

Presente y futuro del Derecho Mercantil

*A propósito de los 40 años del
Código de Comercio colombiano*

Autores

- *Alejandro Duque Pérez*
- *Jorge Oviedo Albán*
- *Emilio José Archila*
- *Erick Rincón Cárdenas*
- *María del Pilar Jácome Orozco*
- *Luis Ramón Garcés Díaz*
- *Alejandro Guzmán*



BIBLIOTECA JURÍDICA

Universidad
Externado
de Colombia

125
Años



CAMARA DE COMERCIO[®]
DE MEDELLIN PARA ANTIOQUIA



COLEGIO
DE ABOGADOS
DE MEDELLIN

Hacia la predictibilidad de los condicionamientos a las integraciones empresariales

Emilio José Archila¹

1. Control de integraciones - Marco constitucional de la intervención

En la valoración de las operaciones de integración empresarial existen dos niveles de análisis: el primero, correspondiente al normativo y el segundo, a la aplicación de las normas. En ambos niveles es necesario aplicar los estándares constitucionales de intervención del Estado en la economía. Mientras que en la primera fase —es decir, en lo que se refiere a las disposiciones normativas—, se llega a esa conclusión sin mayor esfuerzo, no sucede lo mismo con lo que ha sido la aplicación en la Superintendencia de Industria y Comercio —SIC— respecto de los casos de integraciones empresariales y en particular, en aquellos casos donde ha impuesto condicionamientos; escenario en donde la capacidad del Estado de variar o afectar lo que sería la libre empresa, se hace más manifiesta.

En cuanto al primer punto, Colombia está consagrada a una economía social de mercado que confía en la asignación de recursos a los particulares para lo cual se consagran y protegen tres ins-

¹ Emilio José Archila Peñalosa con el soporte de los investigadores Daniel Monroy Cely y Mario Andrés Pinzón Camargo.

tituciones: la propiedad privada², la libertad de empresa, y la libre competencia³. La libertad de empresa y la libre competencia son usadas como elementos intercambiables pero hacen referencia a conceptos sustancialmente diferentes. La libre empresa, está relacionada con el hecho de que los empresarios y particulares pueden tomar las decisiones de en qué mercados estar, qué actividades desarrollar y cómo desarrollar esas actividades. La libre competen-

- 2 Constitución Política de Colombia. Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso-administrativa, incluso respecto del precio.

- 3 Constitución Política de Colombia. Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

cia económica pasa a ser el interés de quienes se benefician de la competencia; es decir, los consumidores, los demás competidores y el público en general, como consecuencia de la adecuada asignación de recursos que deriva que las personas no protejan sus intereses de manera arbitraria, sino en el marco constitucional de la libre competencia.

De esa manera se entiende que el modelo de economía social de mercado implica confianza en la libre empresa, pero esta prerrogativa no es absoluta y se precisa limitarla con el propósito de cumplir fines relativos al interés general. Las limitaciones están dadas por los derechos fundamentales y por intereses constitucionalmente protegidos como lo es la libre competencia. Visto así, las normas de antimonopolios, en vez de ser derechos, son prohibiciones o limitaciones. Se constituye en el marco que determina el Estado a los particulares para que en desarrollo de la libre empresa, no dejen de competir aunque dicha circunstancia pueda resultar interesante y productiva para ellos y que el país y el público en general se vea beneficiado con la libre competencia.

De esa manera, la intervención del Estado en la economía⁴ se justifica para proteger la libre competencia económica, siendo un mecanismo de intervención el control de las integraciones empresariales, y garantizar los efectos positivos que se derivan de ésta. En este sentido la intervención se materializa en:

1. Prevenir ineficiente asignación de recursos.
2. Evitar situaciones que disminuyan el bienestar de los consumidores.
3. Evitar situaciones que limiten la libertad de empresa, vía limitantes al acceso de los mercados.

4 Artículos 333, 334 y 336 de la Constitución Política.

Hacia la predictibilidad de los condicionamientos...

En general, una integración empresarial se realiza en el ejercicio de la libertad de empresa, pero en algunas ocasiones puede perjudicar la competencia, como en los siguientes casos⁵:

1. Pueden crear posición dominante suficiente para ejercer poder de mercado.
2. Pueden fortalecer posición de dominante existente.
3. Disminuir la competencia efectiva en el mercado.

El primer caso es el más usual; en el segundo, la SIC objeta las integraciones cuando una de las empresas ya tiene posición dominante y como consecuencia de la operación de integración, quedaría en una mayor capacidad de ejercer su posición de dominio. Ejemplos de este caso son: comprar un proveedor de materias primas o hacerse dueño de toda la cadena de distribución. El último caso se presenta, por ejemplo, cuando en un mercado hay pocos operadores o en uno donde hay muchos operadores, pero en ambos casos, la(s) empresa(s) que no hace(n) parte del proceso de integración tienen la capacidad de contrarrestar las actividades de los que están en esta operación.

Finalmente, en cuanto a los aspectos constitucionales, se precisa que, tal y como fue señalado por la Corte Constitucional⁶,

5 CONRATH, C.W. (1998). *Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición*. (S.I. Botero G., Trad.) Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio.

6 Corte Constitucional. Sentencia C 228 de 2010. Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. "(...) De ningún modo puede considerarse que un control de esta naturaleza presuponga la mala fe de las empresas concernidas en la operación de integración, pues el análisis que efectúa la autoridad administrativa se basa en criterios objetivos y cuantificables que prescinden de una evaluación acerca del futuro comportamiento de las empresas que optan por integrarse. Y no podía ser de otro modo, puesto que los parámetros utilizados por la norma para hacer exigible el control de la integración, versan sobre variables de naturaleza estrictamente económica y que, en cualquier caso, preceden al acto de integración (...)".

cuando la SIC ejerce su función de controlar las operaciones de integración empresarial no presume la mala fe; es decir, no presume que con la integración se va a producir un abuso en el futuro. La SIC toma su decisión en un momento como si evaluara una fotografía, analizando cuáles son las estructuras de mercado antes y después de la operación.

2. El test de proporcionalidad en el control de integraciones

Es el test de proporcionalidad señalado por la Corte Constitucional⁷ el que valida la posibilidad de que la SIC analice una integración, pudiendo objetarla o condicionarla, teniendo en cuenta que la finalidad protegida por la Constitución Política es que exista competencia. La SIC debe ceñirse al criterio de evaluación constitucional y a la materialización de dicho criterio en la Ley 1340 de 2009:

Tabla 1. Test de proporcionalidad Vs. el interés general en control de integraciones⁸

Criterio de evaluación constitucional	Cumplimiento del criterio en la Ley 1340 de 2009
La restricción persigue una finalidad no prohibida en la Constitución.	Las normas cumplen con una finalidad compatible con la C.N: Proteger la libre competencia.
La restricción es potencialmente adecuada para obtener el fin propuesto.	Las normas son un mecanismo adecuado para cumplir con la finalidad de promoción de la libre competencia, conforme los parámetros de la misma Constitución.

Corte Constitucional. Sentencia C 228 de 2010. Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

MONROY CELY, Daniel, 2011, a partir de la Sentencia C 228 de 2010. Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, Ley 1340 de 2009.

Hacia la predictibilidad de los condicionamientos...

La restricción no es manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada.	Son una herramienta necesaria para cumplir con las finalidades estatales relativas al mantenimiento de mercados competitivos. Las normas no prohíben las integraciones, incluso aquellas que configurarían posición de dominio.
El núcleo esencial del derecho no es desconocido o su operatividad se mantiene incólume.	Las normas son expresión del reconocimiento y protección del derecho de libertad económica, que este caso se traduce como el mantenimiento del equilibrio entre los oferentes del mercado y la garantía del acceso equitativo de estos agentes, así como la protección correlativa de los derechos de los consumidores.

3. Decisiones en materia de integraciones empresariales

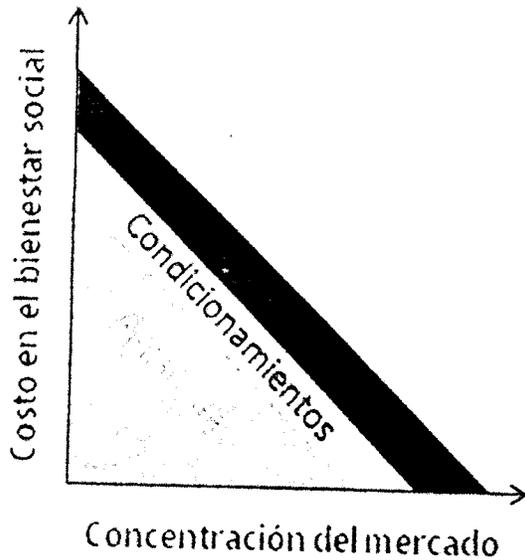
Los empresarios que se enfrentan a realizar una operación de integración empresarial, deben evaluar si se encuentran dentro de las aprobadas de manera general o si se trata de aquellas respecto de las cuales deben solicitar autorización a la SIC.

Las integraciones aprobadas de manera general son aquellas que no superan los umbrales de significatividad. Las operaciones no objetadas son las que no generan ninguna restricción indebida a la competencia. Por otra parte, son susceptibles de objeción, aquellas operaciones que tienden a producir una indebida restricción a la libre competencia.

Finamente, las operaciones son condicionadas cuando, a pesar del potencial daño a la competencia, dan cabida a la aplicación de remedios idóneos que corrijan los efectos negativos en la libre competencia y cumplen con la cláusula de eficiencia⁹.

⁹ Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4o de la Ley 155 de 1959 quedará así: Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma

Gráfico 1. Niveles de control en materia de integraciones¹⁰



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:

Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o

Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

PINZÓN CAMARGO, Mario A., 2011.

La Gráfica 1 ilustra los niveles de intervención evaluando la relación entre el aumento de concentración del mercado y el costo en el bienestar social. Al respecto se observa cómo a medida que aumenta la concentración del mercado, se genera un aumento en el costo que ello implica para el bienestar social. Acorde con esto se evidencia como la intensidad de la intervención del Estado, señalando en verde las operaciones que, como se dijo antes, no superan los umbrales de significatividad; en amarillo aparecen las operaciones condicionadas, siendo aquellas las que, a pesar de conllevar un potencial daño en el mercado, hacen posible la implementación de medidas tendientes a corregir sus efectos negativos; finalmente, la franja roja de la gráfica agrupa a aquellas operaciones que por sus costos en el bienestar social son objetadas por la autoridad.

4. Integraciones condicionadas

En las operaciones de integración condicionadas, es en donde la SIC detecta que hay unas circunstancias que, si bien resultan nocivas para el mercado, pueden ser delimitadas y sus efectos pueden ser eliminados; lo que se hace es proponer una solución a esa faceta que está generando problemas para la competencia.

Esas soluciones son los llamados condicionamientos, que resultan ser exigencias efectuadas por la autoridad o compromisos voluntariamente propuestos por los sujetos de control para identificar y aislar o eliminar el efecto negativo que la operación genera sobre la libre competencia. De acuerdo con la teoría¹¹, existen dos grandes bloques de condicionamientos: los estructurales y los comportamentales. Los primeros son aquellos que implican una modificación de la asignación de los derechos de propiedad y restablecen o afectan la estructura del mercado. Como ejemplos se pueden citar aquellos que ordenan desinversiones, venta de marcas, la imposibilidad de tener acceso a cierta infraestructura, entre otros.

¹¹ VASCONCELOS, H. (2005). *Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control*. 1 - 33.

una estrategia para aislar el efecto anticompetitivo y poder predeterminar así el condicionamiento a aplicar sin que se vea gravemente el negocio.

- (ii) *Costos de asesoría*: la impredecibilidad genera unos altos costos de asesoría para las empresas que no necesariamente resultan eficientes para el país.
- (iii) *Desgaste administrativo caso por caso e investigaciones administrativas por diferencia de criterio*: la autoridad de competencia, cada vez que analiza una operación de integración, debe empezar de cero sin que pueda acudir a algún precedente que le dé una guía de cómo proceder en la solución de los casos.
- (iv) *Sanciones administrativas*: que pueden originarse cuando frente a una situación fáctica, la SIC tiene una interpretación y los empresarios tienen otra.

Así las cosas, ¿qué se necesita? Se precisa de una regla o de una línea doctrinal, en la forma de una metodología de análisis, que sea explícita y confiable y que permita que se eliminen los costos de transacción.

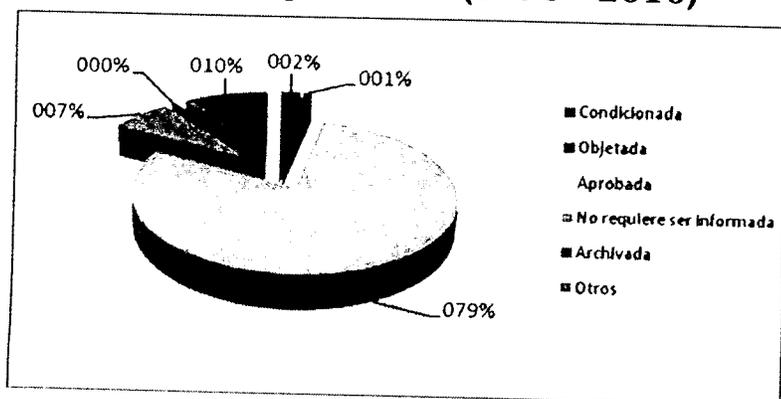
La regla es un estándar fijo a partir del cual se efectúa un balance entre los efectos anticompetitivos y los pro-competitivos de las restricciones que se generan con ocasión de la operación. La línea doctrinal o doctrina probable, indica que, además de considerar la ley, se debe abrir un espacio para que la autoridad introduzca en su análisis los elementos propios de cada caso y que la misma se vaya construyendo y robusteciendo con la experiencia. Ésta permite una mayor flexibilidad en las actuaciones de la SIC.

De acuerdo con la teoría económica, se adoptan reglas cuando hay presencia predominante de categorías homogéneas de comportamiento (hay tendencias predeterminadas) y cuando se justi-

fican procesos de toma de decisiones cuasi-mecánicas¹². En este punto, el número de casos es alto y los patrones que de ellos se derivan son comunes e identificables. La línea doctrinal es aplicable cuando las categorías son heterogéneas (no hay tendencias predeterminadas) y se requiere de la flexibilidad inherente a los estándares. Ésta resulta aplicable cuando las operaciones no pueden ser caracterizadas o encasilladas de una manera sencilla en categorías homogéneas.

En la siguiente gráfica se evidencian las operaciones de integración empresarial reportadas a la SIC para el período 1998-2010:

Gráfica 2. Integraciones empresariales reportadas por la SIC (1998 - 2010)¹³



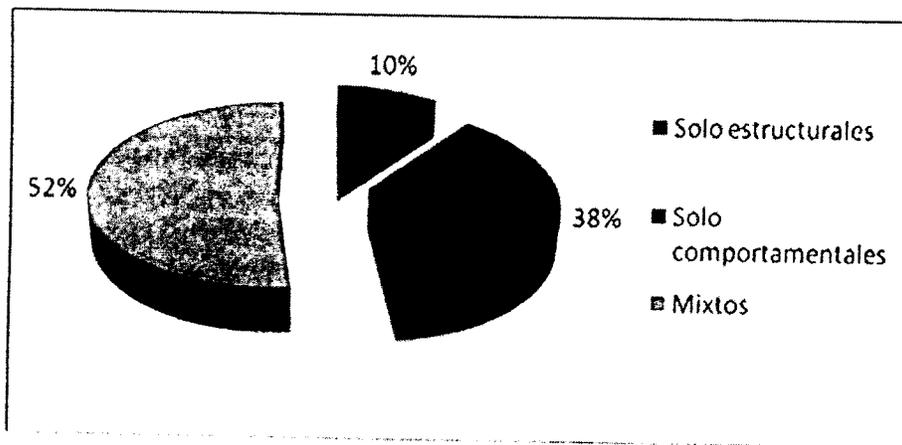
La grafica 2, muestra cómo la participación de las operaciones condicionadas apenas representa el 2.26% de las operaciones del período en estudio; las operaciones objetadas apenas alcanzan el 0.9% del total de operaciones, mientras que las operaciones aprobadas tienen la mayor participación con el 79.22% del total.

12 KRETSCHMER, J. -P. (2011). Optimal Structuring of Assessment Processes in Competition Law: A Survey of Theoretical Approches. Joint Discussion Paper Series in Economics, 6...

13 Cálculos propios a partir de la base de datos de la SIC, consulta realizada entre el período comprendido entre enero de 1998 a diciembre 31 de 2010.

Ahora bien, revisando el universo de las operaciones condicionadas por la SIC, como se muestra en la gráfica 3, se tiene que al 52% de las operaciones le fueron aplicados condicionamientos de orden estructural y comportamental. Frente a lo anterior, tan solo el 10% de las decisiones, reportó el uso exclusivo de condicionamientos estructurales, y el 38% empleó condicionamientos comportamentales.

Gráfica 3. Uso de condicionamientos en resoluciones de integraciones de la SIC (1998 - 2010)¹⁴



Lo anterior refleja que la SIC, en el período 1998-2010 no tiene ninguna directriz clara en la materia. Resulta muy poco probable que un problema de competencia pueda ser resuelto con una solución estructural y una de comportamiento.

De otro lado, al intentar agrupar los condicionamientos impuestos por la SIC, en categorías relativamente homogéneas, tenemos la situación presentada en la Tabla 2:

¹⁴ Cálculos propios a partir de la base de datos de la SIC; consulta realizada entre el período comprendido entre enero de 1998 a diciembre 31 de 2010.

Tabla 2. Tipos de condicionamientos y número de veces empleado para el período 1998 - 2010¹⁵

Comportamentales	Núm	Estructurales	Núm
Restricciones a los acuerdos respecto de distribuidores y/o proveedores (acuerdos, convenios, planes de fidelización).	17	Desinversión (enajenación de activos tangibles).	10
Restricciones a los acuerdos entre las empresas integradas verticalmente.	2	Desinversión (enajenación de activos intangibles).	6
Divulgación de información de actividades de la empresa integrada hacia la competencia.	16	Dejar utilizar a la competencia infraestructura propia.	7
Mantener independencia en el manejo de una marca o negocio.	11	No limitar el acceso a insumos de tecnología.	6
Reporte de precios a la SIC.	5	Disponibilidad de productos genéricos para la competencia.	2
Garantía del traslado de las eficiencias a los consumidores.	5		
Modificación de cláusula contractual preexistente.	2		
Estandarización de precios en un mercado geográfico.	1		

La Tabla muestra cómo, respecto de los condicionamientos comportamentales, en las categorías relacionadas con “restricciones a los acuerdos respecto de distribuidores y/o proveedores (acuerdos, convenios, planes de fidelización) y “divulgación de información de actividades de la empresa integrada hacia la competencia”, tienen el mayor nivel de uso, con 17 y 16 veces en las que han sido empleados. Por su parte, los condicionamientos estructurales tienen una participación un poco más homogénea, en

¹⁵ MONROY CELY, Daniel, & Pinzón Camargo, Mario A., 2011, a partir de la base datos de la Superintendencia de Industria y Comercio. Consultado a diciembre 31 de 2010.

donde se destaca el uso de la “desinversión (enajenación de activos tangibles)”.

5. Comentarios finales

Teniendo en cuenta lo anterior se puede concluir que la normativa sobre integraciones se adapta a los parámetros constitucionales sobre intervención en la economía, pero, se precisa de una acción positiva para que la actividad de la SIC se enmarque en los parámetros de la doctrina constitucional sobre intervención en la economía y que hagan predecible la manera como puede resolverse.

Desafortunadamente no existen elementos cuantitativos ni cualitativos que justifiquen y permitan la adopción de una regla que dé absoluta certeza, lo cual indica que la expedición de un decreto reglamentario sería un craso error para la materia.

La SIC tiene a su disposición los instrumentos necesarios para hacer que su doctrina sea consistente, sólida y predecible. Para tal efecto, debe cumplir con las siguientes condiciones:

- *Autoimposición de rigorismo en las decisiones*: identificar, en los casos, el marco constitucional y regirse bajo sus parámetros.
- *Aplicación del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009¹⁶*: relacionado con la doctrina probable y la legítima confianza.
- *Ejercicio de su facultad de instrucción*: expedir guías de aplicación de las normas de integraciones empresariales, las cuales se convierten en restricciones para la SIC a la hora de tomar sus decisiones.
- Mayor información y publicidad a las decisiones.

16 Artículo 24 de la Ley 1340 de 2009. *Doctrina probable y legítima confianza*. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable.



**COLEGIO
DE ABOGADOS
DE MEDELLIN**