

Posición de dominio y control de integraciones empresariales

"...en el estudio de integraciones, la SIC no analiza comportamientos, sino estructuras..."

Supuestos y tesis: Colombia es un país que se consagró al libre mercado, ello implica que la asignación de recursos se le confió a los empresarios y a los consumidores. En ese contexto, ya en otras oportunidades he comentado en esta columna la importancia que tiene para el desarrollo económico y social de Colombia y de sus gentes, que existan y se apliquen las normas antimonopolios.

Una de las formas tradicionales del derecho antimonopolios implica la posibilidad con que cuentan los Estados para analizar los procesos de integraciones empresariales para, en caso que impliquen una limitación al proceso de mercado, condicionarlos o, incluso, prohibirlos.

El texto del artículo 333 de la Constitución Política ha generado inquietudes sobre la forma como debería aplicarse lo señalado en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 en los eventos en que una integración jurídico-económica implicaría que, una empresa que no contaba con posición de dominio, la adquiriría.

En mi opinión, en ese caso se trata de una de las hipótesis clásicas en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) u otra autoridad competente, debe objetar la operación que se le informe.

En acato de lo señalado en el artículo 4° citado, la operación debe ser impedida, cuando tienda a producir una indebida restricción en la competencia.

A su turno, se entiende por posición dominante, la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado⁽¹⁾.

En todas las integraciones se produce alguna restricción a la competencia. Se trata de demostrar cuándo esta restricción es indebida. Para concluir sobre ese calificativo, notemos que, a diferencia de las investigaciones por prácticas, en el estudio de integraciones, la SIC no analiza comportamientos, sino estructuras.

La restricción existirá: El análisis sería parcial si se limitara a la frase del artículo 333 donde se refiere a la posición dominante, en la medida que en esa misma disposición también se prevé

que por mandato de la ley, el Estado impedirá que se (...) restrinja la libertad económica⁽²⁾.

Naturalmente, lo previsto en el artículo 4° que comentario sería constitucional al amparo de esa parte del 333, ya que es obvio que si en un mercado nadie tenía posición dominante y como resultado de la operación el beneficiario puede determinar unilateralmente las condiciones del mismo, se habrá producido una restricción a la libertad económica, de un modo no querido por la ley.

Terminología: En la norma de competencia se ordenó un control previo a las concentraciones jurídico-económicas cuando se trate de empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora o consumidora y sus activos sobrepasen de ciertos montos⁽³⁾.

Según lo establecido en el artículo 5° del Decreto 1302 de 1964 se presume que hay restricción a la libre competencia, "cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores".

Es fácil de la lectura del artículo, concluir que esa era la forma como en 1964 se describía lo que hoy conocemos como posición dominante.

Adicionalmente, se sometía a la vigilancia del Estado las empresas que tuvieran la capacidad de determinar los precios del mercado⁽⁴⁾.

Para una economía de mercado es menos perjudicial la adquisición de una posición dominante producto de la competencia. Esto supone que el consumidor se ha beneficiado de mejores precios, calidad o eficiencia en el mercado y obliga a los competidores a ser cada día mejores.

Contrario sensu, una posición dominante adquirida sin esfuerzo competitivo, no se traduce en su gestación ningún beneficio para el mercado y por el contrario, restringe la competencia al disminuir



EMILIO JOSÉ
ARCHILA PEÑALOSA
Consultor privado

los oferentes y tener la capacidad de fijar los precios artificialmente.

En apoyo de lo dicho hasta ahora, la ley ofrece diferentes remedios para evitar que el ente jurídico-económico que posea posición dominante en el mercado abuse de ella, dependiendo del origen de la misma.

Para la posición dominante adquirida en franca lid, dentro de una libre y leal competencia, en caso que se denuncie algún abuso se procederá de la siguiente forma:

La autoridad competente tendrá que abrir una investigación para determinar, en primer lugar la posición dominante de la empresa investigada, la veracidad de los hechos y si estos constituyen un abuso de posición dominante⁽⁵⁾.

En caso de probarse lo anterior, se procederá a imponer la sanción respectiva y a ordenar el desmonte de la conducta.

Ahora bien, en caso que la posición de dominio provenga de una integración jurídico-económica, la ley es igualmente severa.

Una vez se haya comprobado que la empresa con posición dominante ha violado alguna de las normas que regulan la libre competencia, previa una investigación administrativa, la autoridad competente podrá suspender o revocar la autorización de la operación de integración o fusión, lo que implicaría deshacer el negocio.

Bola de cristal: Para complementar el argumento, recordemos que el pronunciamiento del superintendente precede la integración. Por tanto, si se concluyera que sólo la puede objetar cuando se dé un abuso, forzaríamos al funcionario a hacer futurología y prohibirla sólo en el evento que su bola de cristal le indicara que si autoriza la integración la entidad resultante abusaría en el futuro.

1 Decreto 2153/92, art. 45, num. 5°.

2 Constitución, art. 333.

3 Decreto 2153/92, art. 51 en concordancia con el art. 4° de la Ley 155/59.

Circular 10 Básica Jurídica de la SIC.

4 Ley 155/59, art. 2°.

5 Decreto 2153/92, art. 50, num. 2°.