad de negocio en marcha consistente en ciento nueve (109) establecimientos de comercio especializados para la venta al por menor de productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocador, que antes era operado por **ALFARES**, pasó a ser, fruto de la integración, controlado directamente por **UNIDROGAS** generando efectos dentro de mercado colombiano, por cuanto cada una de estas empresas tenía previo a la operación presencia y autonomía dentro del mercado de comercialización particular de medicamentos, productos farmacéuticos y afines en el segmento independiente.

Ahora bien, es preciso señalar que un aspecto determinante en una concentración empresarial es la determinación del control de una interviniente sobre la otra. En tal virtud, el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, establece que se entiende como control "[la] posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa",⁸ De esta forma se considera control los eventos en los cuales, aun cuando no se adquiere la participación mayoritaria de una compañía, ni tampoco la participación mayoritaria en los órganos de administración de la misma, se otorga una influencia competitiva que se ajuste a las situación descrita dentro de la norma citada.

La **SIC** mediante Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014 y 32184 del 19 de mayo de 2014, le dio alcance al concepto de control en el derecho de la competencia colombiano, señalando que control es "la posibilidad de influir en las decisiones de otra empresa que se encuentren relacionadas con la forma en que se comporta en el mercado, a saber (i) la política empresarial, (ii) la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa"⁹ (Subrayado y negrilla fuera de texto).

⁷ Folio 57 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸ Numeral 4, Artículo 45, Decreto 2153 del 30 de Diciembre de 1992, "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones".

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014, caso EEB-ISAGEN, Pág. 11

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

En este sentido, los recurrentes incurren en el error de considerar que solo existe control cuando una sociedad comercial adquiere el control societario de otra, olvidando que el concepto de control en materia de competencia es mucho más amplio y cubre situaciones adicionales a la compraventa de acciones de sociedades u operaciones de fusión o escisión, como lo es la compraventa de un activo esencial, un establecimiento de comercio o la licencia de un derecho de propiedad intelectual (por ejemplo una marca o una patente).

Como consecuencia de lo que se viene diciendo, no tiene repercusión para la presente investigación el hecho de que las decisiones dentro del proceso de reorganización de la sociedad **ALFARES**, se adopten atendiendo la voluntad de la masa acreedora o bajo la supervisión de la **SUPERSOCIEDADES**, por la sencilla razón que la sanción aquí impuesta está relacionada con la adquisición de control de la unidad de negocio en marcha consistente en ciento nueve (109) establecimientos de comercio especializados para la venta al por menor de productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocador de **ALFARES**, y no sobre un control societario sobre esta.

Por lo expuesto, para este Despacho no le asiste para sostener que operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC y, en consecuencia, no modificará su decisión por este concepto.

4.4. Frente a la presunta infracción al deber de información/notificación previa de las operaciones de integración

Las investigadas consideran que fue con la expedición de la Resolución 35006 de 2010 que se impartieron las instrucciones para que se notificara una operación de integración, y que de forma errada, en el acto de apertura, en el Informe Motivado y en la Resolución No. 52782 de 2015 se señala que el deber de notificar la operación de integración era previo, sin que para el momento de los hechos objeto de investigación, este requisito hubiese sido establecido ni por el legislador ni por el titular de la facultad reglamentaria, ni por la autoridad encargada de la aplicación de la ley, violando el principio de legalidad. Los recurrentes no cuestionan el análisis de la SIC respecto del cumplimiento de los supuestos objetivo y subjetivo para dar lugar a la obligación de notificar una concentración empresarial.

Partiendo que el argumento de los recurrentes está dirigido solamente a cuestionar el supuesto cronológico, en el sentido de que solamente con la expedición de la Resolución 35006 de 2010 se impartieron las instrucciones para que se notificara una operación de integración de forma previa, debe el Despacho rechazarlo por cuanto se aparta del régimen de control previo de integraciones empresariales previsto en la Ley 1340 de 2009. En efecto, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 es muy claro al señalar que:

"Artículo 9. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4° de la Ley 155 de 1959 quedará así:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

(...)" (Subrayado y destacado fuera de texto).

Conforme la norma citada, son las intervinientes quienes deben escoger cual es el trámite adecuado para cumplir con el deber de información *ex ante* al momento de realizar una concentración empresarial. De esta forma, cuando los intervinientes cuenten con más del 20% del mercado relevante, se deberá radicar una solicitud de pre-evaluación, que según el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009. A su vez, cuando los intervinientes cuenten con menos del 20% del mercado relevante, el artículo 9 de la Ley 1340 establece que se debe surtir un procedimiento de información de la operación, mediante una notificación de la operación a la SIC. Es importante resaltar que estos dos procedimientos tienen en común que deben agotarse de **manera previa** a su realización, puesto que la norma hace referencia a las *"operaciones que se proyecten llevar a cabo"*, lo que por lógica excluye las operaciones que ya se hubieran llevado a cabo.

En el presente asunto, es claro que la obligación de notificación previa se generó desde el momento en que se expidió la Ley 1340 de 2009, y resultaría contrario a la finalidad establecida por la norma que las empresas eligieran el momento en el cual le notifiquen a la SIC de las operaciones de concentración empresarial que realicen. Tal interpretación no atiende ni al tenor literal de la norma ni a la finalidad misma de un régimen de control previo de concentraciones empresariales, que lo que

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

pretende es evitar que se ejecuten en el mercado operaciones de integración que puedan tener (en el futuro, se insiste) un efecto restrictivo en la competencia.

En esta medida, a partir de la expedición de Ley 1340 de 2009 se estableció con total claridad la obligación de notificar *ex ante* a esta Entidad la operación proyectada, por lo que no puede ser de recibo que solo hasta la expedición de la Resolución No. 35006 de 2010 surgió la obligación de notificar la operación con anterioridad a su perfeccionamiento. No obstante lo anterior y aun aceptando hipotéticamente la tesis de los recurrentes, la Resolución No. 35006 de 2010 entró en vigencia el 2 de julio de 2010¹⁰, es decir, antes del 15 de septiembre de 2010 que fue cuando se ejecutó la operación de integración.

En el mismo sentido argumentan las investigadas que el Despacho violó el principio de legalidad por cuanto, mediante Resolución No. 61415 de 2012 se abrió investigación administrativa por supuesta omisión al deber de informar una operación de integración, pero en la Resolución No. 52782 de 2015 se sanciona a las investigadas por la supuesta omisión al deber de notificación de dicha operación.

Este argumento debe ser igualmente desechado, por cuanto es claro que el término "información" es el género de la obligación establecida en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 sobre todas las operaciones de concentración empresarial que se pretendan realizar, y que cumplan con los supuestos objetivo y subjetivo consagrados en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. El género informar comprende la obligación de informar o la obligación de notificar según sea el caso.

4.5. Frente a la presunta responsabilidad de los representantes legales

Manifiestan las investigadas que **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**, representantes legales de las sociedades **ALFARES** y **UNIDROGAS**, respectivamente, no incurrieron en las conductas descritas en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que la operación de integración fue realizada dentro del proceso de reorganización empresarial, y que la participación de los representantes legales, como de los administradores se enmarca en lo previsto por la Ley 1116 de 2006, que establece que el acuerdo de reorganización es aprobado por los acreedores y confirmado por el juez del concurso, por lo que la operación de integración no fue una decisión adoptada por los investigados, sino que fueron autorizados para suscribir el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL de **ALFARES**.

No obstante lo anterior, dentro de Expediente se encuentra probado que **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** formó parte de las tratativas y de la suscripción del contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL, y que **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** formó parte no solo de estos escenarios con connotación jurídica que llevaron a la configuración de la operación de concentración empresarial, sino de la ejecución misma de la operación, y que los dos investigados toleraron su conducta al no cumplir con el deber de notificación a la SIC.

Este Despacho concluye que **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** infringieron el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboraron, facilitaron, autorizaron, toleraron y en el caso de **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** ejecutó la violación del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

4.6. Sobre las pruebas aportadas por los investigados

De conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio. Así, el Despacho no considera procedente decretar de oficio las pruebas aportadas por los investigados.

4.7. Monto de la sanción

Dentro del recurso de reposición, los investigados señalan que la sanción impuesta resulta desproporcionada, como quiera que la misma afectaría gravemente la sostenibilidad del negocio por parte de **ALFARES** por cuando el contrato de arrendamiento de la RED COMERCIAL es base para la supervivencia de la sociedad y en especial para el pago de sus acreencias.

¹⁰ Publicación en el Diario Oficial No. 47.758 del 2 de julio de 2010.

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

Sin embargo, para este Despacho no son de recibo las afirmaciones arriba expuestas, toda vez que la sanción impuesta en la Resolución atendió los topes y criterios de ponderación de la multa previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Vale la pena señalar que la multa impuesta a las investigadas de ochenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (80 SMLMV) equivalentes a CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (COP \$51.548.000), corresponde al 0.008% de la multa máxima aplicable y en su tasación se tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas y los criterios de dosificación utilizados por esta Superintendencia.

Adicionalmente, no puede ser de recibo el argumento según el cual la multa contra una sociedad en reorganización atenta contra el propósito del proceso concursal, pues esta circunstancia no le brinda a la sociedad una inmunidad frente a eventuales multas derivadas de procesos sancionatorios, como por ejemplo los derivados de infracción de normas ambientales, tributarias, de consumidor o, como es el caso que nos ocupa, de normas sobre la libre competencia.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todos sus apartes la Resolución 52782 del 27 de agosto de 2015.

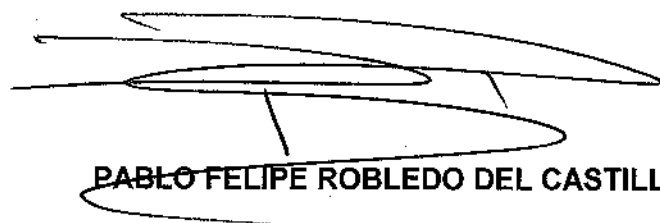
ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **ALMACENAMIENTOS FARMACÉUTICOS ESPECIALIZADOS ALFARES S.A. "EN REORGANIZACIÓN"** y **SOCIEDAD UNIÓN DE DROGUISTAS S.A.**, y a **ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS** y **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO** en su calidad de personas naturales investigadas, entregándoles copia de la misma e informándoles que en contra no procede recurso alguno en sede administrativa.

TERCERO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad.

NOTIFÍQUESE PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los **15 SEP 2015**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Angélica Navarro Acevedo
Revisó: Felipe García Pineda
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

NOTIFICAR

ALMACENAMIENTO FARMACÉUTICO ESPECIALIZADO ALFARES S.A. - EN REORGANIZACIÓN

Nit 802.002.021-3

Representante Legal: **ALONSO JOSÉ LÓPEZ RUÍZ**

Dirección: Cra 46 No. 69-132 Oficina 103

Teléfono: 3585172

Correo electrónico: alfaresgerencia@gmail.com

Barranquilla - Atlántico

UNIÓN DE DROGUISTAS S.A. - UNIDROGAS S.A.

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

Nit 890208788-9

Representante Legal; **JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO**

Dirección: Calle 56 No. 22-12-18-54

Barrio Ricaurte

Teléfono: 6330304/ 6424252/ 3166901989

Correo electrónico: asiscontabmanga@unidrogas.net.co

Bucaramanga – Santander

Apoderado de las Investigadas

Doctor

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

C.C. 79779355

Dirección: Carrera 9 No. 80-45 piso 4

Teléfono: 4935050/ 7420650

Correo electrónico: info@vgcd.co

Correo electrónico: gvalbuena@vgcd.co

Bogotá D.C.

Doctor

ANTONIO JOSÉ PERUTTI ROJAS

C.C. 13254713

Persona Natural Investigada

Dirección: Carrera 46 No. 69- 132 Oficina 103

Barranquilla – Atlántico

Doctor

JUAN FRANCISCO SUÁREZ SOLANO

C.C. 12614709

Persona Natural Investigada

Dirección: Calle 56 No. 22-12-18-54

Barrio Ricaurte

Bucaramanga – Santander