



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

**RÉGIMEN DE LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES: EL CONTROL
PREVIO QUE SE HACE DE ELLAS COMO MECANISMO IDÓNEO PARA
SALVAGUARDAR LOS INTERESES QUE CONFLUYEN EN EL MERCADO**

**PRESENTADO POR:
VALENTINA CANDAMIL BURITICÁ
LAURA MARÍA ESCOBAR FERNÁNDEZ DE CASTRO
CAMILA OSORIO HURTADO**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL**

2016

ÍNDICE

1. [El derecho de la competencia y su protección constitucional](#)
2. [Autoridad competente](#)
3. [Régimen de las integraciones empresariales](#)
 - 3.1. Qué se entiende por integración empresarial
 - 3.2. Parámetros a tener en cuenta en materia de integraciones empresariales
 - 3.2.1. Parámetro subjetivo
 - 3.2.2. Parámetro objetivo
 - 3.2.3. Parámetro temporal
4. [Operaciones que deben ser informadas o notificadas ante la Superintendencia de Industria y Comercio](#)
 - 4.1. Operaciones que deben ser informadas
 - 4.2. Operaciones que deben ser notificadas
 - 4.3. Concentraciones efectuadas en el exterior pero que tienen impacto en el ordenamiento colombiano
 - 4.4. Operaciones que no requieren control previo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.
5. [Causales de objeción](#)
 - 5.1. Por qué la integración empresarial restringe de manera indebida la competencia de un mercado
 - 5.2. Posición de dominio
6. [Efectos de incumplir el deber legal de informar](#)
 - 6.1. Suspensión inmediata de las conductas
 - 6.2. Modificación o terminación de las conductas

- 6.3. Imposición de multas
- 6.4. Reversión de la operación de la integración empresarial
- 6.5. Nulidad de la operación

7. [El control de las operaciones de integración empresarial no es incompatible con la libertad de empresa y la libre competencia económica](#)

- 7.1. Beneficios del control a las operaciones de integración empresarial
 - 7.1.1. Evaluación de la concentración del mercado
 - 7.1.2. Excepción de Eficiencia
 - 7.1.3. Condicionamientos
 - 7.1.4. Procedencia de la reversión de la operación de integración empresarial
- 7.2. El control de las operaciones de integración empresarial como mecanismo de protección de la libertad de empresa y la libre competencia económica

8. [Bibliografía](#)

RÉGIMEN DE LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES: EL CONTROL PREVIO QUE SE HACE DE ELLAS COMO MECANISMO IDÓNEO PARA SALVAGUARDAR LOS INTERESES QUE CONFLUYEN EN EL MERCADO

1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La libre competencia ha sido un principio de fundamental relevancia en las últimas décadas, hecho que ha conducido a la mayoría de países a desarrollar íntegramente una cultura económica a través de la cual pretenden garantizar “(...) *que los consumidores puedan acceder a una mayor cantidad y variedad de productos (...) y a un mejor precio; y que los competidores puedan ejercer su derecho a participar en los mercados en condiciones de libertad e igualdad dentro del marco de la Constitución y la Ley*”¹. Es así como se resalta la importancia de construir un régimen de competencia que permita el adecuado funcionamiento de la economía de mercado imperante en la actualidad, enfocado éste en equilibrar los intereses de los diversos agentes que concurren al mercado, los cuales, indudablemente, deben encontrarse direccionados a facilitar la asignación eficiente de los recursos escasos, y, en consecuencia, al crecimiento económico y al desarrollo social.

El Derecho de la Competencia, como expresión de los principios constitucionales de libertad económica y de libre competencia, se ha entendido como el “(...) *conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público*”², es decir, se trata de aquellas disposiciones normativas que se encuentran dirigidas a controlar la participación de las empresas con miras a posicionar sus bienes y servicios en un escenario determinado, ello con el objetivo de garantizar el

¹ Miranda Londoño, Alfonso. “*El derecho de la competencia en la Constitución de 1991*”. Tomado de: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/competencia-y-constitucic3b3n.pdf>.

² *Ibíd.*

bienestar del consumidor, la libre participación de las empresas en el mercado y la eficiencia económica.

Ahora bien, aclarado dicho concepto, es menester resaltar la protección que se ha otorgado al principio de libre competencia económica en Colombia, ello en razón a que si bien éste sólo se elevó a rango constitucional tras la expedición de la Carta Política de 1991, el mismo había sido incluido en disposiciones anteriores que propendían por su protección. En este sentido se evidencia como la Constitución de 1886, sin consagrarlo expresamente, pretendió salvaguardarlo mediante la inclusión de otros derechos tales como “(...) *la libertad de escoger profesión u oficio, la libertad de asociación, la propiedad privada, la libertad de empresa e iniciativa privada y la posibilidad de intervención del Estado en la economía*”³, los cuales resultaron ser la guía precisa y necesaria para expedir una normatividad dirigida a evitar la vulneración del derecho de la competencia.

En este marco se expidió en el año de 1959 la Ley 155, en virtud de la cual se dictan normas sobre prácticas comerciales restrictivas, con la finalidad de garantizar la libre competencia económica, teniendo como énfasis, por un lado, la necesidad de otorgar protección a los consumidores, y por otro, la importancia de evitar que las grandes empresas abusen de su poder de mercado.

Sin embargo, es sólo con la Constitución Política de 1991 que el principio de libre competencia económica alcanzó una protección de rango constitucional, ello como consecuencia de la dificultad que representaba la aplicación de la ley 155 de 1959 a la que se ha hecho referencia y del proceso de liberalización experimentado por la economía nacional. En esta se incluyen entonces diversas normas en las que se hace referencia al Derecho de la Competencia, destacándose entre éstas el artículo 333 que señala:

³ *Ibíd.*

“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”.

Este postulado constitucional, y el entendimiento del derecho a la libre competencia como un derecho de carácter económico, permite afirmar que *“el Derecho de la Competencia conforma un ordenamiento generador de escenarios competitivos que permiten la libertad de entrada de las empresas a los mercados, la libertad de escogencia para los consumidores, la variedad de precios y servicios, y en general, la creación de escenarios que prevengan o eliminen situaciones particulares que impidan la competencia a los mercados”*⁴; especialidad que se encuentra conformada por dos campos de protección diversos pero complementarios, pues, de un lado, se encuentra la denominada competencia desleal y todo lo que ella conlleva, y de otro, las prácticas restrictivas de la competencia, las cuales, tal y como lo afirma la Ley 1340 de 2009 en su artículo 2, se estudian desde la

⁴ Velandia, Mauricio. *“Derecho de la competencia y del consumo”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. Pág. 225.

perspectiva de los acuerdos anticompetitivos, de los actos anticompetitivos, del abuso de la posición de dominio y del régimen de integraciones empresariales.

A través de este trabajo de investigación, se pretende desarrollar un análisis exhaustivo de las integraciones empresariales, y del régimen que les resulta aplicable de conformidad con la normativa colombiana, ello con el objetivo de vislumbrar el panorama que las caracteriza, dilucidando los aspectos positivos y negativos que derivan de la figura, así como su impacto en el desarrollo económico y social del país.

2. AUTORIDAD COMPETENTE

Afirma la Ley 1340 de 2009, que la autoridad nacional de protección de la competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio, en este sentido se entiende que, en principio, es esta entidad la encargada de conocer de los casos en los que se evidencien conductas dirigidas a desarrollar prácticas restrictivas de la competencia o prácticas de competencia desleal. Al respecto indica el artículo 6 de la norma en cita:

“La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

No obstante, resulta de fundamental importancia aclarar que en materia de integraciones empresariales se encuentran dos excepciones en cuanto a la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad nacional de protección de la competencia.

Por un lado, menciona el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009:

“En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado”.

A partir de ésta disposición, es posible entender que en aquellas ocasiones en las cuales la operación de integración empresarial vaya a desarrollarse únicamente entre entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, ésta será la encargada de conocer y decidir sobre la procedencia de las misma, ello previo concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por otra parte, indica el parágrafo del artículo 8 de la misma ley:

“La Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves”.

Así, se evidencia como en las situaciones en las que se desarrollan operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves, la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil asumirá la competencia.

3. RÉGIMEN DE LAS INTEGRACIONES EMPRESARIALES

3.1. QUE SE ENTIENDE POR INTEGRACIÓN EMPRESARIAL

En principio, y antes de dar una definición exacta respecto a lo que debe entenderse por integración empresarial, resulta de fundamental importancia resaltar que si bien ésta institución responde a la realización de un negocio jurídico, lo cierto es que lo que resulta relevante en su estudio es el resultado jurídico económico que se genera a partir del mismo. En este sentido se encuentra, entonces, que la configuración de una concentración empresarial depende de que el negocio jurídico del que deriva genere una consecuencia importante en el mercado relevante, ésta concretada en *“(…) la reducción en la oferta, es decir, que el negocio jurídico lleve a la agrupación de poder en un solo agente económico, generado no por la lucha por la clientela, sino por el negocio jurídico en si mismo. En tal sentido, la resultante del negocio aumenta su poder económico, reduciendo la competencia existente, la cual se ve comprimida”*⁵.

Desde esta perspectiva es dable afirmar, que la figura jurídica de la que se habla tiene lugar en aquellas ocasiones en las cuales, mediante la realización de un negocio jurídico específico, dos o mas empresas, que se consideraban competidoras dentro de un mismo mercado, quedan sometidas a un órgano común de control y gestión, ello siempre y cuando se cumplan con determinados presupuestos. De manera tal que cuando dicho escenario resulte probado, es deber de los participantes dar aviso a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad nacional de libre competencia, quien por demás, mediante Concepto No. 00001365 de 2000, resaltó que

“El acto o actos jurídicos mediante los cuales se lleve a cabo la operación son relevantes sólo en la medida en que constituyan

⁵ Ibid. Pág. 230.

un medio idóneo y directo para situar de manera permanente y bajo un único órgano de gestión a dos o más empresas que antes competían como entidades independientes en el mercado. Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera sea la forma jurídica de la integración sí 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”.

Ahora bien, aun cuando el ordenamiento jurídico colombiano no otorga una definición legal a las integraciones empresariales, lo cierto es que ésta puede extraerse de las múltiples disposiciones normativas que regulan la materia. En este sentido, el artículo 9 de la ley 1340 expone expresamente en sus líneas que

“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 (...).”

De dicha consideración se advierte la intención del legislador de regular las integraciones empresariales horizontales, por un lado, y las verticales, por otro.

Así pues, se encuentra que mientras las primeras se presentan en aquellas ocasiones en las cuales la concentración es ejecutada por empresas que desarrollan la misma actividad económica, produciéndose entonces un efecto directo e inmediato en el mercado por dejar de ser éstas competidoras en el mismo;

las segundas se configuran entre empresas vinculadas dentro del mismo nivel de valor o producción, caso en el cual, si bien no se reduce el número de oferentes, ello por tratarse de agentes que no despliegan la misma actividad, si existe cierto riesgo de que puedan modificar las relaciones económicas que rigen el escenario en el que se desenvuelven.⁶

Al respecto, es pertinente mencionar lo dicho por la Superintendencia de Industria y Comercio en relación a la anterior disposición normativa, quien resalta que en tratándose de la institución jurídica que se estudia, las empresas involucradas deben participar en el mismo mercado, ello sin que sea necesario que se ubiquen dentro del mismo nivel de la cadena de producción. En este sentido señala mediante Concepto 03017611 del 14 de mayo de 2003:

“Es necesario aclarar que, en nuestro criterio la norma presupone que las intervinientes participen de la actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicio dentro de un mismo mercado, es decir que, no es necesario que las empresas involucradas se encuentren ubicadas en el mismo nivel productor, abastecedor, distribuidor o consumidor sino que deben pertenecer al mismo mercado”

Por lo demás, y aunque dicho artículo no consagra una definición exacta, si otorga ciertos elementos que evidencian en que momento es procedente la intervención estatal, los cuales serán analizados a continuación.

3.2. PARÁMETROS A TENER EN CUANTO EN MATERIA DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES

⁶ Esta situación se presenta, por ejemplo, cuando empresas que realizaban sus operaciones económicas de manera independiente, se asocian para desarrollarlas a través de grupos económicos. En este sentido, se entiende que el nuevo porcentaje de participación de dicho grupo dentro del mercado, puede llegar a afectar a otras empresas que buscan entrar al tráfico mercantil de bienes y servicios que se lleva a cabo al interior del mismo.

3.2.1. PARÁMETRO SUBJETIVO

El parámetro subjetivo o elemento subjetivo, hace referencia a la operación realizada por dos o más empresas con el propósito de ejecutar una concentración empresarial.

La empresa, como sujeto en el marco de esta institución jurídica, puede entenderse desde dos perspectivas diversas. Por un lado, económicamente se entiende que se trata de la “(...) *la unidad de explotación económica que mediante el capital y el trabajo se dedica a la producción y mediación de bienes y servicios a fin de obtener una ganancia ilimitada*”⁷, y, por otro, se encuentra que jurídicamente ésta hace referencia a la existencia “(...) *de una actividad mercantil mediante actos de comercio ejercidos por esa organización o actividad económica*”⁸; sin embargo, para otorgar un entendimiento estricto a la figura, el legislador se ha basado en lo dispuesto en el artículo 25 del Código de Comercio que indica que la empresa es “(...) *toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios*”.

En este orden de ideas, se afirma que la norma se refiere a todos los agentes económicos, no sólo a las sociedades, dado a que se entienden incluidas todas las personas, tanto naturales como jurídicas, que sean empresas, y que por consiguiente ejerzan una actividad económica con el propósito de participar en el mercado; así resalta el profesor Mauricio Velandia en su libro “Derecho de la Competencia y del Consumo”: “(...) *para que se hable de concentraciones de empresas no se requiere necesariamente la participación de sociedades, sino de empresas*”. Por tanto, y partiendo de tal consideración, se entiende que caso de que la integración empresarial sea realizada por una sociedad que tenga el poder de afectar el mercado, no sólo se necesitará de la aplicación del derecho societario

⁷ Ibíd. Pág. 231.

⁸ Ibíd. Pág. 232.

para su ejecución, sino que además se realizará el control de concentración empresarial ejercido por la autoridad de libre competencia.⁹

3.2.2. PARÁMETRO OBJETIVO

Este supuesto hace mención a las situaciones contables que generan que una operación empresarial, sea ésta de fusión, consolidación, adquisición de control o integración deba ser informada a la Superintendencia de Industria y Comercio. En este sentido, hay dos situaciones que generan que haya intervención estatal bajo este parámetro:

A. Cuando las empresas que intervienen hayan tenido durante el año fiscal anterior ya sea individualmente o conjuntamente, ingresos operacionales superiores a los salarios mínimos establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, para el presente año corresponde a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o

B. Cuando en el año fiscal anterior a la operación proyectada, las empresas individualmente o conjuntamente tuvieran activos superiores al monto establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio, actualmente corresponden a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo anterior, será calculado conforme a la sumatoria de lo registrado en los estados financieros del año fiscal inmediatamente anterior de cada una de las empresas que intervienen en la operación.

Ahora, en virtud del elemento objetivo también se debe observar la operación que se va a realizar, para lo cual debe analizarse si se trata de una fusión, consolidación, integración o adquisición de poder. Se entiende por fusión, cuando dos o más empresas se disuelven sin liquidarse para unirse ya sea para crear otra o se unen

⁹ La Autoridad de Libre Competencia en Colombia es la Superintendencia de Industria y Comercio.

en una sola. Por su parte, la consolidación se define cuando a través de negocios jurídicos se unen actividades empresariales que eran desarrolladas por diferentes empresas, sin que haya una alteración en la estructura de la empresa. Por último, el control o adquisición de poder, se puede dar de varias formas, por ejemplo cuando se tiene una influencia sobre la política empresarial directa o indirectamente, cuando se puede determinar el inicio o finalización de la actividad que desarrolla la empresa o cuando se puede decidir sobre la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la empresa.

Analizado los parámetros subjetivos y objetivos, es menester señalar que una vez acreditado que se está bajo estos supuestos de hecho se debe informar o notificar según sea el caso, previa a realizar la integración como a continuación se entrará a explicar.

3.2.3. PARÁMETRO TEMPORAL

La Superintendencia de Industria y Comercio como máxima autoridad encargada de la protección de la libre competencia, en virtud de los parámetros objetivos y subjetivos ha permitido que las situaciones que no se encuentren bajo dichas reglas no requieran del control ex ante, lo anterior para salvaguardar el derecho constitucional de libre empresa. Sin embargo, las situaciones de hecho establecidas en el artículo 9 de la ley 1340 de 2009 deberán ser objeto de control previo para proteger la libre competencia, ya que podrían suscitarse desequilibrios en el mercado que repercuten en el bienestar del consumidor. Anotado lo anterior, resulta entonces una obligación o mandato legal de las empresas el informar a la Superintendencia de Industria y Comercio como se anota en la resolución 51320 de 2009:

“a. El deber de informar. Este primer paso, el cumplimiento de la obligación de hacer, consistente en informar la operación de integración, se encuentra en cabeza de las empresas que se dedican

a la misma actividad respecto de un artículo, materia prima, producto, mercancía o servicio, y que proyectan integrarse mediante cualquier forma y no se encuentran dentro de los supuestos e autorización general previstos en la Circular Única.”

Por lo tanto, el deber de informar conlleva a dos situaciones, la primera la obligación de quienes participan en la operación de informar de manera previa la integración que se pretenda realizar y segundo, la función por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de proteger la competencia mediante la facultad de objetar o condicionar las operaciones.

En consecuencia, el deber de información es una norma de orden público, la cual busca determinar si la operación conlleva a un efecto negativo sobre el mercado, por lo tanto de ser contrariada, la operación se encontrará viciada con nulidad absoluta, tal y como lo expone el artículo 1741 del Código Civil:

*“Nulidad absoluta y relativa. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por **la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos** en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”(Subrayado y negrilla fuera del texto)

Ahora, lo anterior sin perjuicio de la imposición de multa a la cual podrá ser objeto las empresas que participen, por violar las disposiciones sobre protección de la competencia.

4. OPERACIONES QUE DEBEN SER INFORMADAS O NOTIFICADAS ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Cuando se ha generado los supuestos de una integración empresarial, surge para las empresas el deber de informar o notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio según sea el caso. Para ello, a continuación se explicará que se entiende por cada una y cuando se genera esta obligación para las empresas.

Respecto al deber de informar, se debe remitir a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y la Resolución 12193 de 2013, las cuales establecen que este requisito se satisface mediante el envío a la Superintendencia de Industria y Comercio de la información sobre la operación que se proyecta realizar con la finalidad de adquirir el control cualquiera sea la forma jurídica escogida, ya que cumplen con los parámetros subjetivos y objetivos que se explicaron con anterioridad. Ahora bien, se entiende que se debe notificar cuando a pesar de cumplir con los parámetros subjetivos y objetivos, las empresas cuenten con menos del 20% del mercado relevante. En conclusión:

4.1. OPERACIONES QUE DEBEN SER INFORMADAS

Cuando cumpliendo lo establecido en el artículo 9 de la ley 1340 de 2009 se haya superado el 20% del mercado relevante, será deber de las empresas informar dicha situación a la Superintendencia de industria y Comercio.

4.2. OPERACIONES QUE DEBEN SER NOTIFICADAS

Cuando los participantes en la operación empresarial, a pesar de cumplir con lo estipulado en el artículo 9 de la ley 1340 de 2009, no tengan una participación superior al 20% del mercado relevante, se requiere que la operación sea notificada.

Como se puede evidenciar, resulta entonces fundamental determinar que se entiende por mercado relevante, para lo cual se hará remisión a la resolución 52117 de 2015, la cual indica:

“La ICN destaca dos razones importantes por las cuales la definición del mercado relevante es de crítica importancia. Por un lado, es primordial para entender el escenario en que las fuerzas competitivas tienen lugar y, por el otro, y aún más importante, la definición del mercado es fundamental para poder calcular las cuotas de cada competidor en el mercado en cuestión, dado que estas se calculan con base en el tamaño total del mercado.”

Ahora, para realizar el análisis sobre el mercado relevante se debe indicar que se entiende por mercado del producto y mercado geográfico. El primero, se debe mirar desde la perspectiva de la sustituibilidad de la demanda, es decir, se analiza si el consumidor puede y quiere cambiar el producto cuando se presenta un cambio en la calidad, precio, disponibilidad, entre otros. Respecto al segundo, se observa si en relación a un área referida puede haber una sustitución de los productos, este mercado puede ser a nivel local, regional, nacional, continental o internacional.

En relación a lo dicho, desde el punto de vista del mercado del producto y del mercado geográfico se debe estudiar si las empresas que participan en la operación de integración, anularían la competencia causando perjuicios al bienestar del consumidor, es decir, que sea una restricción indebida a la libre competencia. De allí la importancia, de realizar por parte de la autoridad competente un estudio ex ante de la integración.

4.3. CONCENTRACIONES EFECTUADAS EN EL EXTERIOR PERO QUE TIENEN IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

Las integraciones que se den por fuera del territorio colombiano, deberán ser avisar a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando los productos de las empresas intervinientes sean vendidos en Colombia ya que podría haber una concentración de participación dentro del mercado.

Por último, la Superintendencia de Industria y Comercio cuando evidencie que las empresas no cumplen con el deber legal de dar aviso podrá imponer medidas cautelares como la suspensión inmediata de las conductas contrarias a la libre competencia, también podrá solicitar que se modifique o termine la conducta o imponer multas como se explicará más adelante.

4.4. OPERACIONES QUE NO REQUIEREN CONTROL PREVIO POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Conforme al artículo 9 de la ley 1340 de 2009 se encuentran autorizadas de forma automática las siguientes operaciones de integración:

1. Cuando no se cumplen las condiciones de los parámetros objetivos.
2. Cuando la integración se encuentre bajo lo establecido por el artículo 28 de la Ley 222 de 1995:

***“Grupo empresarial.** Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.*

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la superintendencia de sociedades, o en su caso a la de valores o bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.”

En este sentido, cuando además de encontrarse bajo alguna situación de subordinación¹⁰ las empresas tienen unidad de propósito y dirección no será obligación la notificación a la autoridad competente, es decir, opera la autorización automática.

Como se ha manifestado, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad competente para proteger la libre competencia, para lo cual dicha entidad tiene la facultad de determinar si los efectos de la integración pueden ser objetados, autorizados pero con el cumplimiento de condicionamientos o se autorice de manera pura y simple.

5. CAUSALES DE OBJECCIÓN

La objeción de una integración empresarial se genera cuando la autoridad competente evidencia que las empresas intervinientes al unirse puede restringir de

¹⁰**Artículo 27. Presunciones de subordinación.** El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior.

forma indebida la competencia o cuando se realiza la integración empresarial sin cumplir con el deber legal de informar la operación.

5.1. POR QUÉ LA INTEGRACIÓN EMPRESARIAL RESTRINGE DE MANERA INDEBIDA LA COMPETENCIA DE UN MERCADO

El artículo 11 de la ley 1340 de 2009 establece que la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada a objetar una operación cuando restrinja indebidamente la libre competencia. Así mismo, en el artículo 5 del Decreto 1302 de 1964 se establece dos presunciones a saber:

Quando hay acuerdos restrictivos de la competencia: Cuando los intervinientes de la operación realicen consensos en relación a la integración, previa a la autorización de autoridad competente, en este caso se tratará de un acuerdo restrictivo que puede afectar el mercado y por lo cual debe ser sancionado por la autoridad.

Quando la integración tiene la capacidad de fijar precios en el mercado: Cuando la integración genera posición de dominio, donde el mercado no puede confluir en la determinación del precio u otras condiciones, ésta será un motivo para la Superintendencia de Industria y Comercio para objetar dicha integración puesto que el consumidor se encontrará en una posición de desventaja.

Ahora bien, es de resaltar que la autoridad debe estudiar el caso concreto para determinar si la conducta se encuadra dentro de una causal de restricción de la competencia, por lo cual estas presunciones no son las únicas circunstancias por las cuales la autoridad pueda objetar. Así mismo, al ser presunciones, podrán ser desvirtuadas mediante elementos probatorios que establezcan que la conducta no restringe indebidamente la competencia.

5.2. POSICIÓN DE DOMINIO

Es de advertir que la posición de dominio no siempre es anticompetitiva, lo que es reprochable es el abuso que se hace de ella. En este sentido, será abusiva cuando se excluya a los competidores o consumidores mediante las siguientes conductas:

“1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

6. *<Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.*¹¹

En atención a lo mencionado, la Superintendencia de Industria y Comercio objetará la integración cuando determine mediante el estudio jurídico económico que la integración genera posición de dominio y que a razón de ello, se restringe la participación y acceso de otros competidores, puesto que se podrá fijar unilateralmente las condiciones del mercado, como lo es el precio, la cantidad, la calidad, entre otros. Sin embargo, esta circunstancia debe ser estudiada por la autoridad, pues podrá determinarse que encaja dentro de una causal de excepción de eficiencia o podrá realizarse la integración por medio de condicionamientos, figuras que serán explicadas más adelante.

6. EFECTOS DE INCUMPLIR EL DEBER LEGAL DE INFORMAR

Habiendo explicado el deber de informar que recae sobre las empresas intervinientes de una integración, resulta importante indicar las consecuencias que se pueden generar cuando se incumple esta obligación.

6.1. SUSPENSIÓN INMEDIATA DE LAS CONDUCTAS

El artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 indica:

“La autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales

¹¹ Decreto 2153 de 1992. Artículo 50

medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria”.

En virtud de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá ordenar que se suspendan las conductas de la integración empresarial cuando evidencia que se está restringiendo la libre competencia indebidamente.

6.2. MODIFICACIÓN O TERMINACIÓN DE LAS CONDUCTAS

Así mismo, otra alternativa con la que cuenta la autoridad competente cuando evidencia que hubo una omisión en el deber de informar es lo establecido en el artículo 143 del Decreto 2153 de 1992, ya que podrá ordenar que se modifique o terminen las conductas que generaron una limitación a la competencia, pues no se contó con la autorización previa para iniciar las actividades.

6.3. IMPOSICIÓN DE MULTAS

El artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando evidencie el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial, imponer multas hasta por 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o de ser mayor, hasta el 150% de la utilidad que se genere con la conducta. Así mismo, el artículo anota que para fijar el monto de la multa deberá tenerse en cuenta:

- “1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado;*
- 2. La dimensión del mercado afectado;*
- 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta;*
- 4. El grado de participación del implicado;*
- 5. La conducta procesal de los investigados;*
- 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción;*

7. El patrimonio del infractor.”

Ahora bien, la ley 1340 de 2009 también establece multas a las personas naturales que hayan colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta contraria a la competencia como lo es la de incumplir el deber de informar, por lo cual se podrá imponer una multa hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6.4. REVERSIÓN DE LA OPERACIÓN DE LA INTEGRACIÓN EMPRESARIAL

El artículo 13 de La ley 1340 de 2009 hace referencia a los diversos supuestos en los que resulta procedente la reversión de la integración empresarial, siendo uno de estos el incumplimiento del deber legal de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre dicha operación. La norma en mención indica que *“Sin perjuicio de la imposición de las sanciones procedentes por violación de las normas sobre protección de la competencia, la autoridad de protección de la competencia podrá, previa la correspondiente investigación, determinar la procedencia de ordenar la reversión de una operación de integración empresarial cuando esta no fue informada (...)”*.

6.5. NULIDAD DE LA OPERACIÓN

Por su parte, el artículo 19 de la Ley 155 de 1959 señala que: *“Los acuerdos, convenios u operaciones prohibidas por esta Ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito”*, en el mismo sentido el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 puntualiza que: *“En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de “objeto ilícito”*.

No obstante, resulta pertinente analizar si la realización de una operación de integración empresarial, sin tener en consideración el deber que impone la ley de informar de manera previa a la SIC, encaja en lo señalado por las normas previamente transcritas toda vez que la doctrina no es uniforme al respecto, por el contrario, existen diversas posiciones.

Por un lado, hay quienes afirman que el incumplimiento del deber legal de informar a la SIC sobre la integración empresarial genera como consecuencia la nulidad absoluta por objeto ilícito de la operación, esto a razón de la violación de las normas de libre competencia. En este sentido, el Dr. Mauricio Velandia ha indicado que *“de acuerdo con nuestras normas comerciales y civiles, cuando un negocio jurídico contradice el orden público de la Nación, dicho negocio se encuentra viciado de nulidad absoluta (...) Queda claro que la operación de concentración empresarial no avisada genera nulidad absoluta”*¹².

En contraposición a lo mencionado, hay doctrinantes que aseveran que no siempre el incumplimiento del deber de informar a la SIC sobre las operaciones de integración empresarial genera la nulidad absoluta por objeto ilícito. Al respecto el Dr. Alfonso Miranda Londoño ha manifestado que:

“Las concentraciones empresariales están permitidas como regla general y tan sólo se prohíbe su realización cuando la autoridad encuentra que pueden restringir indebidamente la competencia. En este sentido, una operación que no comporte ningún riesgo para los mercados y que es realizada por las empresas sin avisar previamente a la SIC comporta el incumplimiento de un deber legal pero no es una conducta que restrinja indebidamente la competencia. Diferente es el caso de una operación que no solo incumpla con el deber legal de informar previamente sino que también restrinja indebidamente la competencia (...) Debe precisarse que la declaratoria de nulidad

¹² Ibíd. P: 264.

absoluta por objeto ilícito de una operación de integración empresarial es un asunto de competencia de un Juez de la República y que no puede ser decretada directamente por la SIC”¹³.

Así las cosas, y de acuerdo a los principios básicos de la libre competencia, ésta última interpretación se ajusta de una manera adecuada a la normatividad nacional, como quiera que aquella no pretende prohibir de manera absoluta las operaciones de integración empresarial, únicamente aquellas en virtud de las cuales se afecta indebidamente el mercado relevante. En este sentido, se entiende que en situaciones donde no se afecte la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, propósitos del derecho de competencia, no hay lugar a evitar la actividad de una integración empresarial.

7. EL CONTROL DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL NO ES INCOMPATIBLE CON LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Después de analizar la figura de las integraciones empresariales y de estudiar el deber legal de informar tales operaciones a la autoridad de libre competencia, con el objetivo de que la misma desarrolle un control previo en el que evalúe la incidencia de las mismas en el funcionamiento del mercado, se considera pertinente hacer referencia a los beneficios que este trae consigo para la puesta en marcha de la economía. A partir de esto, se pretende exponer las razones por las cuales se considera que este tipo de control, lejos de afectar en forma desmedida la libertad económica, y con esta, la libertad de empresa y la libre competencia económica, garantías consignadas en la Constitución Política de Colombia, se posiciona como un mecanismo idóneo para asegurar su vigencia.

¹³ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David, “El control de las concentraciones empresariales en Colombia”. Tomado de: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>.

7.1. BENEFICIOS DEL CONTROL A LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL

El control previo que efectúa la Superintendencia de Industria y Comercio a las operaciones de integración empresarial resulta ser sumamente relevante para salvaguardar el adecuado funcionamiento del mercado, debido a que a través del mismo se garantizan los propósitos que, de acuerdo a la Ley 1340 de 2009, persigue el derecho de competencia, esto es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

A partir de esto se considera pertinente hacer breve mención de los beneficios que derivan del control al que se ha hecho referencia, dentro de los cuales se encuentran lo siguientes:

7.1.1. EVALUACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN DEL MERCADO

El control que adelanta la autoridad de libre competencia con el objetivo de decidir sobre la viabilidad de una operación de integración empresarial, se enfoca en la concentración del mercado que se produciría como consecuencia de autorizar la realización de la misma.

En este sentido se entiende que la Superintendencia de industria y Comercio se abstiene de aprobar aquellas en virtud de las cuales se restringe indebidamente la competencia, ello en pro de garantizar la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

7.1.2. EXCEPCIÓN DE EFICIENCIA

De conformidad con el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio no podrá objetar una concentración empresarial en los casos de fusión, consolidación, integración o adquisición del control que lleguen a su conocimiento, cuando los interesados y autores demuestren que no obstante los

riesgos que se pueden presentar a partir de la operación en el mercado, habrán efectos positivos mayores para los consumidores. De tal manera y siguiendo el artículo en comento “(...) *La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios*”.

Por consiguiente por más de que se produzca un importante poder de participación dentro del mercado, que en últimas podría ser causal de objeción, los participantes de la integración podrán hacer uso de esta excepción de eficiencia con miras a demostrar que existe gran eficiencia para los consumidores cuando se ejecuta esta operación. *“En este caso es importante determinar la situación del mercado antes de la operación y proyectar como sería la conformación de aquel luego de la concentración. De esta manera, si la concentración genera un importante poder de mercado, queda a cargo de los interesados crear y demostrar las eficiencias que posee la concentración en un mercado en particular, pudiendo proponer condiciones económicas futuras que permitan otorgar tranquilidad para que proceda la autorización de la operación”*.

7.1.3. CONDICIONAMIENTOS

En principio, es menester recordar que la normatividad de libre competencia, tal como se ha mencionado con anterioridad, no pretende prohibir de manera absoluta la realización de operaciones de integración empresarial, por el contrario, la misma se enfoca en permitir el desarrollo de un control enfocado en evitar la afectación del mercado. Es por esta razón que en la actualidad se han adoptado los condicionamientos como instrumentos idóneos para alcanzar tal fin, así se afirma:

“La tendencia mundial para operaciones que generan un gran poder de mercado ha sido que el ente supervisor en materia de competencia condicione su realización a la creación de ciertas seguridades que le brinden tranquilidad al Estado sobre las bondades de la operación, especialmente los beneficios al consumidor y la eliminación de barreras de entrada y permanencia para posibles competidores”¹⁴.

En este sentido se entiende que la autoridad de libre competencia tiene la facultad de autorizar integraciones empresariales, ello bajo el cumplimiento de diversas obligaciones que se imponen con el propósito de evitar la manifestación de consecuencias nocivas que afecten el adecuado funcionamiento del mercado y la participación de los agentes económicos en el mismo. Este mecanismo ha sido desarrollado doctrinariamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, esto debido a que la ley no lo regula expresamente; sin embargo, el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 advierte que:

“El Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia. Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia. En el evento en que una operación de integración sea aprobada bajo condiciones la autoridad única de competencia deberá supervisar periódicamente el cumplimiento de las mismas. El incumplimiento de las condiciones a que se somete la operación dará lugar a las sanciones previstas en la presente ley, previa solicitud de los descargos correspondientes. La reincidencia en dicho

¹⁴ Velandia, Mauricio, *“Derecho de la competencia y del consumo”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. P: 263.

comportamiento será causal para que el Superintendente ordene la reversión de la operación”.

Cabe aclarar, que dichos condicionamientos, si bien pueden ser impuestos por la autoridad nacional de competencia, pueden también ser propuestos por las entidades que pretenden involucrarse en la operación, caso en el cual será la Superintendencia de Industria y Comercio quien entre a evaluar su impacto positivo en el mercado.

A manera de ejemplo, se procede a mencionar algunos de los condicionamientos que pueden ser impuestas por la mencionada autoridad al permitir una operación de integración empresarial: Desinversión, manejo separado de parte del negocio, poner a disposición de competidores la capacidad de producción o la capacidad logística, entre otros.¹⁵

A partir de lo que se ha indicado, es posible concluir que la imposición de condicionamientos resulta ser un mecanismo efectivo para salvaguardar los propósitos del derecho de la competencia, razón por la cual, sin duda alguna, el mismo se entiende como un beneficio derivado del control que adelanta la autoridad de libre competencia a las operaciones de integración empresarial.

7.1.4. PROCEDENCIA DE LA REVERSIÓN DE LA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL

El artículo 13 de la ley 1340 de 2009 hace referencia a los diversos supuestos en los que la autoridad de protección de la competencia puede ordenar la reversión de una operación de integración empresarial.

- a. Es posible ordenar la reversión de una operación empresarial en aquellas

¹⁵ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David, “*El control de las concentraciones empresariales en Colombia*”. Tomado de: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>.

ocasiones en las cuales la misma no fue informada a la Superintendencia de Industria y Comercio, ello con el objetivo de obtener la autorización correspondiente para su ejecución.

- b. Procede, también, cuando si bien la operación ha sido informada a la Superintendencia de Industria y Comercio, ésta se realiza antes de cumplirse el término que tenía tal entidad para pronunciarse. Es sumamente importante aclarar que este supuesto sólo se manifiesta en aquellas ocasiones en las cuales se demuestra que la operación comporta una indebida restricción a la libre competencia.
- c. Cuando la operación había sido objetada e igualmente se realiza.
- d. Cuando se incumplen las condiciones en virtud de las cuales la operación es autorizada.

Así, se evidencia como el derecho de competencia, si bien no prohíbe todo tipo de integraciones empresariales, si permite que las mismas se controlen con el objetivo de garantizar el adecuado funcionamiento del mercado, protegiendo, entonces, los derechos de todos los agentes que participan en el mismo.

7.2. EL CONTROL DE LAS OPERACIONES DE INTEGRACIÓN EMPRESARIAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

En el presente acápite se pretende analizar como el control que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio frente a las operaciones de integración empresarial, si bien limita el derecho a la libertad de empresa y a la libre competencia económica, no resulta incompatible con los mismos, esto a razón de que la Carta Política reconoce en cabeza del Estado la potestad de intervenir en la economía con el objetivo de salvaguardar los derechos que de alguna u otra manera pueden resultar vulnerados como consecuencia de la afectación del mercado.

Así pues, se evidencia que dicho control resulta ser un mecanismo constitucionalmente legítimo de intervención estatal, en virtud del cual, partiendo de parámetros objetivos, se desarrolla un estudio sobre la incidencia de la integración empresarial en el mercado, garantizando, entonces, el derecho a la libertad económica, que comprende los derechos a la libertad de empresa, a la iniciativa privada y a la libre competencia económica, los cuales, como bien se sabe, lejos de ser absolutos, encuentran limitaciones expresas en el ordenamiento jurídico, que de acuerdo al artículo 333 de la Constitución Política de 1991, giran en torno a la función social de la empresa, al interés social, a la necesidad de contar con un mercado competitivo, al ambiente y al patrimonio cultural de la nación.

Un análisis exhaustivo de la normatividad que rige al Estado Colombiano, permite entender que este *“(...) es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público”*¹⁶. Este se fundamenta, entonces, en lo que la Carta denomina como economía social de mercado, la cual *“(...) reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”*¹⁷.

Una vez aclarados estos conceptos, se procede a hacer breve mención al entendimiento que se ha dado a la libertad de empresa y a la libre competencia económica, como vertientes de la libertad económica, esto con la finalidad de ahondar en el porque dichas garantías no resultan vulneradas como consecuencia del control al que se ha hecho referencia.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-228 del 2010.

¹⁷ *Ibíd.*

En cuanto a la libertad de empresa, entiende la Corte Constitucional que se trata de “(...) *la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio*”¹⁸; no obstante, tal como lo indica la Constitución, tal garantía se encuentra limitada por el interés general y la responsabilidad social, en pro de la protección de los bienes y valores jurídicamente tutelados.

En este sentido se justifica la intervención del Estado en la economía, de forma tal que este se encuentra habilitado para “(...) *ejercer labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado*”¹⁹; sin embargo, tal actuación no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa.

La segunda vertiente de la libertad económica es la tutela de la libre competencia económica. Según la Corte Constitucional, (...) “*Existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita*”²⁰. Por consiguiente, se entiende que la médula primordial de la libre competencia económica es la oportunidad de entrar en un mercado sin mayores obstáculos que dificulten su acceso, previendo por un mayor desarrollo económico al interior de un Estado.

No obstante, debe acordarse que este tipo de libertad no esta exenta de límites, por el contrario, el ordenamiento jurídico ha diseñado ciertas barreras que regulan su actuación. En primera medida y como primer límite, se encuentra la responsabilidad social. A su vez, la protección de la competencia en si misma considerada, también se configura como otro límite a la libertad, esta traducida en

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

la obligación de regular las disconformidades y distorsiones que se presenten dentro de un mercado, en cuanto pueden restringir y vulnerar la posibilidad de un acceso igual y equitativo de los oferentes en el mismo.

Es oportuno considerar que la Libre Competencia económica es una garantía constitucional, es decir que *“(...) la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley”²¹* .

Por consiguiente, debe advertirse que la libre competencia económica no sólo tiene como objeto la competencia en si misma considerada, por el contrario va mas allá de vigilar la relación que existe entre competidores, cuando procura promover a *“(...) una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo”²²*. Así las cosas, se protege el interés tanto de los competidores, el interés público del estado, como el interés de los consumidores, permitiendo en gran medida la puesta en marcha de la economía nacional.

Una vez analizada la libertad económica en sus dos vertientes, esto es, la libertad de empresa y la libre competencia económica, se evidencia que el control previo que realiza la autoridad de competencia a las integraciones empresariales, lejos de afectarla, se posiciona como aquel instrumento idóneo para asegurar su vigencia.

La misma Carta Política, es su articulado, incluye diversas premisas en virtud de las cuales se faculta al Estado a intervenir en la economía, ello con el objetivo de

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

salvaguardar los bienes y valores que se ven involucrados en el mercado. En este sentido, afirma el artículo 333 que el Estado, por mandato de la ley, debe dirigir sus actuaciones a evitar y controlar el abuso de la posición de dominio en el mercado; y a su vez, el artículo 334 hace referencia a los monopolios, los cuales solo se permiten en aquellas ocasiones en las cuales los mismos se establezcan como arbitrio rentístico, esto de acuerdo a la ley y con finalidades de interés público o social. Dichas previsiones evidencian, entonces, que la Constitución se encuentra “(...) *especialmente interesada en que se eviten las concentraciones empresariales, que, por sus condiciones, llegaren a hacer nugatoria la libre competencia económica*”²³.

Con fundamento en lo mencionado, es posible aseverar que la intervención del Estado en la economía, no sólo se pone de manifiesto en aquellas ocasiones en las cuales en ejercicio de sus potestades impone sanciones por la vulneración de la normatividad que pretende garantizar la competencia en el mercado, sino también en aquellas ocasiones en las cuales adelanta conductas de carácter preventivo, esto con el objetivo de obstaculizar la concreción de actividades que puedan generar como consecuencia limitaciones indebidas a la libertad económica.

En efecto, la sentencia C228 de 2010 proferida por la Corte Constitucional dispuso que: “(...) *la existencia de un control administrativo de determinadas operaciones de integración que resulten especialmente relevantes para la estructura del mercado, se muestra como una herramienta idónea y pertinente para cumplir con las finalidades estatales relativas al mantenimiento de mercados competitivos*”²⁴. En este sentido se entiende que si bien las operaciones de integración empresarial son permitidas, estas se encuentran sujetas a un control administrativo que pretende impedir que su actividad se torne incompatible con la libertad económica.

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

Así las cosas, de ninguna manera se encuentra incompatibilidad entre el control previo que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio a las integraciones empresariales y los derechos mencionados en líneas anteriores, ello en razón de que el mismo se fundamenta en parámetros objetivos “(...) *que consultan la forma en que está conformado el mercado y el grado de participación del conglomerado o nuevo tipo societario resultante de la integración empresarial*”²⁵, premisa que apoya la posición de que tal intervención no incide en el núcleo esencial de los derechos plasmados en la Carta Política colombiana.

²⁵ *Ibíd.*

8. BIBLIOGRAFÍA

Normas

1. Constitución Política de Colombia
2. Código Civil
3. Ley 155 de 1959
4. Ley 222 de 1995
5. Ley 1340 de 2009
6. Decreto 2153 de 1992

Resoluciones

1. resolución 51320 de 2009 de Octubre 2009
2. Resolución 69901 del 31 de Diciembre de 2009
3. Resolución 12193 del 21 de Marzo de 2013
4. Resolución 10930 del 11 de Marzo de 2015
5. resolución 52117 de Agosto de 2015

Conceptos Jurídicos

1. Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto No. 9805213 de 1998
2. Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto No. 00001365 de 2000
3. Superintendencia de Industria y Comercio. Guía de análisis de integraciones empresariales.

Jurisprudencia

1. Corte Constitucional. Sentencia C-228 del 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 24 de Marzo de 2010.
2. Corte Suprema de Justicia. Rad. 11-1995-02015-01. M.P. Arturo Solarte. 13 de Noviembre de 2013.
3. Corte Constitucional. Sentencia C-830 del 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. 20 de Octubre de 2010.

Doctrina

1. Miranda Londoño, Alfonso, “El derecho de la competencia en la Constitución de 1991”. Tomado de: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/competencia-y-constitucic3b3n.pdf>
2. Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David, “El control de las concentraciones empresariales en Colombia”. Tomado de: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-el-control-a-las-concentraciones-empresariales-aml-jdg.pdf>
3. Velandia, Mauricio. “Derecho de la Competencia y del consumo: Competencia Desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
4. Velandia, Mauricio, “Derecho de la competencia y del consumo”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
5. Mongui Merchán, Nubia Catalina. “Intervención del Estado en la libertad económica, la libertad de empresa y las garantías constitucionales”. Tunja: Universidad Santo Tomás.