



## CONCENTRACIONES EMPRESARIALES, SIN REVELAR LA IDENTIDAD DE LAS INTERVINIENTES

*Camilo Pabón Almanza<sup>1</sup>*

El procedimiento de concentraciones empresariales en Colombia es, como regla general, público. Y por excepción, se podrá pedir (i) la reserva del proceso por razones de orden público;<sup>2</sup> o (ii) la reserva de documentos e información que, de acuerdo con la Constitución y la ley, tengan ese carácter.<sup>3</sup>

Pero, ni en la ley 1340 de 2009 ni en las guías de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) aparece qué ocurre si lo que se pretende es que la identidad de las intervinientes permanezca secreta. La SIC ya nos dio una luz:

### 1. Contratos de naturaleza secreta, oponibles a las Autoridades Públicas

De los distintos contratos de colaboración, hay uno que por mandato legal es secreto: el contrato de cuentas en participación. En este contrato, el gestor tiene la obligación de obrar en nombre propio, como único dueño del negocio,<sup>4</sup> quedándole prohibido (i) revelar la existencia del contrato de cuentas en participación; y (ii) revelar la existencia e identidad del partícipe oculto.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de Los Andes. Actualmente profesor de derecho de consumo y de derecho de la competencia en la Universidad Externado de Colombia, y Asociado en Archila Abogados. Perfil: <https://co.linkedin.com/in/camilo-pab%C3%B3n-almanza-61305324/es> Página web: <http://www.archilaabogados.com/> Correo electrónico: [cpabon@archilaabogados.com](mailto:cpabon@archilaabogados.com)

<sup>2</sup> “La Superintendencia de Industria y Comercio **no ordenará la publicación** del anuncio cuando cuente con elementos suficientes para establecer que no existe obligación de informar la operación, **cuando los intervinientes de la operación, por razones de orden público, mediante escrito motivado soliciten que la misma permanezca en reserva** y esta solicitud sea aceptada por la Superintendencia de Industria y Comercio.” Ley 1340 de 2009 artículo 10. Superintendencia de Industria y Comercio Resolución 10930 de 2015 artículo 1 núm. 2.2.4

<sup>3</sup> “Con el objetivo de salvaguardar la **reserva que se pueda predicar sobre los documentos o la información aportada** al trámite de solicitud de pre-evaluación, las empresas intervinientes y los terceros deberán solicitar de forma explícita y motivada, que la información relativa a secretos empresariales u otros elementos sobre los cuales exista norma legal de reserva o confidencialidad, y que deban suministrar dentro del trámite, tenga carácter reservado.

(...) La Superintendencia de Industria y Comercio **podrá objetar** el carácter reservado de los documentos que las empresas intervinientes señalen como tales, **cuando no se consideren reservados conforme a la Constitución Política y a la ley**, caso en el cual indicará el porqué de su objeción.” Superintendencia de Industria y Comercio Resolución 10930 de 2015 artículo 1 núm. 2.2.3

<sup>4</sup> “La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que **deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal**, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida. (...) **El gestor será reputado único dueño del negocio** en las relaciones externas de la participación.” Código de Comercio artículos 507 y 510

<sup>5</sup> “Como otra característica de ese contrato es que **su existencia, en principio, no se revela ante terceros**, pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta, es claro que unas son las relaciones externas



En 2011 se cuestionó ante la Corte Constitucional que esa secrecía fuera oponible a las autoridades públicas, pues frente a los terceros o incluso frente al requerimiento de una entidad, el gestor tendrá prohibido por la ley revelar que está obrando en beneficio de un tercero oculto.<sup>6</sup>

La Corte declaró exequibles las disposiciones acusadas, bajo el entendido que “[e]l contrato de cuentas en participación **por sus especiales características, dispone la naturaleza ‘oculta’ del participe no gestor (...) sin que sea posible deducir de plano**, por esas especiales características que la ley le otorga, y por razón de la protección contenida en el artículo 83 superior, **comportamiento alguno que se oponga a los límites del bien común**”.<sup>7</sup>

## 2. Consecuencias para el régimen de concentraciones empresariales

La actividad de la administración pública se fundamenta y desarrolla de acuerdo con los principios de igualdad, transparencia y publicidad.<sup>8</sup> En la sentencia C-790 de 2011, la Corte Constitucional se pronunció sobre las tensiones entre dichos principios y la autonomía de la voluntad que permite a las partes acudir a ese esquema contractual de naturaleza secreta.

De la decisión de la Corte se extrae que prevalece la autonomía de la voluntad, así: salvo que se pruebe mala fe o abuso del derecho, el gestor tiene prohibido revelar que existe otro sujeto detrás de él, tanto a terceros particulares, como a Entidades Públicas.

¿Qué ocurre cuando hay una concentración empresarial derivada de un contrato de cuentas en participación (v.gr. dos competidores que se asocian y operan en el mercado como uno solo, sin crear una persona jurídica nueva)?<sup>9</sup>

Si la SIC no tuviera la posibilidad de obligar a uno de los intervinientes en la concentración (el oculto) a revelar su identidad ni a entregar su información, difícilmente se podría surtir el proceso previsto en la ley para el control de integraciones, pues la SIC no podría exigir que le alleguen en la solicitud de pre-evaluación la información corporativa del partícipe oculto, ni la información de mercado si ésta permite identificarlo.

Si eso fuera poco, los terceros que quisieran aportar elementos de juicio para el análisis de la operación, ya fuera por iniciativa propia o por requerimiento que la SIC les hiciera durante el proceso, verían limitada su posibilidad de opinar, pues respecto del “socio oculto” no sabrían su identidad, o

---

entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes.” H. Corte Suprema de Justicia Sala Civil Sentencia de 4 de diciembre de 2008. Citada en Tribunal de Arbitramento de Inspectrol SAS contra Esp Energy Group SAS Laudo del siete (7) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Código de Comercio artículos 507, 510 y 511

<sup>6</sup> En efecto, se alegaba en la demanda de inconstitucionalidad que, en un proceso de contratación pública, “**incumbe al Estado establecer si quien se presenta como proponente, en realidad es un ‘mero gestor’ de otras personas beneficiarias del contrato, (...) que actúa a nombre propio y la entidad no tiene cómo conocer si hay algún otro beneficiario real detrás de este sujeto (...)**”.

<sup>7</sup> H. Corte Constitucional. Sentencia C-790 de 2011 MP Nilson Pinilla

<sup>8</sup> Constitución Política artículo 209. Ley 1437 de 2011 artículo 3

<sup>9</sup> Rad. 16-366429



si pertenece a un grupo empresarial, o si hay marcas poderosas involucradas en la operación, o cualquier otra circunstancia que tenga relación con la identidad del socio oculto y les permitiera anticipar los efectos negativos de la operación.

Bajo esa lectura, oponer la reserva del contrato y la identidad del socio oculto a la SIC haría inviable el control previo de la concentración que hace la entidad.

### 3. La opinión de la Autoridad de Competencia

En diciembre de 2016, la Autoridad de Competencia se pronunció sobre la situación que hemos comentado: una concentración empresarial derivada de la celebración de un contrato de cuentas en participación.

La SIC coincidió con la Corte Constitucional en el sentido que en dicho contrato, la reserva de la identidad del socio inactivo es “inherente y de la esencia” del contrato de cuentas en participación.<sup>10</sup>

Pero, apartándose de la tesis de la sentencia de constitucionalidad, la SIC no considera que esa reserva le sea oponible para este proceso de control de integraciones. En cambio, en su opinión debería procederse así:

(i) Dado que en la ley no se permite mantener en reserva el trámite sino por razones de orden público, en los casos en los que la concentración se derive de un contrato de cuentas en participación la SIC publicaría la operación.

(ii) Pero, la SIC revisaría “(...) la procedencia de la **reserva de la identidad nominal de dicha parte co-contratante, así como toda aquella información que implícita o explícitamente pueda dar lugar a revelar la identidad de dicha parte contractual.** En otras palabras, se analizaría si hubiera lugar a ello, la posibilidad de publicar la operación a que se alude en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, **pero no revelar la identidad del SOCIO OCULTO O INACTIVO, como tampoco la información que conlleve a tal proceder.**”<sup>11</sup> (negrilla fuera de texto, mayúsculas originales)

### 4. Conclusión

La lectura que la SIC hace sobre el contrato de cuentas en participación es, en mi opinión, acertada:

Nótese que si la SIC forzara a las intervinientes a revelar su identidad ante el público con ocasión del procedimiento de autorización de integraciones, de entrada se desnaturalizaría el mismo negocio que se proyecta materializar (al hacer público el contrato de cuentas en participación). Por el contrario,

---

<sup>10</sup> “El otro extremo contractual, es OCULTO, también denominado SOCIO INACTIVO y tal como su nombre lo indica, **debe permanecer en secrecía, pues esta característica, es un requisito inherente** al contrato a la voz de los artículos 507 y 511 de la legislación comercial. (...) la reserva de la información sobre el socio oculto, ya que como se dijo anteriormente, **la reserva de la identidad del SOCIO OCULTO O INACTIVO, se eleva en un requisito de la esencia** del contrato de cuentas en participación (...)”. Ibidem

<sup>11</sup> Ibidem



si tramitara bajo reserva todo el proceso sin una causal en la ley que le permitiera hacerlo, estaría afectando los principios de publicidad y transparencia que gobiernan la actuación de la Administración, además de los problemas prácticos antes advertidos.

La solución: la SIC daría publicidad a la operación, pero (i) mantendría en reserva la identidad del socio oculto; y (ii) mantendría en reserva “toda aquella información que implícita o explícitamente pueda dar lugar a revelar la identidad de dicha parte contractual”.

La lectura de la entidad logra armonizar el régimen de competencia, con la regulación mercantil y las expectativas de las partes sobre su operación, para que éstas no se vean frustradas por el proceso que deba surtir ante esa Autoridad. Entonces, aunque la forma en la cual se perfecciona una concentración es irrelevante en términos sustanciales,<sup>12</sup> sí tendrá consecuencias procesales importantes.

---

<sup>12</sup> La SIC ha señalado de forma reiterada que para el régimen de competencia no es relevante la forma jurídica en la que se presente la concentración ni el contrato a través del cual se materialice, pues sin importar si se trata de operaciones de tipo jurídico, económico y/o administrativo, habrá una concentración si conduce a que dos o más unidades de explotación económica se puedan comportar como una única empresa, independientemente de que subsistan o no como individualidades. Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio Concepto 78593 de junio 28 de 2012; Oficio 12-214552- -2-0 del 29 de enero de 2013